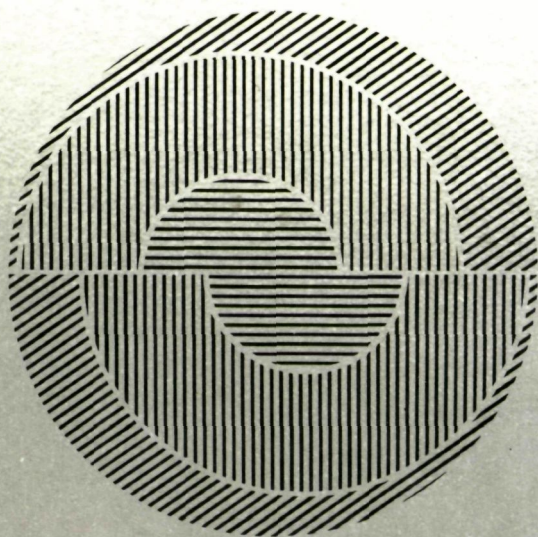


# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



• SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

**JULHO A SETEMBRO 1992**

**ANO 29 • NÚMERO 115**

**REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA**

a. 29 n. 115 jul./set. 1992

Publicação trimestral da  
Subsecretaria de Edições Técnicas  
do Senado Federal

---

**Fundadores:**

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

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

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

---

**Direção:**

ANNA MARIA VILLELA

---

**Chefe de Diagramação e Revisão:**

JOÃO EVANGELISTA BELÉM

---

Capa de GAETANO RÉ

Composição e impressão:  
Centro Gráfico do Senado Federal

Toda correspondência deve ser dirigida à Subsecretaria de Edições Técnicas —  
Senado Federal — Anexo I — Telefone: 223-4897 — 70160-900 — Brasília — DF

R. Inf. legisl.	Brasília	a. 29	n. 115	jul./set. 1992
-----------------	----------	-------	--------	----------------

---

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

Permanência e mudança na Constituição	<i>Raul Machado Horja</i>	5
Revisão Constitucional e Sistema de Governo —	<i>Dibyo de Figueiredo Moreira Neto</i>	27
A OAB e a antecipação do plebiscito e da revisão constitucional	<i>Paulo Lopo Saraiva</i>	37
Direitos individuais e coletivos na Constituição de 1988 —	<i>Procênio Mártires Coelho</i>	43
As garantias dos direitos fundamentais —	<i>José Luiz Quadros de Magalhães</i>	53
Direitos fundamentais do homem nos textos constitucionais brasileiro e alemão —	<i>Mário Lúcio Quintão Soares</i>	85
A AIDS e a tutela constitucional da intimidade —	<i>Carlyle Copp</i>	130
O controle da constitucionalidade das leis na Constituição de 1988 —	<i>Pulhães Moreira Reis</i>	151
Ação direta subsidiária de inconstitucionalidade: a legitimidade do cidadão brasileiro —	<i>Cármem Lúcia Antunes Rocha</i>	179
A concessão de obra pública no sistema constitucional —	<i>Torquato Jardim</i>	181
Disciplina das relações jurídicas decorrentes de medida provisória não convertida em lei no sistema constitucional brasileiro —	<i>Jose Fernando Cedeño de Barros</i>	233
Separação de poderes: evolução até a Constituição de 1988 — Considerações —	<i>Márcia Walquiria Balida dos Santos</i>	209
O pluralismo jurídico na Constituição de 1988 —	<i>Silvia Dobrowolski</i>	219
Inconstitucionalidade da cobrança do FINSOCIAL —	<i>Arnoldo Wald</i>	231
Flexibilização laboral e revisão constitucional —	<i>Oriano Teixeira da Costa</i>	255
Constituição de 1988 — servidor público "celetista" concursado e estabilidade —	<i>Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena</i>	263
A ordem constitucional de 1988 e a ordem pública —	<i>Alvaro Lazzarini</i>	275
Município: Poder de polícia sobre a zona costeira —	<i>Sérgio Sereno da Cunha</i>	295
Direito Ambiental como Direito Económico — análise crítica —	<i>Paulo de Bessa Antunes</i>	301
Aspectos penais: Direito Penal Económico/Direito Económico Penal —	<i>Iane Jansen Drumond</i>	325

Economia de mercado e repressão ao abuso do poder econômico — <i>José Matias Pereira</i> .....	363
A proteção indiscriminada ao <i>software</i> e os riscos da invenção — <i>Julio Cesar do Prado Leite</i> .....	367
Usucapião coletivo — <i>Dalmo de Abreu Dallari</i> .....	373
Evolução histórica do Direito Internacional — <i>Carlos Alberto Bittar Filho</i> .....	381
A evolução do Direito Internacional Fluvial — <i>Norma Breda</i> .....	399
Os vínculos entre o Direito Internacional Público e os sistemas internos — <i>Heber Arbuet Vignali e Jean Michel Arrighi</i> .....	413
A integração jurídica da América Latina através do Direito Romano. Realidade ou utopia? — <i>Silvio Meira</i> .....	421
Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado — <i>Selma M. Ferreira Lemes</i> .....	441
O endividamento externo do Brasil e os incidentes possíveis em termos de imunidade — <i>Georgenor de Sousa Franco Filho</i> .....	469
Acordos de autolimitação à exportação: instrumentos do protecionismo — <i>José Angelo Estrella Faria</i> .....	495
Contrato de <i>engineering</i> — <i>Clóvis V. do Couto e Silva</i> .....	509
Projeto de Código Civil inviável — <i>José de Farias Tavares</i> .....	527
A admissibilidade do Recurso Especial — <i>Miguel Angelo Barros da Silva</i> .....	545
A eficácia executiva da Sentença Declaratória — <i>Fernando Tourinho Neto</i> .....	557
Poder Judiciário e segurança jurídica — <i>Antônio Souza Prudente</i> ..	571
Insuscetibilidade de apreciação judicial de ato político-legislativo — <i>José Nagel</i> .....	581
<b>DIREITO COMPARADO</b>	
Lei francesa relativa à transparência financeira da vida pública .....	593
Tratado para o estabelecimento de um Estatuto das empresas binacionais brasileiro-argentinas .....	605
Decisión nº 46 — Comisión del Pacto Andino .....	617
Decisión nº 169 — Comisión del Pacto Andino .....	629

# Permanência e Mudança na Constituição

RAUL MACHADO HORTA

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

## S U M Á R I O

*1. Intangibilidade da Constituição. 2. Sentimento constitucional. 3. Desestima constitucional. 4. Mutação constitucional. 5. Formas da mudança constitucional. 6. Reforma, emenda, revisão e o poder constituinte derivado. 7. Mudança constitucional no Direito Comparado. 8. Constituição Federal de 1988 e revisão congressional.*

1. A permanência da Constituição é idéia inspiradora do constitucionalismo moderno. Concebeu-se o texto constitucional como documento que deveria durar indefinidamente no tempo e para assegurar sua duração as Constituições do século XVIII organizaram complexo processo de defesa e de proteção, que tornava a mudança constitucional hipótese distante e cuja efetividade dependeria da transposição das regras dilatórias do sistema de defesa. As Constituições Revolucionárias Francesas de 1791 e 1795 oferecem o modelo dessa dupla inspiração: a duração indefinida e a mudança difícil, lenta e complexa. A Constituição de 1791, exprimindo a crença na permanência e na imutabilidade constitucional temporária, só admitia o início da revisão após decorridos dezoito anos da deliberação que inaugurava o longo percurso da Assembléia de Revisão, intercalado de período de completa abstinência deliberativa, em matéria constitucional, para reflexão e amadurecimento da reforma. Ultrapassada pela dinâmica revolucionária, incompatível com a lentidão do processo formal, a concepção da revisão agravada de 1791 ressurgiu na Constituição de 1795, que requintou as formas dilatórias, prevendo a instalação da Assembléia de Revisão, nove anos após a aprovação da proposta, a reunião do órgão em local afastado da sede do poder Legislativo, a especialização da Assembléia de Revisão, como em 1791, a proibição de participação em qualquer cerimônia pública, dirigida aos membros da Assembléia. As severas cautelas dessas formas exacerbadas de proteção não evitaram a vigência fugaz dessas Constituições, cujo sistema de defesa não deteve as ondas encapeladas do movimento revolucionário.

Nas manifestações ideológicas do constitucionalismo revolucionário de 1789, a religiosidade impregnou a Constituição e conduziu ao seu culto. A permanência se aliava à transcendência, infundindo na Constituição a sobrenaturalidade da criação divina. O culto idolátrico da Constituição ficou reconstituído na passagem de DANSETTE, autor da História Religiosa da França Contemporânea, em texto citado por LA BIGNE DE VILLENEUVE,<sup>1</sup> no qual descreve o cerimonial observado na primeira sessão da Assembléia Legislativa. Doze representantes, escolhidos entre os mais idosos, apresentavam a Constituição aos seus colegas. O representante que carregava o “livro divino” caminhava lentamente, olhos baixos, a cabeça inclinada. Os Deputados se levantavam enquanto o cortejo passava. A Constituição se assemelhava ao “Cristo abstrato”.

A Constituição dos Estados Unidos de 1787, documento que inaugurou o constitucionalismo escrito do século XVIII, não envolveu a revisão constitucional no extenso formalismo das Constituições Francesas de 1791 e 1795. O estilo pragmático do direito anglo-saxônico, que integra outro sistema jurídico, formulou regras mais comedidas, dotadas de efeitos mais práticos. O artigo V da Constituição que disciplina o *quorum* da proposta da emenda, a iniciativa, a previsão da Convenção quando a iniciativa provier das Legislaturas Estaduais e a exigência da ratificação estadual da emenda, consagrou, de um lado, a defesa do texto constitucional, admitindo sua eventual modificabilidade, mediante regras de agravamento do processo de mudança e, de outro lado, acolheu a intangibilidade temporária, para temas modificáveis até o ano de 1808 — as Cláusulas 1.<sup>a</sup> e 4.<sup>a</sup> da nona Seção do artigo 1.<sup>o</sup>, referindo-se a Cláusula 1.<sup>a</sup> à imigração e a Cláusula 4.<sup>a</sup> à limitação de contribuição direta —, e a intangibilidade permanente da regra que assegura a igualdade dos Estados no Senado, salvo consentimento destes, para alterá-la. Não adotando o ritualismo normativo do processo de emenda constitucional, que se revelaria posteriormente nas mencionadas Constituições Francesas, o modelo norte-americano construiu os fundamentos da rigidez constitucional, organizou a técnica da Emenda à Constituição e ofereceu as primeiras manifestações da intangibilidade de matérias constitucionais, subtraindo-as a atividade do órgão constituinte de emenda ou revisão, seja de forma temporária ou permanente.

A Constituição do Império do Brasil de 1824, não obstante a semi-rigidez do documento, consignada na regra do artigo 178, que identificava a matéria constitucional e a matéria não constitucional, sujeita esta última às alterações que fossem introduzidas pela Legislatura ordinária, adotou a intangibilidade temporária e aderiu ao diferimento no tempo do processo de reforma. A proposição de reforma deveria aguardar o decurso de quatro anos, após o juramento da Constituição (art. 174). A reforma de artigos

---

1 MARCEL DE LA BIGNE DE VILLENEUVE — *L'Activité Étatique* — Recueil Sirey — Paris, 1954, p. 399.

do texto seria precedida de lei, na qual se ordenaria aos eleitores da seguinte legislatura que conferissem aos eleitos a especial faculdade para a alteração ou reforma da Constituição. Dois aspectos merecem destaque no procedimento previsto na Constituição Imperial de 1824: o relativismo do texto, discriminando a matéria constitucional e a matéria não-constitucional, para autorizar as alterações desta última na via da legislação ordinária, flexibilizando a Constituição — e a inspiração democrática da regra que determinava a audiência prévia dos eleitores, para atribuir aos Deputados da nova legislatura os poderes da reforma.

A técnica de captação da vontade dos eleitores, para o desencadeamento do processo de emenda constitucional, surgiu na Constituição monárquica da Noruega de 1814 (art. 112), que faz preceder a proposta de emenda de eleições gerais. A referida Constituição, em regra limitadora, proíbe emenda que possa contrariar os seus princípios, devendo o texto abranger unicamente modificações a preceitos singulares, sem alterar o espírito da Constituição.

A idéia da intangibilidade da Constituição, concebida como instrumento protetor de princípios constitucionais insuscetíveis de substituição por emenda, revisão ou reforma, adquiriu outra configuração no constitucionalismo latino-americano de nosso século. Formulou-se a intangibilidade da Constituição, afirmando sua continuidade e duração, mesmo quando interrompida sua vigência por ato de força e de violência. É a intangibilidade total da Constituição, consagrada em regra do próprio texto, como antídoto ao Golpe de Estado e às manifestações de poder fático. Esta solução latino-americana, que reflete a experiência de nações submetidas a prolongadas fases de instabilidade política, ingressou nas Constituições do México de 1917 (art. 136), da Venezuela de 1961 (art. 250) e do Peru de 1979 (art. 307), as quais, em normas de conteúdo comum, afirmam a permanência da Constituição, apesar de sua derrogação por ato de força ou outro procedimento nela não previsto, o julgamento dos responsáveis pelo ato de força, tão logo seja restabelecido o império da Constituição e o sequestro dos bens dos responsáveis para ressarcimento da República. A eficácia imediata de norma dessa natureza é incerta e depende da efetiva resistência ao golpe. No caso do golpe de Estado ocorrido no Peru, no dia 6 (seis) de abril de 1992, o Presidente da República, com o apoio das Forças Armadas, dissolveu o Congresso, adotou medidas de emergência, suspendeu garantias constitucionais, atingiu o funcionamento do Poder Judiciário, do Conselho Nacional da Magistratura, do Tribunal de Garantias Constitucionais e do Ministério Público. A Constituição sofreu gravíssima fratura. Ensaçando a resistência, membros do Congresso invocaram a aplicação do artigo 206 da Constituição, que prevê a vacância da Presidência da República. A posse do Vice-Presidente instaurou a dualidade de Governo: o governo de fato, oriundo do golpe, e o governo de direito, que resultou da sucessão constitucional pelo Vice-Presidente. Todavia, a



resistência política ainda não se revelou suficiente para restabelecer a normalidade constitucional. A defesa total da Constituição, formulada no artigo 307 da Constituição do Peru, exprime um voto cívico e encerra um aceno de esperança no futuro.

2. O acatamento à Constituição, para assegurar sua permanência, não se resolve exclusivamente no mundo das normas jurídicas, que modela e conduz à supremacia da Constituição.

O acatamento à Constituição ultrapassa a imperatividade jurídica de seu comando supremo. Decorre, também, da adesão à Constituição, que se espraia na alma coletiva da Nação, gerando formas difusas de obediência constitucional. É o domínio do sentimento constitucional.

Na excelente análise contida na *Teoría de la Constitución*<sup>2</sup> (*Verfassungslehre*), que corresponde à edição alemã de 1959 da "Political Power and the Governmental Process", na qual o autor introduziu matéria nova, acrescentada à edição espanhola, observou KARL LOEWENSTEIN que a Constituição se valoriza na medida em que favorecer mudanças na estrutura social sem alteração no processo político. A reforma constitucional exprime o rompimento do compromisso que mantém o equilíbrio entre os grupos sociais, a Sociedade e o Estado. O segredo da estabilidade da Constituição norte-americana, das Constituições monárquicas da Suécia, Noruega, Dinamarca, Bélgica, Luxemburgo e Holanda decorre da raridade de emendas constitucionais. As modificações infrequentes não abalam a validade da Constituição e reforçam o seu prestígio na alma do Povo. Sob o ângulo de sua validade, assinala LOEWENSTEIN, qualquer reforma constitucional, mesmo a de natureza puramente técnica, concorre para depreciar o sentimento constitucional do povo. A expressão sentimento constitucional (*Verfassungsgefühl*), diz LOEWENSTEIN,<sup>3</sup> designa comportamento psicológico e sociológico do existencialismo político. É a consciência solidarizante da comunidade que integra os detentores e os destinatários do poder na Constituição. O sentimento constitucional, que envolve a valorização sentimental da Constituição, é incompatível com a indiferença popular em relação à Constituição. O desconhecimento, a ignorância, o desprezo e o desrespeito sistemático à Constituição negam o sentimento constitucional e fazem da Constituição uma "folha de papel" que se agita na direção do vento. Essa conduta negativa opera a substituição da estabilidade pela fragilidade da Constituição.

PABLO LUCAS VERDÚ,<sup>4</sup> em desenvolvimento ao tema de LOEWENSTEIN e retomando o conceito mais antigo de PELLEGRINO

---

2 KARL LOEWENSTEIN — *Teoría de la Constitución* — Ediciones Ariel — Barcelona, 1970, p. 199.

3 LOEWENSTEIN — Obra citada, p. 200.

4 PABLO LUCAS VERDÚ — *El sentimiento constitucional* — Reus S.A. — Madrid, 1985, pp. 10, 66.

ROSSI, aprofunda o estudo dessa categoria conceitual, examina sua relação com a consciência e o sentimento jurídico e insiste na caracterização do sentimento constitucional como modo de integração política.

Lembrando que o sentimento constitucional é tema clássico, VERDÚ recorda a lição de PELLEGRINO ROSSI sobre o *vínculo moral* entre as instituições e os homens, sem o qual nada é sólido nem regular. É nesse vínculo que se apoia o sentimento constitucional, o qual corresponde, segundo VERDÚ,<sup>5</sup> a *estar na Constituição*, que sucede, historicamente, à aspiração de *tener-Constitución*, responsável pelo aparecimento do Poder Constituinte.

A propagação do sentimento constitucional, que supera o domínio da normatividade, o conjunto das regras lógico-jurídicas, para construir a ponte entre a norma e a realidade, deve ser compromisso dos Professores de Direito, de modo geral, e dos Professores de Direito Constitucional, de modo particular. A estes últimos se dirigiu PABLO LUCAS VERDÚ, para acentuar que

...“El concepto de Constitución es completo cuando a intelección teórica se une su comprensión emocional mediante el sentimiento que se adhiere al concepto. La enseñanza de Derecho Constitucional no se agota en la explicación de sus evidentes y necesarias conexiones lógicas y técnicas, requiere, además, que se insista en la necesidad de que la sociedad se adhiera a aquélla, sintiéndola como cosa propia.”<sup>6</sup>

3. É de verificação corriqueira a afirmação de que o sentimento constitucional, exprimindo a adesão popular à Constituição, não é generalizado, nem constante. A Constituição nominal e a Constituição semântica, categorias que LOEWENSTEIN introduziu em sua classificação das Constituições,<sup>7</sup> evidenciam os colapsos paralisadores do acatamento ao texto fundamental. Sem ingressar na análise dos tipos e de sua projeção nas diferentes áreas do universo constitucional, é necessário, todavia, identificar a fonte cultural da desestima constitucional, com reflexos no declínio e erosão da Constituição.

A famosa conferência de FERDINAND LASSALLE sobre a “Essência da Constituição”<sup>8</sup> pode ser localizada na origem da crítica sociológica à concepção jurídico-formal da Constituição, opondo a Constituição escrita

5 PABLO LUCAS VERDÚ — Obra citada, pp. 69/70.

6 PABLO LUCAS VERDÚ — Obra citada, pp. 69/70.

7 KARL LOEWENSTEIN — Teoría de la Constitución — Obra citada, pp. 218/222.

8 FERDINAND LASSALLE — *Discours et Pamphlets* — I — De L'Essence d'un Constitution” — Paris, Giard, Briere, 1903.

à Constituição real. A unidade da Lei Fundamental se pluraliza nos fragmentos da Constituição, cada um detendo uma parcela de poder. LASSALLE estabeleceu o antagonismo entre a Constituição verdadeira ou real, que exprime a correlação das forças reais do País, e a Constituição escrita ou formal, qualificada de "folha de papel". A Constituição, "folha de papel", se transforma em objeto dos fragmentos do poder, dotados de força decisória suficiente para reconstituí-la, se, na hipótese de LASSALLE,<sup>9</sup> um incêndio consumisse todos os seus exemplares. LASSALLE deslocou a Constituição de sua posição suprema e inverteu as regras que o constitucionalismo clássico construiu. Não é a Constituição que controla e institucionaliza o Poder, submetendo-o às competências e normas pré-ordenadas. É o poder, através de seus fragmentos — o soberano, sua armada e canhões, a nobreza, os grandes produtores, os banqueiros e a Bolsa — que dominam e fazem a Constituição. Basta projetar essas relações reais, esses fragmentos de Poder, em uma folha de papel, dar-lhes forma escrita e redação jurídica, para surgir a Constituição escrita.<sup>10</sup> Figura representativa do pensamento socialista da segunda metade do século XIX, o realismo sociológico de LASSALLE tornou-se precursor do movimento de desestima constitucional, que se alimentou das idéias lassalianas, no plano ideológico, e, no plano psicológico, também se exterioriza na indiferença pelo destino da Constituição, indiferença que torna a Constituição alvo freqüente das arremetidas do poder fático, desfazendo a Lei Suprema na "folha de papel" a serviço dos interesses mutáveis dos fragmentos do poder.

A manifestação que denomino de desestima pela Constituição, apontando suas raízes ideológicas, psicológicas e fáticas, mereceu a análise crítica de LOEWENSTEIN e de BURDEAU.

LOEWENSTEIN<sup>11</sup> aponta duas tendências, que incluem no fenômeno geral da desestima: a desvalorização da Constituição escrita na democracia constitucional e a erosão da consciência constitucional. No primeiro caso, a desvalorização advém da inobservância da Constituição pelos titulares do Poder. São várias as razões que conduzem à ineficácia de preceitos constitucionais em decorrência da conduta inadimplente: norma constitucional utópica e de difícil concretização, aversão de partidos políticos à aplicação da regra constitucional, pressão social e econômica contrária à complementação da norma. A utilização freqüente do processo de emenda constitucional é outro elemento da desvalorização da Constituição. O volume plerórico das Emendas gera a indiferença e produz uma espécie de embotamento na consciência coletiva. O complexo mecanismo da Emenda não desperta maior interesse na opinião pública e o tema fica entregue

---

9 FERDINAND LASSALLE — Obra citada, p. 8.

10 FERDINAND LASSALLE — Obra citada, p. 14.

11 KARL LOEWENSTEIN — *Political Power and the Governmental Process* — The University of Chicago Press, 1962, p. 153.

aos especialistas e às lideranças políticas que o conduzem nas Comissões e no plenário das Câmaras.

A erosão da consciência constitucional que, segundo LOEWENSTEIN,<sup>12</sup> também decorre da indiferença pela Constituição, em contraste com os sentimentos que dominaram o período inicial do constitucionalismo moderno, quando a Constituição gozava de respeito quase religioso, favoreceu o aparecimento de “panacéias escatológicas”. De instrumento limitador do Poder, a Constituição, graças à perversão que nela introduziu a autocracia moderna, tornou-se instrumento para assegurar o poder ilimitado do Estado sobre a sociedade e a pessoa humana. É certo que a perversão oriunda das autocracias modernas está atravessando uma fase de superação. LOEWENSTEIN, escrevendo em 1963, na segunda impressão de seu livro, não poderia supor que ela viesse a ocorrer tão rapidamente.

A erosão da consciência constitucional não desapareceu e se manifesta de forma duradoura ou intermitente, para aparecer aqui e sucumbir mais adiante. No Brasil, a erosão da consciência constitucional, acompanhada do processo de solapamento da primazia e do acatamento à Constituição, começou na Revolução de 1930, a qual, distanciando-se do ideário liberal da campanha presidencial, prolongou a fase ditatorial, destruiu a Constituição de 1934 e inaugurou a ilegitimidade do Poder com a Carta de 1957. A erosão da consciência constitucional ressurgiu em 1964, sob a forma de sucessivos Atos Institucionais, que destroçaram a Constituição de 1946 e desmantelaram a Constituição Congressual de 1967.

No ensaio de uma ontologia das Constituições, publicado na *Revue Française de Science Politique*, LOEWENSTEIN<sup>13</sup> assinalou outra tendência do constitucionalismo europeu contemporâneo. Não é a desestima, a perda do prestígio da Constituição, como acontece nos processos de desvalorização e de erosão da consciência constitucional. É o amortecimento da Constituição, a perda de sua intensidade. O *charme* mágico das Constituições, diz LOEWENSTEIN no ensaio citado, que emergiu, de forma breve e ilusória, no primeiro após-guerra, desapareceu nas Constituições do segundo após-guerra. A elaboração das novas Constituições se fez conscientemente, mas sem entusiasmo. Na sociedade Ocidental daquela época, fatigada, inquieta, cética, sem ilusões, dividida internamente por correntes políticas antagônicas, a importância da Constituição escrita ficou amortecida. A inflação nos períodos da guerra e do após-guerra deflagrou mudanças na estrutura social, ameaçando submergir os fundamentos

---

12 KARL LOEWENSTEIN — *Political Power and the Governmental Process* — Obra citada, pp. 158-162.

13 KARL LOEWENSTEIN — “Reflexions sur la valeur des Constitutions dans une Époque Révolutionnaire” — *Esquisse d’une ontologie des Constitutions* — *Revue Française de Science Politique* — vol. II, n° 1 — janeiro-março 1952, pp. 13-15.

da estabilidade econômica com a qual se habituara a sociedade européia nos anos trinta. São fatores dessa natureza que explicam a perda do "charme magique des Constitutions" no clima do segundo após-guerra e sua substituição por textos mais técnicos e contidos, como os da Constituição Francesa de 1946, da Constituição da Itália de 1947 e da Lei Fundamental da Alemanha de 1949.

A análise de BURDEAU,<sup>14</sup> no tópico que o notável constitucionalista e cientista político intitulou de perda ou caducidade das Constituições — *Déchéance des Constitutions* —, se desdobra no exame de duas ocorrências do nominalismo constitucional. A ocorrência formada pela instabilidade das Constituições africanas, nas quais, nem do lado dos Governantes nem dos Governados, admitiu-se a idéia de submeter o Poder a um Estatuto. As Constituições da África, especialmente na fase sucessiva da descoloniização, são produtos de exportação sem raízes na psicologia coletiva. No segundo caso, as Constituições contemporâneas, assim as da Europa como as da América Latina, afastando-se dos modelos do constitucionalismo clássico, se dilataram, materialmente, pela adoção de princípios relativos à filosofia do regime, em prolixidade que torna precária a permanência desses princípios. A Constituição, observa BURDEAU,<sup>15</sup> em lugar de definir a estrutura jurídica da coletividade a que ela se destina, se transformou no depósito de promessas, uma espécie de tratado para o futuro. As novas concepções constitucionais, que se distanciam da concepção originária, levam BURDEAU a indagar, em vaticínio desfavorável às Constituições expansivas, se a noção de Constituição não é inseparável da mentalidade liberal que a criou. BURDEAU nos convida a refletir sobre o destino da Constituição e se esse destino não se encontra ameaçado, a partir do momento em que a Constituição deixa de ser instrumento de controle do poder.

4. A desvalorização da Constituição escrita, a erosão da consciência constitucional e a caducidade da Constituição são manifestações que abalam a permanência da Constituição. Cabe examinar, em seguida, outro tipo de comportamento que repercute na permanência da Constituição, que é a *mudança na Constituição*, para identificar a natureza das relações entre a permanência e a mudança constitucional.

A mudança na Constituição não se identifica, necessariamente, com a desestima da Constituição. Ela se propõe, via de regra, a introduzir aperfeiçoamentos e correções no texto constitucional. Opera no rumo da evolução. Não obstante tais inspirações, a mudança na Constituição reflete, com maior ou menor profundidade, uma insatisfação com o texto constitucional, cuja matéria se propõe alterar ou substituir.

---

14 GEORGES BURDEAU — *Traité de Science Politique* — 2ª edição, vol. IV, L.G.D.J., Paris, 1969.

15 GEORGE BURDEAU — *Traité de Science Politique* — Obra citada, pp. 101-102.

A mudança na Constituição se exterioriza em duas formas de atuação: a reforma constitucional, empregando esta expressão no sentido amplo, para abranger revisão e emenda, e a mutação constitucional. GARCÍA-PELAYO<sup>16</sup> recorda que, desde LABAND, a ciência jurídica alemã se dedica ao estudo das transformações constitucionais, fazendo a distinção entre reforma constitucional — *Verfassungänderung* — e mutação constitucional — *Verfassungswandlung*.

Na definição de HSU DAU-LIN, em cuja lição se louvam GARCÍA-PELAYO<sup>17</sup> e PABLO LUCAS VERDÚ,<sup>18</sup> a mutação constitucional é a separação entre o preceito constitucional e a realidade. A realidade constitucional é mais ampla que a normatividade constitucional. DAU-LIN concebeu quatro classes de mutação constitucional: a) Mutação constitucional mediante prática que não vulnera formalmente a Constituição escrita; b) mutação constitucional por impossibilidade do exercício de determinada atribuição constitucional; c) mutação constitucional em razão de prática que contradiz a Constituição; d) mutação constitucional mediante interpretação.

Exemplo clássico da mutação constitucional pelo não-exercício de atribuição constitucional é o desuso do direito de dissolução da Câmara dos Deputados na III.<sup>a</sup> República Francesa. Prerrogativa do Presidente da República, a dissolução da Câmara dos Deputados verificou-se uma única vez, sob a Presidência MAC-MAHON, em 1877. A renovação dos mandatos conduziu à Câmara expressiva maioria majoria republicana, contrariando o objetivo de MAC-MAHON, o que motivou a renúncia do Presidente da República. O ato isolado não se repetiu na III.<sup>a</sup> República. O parlamentarismo dualista transformou-se no parlamentarismo monista, sob o comando da soberania do Parlamento.

A mutação constitucional nem sempre se ajusta ao sistema da Constituição rígida e sua adoção se compatibiliza melhor com a plasticidade da Constituição e aos períodos iniciais de funcionamento do regime político, como se pode verificar nos casos de sua aplicação. A mutação consagra o uso constitucional, que acaba se sobrepondo à norma escrita da Constituição. Na análise da mutação constitucional nos Estados Unidos, LOEWENSTEIN<sup>19</sup> alude exatamente ao uso constitucional, cuja ação modificadora tornaria irreconhecível aos autores da Constituição o texto de 1787.

---

16 MANUEL GARCÍA-PELAYO — *Derecho Constitucional Comparado* — Alianza Editorial — 1984, p. 137.

17 MANUEL GARCÍA-PELAYO — Obra citada — p. 137.

18 PABLO LUCAS VERDÚ — *Curso de Derecho Político* — vol. IV — Editorial Tecnos, 1984, pp. 179-180.

19 KARL LOEWENSTEIN — *Teoría de la Constitución* — obra citada, p. 107.

O regime parlamentar do século XIX, que surgiu e se consolidou sob o impulso de normas consuetudinárias, tornou-se o território predileto da mutação constitucional. São dessa natureza as *convenções constitucionais* do regime parlamentar britânico e as normas de *correttezza costituzionale*, que mereceram, estas últimas, largo tratamento no Direito Constitucional italiano.

BISCARETTI DI RUFFIA, retomando o tema que SANTI ROMANO desenvolveu no seu trabalho — *Diritto e Correttezza Costituzionale* — qualifica a norma de correção de norma social e muitas vezes o Direito nela encontra seu pressuposto necessário. Estranha ao Direito, a norma de correção é dele indispensável complemento. A norma de *correttezza* socorre, circunda, alimenta e vivifica o Direito, mas não é Direito. Raciocinando em função do Estatuto Albertino, na obra escrita em 1939,<sup>20</sup> BISCARETTI relaciona a norma de correção e o regime parlamentar, “vera inesauribile fonte di norme convenzionali”. No ordenamento italiano, BISCARETTI localizou as normas de correção, que não encontravam maiores resistências no breve texto constitucional flexível, representado pelo Estatuto Fundamental de 4 de março de 1848, em dois planos: o dos poderes discricionários dos órgãos estatais e o das regras de lealdade, educação, cortesia, discrição e deferência entre os Poderes. Dentro desse duplo conteúdo, BISCARETTI examina as mais relevantes normas de “*correttezza costituzionale*” relativas à Coroa, ao Governo do Rei, ao Grande Conselho, às Câmaras, no ordenamento anterior à Constituição republicana de 1947.

Detendo-se no segundo grupo a que se referiu BISCARETTI, SPAGNA MUSSO<sup>21</sup> estabeleceu a distinção entre as convenções constitucionais do regime parlamentar britânico — “*Conventions of the Constitution*” — e as normas de “*correttezza costituzionale*”. Enquanto as convenções constitucionais são normas carentes de juridicidade, embora impregnadas de substancial relevo jurídico e dotadas de sanção política, as normas de *correttezza costituzionale*, segundo conceito elaborado no Direito Italiano, são normas do cerimonial, da boa educação política, do *fair play* constitucional, de mera correção de comportamento nas relações políticas.

5. Na perspectiva histórica, a mudança constitucional se realiza através de formas variadas, as quais repercutem, com maior ou menor intensidade, na validade e na vigência da Constituição. A mudança da Constituição é que se encarrega do processo mais radical de mudança, seja mediante a substituição de uma Constituição por outra, a destruição da Constituição ou a supressão da Constituição, abrindo caminho ao Poder Constituinte originário.

---

20 PAOLO BISCARETTI di RUFFIA — *Le Norme della Correttezza Costituzionale*, Milano, Giuffrè Editore, 1939, pp. 130-133.

21 ENRICO SPAGNA MUSSO — *Diritto Costituzionale* — Vol. 1, Cedam, 1976.

CARL SCHMITT,<sup>22</sup> em sua conhecida *Teoria da Constituição*, publicada em 1927, descreveu as formas históricas das mudanças constitucionais, nelas abrangendo mudanças *da* Constituição e mudanças *na* Constituição, identificadas na Destruição da Constituição, Supressão da Constituição, Reforma Constitucional, Quebra da Constituição e Suspensão da Constituição. A destruição e a supressão da Constituição são formas radicais da mudança constitucional, enquanto a reforma constitucional, a quebra da Constituição e a suspensão da Constituição significam mudanças parciais, atingindo “prescrição legal-constitucional”, sem acarretar substituição da Constituição, embora a mudança parcial possa alcançar forma mais intensa, que se avizinha das formas radicais, quando não obedecer a uma prévia regulação constitucional do processo de mudança. É o que acontece com a suspensão da Constituição, sob a forma de suspensão parcial de regras constitucionais, em processo não previsto na Constituição, para autorizá-la. Infere-se da exposição de CARL SCHMITT que as formas radicais da mudança constitucional acarretam a substituição, por destruição ou supressão da Constituição, das decisões políticas fundamentais (formas de Governo e de Estado, direitos fundamentais), enquanto as mudanças parciais se referem às leis constitucionais ou prescrições legais-constitucionais, observada a distinção que CARL SCHMITT<sup>23</sup> estabeleceu entre Constituição e Lei Constitucional, o conceito absoluto e o conceito relativo de Constituição. Na primeira acepção, a Constituição é a decisão de conjunto sobre o modo e a forma da unidade política e na segunda a Constituição é o documento que contém uma pluralidade de leis constitucionais.

JORGE MIRANDA<sup>24</sup> elaborou o conceito de *vicissitudes constitucionais*, que corresponde ao de mudanças constitucionais, dando-lhe o significado de “quaisquer eventos que se projetem sobre a subsistência da Constituição ou de algumas das suas normas”, para abranger na amplitude da categoria as vicissitudes radicais e as vicissitudes parciais. São tipos de *vicissitudes constitucionais* a revisão constitucional, a derrogação constitucional, o costume constitucional, a interpretação evolutiva da Constituição, a revisão indireta, a revolução, a ruptura não revolucionária, a transição constitucional e a suspensão parcial da Constituição.

Esclarece JORGE MIRANDA<sup>25</sup> que a *revisão constitucional* é modificação da Constituição com a finalidade de auto-regeneração e autoconservação, a *derrogação* corresponde à violação, a título excepcional, de prescrição legal-constitucional, o *costume constitucional* e a *interpretação*

---

22 CARL SCHMITT — *Teoría de la Constitución* — Tradução de Francisco Ayala. Editorial *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1934, pp. 115/117.

23 CARL SCHMITT — Ob. cit., pp. 13, 23, 27, 28, 29.

24 JORGE MIRANDA — *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, Tomo II — Coimbra Editora, 1981, p. 429.

25 JORGE MIRANDA — Ob. cit., pp. 433, 434, 436, 437, 439, 441.



*evolutiva da Constituição* são modificações tácitas da Constituição, a *revolução* e a *ruptura não revolucionária* situam-se no plano das vicissitudes constitucionais com ruptura na continuidade da ordem jurídica, mediante alterações totais ou parciais, a *transição constitucional* é a passagem de uma Constituição material a outra com observância das formas constitucionais, a *suspensão da Constituição* acarreta a não vigência durante certo tempo de algumas normas constitucionais, por imperativos de *salus publica*, configuradora do estado de sítio e de outras situações extraordinárias ou de necessidade.

6. A reforma da Constituição é processo técnico de mudança constitucional. Trata-se de criação do poder constituinte originário, do qual o poder de reforma recebeu a incumbência de introduzir alterações na Constituição, para afeiçoá-la às exigências do tempo. A reforma da Constituição decorre do poder constituinte derivado ou instituído, ocupando posição diversa do Poder constituinte originário e do Poder Legislativo ordinário. Não dispõe da plenitude criadora do Poder Constituinte originário e se sobrepõe ao legislador ordinário. Tendo por objeto de sua atuação a norma constitucional, o poder de reforma, na ampla acepção do termo, apresenta-se como o constituinte de segundo grau, subordinado ao Poder Constituinte originário, que é o responsável pela sua introdução no texto da Constituição e autor das regras que condicionam o seu aparecimento e disciplinam sua atividade normativa. Dentro dessa configuração dual do Poder Constituinte, não me parecem procedentes as críticas que impugnam o emprego da expressão consagrada, de modo geral, pelos publicistas — poder constituinte derivado ou instituído —, sob o argumento especioso de que a denominação de Poder Constituinte deve ser reservada ao poder originário, o criador da Constituição, negando autonomia à segunda categoria de Poder Constituinte, ao qual esses críticos preferem tratar de poder de reforma, subtraindo dele a qualificação constituinte.

Reforma, emenda e revisão são manifestações do poder constituinte instituído, que podem receber tratamento diferenciado, atribuindo a cada uma dessas formas objeto próprio de atividade, bem como tratamento indiferenciado, sem distinguir uma da outra manifestação pela forma ou matéria de sua atividade.

No Direito Constitucional Positivo, Reforma, Emenda e Revisão ora se apresentam individualizadas, recebendo matérias distintas e enquadradas em procedimentos destacados, ora aparecem unificadas, dentro de regulação comum e igual, que extingue a pluralidade das formas do poder constituinte derivado. A boa técnica constitucional recomenda, no caso de adoção do processo unificado, o emprego do termo correspondente, em linguagem do mesmo nível unitário, para afastar ambigüidades terminológicas.

A variedade terminológica na identificação das formas do Poder Constituinte instituído ou derivado, refletindo preferência do Direito Constitu-

cional Positivo e da doutrina constitucional, não impediu a compreensão comum sobre a natureza limitada da atividade do poder constituinte instituído, nas suas formas de emenda, reforma ou revisão. As Constituições fixam as limitações, maiores ou menores, que condicionam a atividade do Poder Constituinte instituído, e a doutrina constitucional, antiga ou contemporânea, não diverge no entendimento das limitações que condicionam a conduta desse Poder, seja ele denominado Poder de Reforma, Poder de Emenda ou Poder de Revisão.

GEORGES BURDEAU,<sup>26</sup> em profundo e exaustivo exame das formas de Poder Constituinte, oferece a dimensão dessa limitação quando confere ao Poder Constituinte instituído a qualificação de órgão do Estado, submetido, a exemplo dos demais órgãos do Estado, às regras da Constituição relativas à sua estruturação e às condições de seu funcionamento, vale dizer, às regras que dimanam de ordenamento pré-estabelecido. Conceituando o Poder instituído ou de revisão como poder essencialmente limitado, BURDEAU<sup>27</sup> desenvolve essa afirmação axiomática em dois argumentos fundamentais. O primeiro considera que o Poder de Revisão — Poder Constituinte Instituído — é criação da Constituição e se ele ab-rogar a Constituição estará destruindo o fundamento de sua competência. O segundo argumento se projeta no campo do regime político. BURDEAU sustenta que as formas de revisão são comandadas pelo regime político estabelecido na Constituição. A solidariedade entre o fundamento político-filosófico da Constituição e o tipo de revisão nela previsto torna a revisão inseparável da ordem constitucional. A revisão é tributária da idéia de direito que fundamenta o poder político e incorrerá em desvio de poder se a revisão colocar-se a serviço de outra idéia de direito. Admitindo a revisão total, quando estiver expressamente consignada na Constituição, BURDEAU<sup>28</sup> sustenta que o silêncio ou a imprecisão do texto constitucional sobre a revisão total, deve ser interpretado como proibição dessa modalidade de revisão. O desconhecimento da natureza limitada do poder constituinte derivado, seja ele denominado poder de revisão, poder de emenda ou poder de reforma, ou a prática da revisão total, quando ela não for expressamente prevista na Constituição, conduzirá ao que se denominou de “fraude à Constituição”.

A limitação é idéia imanente ao poder constituinte instituído. Essa imanência frequentemente se revela nas limitações materiais e circunstanciais, mediante a designação de temas e períodos insusceptíveis de revisão, emenda ou reforma constitucional. A exclusão da forma de governo da

---

26 GEORGES BURDEAU — *Traité de Science Politique*, vol. IV — citado, pp. 234/235.

27 GEORGES BURDEAU — *Traité de Science Politique* — citado, pp. 251-252.

28 GEORGES BURDEAU — *Traité de Science Politique* — citado, p. 261.

proposta de revisão, consagrada na Lei Constitucional Francesa de 14 de agosto de 1884, caracterizando limitação material ao poder constituinte derivado, espalhou-se nos ordenamentos republicanos, que ampliaram, sucessivamente, o conteúdo das limitações até alcançar a extensão pletórica que as restrições atingiram na Constituição Portuguesa de 1976, a que parece ter ido “mais longe na enumeração de limites”, conforme acentua JORGE MIRANDA.<sup>29</sup>

As limitações não se esgotam na enunciação explícita de matérias ou de circunstâncias impeditivas de revisão, emenda ou reforma. CANOTILHO<sup>30</sup> confere relevo aos *limites tácitos* para aduzir que, às vezes,

“as Constituições não contêm quaisquer preceitos limitativos do poder de revisão, mas entende-se que há limites não articulados ou tácitos, vinculativos do poder de revisão. Esses limites podem ainda desdobrar-se em limites textuais implícitos, deduzidos do próprio texto constitucional, e limites tácitos imanentes numa ordem de valores pré-positiva, vinculativa da ordem constitucional concreta.”

Exprimindo as reservas da experiência constitucional portuguesa, que adotou ampla enumeração dos limites materiais, CANOTILHO<sup>31</sup> afirma a incompatibilidade do cumprimento da tarefa constitucional “com a completa disponibilidade da Constituição pelos órgãos de revisão”, especialmente “quando o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário”.

ALESSANDRO PIZZORUSSO<sup>32</sup> igualmente reconhece a existência da limitação explícita e da limitação implícita que controla o Poder de Revisão. No exame da Constituição da Itália, PIZZORUSSO afasta a possibilidade de confeccionar um elenco taxativo das limitações implícitas, preferindo localizá-las nos princípios fundamentais inderrogáveis, como o princípio da soberania popular, o princípio solidarístico, o princípio da igualdade formal e substancial, o princípio da proteção ao trabalho, o princípio autonomístico, o princípio pluralístico, entre outros.

O reconhecimento da natureza limitada do poder constituinte instituído é tema comum aos publicistas brasileiros. PONTES DE MIRANDA,<sup>33</sup> nos *Comentários à Constituição Federal de 1934*, texto que inovou substancial-

---

29 JORGE MIRANDA — *Manual de Direito Constitucional* — Ob. cit., p. 474.

30 J. J. GOMES CANOTILHO — *Direito Constitucional* — Livraria Almedina — Coimbra, 1991, p. 1135.

31 J. J. GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional* — Ob. cit., p. 1.135.

32 ALESSANDRO PIZZORUSSO. *Comentário della Costituzione a cura di G. Branca — Garanzie Costituzionali* — Zanichelli Editore, 1981, pp. 721-722.

33 PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil* — Tomo II, Editora Guanabara, p. 528.

mente a técnica da reforma constitucional brasileira, frisou o caráter limitado do “poder emendador e revisor”. PINTO FERREIRA<sup>34</sup> sempre insistiu na barreira oposta à atividade de reforma constitucional.

NELSON DE SOUZA SAMPAIO<sup>35</sup> recordando a múltipla designação do Poder de Reforma, aprofunda o estudo das limitações materiais explícitas e as limitações materiais inerentes à reforma constitucional. JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>36</sup> sustenta que o poder de reforma “é inquestionavelmente um poder limitado, porque regrado por normas da própria Constituição”. JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO,<sup>37</sup> em sua *Teoria Geral do Poder Constituinte*, recorda a distinção entre o “poder constituinte originário e o poder constituinte derivado, constituído, instituído ou de segundo grau, que é limitado”. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO<sup>38</sup> e CELSO RIBEIRO BASTOS,<sup>39</sup> em valiosas análises dedicadas ao tema, acentuam a natureza limitada do poder de reforma constitucional. IVO DANTAS<sup>40</sup> tece oportunas considerações sobre o alcance da emenda e da revisão no texto da Constituição Federal de 1988, considerando a emenda de âmbito restrito, enquanto a *revisão* tende a ser ampla e abrangente, não obstante a comum localização da emenda e da revisão no domínio limitado do poder constituído ou poder reformador.

7. No Direito Constitucional Positivo, a mudança na Constituição não se identifica por terminologia uniforme. Reforma constitucional, Revisão constitucional e Emenda à Constituição são os termos que designam o processo de mudança, refletindo a preferência variável do constituinte. Há Constituições que empregam indiferentemente reforma, emenda ou revisão, sem a preocupação de atribuir procedimento ou conteúdo diferenciado a

---

34 PINTO FERREIRA. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno* — 2ª edição. Tomo I — Konfino Editor, 1951. pp. 174-175. *Curso de Direito Constitucional* — 5ª edição, 1991 — Editora Saraiva, p. 19. *Comentários à Constituição Brasileira*, 3º vol., 1992, Editora Saraiva, pp. 192, 193, 194, 195, 208, 209.

35 NELSON DE SOUZA SAMPAIO. *O Poder de Reforma Constitucional Moderno* — 2ª edição atualizada, 1961, Imprensa Oficial — Bahia, pp. 40, 80, 88.

36 JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Curso de Direito Constitucional* — 7ª edição, 1991, p. 58.

37 JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO. “Teoria Geral do Poder Constituinte” — *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº 52, janeiro de 1981, pp. 40, 41, 50, 57.

38 MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. *Curso de Direito Constitucional* — 17ª edição, 1989, Editora Saraiva, pp. 24, 25, 26.

39 CELSO RIBEIRO BASTOS — IVES GANDRA MARTINS. *Comentários à Constituição do Brasil* — 1º vol., 1988, Editora Saraiva, pp. 155/159. “Curso de Direito Constitucional” — 11ª edição, 1989, Editora Saraiva, pp. 32/36.

40 FRANCISCO IVO DANTAS CAVALCANTI. *Poder de Reforma como Garantia da Supralegalidade Constitucional*. Tese de Doutorado em Direito — Belo Horizonte, 1990, pp. 156/161, 189/200.

essas modalidades de mudança constitucional. Outras Constituições fazem a distinção entre Reforma, Emenda ou Revisão. Há o grupo de Constituições que prefere a linguagem unificada, para designar a mudança sob o título exclusivo da Revisão, da Reforma ou da Emenda.

*Revisão da Constituição* é o termo preferido, para designar o procedimento da mudança constitucional, nas Constituições da Bélgica de 7 de fevereiro de 1831 (art. 131), da República Federal da Alemanha — Lei Fundamental de 23 de maio de 1949 (art. 79 — 1.2.3), da Itália de 27 de dezembro de 1947 (art. 138), da França de 4 de outubro de 1958 (art. 89), da Suíça de 29 de maio de 1874 (arts. 118/123), de Portugal de 2 de abril de 1976 (arts. 284/289).

Nestas Constituições, aqui mencionadas a título exemplificativo, a revisão submete-se a regras limitadoras de forma e de fundo. Pela Constituição da Bélgica, se o Poder Legislativo — Câmara dos Representantes e Senado — declarar a necessidade da revisão de determinadas disposições constitucionais, as duas Câmaras são dissolvidas, convocando-se eleições gerais para renová-las. As Câmaras eleitas decidirão, de comum acordo com o Soberano, as matérias que serão submetidas à revisão (art. 131). O procedimento complexo e o acordo de vontades para definir o conteúdo da revisão explicam o uso restrito da revisão constitucional e a lentidão do procedimento. A última revisão da Constituição da Bélgica, que é a terceira na ordem cronológica, consumiu dezesseis anos de deliberação.<sup>41</sup> Na Constituição da Itália, que prevê a possibilidade de submeter a lei de revisão ao “*referendum*” popular (art. 138), em determinadas condições, a forma republicana não pode ser objeto de revisão constitucional, em limitação explícita (art. 139). A Lei Fundamental de Bonn exclui expressamente da revisão constitucional a organização da Federação em Estados, o princípio da participação dos Estados na legislação, os direitos fundamentais (arts. 1.º até 19), os princípios do Estado Federal democrático e social (art. 20.1), a fonte popular do poder (art. 20.2), o respeito à Constituição, à lei e ao Direito pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 20.3). A Constituição da França, que admite três processos de revisão da Constituição — o processo normal do art. 89 e os dois processos excepcionais dos arts. 11 e 34, sendo controvertida a constitucionalidade do processo contido no art. 11, que JACQUES CADART<sup>42</sup> denomina de “processo inconstitucional” — proíbe a revisão no caso de atentado à integridade do território francês e dispõe que a forma republicana de governo não pode ser objeto de revisão. A *Constituição de Portugal* adota dupla modalidade de revisão. A primeira forma de revisão pressupõe

---

41 PIERRE WIGNY. *La Troisième Revision de la Constitution* — Bruxelles — Établissements Émile Bruylant — 1972, p. 74.

42 JACQUES CADART. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel* — Tomo I, 2ª edição, L.G.D.J., Paris, 1979, p. 136.

o decurso de cinco anos, a partir da data da publicação da revisão anterior. No uso dessa competência, a Assembléia da República promoveu as Revisões Constitucionais de 1982 e 1989. A outra modalidade, também chamada de revisão extraordinária, poderá ocorrer a qualquer momento e sua aprovação dependerá da “maioria de quatro quintos dos Deputados em efetividade de funções”, conforme estabelece o inciso 2 do artigo 284. No caso da revisão após o decurso de cinco anos, que é designada de revisão ordinária, as alterações constitucionais devem ser aprovadas “por maioria de dois terços dos Deputados em efetividade de funções” (art. 286 — 1). A Constituição Portuguesa impõe ao poder de revisão constitucional extensa limitação material, abrangendo quatorze matérias, identificadas nas alíneas *a* até *o* do artigo 288. Aos limites materiais, a Constituição acrescentou os limites circunstanciais de revisão, para vedar a prática de ato de revisão constitucional na vigência do estado de sítio ou do estado de emergência (art. 288). A ampla irreformabilidade constitucional consagra a ortodoxia do regime político, visando subtrair ao constituinte de revisão o exercício de atividade modificadora dos princípios que identificam as decisões políticas fundamentais. A experiência portuguesa demonstra que a irreformabilidade não é intransponível. A revisão constitucional de 1989 alterou a redação de princípios incluídos no domínio da intangibilidade constitucional, para, através do processo da dupla revisão, abrandar o conteúdo de princípios considerados irreformáveis na redação originária da Constituição. A nova redação da alínea *f* do artigo 288 exemplifica a alteração abrandadora, que eliminou a irreformabilidade do “princípio da apropriação coletiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais, e a eliminação dos monopólios e dos latifúndios”, substituindo a regra coletivizadora da economia socialista pelo enunciado do princípio genérico da “coexistência do setor público, setor privado e do setor cooperativo e social de propriedade dos meios de produção”, que a lei de revisão deverá respeitar. A Constituição da Suíça autoriza a revisão total e a revisão parcial da Constituição e introduz a iniciativa popular e o *referendum* no processo da revisão constitucional (arts. 120, 121, 122).

*Emenda à Constituição* é a locução adotada na Constituição dos Estados Unidos de 1787, em seu artigo V, para identificar o poder de mudança constitucional conferido ao Congresso, através de suas duas Casas, para propor “amendments to this Constitution”, ou, se a iniciativa emanar das legislaturas de dois terços dos Estados, o poder de propor emendas se deslocará para uma Convenção: ...“or, on the application of the legislatures of two thirds of the several States, shall call a convention for proposing amendments”...

*Reforma da Constituição* é o termo empregado para designar o procedimento de mudança nas Constituições da Argentina de 1853 (art. 30), do México de 1917 (art. 135), do Uruguai de 1967 (art. 331), do Peru de 1979 (art. 356) — esta última ora submetida ao processo nela não

previsto de suspensão por ato do Presidente da República —, do Chile de 1981 (art. 116) e da Espanha de 1978 (arts. 168/169).

Na Argentina, as reformas constitucionais de 1866, 1898, 1949 e 1957 vinculam-se ao texto originário de 1853. A reforma de 1949, que acrescentou matéria nova e alterou substancialmente as disposições existentes, acolhendo as concepções peronistas, reportou-se ao texto originário da Constituição de 1853, que não foi substituído por outro, não obstante as inspirações ideológicas colidentes que caracterizaram a reforma de 1949, portadora da filosofia peronista do Estado, do Poder, da Cultura e da Economia. A Constituição do Uruguai admite a reforma constitucional total ou parcial (art. 331), estabelece a relação entre reforma e plebiscito (art. 331, *a, b*), prevê a eleição de Convenção Nacional Constituinte, para elaborar o projeto de reforma e submetê-lo ao Corpo Eleitoral (art. 331, *c*), faculta a reforma na via de leis constitucionais aprovadas pelas Câmaras e pelo eleitorado (art. 331, *d*). A Constituição do Peru contém engenhoso procedimento de reforma constitucional, no qual a manifestação plebiscitária poderá exercer a função de arbitragem nos dissídios entre o Congresso e o Presidente da República (arts. 117/118). A Constituição da Espanha autoriza o *referendum* da reforma constitucional (art. 167.3), se nesse sentido houver requerimento de membros de qualquer das Câmaras; dispõe que a revisão total ou a revisão parcial, quando repercutir no Título Preliminar — que contém as decisões sobre o Estado Social e Democrático de Direito, a soberania nacional, a Monarquia Parlamentar, a garantia do direito à autonomia das Nacionalidades e Regiões, a língua oficial e as divisões linguísticas da Espanha — nos Direitos Fundamentais, Liberdades Públicas e na Coroa de Espanha, além de requerer a aprovação pela maioria de dois terços de cada Câmara, acarretará a dissolução imediata das Cortes (artigo 168), isto é, do Congresso dos Deputados e do Senado. O texto da reforma que for aprovado pelas Câmaras eleitas após a dissolução deverá ser submetido ao *referendum* (art. 168.3).

A vigente Constituição da Venezuela adota o duplo processo de *emenda* e de *reforma* constitucional (arts. 245 — 1.º até 6.º e 246 — 1.º até 4.º). A emenda altera os artigos e tem alcance limitado. O Projeto de Reforma é abrangente e pode dar origem a nova Constituição, se, além da aprovação parlamentar, obtiver, em seguida, a aprovação popular na via *referendum* (art. 246, 4.º).

8. Reforma, emenda e revisão são expressões que identificam no Direito Constitucional Brasileiro a sede do poder constituinte instituído, ao qual se conferiu o exercício de competência para operar a mudança na Constituição, dentro de normas pré-estabelecidas pelo constituinte originário. A Constituição Monárquica de 1824 (art. 174) e a Constituição Republicana de 1891 (art. 90) preferiram a expressão *reforma* para designar o processo de mudança constitucional. A Constituição de 1934 enriqueceu o vocabulário jurídico, adotando dupla designação, diferenciando uma da outra:

*Emenda*, quando as alterações de mudança constitucional não modificarem a estrutura política do Estado (União perpétua e indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios — Competência privativa da União — Competência privativa dos Estados — Competência concorrente da União e dos Estados — Intervenção federal — Autonomia municipal — Vedações constitucionais — Bens do domínio da União e dos Estados), a organização ou competência dos poderes da soberania (Poder Legislativo — Poder Executivo — Poder Judiciário — Coordenação dos Poderes — Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios — Declaração de Direitos — Estado de Sítio — Defesa contra os efeitos das secas no Nordeste — Sistema da representação proporcional — Voto secreto — Processo de emenda e revisão constitucional). *Revisão*, quando as alterações propostas alcançarem as matérias subtraídas à emenda constitucional. A Carta de 1937, marcando sua indiferença às formas constitucionais, empregava as expressões *emenda*, *modificação* ou *reforma*, dando-lhes sentido equivalente, para caracterizar o processo de Emenda à Constituição (artigo 174). As Constituições de 1946 (art. 217) e de 1967 (arts. 49 — I e 50) e a Emenda Constitucional n.º 1 de 1969 (arts. 46 — I, 47, 48 e 49) tornaram a *emenda* o objeto da atividade do Poder Constituinte derivado. O caráter unitário da emenda, como único instrumento da mudança constitucional, ao contrário da Constituição de 1934 que pluralizou essa instrumentalidade, só ficou comprometido quando a redação do texto de 1946 proibiu a *reforma* na vigência do estado de sítio (art. 217, § 5.º), abandonando na regra vedatória o emprego unitário do termo emenda.

A limitação da matéria que poderá ser objeto da reforma, da emenda ou da revisão, de modo a circunscrever o domínio da emenda a determinados artigos, o da reforma e o da revisão, para matéria mais ampla, não encontra correspondência na prática constitucional brasileira. Sob a vigência da Constituição Federal de 1946, foram promulgadas *emendas breves* e *emendas longas*. No primeiro grupo, identificando emendas que introduziram alterações no artigo ou em parte dele, incluem-se a Emenda Constitucional n.º 7, de 22 de maio de 1964, que suspendeu a vigência do § 34 do artigo 141 da Constituição, em texto de artigo único; a Emenda Constitucional n.º 8, da mesma data, que alterou a redação do inciso XVI do artigo 87 da Constituição; a Emenda n.º 12, de 8 de abril de 1965, que deu nova redação ao § 1.º do artigo 28 da Constituição; a Emenda Constitucional n.º 20, de 25 de maio de 1966, dando nova redação ao artigo 185 da Constituição e a Emenda Constitucional n.º 21, de 29 de novembro de 1966, que suprimiu o parágrafo único do artigo 199 e substituiu palavras na redação do mencionado artigo. Ao grupo de *emendas largas*, que ingressam na conceituação mais dilatada da reforma e da revisão, pertencem, entre outras, a Emenda Constitucional n.º 4, de 2 de setembro de 1961, que instituiu o sistema parlamentar de Governo; a Emenda n.º 5, de 21 de novembro de 1961, que estabeleceu nova discriminação das receitas municipais; a Emenda n.º 9, de 22 de julho de 1964, dispondo sobre a



eleição de Deputados, Senadores, Presidente e Vice-Presidente da República; a Emenda Constitucional n.º 14, de 3 de junho de 1965, que definiu as inelegibilidades para Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador do Estado, Prefeito e Vice-Prefeito; a Emenda Constitucional n.º 16, de 26 de novembro de 1965, que continha a reforma do Poder Judiciário; a Emenda Constitucional n.º 18, de 1.º de dezembro de 1965, organizando o sistema tributário nacional. Na vigência da Constituição Federal de 1967, a extensão da Emenda Constitucional atingiu a forma extrema da Emenda total, desconhecida na própria Constituição, através da Emenda n.º 1 de 17 de outubro de 1967, outorgada pelos Ministros Militares no exercício anômalo e inconstitucional da Presidência da República. Nesse período do autoritarismo político, incluem-se na categoria das *emendas longas*, abrangendo nas suas alterações numerosas disposições constitucionais, as Emendas Constitucionais n.ºs 8, de 14 de abril de 1977, 11, de 13 de outubro de 1978, 22, de 29 de junho de 1982 e 25, de 15 de maio de 1985.

Não havendo conteúdo material para distinguir Emenda, Reforma e Revisão, por silêncio da Constituição, torna-se de manifesta fragilidade e irrelevância o simples critério formal, fundado na anexação do texto, no caso de Emenda, ou de sua incorporação à Constituição, quando se tratar de revisão ou reforma.

A Constituição Federal de 1988 conferiu tratamento mais complexo à técnica da mudança constitucional, prevendo a adoção da Emenda e da Revisão Constitucional, para atingir aquele objetivo.

Aproximou-se da Constituição Federal de 1934, consagrando a dupla modalidade de mudança constitucional, através da Emenda e da Revisão, mas dela se afastou ao deixar a revisão sem conteúdo próprio, admitir sua utilização uma só vez — ... “após cinco anos, contados da promulgação da Constituição”... — e adotar processo simplificado de revisão.

A Constituição de 1988 ordenou as fases procedimentais da Emenda à Constituição, compreendendo a iniciativa (art. 60, I, II e III), a deliberação, em dois turnos, o *quorum* da aprovação (art. 60, § 2.º) e a promulgação (art. 60, § 3.º). Vedou a emenda na vigência do estado de sítio, da intervenção federal e do estado de defesa (art. 60, § 1.º). Excluiu da deliberação a proposta de emenda que pretender abolir as matérias consideradas irreformáveis pela Constituição, integrando o conjunto das decisões políticas fundamentais (art. 60, § 4.º, I, II, III e IV).

Contrastando com o cauteloso formalismo que comanda o processo de Emenda, a revisão constitucional foi contemplada em único e breve artigo do *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*. Compreende-se a localização no Ato das Disposições Transitórias, pois a revisão constitucional — como as outras matérias que se inscrevem naquele setor —, terá duração

efêmera e, uma vez consumada, desaparecerá como norma de eficácia transitória.

O que surpreende e causa estranheza na análise do artigo 3.º do *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias* é a escassez normativa na regulação da revisão constitucional, amesquinhando tema relevantíssimo. Limitou-se o constituinte a prever a realização da revisão constitucional, “após cinco anos, contados da promulgação da Constituição”, fixar o *quorum* de aprovação — “maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional” —, sensivelmente inferior ao agravado *quorum* de “três quintos dos votos” dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, exigido para aprovação da Emenda; acolher a deliberação “em sessão unicameral”, dispensando a deliberação bicameral e não promiscua, adotada na Emenda à Constituição, que corresponde melhor à estrutura do bicameralismo federal brasileiro. O constituinte, se não incorreu nela, aproximou-se da *anomia costituzionale*, que SPAGNA MUSSO<sup>43</sup> equiparou ao “vuoto normativo-costituzionale”.

Desprezou o constituinte de 1988 o modelo constitucional de 1954, que cuidou, tecnicamente, da revisão constitucional, no seu conteúdo material e no seu procedimento (art. 178 — §§ 2.º e 3.º). Ignorou a contribuição do Direito Comparado, oferecida pela Constituição Portuguesa de 1976, que delimitou a época e o domínio indevassável pela revisão constitucional. Não teve a cautela de organizar o sistema de defesa da revisão, proibindo sua efetivação na vigência da intervenção federal, do estado de sítio e do estado de defesa. Não cabe indagar qual teria sido a intenção do constituinte, quando abandonou o seu gosto pela expansividade da matéria constitucional, para dar preferência ao laconismo da revisão constitucional.

O certo é que a revisão congressional, prevista no artigo 3.º do ADCT, apesar da escassez normativa, não descaracteriza a revisão como forma limitada de mudança constitucional, compartilhando as limitações que, em nosso ordenamento constitucional, atingem a Emenda à Constituição. A Revisão, a Reforma e a Emenda estão localizadas no Poder Constituinte derivado ou de segundo grau e são formas de manifestação desse poder, que surge de transformação do Poder Legislativo ordinário.

A revisão constitucional admitida pelo artigo 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é revisão parcial. Não se cogitou da revisão total naquele artigo ou em qualquer outro da Constituição.

Manifestação do Poder Constituinte derivado, a revisão constitucional também se submeterá às mesmas limitações materiais e circunstanciais que condicionam a atividade do poder de emenda à Constituição. Portanto,

---

<sup>43</sup> ENRICO SPAGNA MUSSO. *Diritto Costituzionale* - - vol. 1, Cedam, 1976, p. 135.

não deverá constituir objeto de deliberação proposta de revisão tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes (adotada, com as respectivas peculiaridades, tanto no regime parlamentar como no regime presidencial), os direitos e garantias individuais. A Constituição não poderá ser revista na vigência da intervenção federal, do estado de defesa ou do estado de sítio.

As limitações comuns à Emenda e à Revisão, por se tratar de formas de manifestação do poder constituinte derivado, que atuam no plano da mudança na Constituição, devem ser acrescentadas as limitações específicas, que advirão do plebiscito popular, definindo a forma de governo — República ou Monarquia Constitucional — e o sistema de governo Regime Parlamentar ou Regime Presidencial. A sucessividade da revisão em relação ao plebiscito, que antecederá aquela, não deve ser interpretada restritivamente, como se a única matéria que poderá ser objeto da revisão se esgotasse na forma de governo e no sistema de governo preferidos pelo corpo eleitoral brasileiro. Trata-se da limitação mais próxima, tendo em vista a sucessividade entre o plebiscito e a revisão, mas não é a única matéria que poderá constituir objeto de revisão. A Constituição assim não dispõe. A escolha popular decorrente do plebiscito representará outra limitação material relevante ao exercício da revisão constitucional, juntando-se às demais limitações que configuram a natureza derivada e instituída da revisão congressional.

É razoável a interpretação que não vê o artigo 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias como norma em si, isolada do conjunto da Constituição e indiferente ao sistema que ela organizou. O artigo 3.º do ADCT é parte do todo constitucional. A revisão congressional nele prevista participa da competência limitada do poder constituinte derivado, sem dispor, como é óbvio, da energia criadora do poder constituinte originário. É necessário refletir que a tarefa da revisão congressional foi confiada, em princípio, aos membros que integram a atual composição do Congresso Nacional, no final dos respectivos mandatos. A Constituição de 1988 não determinou a renovação do Congresso, como providência preliminar, para captar as tendências da vontade popular, nem ordenou a submissão do texto revisto ao *referendum* popular. A hora declinante dos mandatos legislativos e a distância entre o órgão de revisão e a vontade popular recomendam a conduta mais comedida do constituinte da revisão congressional, se ela realizar-se na atual legislatura.

A revisão constitucional de competência limitada, como é de sua índole, proporcionará ao constituinte da revisão congressional a oportunidade para nova leitura da pletórica Constituição Federal de 1988, de modo a introduzir no seu texto as alterações, as retificações e os aperfeiçoamentos que forem indispensáveis à consolidação do Estado Democrático e ao bem-estar do povo brasileiro.

# Revisão Constitucional e Sistema de Governo (\*)

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

## SUMÁRIO

1. *Sem medo da revisão: um novo futuro.* 2. *Sem medo do povo: um novo sistema de Governo.* 3. *Conclusões.*

### 1. *Sem medo da revisão: um novo futuro*

Início por manifestar estranheza e preocupação com respeito à aversão de alguns publicistas pátrios à Revisão constitucional, providencialmente prevista no artigo 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que se integrou à nossa Carta Política de 1988.

Trata-se de um número reduzido, é verdade, mas a autoridade científica dessas vozes vem de criar uma obrigação, para este Congresso de especialistas, de passar à sociedade civil uma mensagem de confiança no progresso e na perfectibilidade das instituições constitucionais, como expressão de crença no próprio homem e, em especial, na *democracia*, que escolhemos como regime político e modo de vida.

Essa aversão se traduz em argumentos jurídicos e argumentos políticos, que podem ser resumidos e esquematizados em sete objeções.

#### *As objeções jurídicas*

a) O artigo 3.º do ADCT não tem autonomia no texto: deve ser considerado assim como um “parágrafo” ao artigo anterior, de modo que a Revisão se restringiria a uma mera adaptação da Carta ao resultado do plebiscito, e se necessário fosse;

b) o Congresso Nacional atual não foi convocado com poderes constituintes plenos, como ocorreu com o anterior;

c) qualquer revisão, que se pretenda, não poderá ser geral, devendo obedecer às vedações das cláusulas pétreas do Texto permanente (art. 60. § 4.º).

#### *As objeções políticas*

---

\* Apresentação feita ao XIII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional.

a) A revisão levaria a abolir os acertos da Constituição de 1988 sem, necessariamente, corrigir seus erros;

b) a revisão seria, afinal, prematura, pois as potencialidades da Carta Política de 1988 não puderam ser desenvolvidas por falta de legislação complementar;

c) a revisão poria em risco os direitos e garantias consagrados na Constituição de 1988;

d) a revisão seria, em geral, um retrocesso político.

### 1.1. *Apreciação*

Nenhum desses argumentos resiste a um exame crítico, evidenciando, em seu conjunto, uma postura emocional.

#### *Objções jurídicas*

##### a) *Negativa de autonomia do art. 3.º, ADCT.*

Está-se diante de uma interpretação de fundamento meramente topográfico: *post hoc, ergo propter hoc*. É como se o constituinte houvesse, por equívoco, deixado de vincular um dispositivo ao outro. Formando, como deveria, o art. 3.º um parágrafo do anterior.

Essa interpretação revela desconhecimento da origem do instituto da *revisão constitucional*, enquanto espécie do gênero *reforma constitucional*, do qual a *emenda constitucional* é a outra espécie. Sua inspiração está na Constituição portuguesa de 1976, que, por sua vez, adotou a revisão como consectário de uma opção por uma Carta política analítico-casuística. A preferência por esse modelo, por sua vez, decorreu da poderosa orientação teórico-doutrinária do eminente constitucionalista português JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, que, com o conceito de “constituição dirigente” (referência à sua “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, Coimbra, 1982, pp. 79 ss.), advogou para ela um papel de “tarefa” e de “projeto” político, “um conjunto de normas constitutivas para a identidade de uma ordem política e social e do seu processo de realização” (“Direito Constitucional”, Ed. Almedina, Coimbra, 1991 — 5.ª edição, p. 89, recordando o jurista suíço BAUMLIN).

Por suposto, adotado esse conceito de ideologização ou orientação partidária de uma Constituição, sua consequência, para a própria sobrevivência da Carta Política, haveria de ser uma periódica revisão, como o próprio CANOTILHO explica adiante: “a idéia de superioridade do poder constituinte não pode desembocar na idéia de *constituição ideal*, alheia a seu “plebiscito cotidiano” (“op. cit.”, pp. 1129/1130).

Nada tem, portanto, a teoria da revisão constitucional, a ver com uma colocação topográfica de sua admissibilidade, seja no Ato das Dispo-

sições Constitucionais Transitórias, seja no Texto permanente, como é o caso da Constituição portuguesa (arts. 284 e ss.), que admite uma *revisão ordinária* quinquenal (art. 284, 1) com *quorum* de 2/3, ao lado de uma *revisão extraordinária*, em qualquer momento (art. 284, 2), com *quorum* de 4/5 dos deputados (esta, a “emenda”, em nossa nomenclatura).

*b) Ausência de legitimidade do Congresso Nacional para tornar-se uma Assembléia Constituinte Revisional.*

Alega-se a falta de expressa convocação atributiva de poderes constituintes derivados, sem se atentar que ela está *implícita* no próprio art. 3.º, ADCT, que, mais do que simplesmente admitir, *determina* a revisão constitucional (“será realizada após cinco anos”).

Assim é que o povo brasileiro, *ao eleger o atual Congresso*, tinha necessariamente presente essa potencial transformação em Assembléia Constituinte Revisional.

Quanto ao instrumento convocatório, a legitimidade do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é tanto ou mais patente que a da Emenda Constitucional à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969, que convocou a Assembléia Nacional Constituinte em 1988.

Do mesmo modo, a Assembléia de 1993 será tanto ou mais legítima que a de 1988, pois foi eleita sob as regras e garantias do novo regime constitucional, livre, portanto, das distorções herdadas do período autoritário, como os “senadores biônicos”, e do “plano cruzado” do então Presidente JOSÉ SARNEY.

*c) Limitação material da Revisão de 1995.*

Limites *expressos* não existem, porque, para inibir especificamente a Revisão, deveriam estar no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, já que, no Texto permanente só se cogita de limites expressos para a emenda (art. 60, § 4.º — cláusulas pétreas).

Por outro lado, será, também, por diferente ângulo, amplíssima, em razão de suceder-se ao plebiscito que poderá, em tese, tornar objeto de deliberação o próprio sistema de separação de poderes adotado.

Há, contudo, limites *tácitos* a serem observados, que são, nada mais nada menos, que aqueles que o próprio CANOTILHO aponta como caracterizadores de personalidade juspolítica do País, profligando as “alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta” (“op. cit.”, p. 1136).

Ora, no caso brasileiro, essa identidade está claramente estabelecida no frontispício da Carta, ao assentar os “princípios fundamentais” do

Estado brasileiro: *república, federação, Estado de Direito e Estado Democrático* (art. 1.º).

Assim, da mesma forma que uma *emenda* não poderia “tender a abolir” os princípios pétreos do art. 60, § 4.º, que, de certa forma desdobram os fundamentais, a *revisão* não pode romper com a identidade histórico-concreta do País, salvo como decorrência do resultado do plebiscito, quanto à forma e sistema de Governo.

### *Objções políticas*

#### *a) Risco de abolir acertos sem correção de erros.*

Aqui tem-se um argumento indisfarçavelmente preconceituoso. Dificilmente se vislumbra um fundo de razão para tanto. Ao contrário: o Congresso que elaborou a Constituição de 1988, eleito ao calor do “plano cruzado” poderia até ser alvo de suspicácia por suas deformações e não o atual, renovado em cerca de dois terços de suas cadeiras, resultado de maior experiência eleitoral do povo.

#### *b) Revisão prematura por falta de detalhamento infraconstitucional suficiente.*

Eis um argumento que prova demais. Uma Constituição de tal forma inibidora do trabalho legislativo, de tal forma inadequada em suas relações entre os Poderes Executivo e Legislativo, de tal forma infeliz na adoção do instituto da medida provisória, que acabou por dominar a pauta do Congresso Nacional, entre outras falhas funcionais, por isso mesmo necessita ser revista, e o mais depressa que se possa fazê-lo. É importante para o País que se editem as leis de que necessita e, por isso, é importante que se disponha de uma Carta Política que, em vez de dificultar, facilite o livre entendimento entre os Poderes, a livre negociação das propostas legislativas, de parte a parte.

Não vem, portanto, prematuramente, mas no momento historicamente oportuno e juridicamente correto, precisamente para que o País possa dispor de uma legislação complementar infraconstitucional adequada às suas atuais necessidades e não se desgastar em embates políticos infrutíferos e decepcionantes.

#### *c) O “risco” aos direitos e garantias consagrados.*

Este terceiro argumento é ainda mais preconceituoso que o primeiro e parte de um exercício de futurologia de duvidosa validade.

Ao contrário do que dele se infere, todas as pesquisas sócio-políticas realizadas sobre o atual Congresso, como, ainda recentemente, a conduzida e publicada sob a responsabilidade de BOLIVAR LAMOUNIER e AMAURY DE SOUZA (publ. Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos

de São Paulo — IDESP, 1991) apontam a superioridade cultural e política do atual Congresso, além de sua mais nítida legitimidade, como já referido.

Porém o que mais ressalta é a sua independência, pois foi escolhido ao amparo de uma Constituição que valorizou sobremaneira a instituição parlamentar.

Tudo indica, assim, que sua contribuição só poderá vir para tornar mais nítidas as garantias individuais e mais controlados os poderes estatais.

*d) A revisão será um retrocesso político.*

Aquí, entramos, de cheio, no catastrofismo político.

Esse argumento, com a devida vênia dos que o já o usaram, entre os quais pessoas a quem muito admiro, é mais do que um mau humor pessimista, mais do que um preconceito não resolvido, mais do que uma futurologia desamparada, é uma amarga confissão de descrença na democracia, um possível cansaço de esperar por ela.

O senso comum, como na lição de PAYNE, está no homem comum, mais do que em muitos doutos difidentes ou timoratos.

O Congresso é a escolha de homens comuns, conformando o corpo eleitoral mais amplo jamais convocado ou convocável no País, salvo se se atribuisse também direitos políticos ao menor de dezesseis anos.

Alguns, por certo, se arreceiam de que a Revisão fará certas correções de dispositivos partidários, ideológicos, esse formidável “entulho casuístico”, que configura o que MIGUEL REALE denominou de “totalitarismo normativo”.

Por outro lado, aqueles que, inconfessadamente, gostariam de manter uma Carta com preconceitos ideológicos, xenófobos e estatizantes ou garantindo certos privilégios extra e intra-estatais, por certo têm razão de temer o novo Congresso, a julgar pelos exemplos de que se dispõe, de sua independência.

Ao contrário, dele podemos esperar um *progresso* constitucional efetivo. a começar por devolver à sociedade e ao próprio Governo, o pleno direito de escolha, o que CANOTILHO denominou de “plebiscito cotidiano”. com a adoção de uma Constituição preponderantemente principiológica. antes que casuística, que se completaria através de leis complementares semi-rígidas, com vigência predeterminada, conforme seu conteúdo. Esta ou qualquer fórmula do mesmo jaez, válida para livrá-la do analítico-casuísmo.

O progresso, enfim, pelo prestígio ao legislador e, em última análise, pelo respeito ao povo que o elegeu. Um novo futuro que reabre, na lenta mas irretrocedível conquista da legitimidade no Brasil.



## 2. *Sem medo do povo: um novo sistema de governo*

A confiança no futuro, no progresso que podemos alcançar, parte dessa profissão de fé no regime democrático e na sua potencialidade de aperfeiçoamento contínuo dos processos políticos, pois este é seu viés pedagógico, que parte da crença inabalável nas potencialidades incomuns do homem comum.

A uma assembléia de juristas não desejo, nem ousaria fazê-lo, trazer fórmulas políticas pretensamente superiores ou salvadoras. Longe de minhas intenções qualquer solução acabada ou salvacionista. Ao contrário, o cultivo da democracia exige paciência e perseverança de *learning by doing*, e esse deve ser o norte para exame de quaisquer sugestões.

O que me proponho, assim, é convidar os colegas congressistas a examinar, nos breves minutos restantes desta intervenção, algumas *condições políticas de legitimação*, que seriam capazes de lastrear um novo, duradouro e eficiente sistema de Governo.

Parto do tríplice sentido que contém o termo *democracia*, todos muito apropriados: o filosófico, o político e o prático. Como discurso filosófico, a democracia é um modo de vida, assentado em valores que afirmam o primado da pessoa humana; como regime político, é a organização social do consenso para o Governo dos povos; e como "praxis", é uma técnica social, que valoriza o diálogo e a negociação para o atingimento do consenso.

Assim entendida, a democracia não se esgota na escolha dos governantes se não que apenas com ela começa. A escolha dos governantes nada mais confere que *legitimidade originária* ao processo político, garantindo-nos, tão-somente, que as decisões políticas partirão de *agentes* originariamente autorizados a emití-las (acesso ao poder).

Mas a legitimidade deve manifestar-se também durante o curso do processo político; há de revelar-se, pois, como uma *legitimidade corrente*, pela tomada de decisões oportunas e eficientes (exercício do poder).

Finalmente, a legitimidade há de ser considerada em relação aos resultados, pretendidos ou alcançados, da atividade política, em termos de satisfação dos interesses e aspirações da sociedade civil. É a *legitimidade finalística* ou teleológica, o último e definitivo critério de acerto dos governantes, aplicado ao confrontar seus atos com os valores e os desejos do grupo social a que deve servir (destinação do poder).

Pois bem: à luz dessas considerações, um sistema de Governo que pretenda explorar ao máximo as possibilidades da democracia deve aprofundar, tanto quanto possível, a realização dessas três legitimidades:

a) aproximando o eleitor do candidato e, depois, do agente eleito, para estimular a responsabilidade deste e a responsividade daquele — *um aperfeiçoamento da legitimidade originária*;

b) reduzindo ao mínimo a presunção de legitimidade do agente eleito, submetendo-o a um processo de aferição permanente de seu desempenho — *um aperfeiçoamento da legitimidade corrente*;

c) intensificando o emprego de institutos de participação política da sociedade, em todos os níveis, para garantir o legítimo direcionamento da ação política — *um aperfeiçoamento da legitimidade finalística*.

Vejamos, portanto, como esses objetivos poderiam ser alcançados na articulação de um novo sistema de Governo, pela Assembléia Constituinte Revisora.

*a) Aproximação dos candidatos e dos eleitos para as magistraturas políticas aos seus eleitores — aperfeiçoamento da legitimidade originária.*

Este aperfeiçoamento passa, necessariamente, por uma reforma eleitoral que valorize a cidadania e entronize o eleitor como o verdadeiro soberano na democracia — aquele a quem, os que se dispõem a servir na arena política, devem estar permanentemente vinculados, como legítimos representantes.

A esta altura do desenvolvimento das instituições políticas, tudo leva a crer que o voto *distrital* é aquele que melhor realiza essa direta interação, com o mínimo de deformações, graças à aplicação do princípio majoritário.

Atualmente, no plano federal, essas deformações representativas, criadas pelo princípio proporcional (art. 45 da Constituição de 1988), tais como os números máximos e mínimos de deputados por unidade federada, leva até à aberração de certos cidadãos brasileiros valerem politicamente muito menos do que outros, pelo simples fato de votarem em Estados diversos. Outra séria deformação lembrável é o aproveitamento das sobras, que pode eleger até candidato de partido que não alcançou quociente eleitoral.

O voto distrital, além da vantagem desse realismo representativo, é muito mais exigente em termos de relacionamento direto eleitor-candidato e muito menos exigente em termos de dispêndios com campanhas eleitorais, pois ela não precisa cobrir senão a área do distrito em que se dá o certame.

O defeito apontado do voto distrital, que é o de deixar à margem do pleito nomes de expressão regional ou nacional, pode ser facilmente corrigido, como no sistema alemão misto, elegendo-se um número de deputados federais pelo voto distrital. Cada eleitor votará, portanto, duas vezes: no seu deputado distrital e, independentemente, no seu partido de predileção, de modo que cada partido, alcançado o quociente eleitoral, elegerá um deputado, na ordem da lista previamente elaborada e publicada.

Esse processo, de listas, possibilita aos partidos políticos convocar grandes expressões da vida nacional para comporem suas chapas, mesmo

entre aqueles que não se dedicam habitualmente à vida política, contribuindo para adensar a legitimidade, ao mesmo tempo que elevar o nível dos parlamentos. É óbvio que qualquer partido político que pretenda sobressair nos debates parlamentares terá que contar, em seus quadros, para figurar em suas listas de candidatos, com homens de idéias, capazes de sustentá-las bem e de convencer os demais a adotá-las. Sem esses homens-âncora, o partido perde muito de sua visibilidade e combatividade.

*b) Redução ao mínimo da presunção de legitimidade temporária dos eleitos — aperfeiçoamento da legitimidade corrente.*

Aqui se está, de plano, no desenho do sistema de Governo e, paralelamente nos sistemas decorrentes de controle de legalidade e de legitimidade.

Embora presidencialismo e parlamentarismo não sejam, teoricamente, melhor ou pior sistema, isso se desiguala no plano prático, pois o parlamentarismo tem demonstrado maior eficiência histórica para absorver as crises, educar os eleitores e disciplinar a vida partidária.

Acabamos de acompanhar, recentemente, a reforma de Ministério do Presidente Collor, quase como se fora, no seu impacto político, uma rotina própria do parlamentarismo. Como semelhança, sacrificou-se a estabilidade de pessoas para garantir a estabilidade das instituições; como diferença, o responsável pelas escolhas malogradas continua no poder, autorizado a fazer novas escolhas, graças à *presunção*, que detém, de uma legitimidade corrente, válida por cinco anos, não importa o que faça ou deixe de fazer, desde que não seja o perpetrar um crime político, capitulado no art. 85 da Constituição.

Já se vê que, examinado sob o ponto de vista da legitimidade corrente, o parlamentarismo retira do Presidente (ou do Monarca) a responsabilidade direta (ou única) sobre o desempenho governamental, tornando mais ágil qualquer correção de rumos pelo Congresso Nacional ou, na falta deste, pelo próprio povo.

Crises políticas são, portanto, solucionadas politicamente, pelo Congresso ou pelo povo, e não administrativamente, pelo Presidente.

Por outro lado, somando-se aos sistemas de controle próprios do parlamentarismo os modernos e moderníssimos subsistemas de controle de legalidade e de legitimidade, desempenhados pelos órgãos responsáveis pelo exercício das *funções essenciais à Justiça* — as diversas advocacias (“lato sensu”), a da sociedade, a do Estado, a dos necessitados e a privada — estabelece-se um grande quadro em que se substituirá o conceito de estabilidade pessoal dos políticos pelo de estabilidade institucional da política.

c) *Intensificação da participação política da sociedade — aperfeiçoamento da legitimidade finalística.*

Aqui propomos varrer, definitivamente, o resíduo de *elitismo* que teima em sobreviver em nosso direito político.

O velho vício, que remonta à Colônia, parte do preconceito contra o homem comum e se expressa como uma convicção de que a sociedade não sabe o que quer nem, se o souber, não sabe alcançá-lo.

A História das idéias políticas no País revela, entretanto, uma progressiva eliminação do elitismo, o que bem se acentua no sistema eleitoral, desde a abolição do voto censitário, passando pelo voto feminino, até o voto universal pleno, de 1988, mas, igualmente, no acerto obtido sempre que se prolongam os períodos de vivência democrática.

Mas o elitismo é pertinaz, e se transfigura, por vezes, em *salvacionismo*, propondo-se ao povo fascinantes soluções capazes de solver todos os problemas. De tempos em tempos temos GETÚLIO VARGAS, JÂNIO QUADROS, “diretas já”, “Constituição já”, e até FERNANDO COLLOR, passando ao povo essa falsa impressão de que um homem ou uma decisão ou uma lei terão o condão de, por si sós, verter as cornucópias do progresso.

O elitismo, transfigurado em salvacionismo, também se aninha nas Constituições, tolhendo a sociedade na sua expressão diária, de decidir, por seus representantes, como ela quer ser governada. Como bem observou, a respeito, JEAN RIVERO, cada vez mais democracia não é apenas a escolha de *quem* vai nos governar mas de *como* queremos ser governados.

Na Constituição de 1988, em suas centenas de artigos e milhares de preceitos, contém-se *pré-decisões* de todos os tipos: econômicas, sociais, culturais, internacionais, morais etc., como se a nação brasileira necessitasse de tais tutelas para progredir; uma pletora de normas constitucionais que tudo disciplinam e que, por isso, vão sendo descumpridas e se tornando obsoletas, pois o povo sempre reage contra os totalitarismos, mesmo o “totalitarismo normativo”, na consagrada expressão de MIGUEL REALE.

Nesse cerceamento da atividade renovadora do Congresso, desempenhada em suas sucessivas legislaturas como, também, das Administrações do País, há um olímpico desprezo pela vontade popular que, por exemplo, no terreno legislativo, só virá a ser admitida quando o Congresso “autorizar o referendo” ou resolver “convocar plebiscito” (art. 49. XV).

Com tal preconceito contra o cidadão, como partícipe nas decisões legislativas e administrativas, não é de se estranhar que ele não se tenha

acostumado a exercer também a sua participação judicial, através do nobilíssimo instrumento da ação popular (art. 5.º, LXXIII).

Já se vê que a devolução do poder decisório ao cidadão, em tantas hipóteses em que seu concurso direto deve ou pode ser dado, não há de ficar ao nuto de alguns, à guisa de concessões. Cumpre à Constituição revista definir os institutos de *participação política* para disciplinar essa *atividade permanente* da cidadania e até da sociedade em geral, compreendidas também as várias entidades de sua criação.

A representação política nem por isso se deve considerar absoluta; ela apenas necessita, nas sociedades contemporâneas, do vital complemento que lhe pode dar a participação política semidireta. A *democracia participativa* é, assim, um passo adiante e não uma negação da *democracia representativa*. Mas ambas, isto sim, são a negação do elitismo que conseguiu encastrar nas Constituições inúmeras pré-decisões que escapam à ação de uma e de outra.

Multipliquem-se, na Constituição revista de 1993, as vias participativas adequadas à auscultação dos valores, necessidades, interesses, anseios e aspirações do povo brasileiro e nos será assegurada a mais preciosa das legitimidades: aquela que se volta ao fim do homem em sociedade — a legitimidade teleológica — a que nos garante a destinação democrática do poder.

### 3. Conclusões

Em conclusão, procurou-se tranquilizar os que poderiam crer que o exercício amplo da democracia pode pôr a perder as conquistas políticas da Constituição de 1988; isto sem esquecer o interesse de uma minoria na manutenção de algumas decisões político-partidárias nela congeladas. Quanto a esta, é bom lembrar que a estabilidade institucional é a única solução para solidificar conquistas válidas. Não se perpetuam opções pelo mero expediente de inseri-las numa Constituição, mas pelo fato de terem sido conquistadas pela sociedade em seu processo histórico-cultural, tudo como na clássica lição de FERDINAND LASSALLE.

— Este é o fundamento, portanto, de um sistema político duradouro: o que resultar do máximo suporte de *legitimidade*, entendida em sua tríplice expressão: *originária*, *corrente* e *finalística*. Os exemplos institucionais apontados como úteis para alcançá-la não são, necessariamente, os únicos e, possivelmente, não serão os melhores, mas, neste momento da história e nas condições sócio-culturais vigentes no País, o voto distrital misto, o parlamentarismo e a participação política parecem despontar como soluções capazes de imprimir novos e dinâmicos rumos à política brasileira, sem medo do povo e sem medo do futuro.

# A OAB e a Antecipação do Plebiscito e da Revisão Constitucional (\*)

PAULO LOPO SARAIVA

Coordenador da Comissão de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB

## SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Retrospectiva histórica sobre o plebiscito e a revisão constitucional.* 3. *Crítica construtiva à justificativa da antecipação revisional.* 4. *As Disposições Transitórias não poderão ser emendadas.* 5. *Conclusão.*

### 1 — Introdução

A luta pela implantação do sistema parlamentar de governo perfilou todos os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, mas, infelizmente, não pôde chegar a bom termo, à vista dos inúmeros obstáculos que se lhe antepuseram os grupos interessados pela manutenção do *status quo*.

Ainda assim, a nova Constituição, embora em parte transitória, consagrou a possibilidade de mudança do sistema político, agora, não mais pela via congressual, mas originariamente pela via popular, através do instituto do plebiscito.

E após os debates intensos, muitas vezes acesos pelo entusiasmo e pela vontade política de transformações constitucionais, a própria Assembléia Constituinte fixou o prazo tanto para a realização do plebiscito quanto para a modificação revisional.

É o que se pode inferir das regras estatuídas pelos arts. 2.º e 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de todos nós conhecidas.

É bem de ver-se que o art. 2.º do ADCT, pelos seus parágrafos, estabelece a livre gratuidade para divulgação das formas e sistemas de governo preconizados pelo texto constitucional, bem assim a determinação de que o Tribunal Superior Eleitoral regulamente a consulta plebiscitária.

Segundo consta publicamente, nem sequer foi iniciado esse trabalho pedagógico, como também ainda não foram estatuídas as normas para

(\*) Debate realizado em 19-11-91, na Câmara dos Deputados, na Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 51/90.

concretização da consulta popular, e já tramitam emendas constitucionais, com o escopo de antecipar os dois acontecimentos políticos.

Como das vezes anteriores, a OAB manterá o seu posicionamento contrário às duas antecipações e, para fazê-lo, alinhará os argumentos que a seguir expõe.

## 2 — *Retrospectiva histórica sobre o plebiscito e a revisão constitucional*

Começemos pela revisão constitucional. A ninguém é estranha a influência decisiva que a Constituição Portuguesa de 1976, já duplamente revisada, em 1982 e 1989, exerceu sobre os constituintes brasileiros.

Já na Comissão ARINOS, precursora das atividades constituintes, constatou-se o recurso permanente ao texto constitucional lusitano, como forma de atualização da dinâmica político-social.

Para confirmar esta assertiva, basta lembrar temas como a inconstitucionalidade por omissão, o próprio mandado de injunção, entre outros institutos que têm sua origem no constitucionalismo lusíada.

Como a revisão constitucional não aconteceu de modo diferente: ela, de igual modo, foi transmutada da parte estrutural da Constituição Portuguesa, sem as devidas cautelas que lhe são inerentes.

Para instituí-la, preferiram os constituintes pátrios, alocarem-na no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, portanto, na parte da excepcionalidade constitucional, muito mais como uma cláusula de caráter resolutivo, que como um princípio ou norma constitucional, no sentido essencial do termo.

Como visto, o constituinte de 1987/88 preferiu manter a revisão fora dos elementos essenciais da Constituição, conferindo a esse instituto uma natureza de accidentalidade, de conseguinte, outorgando-lhe um traço de transitoriedade, de eventualidade, o que confirma o “direito transitório” desta regra.

É importante, pois, que fique clara a postura do constituinte nacional e sobremaneira a intencionalidade manifesta em consagrar a revisão como um instituto passageiro; sem *status* de permanência, previsto, apenas, como forma de atualização do texto constitucional, em face das mutações sociais, que, num modo como o nosso, exigem o cotidiano ajustamento das normas aos fatos.

Já a inserção da autorização plebiscitária, a nosso ver, deveu-se à decepção da negativa do parlamentarismo, como sistema de governo, não incluída na estrutura da Constituição, o que provocou uma nova perspectiva para a caminhada em favor da adoção desse instituto democrático.

São estas as origens do plebiscito e da revisão. Essas realidades surgiram como conquistas da sociedade civil, como instrumentos de afirmação da cidadania, como mecanismos de adequação do ideal para o real.

Fugir a esse regramento, já agora, quando estão postas as regras do jogo, quando estão pré-fixadas as datas da consulta e da atividade revisio-  
nal, é conspirar a ordem estabelecida pelo poder constituinte originário, aquele que emanou, diretamente, da vontade popular, através do pleito eleitoral de 1986.

### 3 — *Crítica construtiva à justificativa da antecipação revisio- nal*

Os parlamentares que deram apoio à proposta de emenda à Constituição, apresentada pelo Deputado JOSÉ SERRA (PSDB — SP), afirmam, logo no frontispício da justificação:

“As disposições contidas nos arts. 2.º e 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que tratam do plebiscito e da revisão constitucional, são de maior importância para o progresso, o desenvolvimento e a definitiva consolidação das instituições políticas brasileiras.”

Como se vê, os apoiadores da emenda reconhecem a importância do tema e defendem uma maior e melhor preparação do povo, para decidir sobre assuntos que configurarão uma nova fase da vida política nacional.

Como então antecipar o plebiscito e a revisão, se, como dissemos anteriormente, não foi ainda desencadeada a campanha de esclarecimento popular, prevista pelo art. 2.º do ADCT? Como admitir-se a importância de uma decisão desse jaez, quando se luta para que a consulta popular seja efetivada fora do prazo preconizado e estipulado pela Constituição? A nosso sentir, este comportamento conduz-nos a uma contradição in-  
contornável. Ou o plebiscito e a revisão merecem maturação, reflexão, seriedade, na sua conceituação e na sua operacionalidade, ou, partiremos, como de tantas e infelizes vezes, a tentar atropelar os fatos, colocando, sempre



os nossos interesses acima dos interesses da coletividade. Creio não ser este o desejo dos ilustres membros do Congresso Nacional.

Entendo que eles, mais do que ninguém, tencionam dar segurança aos princípios e normas constitucionais, cumprindo-lhes os prazos estabelecidos e observando os preceitos que a Carta Magna consagra.

Com efeito, não podemos nem devemos admitir que se instaure um clima de falta de segurança jurídico-constitucional, com tentativas reiteradas de emendar a Constituição, seja sob o pretexto da não governabilidade, seja pelo pretexto de que “a Constituição desceu, na regulamentação de algumas matérias, a minúcias inadequadas para constar de um texto de seu nível, tornando o sistema jurídico excessivamente rígido, incapaz de se adaptar às diversas situações exigidas pela sociedade de um país à procura do desenvolvimento e de sua afirmação como nação democrática, comprometida com o bem-estar do povo”, como se anunciou na justificativa da citada emenda.

Atente-se, também, para o fato de que o vigente texto constitucional encontra-se inacabado, “sem completude”, como dizem os espanhóis, portanto, ineficaz, sem concretização ou realização constitucional, para usar a linguagem do Professor GOMES CANOTILHO, da Universidade de Coimbra.

Mais de 100 leis, entre complementares e ordinárias, são exigidas para o complemento do arcabouço constitucional brasileiro. Destacamos algumas importantes, porque compõem a esfera dos direitos sociais: A lei complementar a que alude o art. 7.º, inciso I; a lei relativa ao art. 7.º, inciso X; art. 7.º, inciso XI, participação nos lucros das empresas; lei regulamentadora do plebiscito, referendo e iniciativa popular, como prevê o art. 14 da Constituição Federal; art. 39, § 1.º, lei de isonomia dos servidores públicos; art. 37, VII, lei de greve para os servidores públicos civis; a lei relativa à anistia, prevista pelo § 3.º do art. 8.º do ADCT; a lei que tabela em 12% os juros bancários, art. 192, § 3.º; a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional; a lei sobre assuntos da reforma agrária, art. 185, inciso I, entre outras.

#### 4 — *As Disposições Transitórias não poderão ser emendadas*

No curso dos trabalhos constituintes, decidiu-se o problema da incompatibilidade da existência simultânea dos mecanismos de revisão e emenda.

Alegaram alguns congressistas que esses sistemas são excludentes; vale dizer: onde funciona a emenda, não funciona a revisão.

De fato, a Assembléia da República, em Portugal, não tem se utilizado do sistema de emenda constitucional, haja vista que o texto constitucional português já se submeteu a duas revisões, em obediência estrita ao que determina a Lei Fundamental daquele país.

A mais atualizada e abalizada doutrina constitucional européia inadmite a emenda a textos transitórios, de vez que tal regramento, como já afirmamos, não se reveste do caráter de norma intertemporal, mas é disposição à parte, sem a mínima vinculação à estrutura constitucional.

Vale a pena transcrever parte do voto do Deputado HÉLIO BICUDO, perante a Comissão de Justiça desta Casa:

“No estudo dos limites de competência desta Comissão, impõe-se, antes de mais nada, precisar o conceito de “disposições transitórias”. Umás existem para permitir a transição entre normas antagônicas a expressar, até mesmo, sistemas jurídicos diversos. Outras contêm uma expectativa de mudança, que pode concretizar-se ou não. No caso, são determinantes de consulta popular ou do restabelecimento de discussões sobre o próprio texto constitucional, com votação privilegiada. A esse propósito, seria de relevância auscultarmos o que dizem os constitucionalistas italianos, cuja doutrina é por demais próxima da nossa e, por isso mesmo, aplicável ao nosso direito, em especial nesse terreno, tão pouco explorado pela doutrina constitucional pátria.”

E continua o representante de São Paulo, na Câmara Federal:

“Dentro desse aspecto, o Prof. Rolando Quadri, da Universidade de Nápoles (in *Digesto Italiano*, v/1133) assinala que “la volontà normativa che si connette alle disposizioni transitorie ha fundamento piuttosto empirico e deve essere contenuta, nei limiti di materia da esse previste. Sembra anzi a noi — diz o mestre — “che salvo che non si possa avincere altrimenti di conformità delle disposizioni transitorie a principi generali, se debbano considerare tali disposizioni più, che come speciali, como eccezionali, data la lora ratio specifica che non consente interpretazione estensiva” (a vontade normativa que se contém numa

disposição transitória tem fundamento muito empírico e deve ser obtida no limite da matéria de sua previsão. Parece-me que não se pode mudar a conformação de uma disposição transitória em princípio geral, deve-se considerar tal disposição sempre como especial, como excepcional, dada a razão específica que não permite uma interpretação extensiva.”)

Essa linha de raciocínio jurídico constitucional é abraçada por constitucionalistas portugueses, como GOMES CANOTILHO, de Coimbra, e JORGE MIRANDA, de Lisboa, além de autores espanhóis e alemães.

Em verdade, como está patenteado na lição do mestre italiano, a norma de carácter transitório não pode ser objeto de emenda constitucional, de vez que não integra a estrutura da Lei Básica. A emenda, *in hoc casu*, seria um desrespeito à vontade do legislador constituinte, que inseriu esse tipo de regra no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, por conseguinte, fora do arcabouço constitucional.

#### 5 — Conclusão

Embora o tema seja inconcluso, só para efeitos objetivos, farei algumas inferências:

a) a antecipação do plebiscito e da revisão constitucional não pode ser efetivada, de vez que não se pode nem se deve emendar regra transitória, que, como restou provado, é regra excepcional, é cláusula resolutiva;

b) o pacto firmado pelos constituintes e materializado pelo texto constitucional deve ser cumprido, sob pena de transgressão à vontade popular, manifestada pelo poder constituinte originário;

e) o princípio basilar da existência da OAB é a defesa do Estado de Direito, da Constituição e das leis; não se pode admitir uma tergiversação nesta matéria;

d) razões de ordem meramente operacional, como a realização de um pleito eleitoral, não podem quebrar a rigidez constitucional, instrumento de garantia dos princípios e normas por ela estatuídos; *voluntas populi, suprema lex* (a vontade do povo é a suprema lei);

e) a OAB foi, é e será sempre contra qualquer tipo de modificação injustificada do texto constitucional, porque só não defende a Constituição, quem não tem Constituição.

# Direitos Individuais e Coletivos na Constituição de 1988 (\*)

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO  
Professor Titular da UnB

## SUMÁRIO

*I. Os direitos fundamentais em perspectiva tridimensional. II. Os direitos fundamentais em perspectiva estadual ou constitucional. Os direitos fundamentais no Brasil.*

### I — *Os direitos fundamentais em perspectiva tridimensional*

A compreensão do sentido e do alcance dos direitos individuais e coletivos consagrados em nossa atual Carta Política, como, de resto, em qualquer constituição contemporânea, exige, necessariamente, não apenas um exame em dimensão histórica — no plano interno, quanto no internacional —, assim como uma abordagem em tríplice perspectiva, como proposto, entre outros, pelo ilustre jurista lusitano JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, na obra *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976* (Coimbra, Almedina, 1987).

Nesse trabalho, que é da maior importância pela extensão e profundidade com que aborda o assunto, o Professor VIEIRA DE ANDRADE diz que “os direitos fundamentais tanto podem ser vistos enquanto direitos de todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares — perspectiva filosófica ou jusnaturalista; como podem ser considerados direitos de todos os homens (ou categorias de homens) em todos os lugares, num certo tempo — perspectiva universalista ou internacionalista; como,

---

(\*) Palestra proferida na OAB-DF, em 22-4-92, no Curso de Direito Constitucional e Administrativo.

ainda, podem ser referidos aos direitos de certos homens (cidadãos) num determinado tempo e lugar, isto é, num Estado concreto — perspectiva estadual ou constitucional” (*op. cit.*, p. 11).

Assim, em dimensão jusnaturalista, costuma-se dizer que os direitos fundamentais — tidos como absolutos, imutáveis e intemporais — ainda não positivados nos diversos ordenamentos jurídicos ou sequer vivenciados nas sociedades políticas, existiam apenas como simples idéias abstratas no pensamento dos homens, desprovidos de *juridicidade* no sentido exato desta expressão. Em outras palavras, seriam direitos naturais, apenas idealmente considerados ou intuitivamente vislumbrados, mas sem possibilidade de efetiva realização jurídica, o que só viria a ocorrer séculos mais tarde, ou, mais precisamente, na Idade Moderna, no século XVIII, com as Revoluções Americana e Francesa, que assinalam a passagem de um estágio de mera resistência à opressão, para outro, mais avançado, no qual os homens, conscientes de sua dignidade e primazia sobre a Sociedade e o Estado, insurgem-se e derrubam os governos despóticos, proclamando a autonomia da pessoa humana em face da ordem social e política.

Por isso se afirma que qualquer balanço da trajetória histórica dos direitos fundamentais não pode prescindir do reconhecimento de um dado inicial, nem sempre reconhecido pelos estudiosos, o de que a consciência clara e universal de tais direitos é própria dos tempos modernos (ANTONIO TRUYOL Y SERRA. *Los Derechos Humanos*. Madrid, Tecnos, 1968, p. 12).

Pois bem, é dessa tomada de consciência, parteira das Revoluções Americana e Francesa e de outros movimentos de libertação, que nasceram todas as Declarações dos Direitos, inicialmente de caráter apenas nacional — como foram a *Petição de Direito* (1628), o *Ato do Habeas Corpus* (1679) e o *Bill de Direitos* (1689), documentos que proclamavam e protegiam direitos apenas dos cidadãos ingleses —, mas, logo a seguir, de alcance ou destinação universal, como foram a *Declaração de Direitos da Virgínia*, de 1776, e a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, as quais, embora provenientes de movimentos de libertação originariamente restritos e localizados — América do Norte e França, respectivamente —, continham, em germe, uma destinação universalista, que então se anunciava apenas em sua expressão verbal, mas que a História, posteriormente, veio a demonstrar possuidoras de concreta força material.

Discorrendo sobre a expansão das declarações de direito, do âmbito restrito de algumas nacionalidades para o da abrangência universal, assinala

o citado ANTONIO TRUYOL Y SERRA que, no campo jurídico — positivo e constitucional, o papel de vanguarda corresponde à Inglaterra e que os três grandes documentos de sua história constitucional, antes apontados — a *Petição de Direito*, o *Ato do Habeas Corpus* e o *Bill de Direitos* —, conquanto originariamente destinados nacionalmente à proclamação e à defesa das liberdades inglesas, pela influência que no mundo exerceram — graças à fundamentação jusnaturalista que lhes emprestou a filosofia jurídica de Locke —, pertencem hoje à história universal do Estado de Direito (*Los Derechos Humanos*. Madrid, Tecnos, 1968, p. 16).

Nos mesmos sentido e contexto, ao avaliar a importância da Declaração de Direitos formulada pelos representantes do bom povo da Virgínia, aquele ilustre jurista espanhol enfatiza que, prescindindo da Declaração de Independência, de 4 de julho de 1776, que dá por supostos certos direitos inalienáveis, entre os quais menciona os relativos à vida, à liberdade e à busca da felicidade, é a Declaração da Virgínia, de 12 de junho de 1776, a primeira declaração que contém um catálogo específico de direitos do homem e do cidadão (op. cit., p. 17).

Idêntica avaliação é feita pelo jurista BENITO DE CASTRO CID — igualmente de nacionalidade espanhola —, para quem a Declaração de Direitos da Virgínia não apenas é a mais antiga e relevante das declarações americanas de direitos, tal como assinalou Jellinek, como também é a primeira *Declaração de Direitos Humanos* no verdadeiro sentido da expressão, tendo influenciado não somente as outras declarações americanas, como a mais importante de todas as declarações — a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembléia Nacional francesa em 26 de agosto de 1789 (*El Reconocimiento de los Derechos Humanos*. Madrid, Tecnos, 1982, p. 39).

Já no que respeita à importância da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 26 de agosto de 1789, enfatiza o mesmo estudioso que, sem necessidade de se discutir a influência antes assinalada, que sobre ela exerceram as precedentes declarações de direitos de progênie americana, especialmente a Declaração da Virgínia, impõe-se reconhecer que a Declaração de 1789 foi, para a Europa, o ponto de partida de toda a evolução posterior em matéria de direitos e liberdades do homem, com seus avanços e retrocessos, sendo inegável, ademais, que a mensagem política da Revolução Francesa, que a inspirou, possibilitou o advento de direitos individuais, que, se hoje podem considerar-se incompletos sem os direitos

sociais, constituíram, sem embargo, a condição prévia para o seu posterior reconhecimento e, desde então, tornaram-se inseparáveis da idéia mesmo do Estado de Direito (*op. cit.*, p. 18).

A segunda perspectiva da análise dos direitos fundamentais — que tem estrita correspondência com a segunda fase de seu reconhecimento — é aquela que estuda esses direitos em dimensão *internacionalista* ou mesmo *universalista*.

Nessa segunda fase, dimensão ou perspectiva, historicamente aclimatada pelo coroamento da etapa anterior — quando, insista-se, declarações de origem e motivação simplesmente nacionais já surgiram comprometidas com a idéia ambiciosa de se fazerem paradigmas universais —, nessa segunda fase os direitos fundamentais deixam de ser privilégios, imunidades ou regalias de uns poucos — ou até mesmo direitos de muitos —, para se converterem em direitos de todos.

Mais ainda, deixam de ser concebidas como imunidades, privilégios ou regalias, contra, diante ou através de Estados particulares — que os asseguravam com exclusividade —, para se constituírem em autênticos direitos, de reconhecimento e proteção supranacional.

Embora essa etapa tenha atingido o apogeu de seu desenvolvimento apenas durante e depois da 2.<sup>a</sup> Guerra Mundial — quando se chegou à plena conscientização de que se fazia necessário criar, em nível internacional, mecanismos jurídicos capazes de proteger os cidadãos até mesmo contra os abusos dos seus próprios Estados —; apesar dessa constatação cronológica, os estudiosos são unânimes em reconhecer que o despertar para a necessidade de proteção dos indivíduos em escala internacional se concretiza por ocasião da assinatura do Tratado de Versalhes, em 1919, porque é esse Tratado que dispara a dimensionalização transnacional dos direitos humanos, com a proteção das minorias étnicas, lingüísticas ou religiosas, e com as atividades que passaram a ser desenvolvidas pela então criada Organização Internacional do Trabalho.

Resumindo os traços fundamentais das declarações de direitos desse período e dos próprios direitos humanos por elas proclamados, o citado jurista BENITO DE CASTRO CID — profundo estudioso do tema — nos aponta quatro tendências convergentes, que presidem o desenvolvimento das relações sociais no século XX: a) socialização da convivência; b) internacionalização da vida política; c) implantação do controle jurisdicional das relações internacionais; e d) explosão do movimento descolonizador

(*El Reconocimiento de los Derechos Humanos*. Madrid, Tecnos, 1982, p. 20).

Finalmente, uma terceira dimensão ou perspectiva poderá ser adotada para o estudo dos direitos humanos, qual seja, a dimensão chamada estadual ou constitucional, que vê esses direitos como *direitos dos homens enquanto cidadãos* de um Estado em concreto, isto é, como direitos vigentes ou positivados em tempo e lugar determinados.

Nesse enfoque, embora não se deva perder de vista a circunstância de que a positivação interna dos direitos humanos atua, simultaneamente, como causa e efeito de sua internacionalização — vejam-se, a propósito, os exemplos dos Estados Unidos e da França — nesse enfoque o estudo, para ser objetivo, há de se fazer, concretamente, à face da experiência constitucional de países determinados, em ordem a podermos alcançar uma visão que retrate não apenas as vicissitudes por que passaram os direitos humanos no interior de determinado Estado, como também o sentido e o alcance que tais direitos possuem, em dado momento histórico, para a vida dos cidadãos, nas suas relações com o próprio Estado e os demais integrantes da sociedade política.

Antes, porém, de levar a cabo essa análise — que, obviamente, terá como objeto a experiência jurídica e política do Brasil em termos em direitos humanos —, queremos lembrar, a título de arremate desta primeira parte da exposição, o que sobre o tema nos diz o insigne NORBERTO BOBBIO, um dos mais importantes filósofos e pensadores políticos do nosso século.

Para o mestre de Turim, cujos principais estudos sobre direitos humanos, desenvolvidos em mais de 40 anos, foram reunidos numa obra que acaba de ser lançada no Brasil (*A Era dos Direitos*), em termos de direitos humanos, algumas idéias ou teses fundamentais podem ser desenvolvidas e sustentadas, à luz da experiência histórica (op. cit., p. 2 e ss.)

Entre outras, vale a pena realçar as seguintes observações do ilustre pensador:

a) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, são direitos nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas;



b) a paz é o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem, em cada Estado e no sistema internacional;

c) haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas autênticos cidadãos do mundo, daquela cidade que não tem fronteiras;

d) o processo de democratização do sistema internacional não pode avançar sem uma gradativa ampliação do reconhecimento e da proteção dos direitos do homem, acima de cada Estado;

e) direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia e sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos;

f) a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos só se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais;

g) os direitos do homem nascem como direitos *naturais* universais, desenvolvem-se como direitos *positivos* particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos *positivos* universais;

h) a Declaração Universal dos Direitos do Homem contém, em germe, a síntese de um movimento dialético, que começa pela *universalidade abstrata* dos direitos naturais, transfigura-se na *particularidade concreta* dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos *direitos positivos universais*;

i) porque a Declaração de 1948 representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais, na segunda metade do século XX, os direitos nela alcançados não são os únicos e possíveis direitos do homem, mas apenas os direitos do homem histórico, tal como este se configurava na mente daqueles que redigiram o documento solene, após a tragédia da 2.<sup>a</sup> Guerra Mundial, numa época que tivera início com a Revolução Francesa e desembocara na Revolução Soviética;

j) não é preciso muita imaginação para prever que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comuni-

cação poderão produzir tais mudanças na organização da vida humana e das relações sociais, que se criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos conhecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e de poderes;

1) a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, é uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro, mas as suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre.

Essas e muitas outras idéias, que ainda poderíamos acrescentar, dão a exata medida do valor das reflexões de *Norberto Bobbio* sobre o tema dos direitos humanos.

Mais do que isso, — mais do que realçar a figura desse notável pensador — a inovação de suas idéias nos convida para, também nós, tomarmos consciência da importância que tem o respeito aos direitos humanos para o aprimoramento da nossa civilização e da nossa cultura, notadamente nos dias atuais, em que a derrubada de barreiras e de muros ideológicos, considerados inexpugnáveis, parece sedimentar o caminho para realização do ideal kantiano da “paz perpétua”, na imaginária confederação de Estados iguais e solidários.

II — *Os direitos fundamentais em perspectiva estadual ou constitucional.*

#### *Os direitos fundamentais no Brasil*

Expostos os aspectos ou embasamentos teóricos em que são abordados os direitos humanos ou fundamentais, convém, agora, para os fins desta exposição, aprofundar a sua análise na perspectiva chamada *estadual* ou *constitucional*, sob a qual esses direitos são vistos enquanto direitos de homens pertencentes a um Estado em concreto, isto é, como *direitos vigentes ou positivados em tempo e lugar determinados*.

Na linha evolutiva dos direitos humanos, essa perspectiva, como vimos, corresponde cronologicamente à segunda fase do reconhecimento dos direitos fundamentais, quando eles deixam de ser meras cogitações filosóficas, simples idéias na cabeça dos homens, para ganharem *status* de autênticos direitos, solenemente proclamados e inscritos nas chamadas Declarações de Direitos, ainda de âmbito nacional, de que são exemplos marcantes, como também já assinalamos, a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

Como observa *Norberto Bobbio*, é precisamente nessa segunda fase da história das declarações de direitos — quando as teorias filosóficas

são acolhidas pela primeira vez por um legislador —, que se dá o passo inicial para a instituição de um autêntico sistema de direitos, no sentido estrito da palavra, isto é, enquanto direitos positivos e efetivos, momento que consiste, portanto, na passagem da teoria à prática, do direito somente pensado para o direito efetivamente realizado.

Nessa etapa — salienta o mestre italiano — a afirmação dos direitos do homem ganha em concreticidade, mas perde em universalidade, porquanto os direitos passam a ser protegidos, como autênticos direitos positivos, mas valem somente no âmbito do Estado que os reconhece. Embora se mantenha, nas fórmulas solenes, a distinção entre direitos do homem e direitos do cidadão — arremata BOBBIO — não se trata mais de direitos do homem, em geral, mas apenas do cidadão, ou, se preferirmos, direitos do homem somente enquanto são direitos do cidadão deste ou daquele Estado particular (*A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro, Editora Campus, 1992, p. 30).

No Brasil, que só veio a se tornar politicamente independente em 1822, a vivência dos direitos humanos começa, portanto, já na segunda fase de sua evolução histórica, mais precisamente, sob a influência das Declarações de Direitos da Virgínia e da França revolucionária.

Daí que a nossa primeira Carta Política — a Constituição de 1824 —, ao expressar o compromisso do novo Estado com a inviolabilidade dos direitos fundamentais, tenha restringido essa inviolabilidade apenas aos direitos *civis e políticos dos cidadãos brasileiros*, além de afirmar que sua garantia se faria nos termos da própria Constituição, que eram, no essencial, idênticos aos das Declarações de Direitos elaboradas à época.

Para ilustrar essa afinidade, comparemos as disposições relativas à separação dos Poderes, constantes da Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e da Constituição do Império do Brasil.

#### I — *Declaração da Virgínia*

Art. 5.º — Os poderes legislativo, executivo e judiciário do Estado devem estar separados e são diferentes.

#### II — *Declaração de 1789*

Art. 16 — Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não esteja assegurada, nem definida a separação dos poderes, não tem constituição.

### III — *Constituição do Brasil de 1824*

Art. 9.º — A divisão e harmonia dos poderes políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece.

Com o mesmo objetivo, vejamos como os três documentos disciplinaram a liberdade de manifestação do pensamento.

#### I — *Declaração da Virgínia*

Art. 12 — A liberdade de imprensa é um dos maiores baluartes da liberdade e não pode ser restringida, a não ser por um governo despótico.

#### II — *Declaração de 1789*

Art. 11 — A livre comunicação de pensamentos e de opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode falar, escrever e imprimir livremente, com a ressalva de responder pelo abuso dessa liberdade, nos casos determinados na lei.

#### III — *Constituição do Brasil de 1824*

Art. 179 — Todos podem comunicar os seus pensamentos por palavras e escritos, e publicá-los pela imprensa, sem dependência de censura, contanto que hajam de responder pelos abusos que cometerem no exercício deste direito, nos casos e pela forma que a lei determinar.

Muitos outros exemplos poderíamos citar, para pôr em evidência a semelhança do tratamento dispensado à proteção dos direitos humanos pelos documentos editados a partir do século XVIII, quando surgiram as primeiras declarações de direitos e de independência política até os dias atuais, quando mais se acentuaram as influências entre culturas e povos, em razão da facilidade das comunicações, que todos apontam como traço característico deste final de século XX.

Desde então, isto é, desde a Constituição do Império até a Carta Política de 1988, nenhuma Constituição deixou ao desabrigo os direitos humanos, aos quais dedicaram capítulos especiais — via de regra sob o título dos *Direitos e Garantias Individuais* —, em correspondência estreita com as Cartas Políticas dos outros países, tanto no que se refere aos direitos reconhecidos, quanto no que respeita ao modo de tornar efetivo esse reconhecimento.

Assim é que, à cada declaração, novos direitos foram sendo reconhecidos ou proclamados, tal como aconteceu nos demais sistemas jurídicos, o que, de resto, nada mais representa do que a progressiva e irreversível ampliação de um núcleo fundamental originário, inicialmente constituído apenas pelos direitos *civis* e *políticos* — os chamados direitos de primeira geração — e logo sucessivamente ampliado, rumo a novas e intermináveis gerações de direitos humanos, as quais, na oportuna observação de NORBERTO BOBBIO, não nascem todas de uma vez nem de uma vez por todas, mas apenas quando podem ou devem nascer, em função de novos carecimentos e de novas demandas de liberdade e de poderes (*A Era dos Direitos*, op. cit., pp. 5 e 33).

Colocada a questão dos direitos fundamentais nessa perspectiva — que é a perspectiva correta, quando mais não seja porque é a única avalizada pelo consenso, já que ninguém jamais pôs em dúvida o valor das Declarações de Direitos como instrumento de afirmação dos direitos humanos —, colocada a questão nesses termos, creio que poderemos repelir as principais críticas que têm sido feitas à nossa atual Constituição, acusada de ampliar desmedidamente os direitos individuais, para além das possibilidades de sua realização.

Se, como disse JACQUES MARITAIN — o notável pensador francês, que dedicou toda a sua fecunda existência à causa dos direitos humanos —, as declarações de direitos jamais poderão ser exaustivas, nem definitivas, devendo, ao contrário, ser permanentemente atualizadas, para conter sempre novos direitos, teríamos cometido grave pecado se, em 1988, nos tivéssemos limitado a copiar os textos constitucionais anteriores e, ao invés de trilhar o caminho do progresso, seguido na contramão da História.

À luz dessas considerações, penso que não existe dificuldade maior para a compreensão dos dispositivos da nossa Constituição destinados à proclamação, ao reconhecimento e à efetiva realização dos direitos fundamentais, tanto os coletivos quanto os individuais.

Numa espécie, quanto na outra, um só critério hermenêutico pode e deve ser adotado pelo intérprete-aplicador do texto constitucional — aquele que as teorias batizaram com o nome de *princípio da máxima efetividade* —, princípio segundo o qual, em termos de direitos humanos, no caso de dúvida, deve-se preferir sempre a interpretação que reconhecer maior eficácia aos direitos fundamentais.

# As Garantias dos Direitos Fundamentais

JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES  
Mestre em Direito pela FDUFMG. Professor  
de Direitos Humanos da APM/MG. Dou-  
orando em Direito Constitucional da FDUFMG.  
Advogado (Comissão Direitos Humanos  
OAB/MG).

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. As garantias processuais da Constituição Brasileira de 1988. 2.1. Habeas Corpus. 2.2. Mandado de segurança. 2.3. Mandado de injunção. 2.4. Ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão. 2.5. Habeas Data. 2.6. Ação popular. 3. Os princípios processuais constitucionais.*

### I — Introdução

A preocupação a respeito das garantias dos direitos individuais e os limites das liberdades individuais são bem remotos. Apesar das constantes proclamações destes direitos individuais, são constantes as ameaças e mesmo as violações destes direitos.<sup>1</sup>

O Prof. JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, em importante estudo do Processo Constitucional, nos ensina que:

“A defesa das liberdades públicas pode ser assegurada por diferentes modalidades, sendo que em certos Estados, sob o plano institucional, ocorre o aparecimento de garantias teóricas: princípio democrático, separação de poderes, princípios da legalidade, supremacia da Constituição. A real garantia está no respeito às liberdades públicas, que aparecem como condição da democracia.”<sup>2</sup>

A eficácia da declaração de direitos é preocupação o tema de debate dos clássicos do Direito Constitucional. As Constituições francesas de 1791, 1793, do Ano III e de 1848, não vão se contentar com as declarações

1 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*, p. 180.

2 BARACHO, ob. cit., p. 180.

solenes de direitos em seu preâmbulo, passando a enumerar certos direitos que elas garantiam aos cidadãos.<sup>3</sup>

Muitas Constituições vão utilizar esta terminologia francesa de “garantias individuais” ou “constitucionais” para significar os direitos individuais nelas encontrados. Entretanto, este entendimento vai mudar, pois a nova doutrina entenderá que a simples declaração de certos direitos não será suficiente para garantir a sua eficácia.

“Tal compreensão leva à aceitação de que a verdadeira garantia das disposições fundamentais consiste em sua proteção processual.”<sup>4</sup>

A expressão “garantias constitucionais” ou “garantias de direitos” será empregada, portanto, de duas maneiras diferentes. Primeiramente ela vai decorrer da “inserção nos textos constitucionais de princípios, institutos ou situações subjetivas, que após sua incorporação ao texto constitucional passam a ser especialmente asseguradas, isto é, garantidas constitucionalmente”.<sup>5</sup> De outra forma, a doutrina alemã, como nos ensina o Prof. JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, vai empregar esta expressão para significar “os mecanismos jurídicos que dão segurança ao ordenamento constitucional e estabelecem preceitos para a integridade de seu valor normativo”.<sup>6</sup>

Utilizando esta expressão para significar os mecanismos jurídicos que garantem a eficácia das normas constitucionais, encontraremos no direito brasileiro garantias como o *habeas corpus* e o “mandado de segurança”, remédios processuais constitucionais, além de princípios fundamentais do direito processual penal, como o do devido processo legal, o juiz natural, a instrução contraditória e a ampla defesa.<sup>7</sup>

## 2 — As garantias processuais da Constituição Brasileira de 1988

### 2.1 — *Habeas corpus*

#### a) Objeto

A garantia processual do *habeas corpus* tem como objeto a defesa da liberdade física, mais precisamente a liberdade de locomoção que se define como a liberdade de ir, vir, ficar e estar.

3 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral de Constitucionalismo*, p. 45.

4 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*, p. 183.

5 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional: o devido processo legal*. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, p. 83.

6 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral de Constitucionalismo*, p. 45.

7 BARCELLOS DE SOUZA, José. *A Defesa na Polícia e em Juízo*. Edição Saraiva, 1980, 5ª edição, p. 7.

“Qualquer pessoa tem direito de se locomover para onde quer que seja, sob as restrições decorrentes de propriedades privadas e locais proibidos pela autoridade pública. O mesmo direito existe em radicar-se e ficar onde quiser, desde que não haja violação à lei. De modo que se houver algum dano potencial ou efetivo a esse *status libertatis*, de que goza o cidadão livre, o *habeas corpus* será cabível.”<sup>8</sup>

#### b) *Cabimento*

O Código de Processo Penal, no artigo 648, apresenta uma relação de hipóteses em que se pode pleitear o remédio constitucional. É importante notar, como bem salienta Diomar Ackel Filho, que não é esta relação exaustiva, esgotante de todos os casos, mas simplesmente informativa, não excluindo outras hipóteses de restrição à liberdade de locomoção.

O Código relaciona as hipóteses de: ausência de justa causa, o que seria por exemplo o fato que gerou a prisão não constituir crime<sup>9</sup>; excesso de prazo que constitui o fato de alguém estar preso por tempo maior que o permitido pela lei; incompetência do coator que pode significar a ordem de prisão emanar de juiz incompetente ou a denúncia por parte de promotor sem competência para tanto; cessação do motivo de coação, que ocorre quando o condenado obtém liberdade condicional, quando é revogada a prisão preventiva ou quando a liberdade provisória é deferida com ou sem fiança prestada e o preso não é libertado; quando couber *fiança e esta não for concedida; ocorreu nulidade no processo ao se desrespeitar o desenvolvimento válido e regular do processo, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa; extinção da punibilidade sem a liberação do preso, que pode ocorrer por várias causas, entre elas pela anistia, graça ou indulto; lei mais benéfica retroagir e não mais considerar o fato praticado como criminoso, pela decadência, perempção e prescrição* entre outras causas: além de outros casos onde se caracteriza a ameaça, violência ou constrangimento à liberdade de locomoção por coação ou abuso de poder.<sup>10</sup>

#### c) *Não cabimento*

O artigo 142, § 2.º, da Constituição Federal determina que não cabe a *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.

---

8 ACKEL FILHO, Diomar. *Writs Constitucionais (Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data)*. Editora Saraiva, São Paulo, 1988, p. 30.

9 Não existe a conhecida hipótese de condução para averiguação, pois trata-se de restrição inconstitucional e ilegal à liberdade de locomoção, assim como não se pode prender por estar a pessoa andando na rua em determinado horário.

10 ACKEL FILHO, ob. cit., pp. 31-37; MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus*. Editor Borsóil. Rio, 1962, 4ª ed.; CUNHA, Mauro Silva. Roberto GERALDO Coelho. *Habeas Corpus. No Direito Brasileiro*, 1ª ed., Aide Editora, Rio, 1985.



“Esse óbice ao *habeas corpus* há de ser admitido em termos, ou seja, o que se veda é a concessão de *habeas corpus* nos casos de punição disciplinar regular. Se a punição é imposta por autoridade manifestamente incompetente ou de qualquer modo, ao arrepio das normas regulamentares que vinculam a ação do superior que pune a ação heróica, será certamente cabível”.<sup>11</sup>

Também não caberá *habeas corpus* na prisão administrativa. O depositário infiel, o alimentante inadimplente e os sonegadores estão sujeitos a ela, por expressa previsão legal. É a chamada prisão civil que embora não tendo caráter penal, o que reconhece expressamente a Constituição Federal, está prevista no Código de Processo Penal que admite neste caso o *habeas corpus* em duas hipóteses: se o pedido de *habeas corpus* for acompanhado de prova da quitação ou de depósito de alcance verificado ou se a prisão exceder o prazo legal.<sup>12</sup>

#### d) Legitimidade ativa

“Qualquer pessoa natural pode ser impetrante de *habeas corpus* e, mesmo, uma pessoa pode impetrar por outra, ou o Ministério Público, e o próprio órgão jurisdicional pode concedê-lo de ofício, pessoa jurídica não pode ser beneficiário da medida, porquanto não tem liberdade de locomoção a ser protegida. O benefício de ordem, portanto, é privativo de pessoa natural, pessoa humana, podendo, porém, pessoa jurídica impetrar em favor desta.”<sup>13</sup>

#### e) Legitimidade passiva

Não é necessário, como já vimos, no estudo de liberdade de locomoção, que o coator seja autoridade. Como bem escreve DIOMAR ACKEL FILHO, o *habeas corpus* pode ser requerido contra o “Delegado de Polícia, agente de investigação, Juiz ou Tribunal etc., dono de fazenda, diretor de hospital ou outro qualquer. O que importa aqui é a posição de coator.”<sup>14</sup>

#### f) Competência para conhecimento

Contra atos de autoridade policial ou particulares a competência será do juiz criminal de primeiro grau, seguindo os critérios de fixação de competência territorial. Se a coação, ilegalidade partir de juiz de primeira instância, a competência será do Tribunal de Segunda Instância, e se partir deste Tribunal será do Tribunal Superior. Além da competência recursal, existem ainda as competências originárias dos Tribunais nos

11 ACKEL FILHO, ob. cit., p. 38.

12 ACKEL FILHO, ob. cit., p. 40; MARMITT, Arnaldo. *Prisão Civil. Por Alimentos e Depositário Infiel (de acordo com a nova Constituição)* 1ª ed., Alde Editora, Rio de Janeiro, 1989.

13 GREGO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das liberdades*, Editora Saraiva, São Paulo, 1989, p. 146.

14 ACKEL FILHO, ob. cit., p. 43.

artigos 102, inciso 1, alíneas *d, i*, 105, inciso 1, alínea *c*, 108, inciso 1, alínea *d*, 121, § 3.º da Constituição Federal, não se excluindo ainda as competências originárias dos Tribunais da Justiça Estadual dos Estados-Membros, estabelecidos nas Constituições Estaduais.

## 2.2 — Mandado de segurança

### a) Conceito e objeto

O mandado de segurança foi introduzido pela primeira vez no Direito brasileiro pela Constituição de 1954. A Constituição de 1957 não previa o remédio processual do mandado de segurança, o que confirma o caráter autoritário deste texto. A partir de 1946, com a restauração do mandado de segurança naquele texto constitucional que marca a redemocratização brasileira, todas as Constituições que se seguem contemplaram esta garantia processual dos direitos individuais, inclusive a Constituição do período militar autoritário, de 1967, e a Emenda n.º 1, de 1969. A Constituição de 1988, além de manter as garantias processuais anteriores, cria novas modalidades e amplia outras, como o caso do mandado de segurança coletivo.

O objeto do mandado de segurança é a proteção de direito líquido e certo não amparado por *habeas data* e *habeas corpus* contra ilegalidade e abuso de poder de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Como bem explica JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, “os constituintes brasileiros definiram o mandado de segurança, residualmente, ou seja, conceituaram-no a partir do critério negativo ou excludente, comparando-se com o *habeas corpus* (...) Deste modo, o *habeas corpus* é espécie do gênero mandado de segurança. Assim, com exceção do *habeas corpus*, que protege a liberdade de locomoção,<sup>15</sup> todo o direito líquido e certo, ferido (ou ameaçado de ser ferido) por ato ilegal ou abusivo de autoridade pública é suscetível de ser atacado por via do mandado de segurança”.<sup>16</sup>

HELY LOPES MEIRELLES conceitua o mandado de segurança como o “meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para proteção de direito individual, próprio, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade, seja de que categoria for, sejam quais forem as funções que exercça”.<sup>17 18</sup>

<sup>15</sup> Acrescente-se o *Habeas Data* que protege o direito à informação.

<sup>16</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Os Writs na Constituição de 1988 (Mandado de Segurança, Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data, Habeas Corpus, Ação Popular)*, Editora Forense Universitária Ltda., São Paulo, 1989, p. 11.

<sup>17</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança e Ação Popular*, 9ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983, p. 3.

<sup>18</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Dirito Administrativo Brasileiro*, 6ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 674.

Podemos localizar neste conceito o sujeito passivo e ativo no mandado de segurança. Acrescente-se, aí, que o novo texto constitucional, para evitar dúvidas, coloca como coator, sujeito passivo no mandado de segurança, autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

A doutrina, jurisprudência e a legislação infraconstitucional já haviam consagrado: todos que exerçam função pública são suscetíveis de encarnar a figura da autoridade coatora.<sup>19</sup>

YVES JOSÉ DE MIRANDA GUIMARÃES escreve que “o mandado de segurança, como writ consagrado constitucionalmente, tem a natureza de ação civil. É uma forma de prestação jurisdicional, colocada à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou simplesmente ameaçado de lesão, por ato de qualquer autoridade, desde que não amparado por *habeas corpus* ou por *habeas data*. Possibilitando o conhecimento total da controvérsia, não tem a sentença nele proferida a necessidade de um processo de execução; ao impetrado impõe a satisfação *in natura* do dever nela cominado; pode substituir o próprio ato administrativo pelo jurisdicional, quando necessário, toda vez que aquele não depende de exercício da faculdade discricionária e, nos demais casos, pela expedição de uma ordem cujo descumprimento é gravemente apenado”<sup>20</sup>

#### b) Legitimidade ativa

Toda pessoa física, jurídica, órgão com capacidade processual como por exemplo as Mesas das Assembléias Legislativas, do Congresso, do Senado e da Câmara dos Deputados, Presidência de Tribunais, Chefias de Executivo e Ministério Público e as universalidades reconhecidas por lei como o espólio, massa falida e condomínio de apartamentos.

#### c) Legitimidade passiva

Autoridades públicas ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Deve-se entender como autoridade aquela

---

19 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Perfil do Mandado de Segurança Coletivo*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, p. 11; BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança, Revista, Aumentada e Atualizada de Acordo com o Código de Processo Civil de 1973 e Legislação Posterior*, Forense, Rio de Janeiro, 1976; SIDOU, J. M. Othon. *Habeas Data, Mandado de Injunção, Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular. As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos, Segundo a Nova Constituição*, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1989; CRETELLA JUNIOR, J. *Comentários à Lei do Mandado de Segurança (de acordo com a Constituição de 5 de outubro de 1988)*, Forense, Rio de Janeiro, 1989; PINTO FERREIRA *Teoria e Prática do Mandado de Segurança*, Editora Saraiva, S. Paulo, 1984.

20 GUIMARÃES, Yves José de Miranda. *Comentários à Constituição. Direitos e Garantias Individuais e Coletivos*, 2ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1989, pp. 91-92.

pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência

*d) Direito líquido e certo*  
cia que lhe é atribuída pela norma legal.<sup>21</sup>

Segundo HELY LOPES MEIRELLES, "direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante. Se sua existência for duvidosa; se a sua extensão não estiver determinada; se o seu exercício depender de situações e fatos não esclarecidos nos autos, não sendo ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais. Quando a lei alude ao direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e o seu exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança".<sup>22</sup>

*e) Mandado de segurança coletivo*

O artigo 5.º, inciso LXX, alíneas *a* e *b* da Constituição Federal concedem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança coletivo aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e à organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Importante este dispositivo constitucional, pois concede às associações, entidades de classe e organizações sindicais a possibilidade de não apenas defenderem os seus direitos líquidos e certos, como já podia fazer nos textos anteriores, mas também de defender os direitos de seus membros e associados.

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI escreve que, o mandado de segurança coletivo, como espécie do mandado de segurança, "pode igualmente ser conceituado como um instituto de direito processual constitucional, cujo objetivo precípuo diz com a verificação da inconstitucionalidade ou ilegalidade de ato de agente do Poder Público, ou a ele equiparado, responsável pela sua efetuação".<sup>23</sup>

21 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança e Ação Popular*, p. 3

22 MEIRELLES, ob. cit., pp. 5 a 8.

23 CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Class Action e Mandado de Segurança Coletivo*. Editora Saraiva, São Paulo, 1990, p. 38; CRFTELLA JÚNIOR, José. *Do Mandado de Segurança Coletivo. De acordo com a Constituição de 1988*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1990.

Portanto temos o mandado de segurança coletivo como um meio processual posto à disposição das associações, sindicatos e entidades de classe na defesa de interesses de seus membros ou associados, e não de seus próprios interesses, pois isto seria objeto do mandado de segurança individual. E quanto aos Partidos Políticos? Existem posições conflitantes. YVES JOSÉ DE MIRANDA GUIMARÃES escreve que “no inciso LXXI do artigo 5.º, que cria o mandado de segurança coletivo, o remédio processual foi estendido aos partidos políticos, para defesa dos seus direitos líquidos e certos, e às demais entidades enunciadas, em defesa dos seus membros ou associados”.<sup>24</sup>

Diferente é o entendimento de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR ao escrever:

“A impetração do mandado de segurança coletivo por partido político, com representação no Congresso Nacional, *em defesa de interesses de seus membros* (grifo nosso), não ofereceria maiores dificuldades, porque neste tipo de corporação há, regra geral, unidade de orientação e os dissidentes se afastam da entidade.”<sup>25</sup>

Como se vê, o primeiro autor citado entende que a Constituição, no inciso LXXI, alínea *a*, concede a Partido Político legitimidade para defesa de seus direitos, e não de seus membros, o que seria concedido na alínea *b* às associações, entidades de classe e sindicatos. Não podemos concordar com tal entendimento, pois a legitimidade do Partido Político defender seus interesses está no mandado de segurança individual, pois pode pessoa jurídica impetrar este remédio na defesa de seus interesses, e é o partido político pessoa jurídica de direito privado nos termos do artigo 17, § 2.º, da Constituição Federal.

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR esclarece muito bem esta questão quando escreve:

“No texto da Constituição vigente, mandado de segurança coletivo tem o sentido técnico de ‘ação impetrada por pessoas jurídicas em nome de seus membros ou associados’. Se o partido político, o sindicato, a entidade de classe ou a associação legalmente constituída impetrarem mandado de segurança em causa própria, investindo contra ato ou abuso ilegal que os atinja, não teremos mandado de segurança coletivo, mas mandado de segurança individual, na acepção do texto de 1967.”<sup>26</sup>

---

24 GUIMARÃES, ob. cit., p. 94.

25 CRETELLA JUNIOR, José. *Os Writs na Constituição de 1988*, ob. cit., p. 83.

26 CRETELLA JUNIOR, ob. cit., p. 80.

Poder-se-ia então concluir que o segundo entendimento seria o correto. Temos entretanto uma restrição. A Constituição, ao criar o mandado de segurança coletivo, o faz no inciso LXX que é dividido em duas alíneas:

“Art. 5.º .....

.....  
LXX — o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento de seus membros ou associados;”

Procurou portanto o constituinte, ao colocar o partido político (associação) em alínea separada das organizações sindicais (associações), entidades de classe e outras associações, estabelecer uma diferenciação. Qual? As associações da alínea *b* podem impetrar mandado de segurança coletivo na defesa dos direitos de seus membros, como expressamente determina a Constituição. A Constituição, entretanto, não diz expressamente na defesa dos direitos de quem o partido político impetrará o mandado de segurança coletivo. Como já vimos, não é no interesse do próprio partido político que esta pessoa jurídica vai impetrar o mandado de segurança coletivo, pois seria um mandado de segurança individual. A resposta está nas finalidades e objetivos das associações citadas. Os sindicatos e as entidades de classe existem em função de uma determinada classe e categoria. Sindicatos de empregadores, de empregados, de banqueiros, de bancários, de metalúrgicos etc. Portanto, nada mais natural que estes sindicatos e associações impetrem mandado de segurança em defesa dos direitos de seus membros. O mesmo ocorre com outras associações, que mesmo com fins filantrópicos, defendem direitos de um determinado grupo de pessoas.

Entretanto, o partido político é diferente. Os partidos políticos têm projetos nacionais, para toda população, por este motivo eles procuram defender direitos e interesses de toda a população e não de apenas um grupo de pessoas ou uma categoria de empregados ou empregadores. Logo, podemos aí encontrar a explicação para os partidos políticos estarem em alínea diferente, pois estes não impetrarão mandado de segurança coletivo para a defesa apenas de seus membros, como no caso da alínea *b*, mas sim de direitos de toda a população.

Finalmente uma última questão deve ser esclarecida. Os direitos líquidos e certos amparados pelo mandado de segurança coletivo, podem ser direitos de alguns dos associados, ou membros, ou devem ser direitos de todos os associados ou membros no caso da alínea *b* e direitos difusos ou coletivos no caso da alínea *a*.

Entendemos que o mandado de segurança coletivo ampara direitos individuais de todos os associados e não apenas alguns direitos coletivos e difusos. Neste sentido escreve JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“Celso Agrícola Barbi acha que a legitimação dessas entidades de classe e associativas se destina a reclamar direitos subjetivos individuais dos membros dos sindicatos e dos associados de entidades de classe e associações! Há ponderações a fazer quanto a isso, pois não se pode, p. ex., deixar de levar em conta o disposto no art. 8.º, III, que dá aos sindicatos legitimidade para a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, em juízo. Outra questão é saber se as associações podem impetrar mandado de segurança coletivo sem autorização ou se precisam desta, tal como prevê em geral o disposto no art. 5.º, XXI, segundo o qual as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente! Aquela regra do mandado de segurança coletivo contém uma exceção à regra geral, ou a ela se subsume? Pensamos que a regra geral prevalece em todos os casos, em que se reclama o direito subjetivo individual dos associados.”<sup>27</sup>

Sobre o direito líquido e certo do mandado de segurança coletivo, JOSÉ AFONSO DA SILVA escreve que este requisito “será sempre exigido quando a entidade impetra o mandado de segurança coletivo na defesa do direito subjetivo individual. Quando o sindicato usá-lo na defesa do interesse coletivo de seus membros e quando os partidos políticos forem impetrá-los na defesa de interesse coletivo difuso, exige-se ao menos a ilegalidade e a lesão do interesse<sup>28</sup> que o fundamenta”.<sup>29</sup>

Finalmente, devemos esclarecer melhor a questão da conceituação de interesse e direito coletivo e difuso.

JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS esclarece muito bem a questão quando escreve que “interesse é a relação que se estabelece entre um sujeito e o bem por ele, sujeito, considerado apto para satisfazer sua necessidade, podendo-se por consequência, subjetivamente, entender interesse também como a atitude do sujeito em relação ao bem por ele tido como adequado para libertá-lo de carência (necessidade) que experimenta. (...) Inadequado, portanto, pela carga de ambigüidade que acarreta, falar-se de ‘interesse’? Merecedor de proteção jurídica sem que se veja nisso a configuração de um direito, e direito subjetivo sem sentido lato.”<sup>30</sup>

27 SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*, 6ª edição, 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990, p. 395.

28 Entendemos que não são interesses mas sim direitos coletivos e direitos difusos.

29 SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 3.970.

30 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de Segurança Coletivo. Mandado de Injunção, Habeas Data, Constituição e Processo*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1989.

O mesmo autor critica a dualidade de terminologia ao se referir a interesses, no transindividual, e direito, no individual. Acredita J. J. Calmon de Passos que esta dualidade "é de todo desautorizada, apenas traduzindo o remanescente conservador (mesmo inconsciente) dos que ainda não lograram o libertar de estreita cela em que foi aprisionada na noção clássica de direito subjetivo".<sup>31</sup>

Portanto, temos que o mandado de segurança coletivo ampara direitos individuais, já caracterizados neste estudo, direito coletivo, entendido como direitos de um grupo, de uma categoria determinada, e direitos difusos, como aqueles direitos indivisíveis pertencentes a todos, como é exemplo o direito ao meio ambiente saudável.

## 2.3 — Mandado de Injunção

### a) Conceito e objeto

O mandado de injunção é sem dúvida uma das mais importantes criações da Constituição de 1988, uma vez que vem possibilitar a concretização dos dispositivos constitucionais que dependem de norma regulamentadora. Várias foram as normas de Constituições passadas, que ficaram sem regulamentação e por este motivo não influíram na ordem jurídica nacional. Estas normas são principalmente as referentes aos direitos sociais, e isto consiste em outra qualidade do mandado de injunção: ao contrário das garantias processuais das Constituições passadas que a exemplo do *habeas corpus* e mandado de segurança, só protegiam direitos individuais, o Mandado de Injunção vem proteger também os outros direitos constitucionais, como os direitos sociais e políticos.

O artigo 5.º, inciso LXXI da Constituição Federal, dispõe:

"Art. 5.º" .....

LXXI — 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."

Este dispositivo guarda íntima relação com a ação de inconstitucionalidade por omissão, regradada pelos artigos 102, I, *q*, 102, II, *a* e no artigo 105, I, *h*, da Constituição, pois embora tenham conteúdos, objetos e finalidades um pouco diferentes, cuidam de um mesmo assunto, que é a omissão normativa.<sup>32</sup>

O objeto do mandado de injunção é suprir a carência da norma regulamentadora, possibilitando que o sujeito do direito que depende de regu-

31 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Constituição e Processo*, p. 11.

32 SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O Mandato de Injunção*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, p. 9; DANTAS, Ivo. *Mandado de Injunção. Guia Teórico e Prático*. Aide Editora, Rio de Janeiro, 1989, 1ª edição.



lamentação possa usufruir deste. É bom notar que, como a ação de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção também é uma forma processual de controle da constitucionalidade, pois supre, para aqueles que o impetrarem, a omissão inconstitucional.

JOSÉ AFONSO DA SILVA escreve que “em princípio, o exercício das liberdades constitucionais independe de normas regulamentadoras. Elas são conferidas por regra, em normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Se alguma normatividade é prevista, normalmente será para restringir o alcance da norma e não para integrar sua eficácia. Pois aí se situam as normas de eficácia contida. Mas há inúmeros direitos constitucionais e eventualmente até liberdades cujo exercício requer alguma forma de regulamentação por lei ou outra providência do Poder Público. Por exemplo, é garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias (art. 5.º, VI; e garantia de uma liberdade dependente da forma da lei); é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa às entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5.º, VII); a criação de associações e na forma da lei, a de cooperativas não dependem de autorização... (a criação de cooperativas depende de lei, art. 5.º, XVIII) (...); é direito do trabalhador a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar... (art. 7.º, I); salário mínimo, fixado em lei com os requisitos previstos no art. 7.º, IV, adicional para atividades penosas..., na forma da lei (art. 7.º, XXIII) etc.; os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a... (art. 201)”.<sup>33</sup>

Temos nos exemplos acima citados casos de dispositivos constitucionais que dependem de normas regulamentadoras. É importante notar que esta garantia do mandado de injunção se aplica não apenas aos direitos individuais, mas também aos direitos sociais citados e ainda a outros direitos constitucionais nos termos do inciso LXXI do artigo 5.º, além das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Quando se fala em norma regulamentadora não se está falando em regulamentação através das leis, mas qualquer ato proveniente de “atividades internas da Administração Pública, ou que dela dependam, quer sejam funcionários, quer sejam agentes de qualquer dos três Poderes e até mesmo de particulares”.<sup>34</sup>

Quanto ao alcance da ordem de injunção, este é muito bem definido por ULDERICO PIRES DOS SANTOS, quando escreve:

“O que o Poder Judiciário deve fazer no exercício de seu poder jurisdicional é examinar se o direito subjetivo do postu-

---

33 SILVA, José Afonso da. *Mandado de Injunção e Habeas Data*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1969, p. 23.

34 SANTOS, Ulderico Pires dos. *Mandado de Injunção*, Editora Palmape, São Paulo, 1968, p. 62.

lante da injunção está sendo postergado em face da apatia de quem tem o dever de regulamentar. Se se convencer de que o ato omissivo está realmente lhe causando lesão, marcará prazo para o responsável pela violação fazer o regulamento, de modo a poder o titular do direito entrar no seu exercício, sob pena de providência ser tomada pelo poder jurisdicional.

Esgotado o prazo para a autoridade executiva ou legislativa tomar a providência que lhe compete, sem que o faça, deverá ser expedido o mandado de injunção assegurando ao impetrante o direito que reclama.

Se houver recalcitrância do devedor da prestação, esta será convertida em indenização por perdas e danos, como temos salientado.”<sup>35</sup>

Temos então que, através do mandado de injunção, qualquer pessoa física ou jurídica portadora de direito constitucional que depende de regulamentação pode consegui-lo. Após o Poder Judiciário determinar que o responsável pela norma regulamentadora a faça em prazo marcado, se esta norma não for elaborada, o Poder Judiciário suprirá a omissão para aquele caso concreto, tendo neste caso o efeito *inter partes*.

#### b) *Sujeito passivo*

Vamos recorrer aos claros ensinamentos de JOSÉ AFONSO DA SILVA sobre o tema:

“A pessoa ou entidade contra quem se impetra o mandado de injunção — o impetrado — será aquela que corre a obrigação de prestar o direito, liberdade ou prerrogativa, pretendidos pelo impetrante. Em se tratando de liberdade ou prerrogativa, objeto de injunção, parece que o impetrado só poderá ser uma pessoa de direito público. (...) Muitos direitos sociais, como vimos, irão de ser prestados concretamente pelo Poder Público (direito à saúde, direito à educação, direito à cultura); nestes casos a Constituição reconhece competência comum cumulativa (art. 23), da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, portanto qualquer dessas entidades poderá ser impetrada em mandado de injunção, talvez comporte até litisconsórcio passivo nessa situação. (...) Em matéria de direito dos trabalhadores, a parte obrigada a cumprir em concreto o direito pleiteado é o patrão do impetrante, logo ele será o impetrado.

É possível haver litisconsórcio passivo especialmente em mandado de injunção impetrado por sindicatos em defesa de direitos constitucionais da categoria profissional. Claro que, em tal caso, será proposto contra todas as empresas que empregam a categoria do sindicato ou sindicatos impetrantes. Não cabe litis-

35 SANTOS, Ulderico Pires dos. Ob. cit., pp. 60-61.

consórcio passivo entre particulares e o Poder Público. No máximo será admissível que se dê ciência ao Poder Público competente para elaborar a norma regulamentadora, mas a sentença proferida contra particular não será exequível contra ele, pois não é parte no feito.”<sup>36</sup>

### c) *Legitimidade ativa*

Será sujeito ativo o titular do direito que depende de regulamentação, podendo haver litisconsórcio ativo facultativo quando o mesmo direito pertencer a vários interessados será comum acontecer, devendo ser o mesmo fundamento contra o mesmo obrigado.

Será admitida também a representação do interessado pela associação na defesa de seus membros nos termos do artigo 5.º, XXI da Constituição Federal, assim como poderá ocorrer substituição processual, “chamada derrogação anômala, em derrogação do artigo 6.º do Código de Processo Civil, para o caso, na defesa de direitos ou interesses de sua categoria profissional, por força do disposto no art. 8.º, III, que declara caber ao sindicato ‘a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria inclusive em questões judiciais ou administrativas’, cumprindo esclarecer que, ao falar de direitos e interesses coletivos e individuais, não se está usando essas expressões no sentido de que o sindicato poderá ingressar em juízo para pleitear direitos e interesses tanto da coletividade de seus membros como direitos de cada um deles individualmente considerados. E também aqui poderá haver litisconsórcio facultativo entre mais de um sindicato, desde que o fundamento, o objeto e a causa de pedir sejam idênticas”.<sup>37</sup>

### d) *Rito processual*

O mandado de injunção, dada a sua natureza, terá rito equivalente aos remédios processuais constitucionais, admitindo-se a possibilidade de se conceder liminares:

“Enquanto não editada a lei regulamentando o seu procedimento, o mandado de injunção poderá ser admitido e processado, naquilo que for compatível, em consonância com a disciplina procedimental estabelecida para o mandado de segurança.”<sup>38</sup>

É também a doutrina que entende:

“Para esse efeito, há de ser demonstrado o “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*”, tendo em vista os parâmetros

36 SILVA, José Afonso da. Ob. cit., pp. 32-33.

37 SILVA, José Afonso da. Ob. cit., pp. 31-32.

38 TUCCI, Rogério Lauria e José Rogério Cruz e Tucci. *Constituição de 1988 e Processo*. Editora Saraiva, São Paulo, 1989, p. 156.

do direito comparado e o confronto da doutrina e jurisprudência vigentes no país, bem utilizáveis pela via de conhecimento analógico.”<sup>39</sup>

## 2.4 — Ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão

### a) O controle de constitucionalidade

Para se falar em ação direta de inconstitucionalidade é necessário, em primeiro lugar, falar em controle de constitucionalidade das leis. A Constituição consagra o controle jurisdicional difuso, que significa que todos os órgãos do Poder Judiciário podem manifestar-se sobre a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Neste caso específico, quando, em grau de recurso, o Supremo Tribunal Federal julgar em decisão definitiva a inconstitucionalidade de uma lei, esta decisão será comunicada ao Senado Federal para que este, nos termos do artigo 52, inciso X, suspenda a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Este controle difuso onde todos os órgãos do judiciário, mediante julgamento de caso concreto podem declarar lei inconstitucional e se recusar a aplicá-la ao caso, tem dois efeitos distintos. O primeiro será a decisão do caso concreto colocado sob apreciação do Poder Judiciário. Neste caso a decisão terá efeitos *ex tunc*, e *inter partes*. No caso de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal e suspensão da execução da lei pelo Senado Federal, o efeito obviamente será *erga omnes* e *ex-nunc*, ou seja, a partir do momento da suspensão da execução pelo Senado Federal.

Além deste controle difuso, a Constituição Brasileira consagra também uma forma de controle concentrado da constitucionalidade das leis, que será a ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão. O artigo 103 da Constituição dispõe sobre o assunto da seguinte forma:

“Art. 103 — Podem propor a ação da inconstitucionalidade:

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

---

<sup>39</sup> STRENGER, Irineu. *Mandado de Injunção*. Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1988; *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*, art. 216: No mandado de injunção e no *habeas data*, serão observadas as normas da legislação de regência. Enquanto estas não forem promulgadas, observar-se-ão, no que couber, o Código de Processo Civil e a Lei nº 1.533, de 1951.

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.

§ 1.º — O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2.º — Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, 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.

§ 3.º — Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.”

*b) Efeitos da declaração de inconstitucionalidade na ação direta de inconstitucionalidade por ação*

Observa JOSÉ AFONSO DA SILVA que, na via indireta de controle de constitucionalidade (o controle difuso no caso concreto), “a declaração de inconstitucionalidade, na via indireta, não anula a lei nem a revoga; teoricamente, a lei continua em vigor, eficaz e aplicável, até que o Senado Federal suspenda sua executoriedade nos termos do artigo 52, X; a declaração na via direta tem efeito diverso, (...) qualquer decisão que decrete a inconstitucionalidade deverá ter eficácia *erga omnes* (genérica) e obrigatória”.<sup>40</sup>

Entende o Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, posição com a qual concordamos, que uma vez que a Constituição Federal não dizia, no caso da ação direta de inconstitucionalidade por ação, qual o efeito da declaração de inconstitucionalidade, deve-se aceitar que “o problema se resolva, logicamente, pelas regras processuais sobre a eficácia e autoridade da sentença. E como o objeto do julgamento consiste em desfazer os efeitos normativos (efeitos gerais) da lei ou ato, a eficácia da sentença tem exatamente esse efeito de eliminar a eficácia e aplicabilidade da lei, e isto tem valor geral, evidentemente. Em suma a sentença af faz coisa julgada

---

40 SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 52.

material, que vincula as autoridades sob pena de arrostar a eficácia de coisa julgada”<sup>41</sup>

Portanto, no caso da ação direta de inconstitucionalidade, de norma legal ou ato normativo, não é necessário que o Senado Federal suspenda a execução da lei, como faz no controle difuso. Neste caso a própria sentença retira a eficácia e aplicabilidade da lei ou ato normativo.

c) *A inconstitucionalidade por omissão*

Observa IVO DANTAS que “a difusão do controle de inconstitucionalidade por omissão se deu através da Constituição Portuguesa de 1976, que em seu artigo 279 determina:

“Quando a Constituição não estiver a ser cumprida por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar executáveis as normas constitucionais, o Conselho da Revolução poderá recomendar aos órgãos legislativos competentes que as emitam em tempo razoável.”<sup>42</sup>

Após a 1.<sup>a</sup> revisão constitucional, foi alterada a redação do dispositivo constitucional referente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão que passa a estar previsto no artigo 283, com a seguinte redação:

“Artigo 283.

(Inconstitucionalidade por omissão)

1 — A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar executáveis as normas constitucionais.

2 — Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.”

A respeito desta previsão, escreve o professor português JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO que:

I — o conceito de omissão legislativa não se resume num simples “não fazer”, mas significa não fazer aquilo a que, de forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado. Deve haver uma exigência constitucional de ação e não simplesmente um dever geral de legislar.

---

41 SILVA, José Afonso da. Ob. cit., pp. 51-52.

42 DANTAS, Ivo. *Mandado de Injunção*. Ob. cit., p. 57.

II — as omissões legislativas a que se refere a ação direta, devem ser aquelas derivadas de imposições constitucionais em sentido estrito. O descumprimento de certos objetivos da Constituição, como o oferecimento de saúde pública e gratuita a todos os brasileiros, educação etc., é também inconstitucional, mas a concretização destes direitos depende da luta política através dos instrumentos democráticos.

III — existe também omissão inconstitucional quando o legislador cumpre de forma incompleta o dever de elaborar normas regulamentadoras de direitos constitucionais.

IV — o instituto da inconstitucionalidade por omissão reflete as insuficiências dos instrumentos e processos típicos do ordenamento liberal, devendo ser criadas também outras formas democráticas de proteção contra omissões legislativas como as ações populares, iniciativa popular das leis e outras formas de acentuação de democracia participativa.

V — Não há conexão entre a omissão legislativa inconstitucional e os prazos para o início do processo legislativo de elaboração de determinada lei. A omissão se verifica pela omissão legislativa diante da importância e indispensabilidade da mediação legislativa para dar operatividade prática às normas constitucionais.<sup>43</sup>

Estas observações são válidas para a compreensão da nossa ação direta de inconstitucionalidade por omissão, porém com uma observação fundamental: a Constituição Portuguesa fala em omissões legislativas, enquanto a Constituição brasileira de 1988 trata da omissão de “medida” para tornar efetiva norma constitucional. Entendemos portanto o texto brasileiro mais abrangente, visando não apenas à omissão legislativa, mas à omissão regulamentadora também expressa na ausência de atos dos órgãos administrativos, como dispõe o § 2.º do art. 103, como ainda a omissão no cumprimento das normas constitucionais por falta de vontade política do governo, como o oferecimento de educação pública e gratuita e saúde pública gratuita. Neste último caso pode parecer que os efeitos práticos desta declaração de inconstitucionalidade por omissão não sejam satisfatórios, mas devemos lembrar-nos de que o reconhecimento da omissão do Governo na procura de cumprimento dos deveres constitucionais por parte do Supremo Tribunal Federal poderá caracterizar que o Presidente, na prática de atos de governo, esteja praticando atos que não estejam sendo direcionados na consecução dos objetivos constitucionais, sendo portanto atos contrários ao exercício dos direitos humanos, mas especificamente no caso de omissão diante do direito à saúde e educação, dos direitos sociais, importando aí

---

43 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 3ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1983, pp. 715-718.

na caracterização de crime de responsabilidade do Presidente nos termos do art. 85, inciso III da Constituição de 1988.

Portanto, embora a declaração do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a omissão do Governo diante de, por exemplo, uma política de educação procure atingir os objetivos constitucionais, possa ficar apenas na ciência do Poder Executivo para que tome as providências necessárias, este reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal de omissão do governo, caracteriza uma prática governamental contrária aos direitos sociais e portanto crime de responsabilidade do Presidente da República. Embora o processo de julgamento do Presidente por crime de responsabilidade seja um processo político diante do Poder Legislativo, a decisão da Corte Suprema brasileira irá sem dúvida caracterizar com maior clareza o crime de responsabilidade.

*d) Dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por omissão*

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade estão no § 2.º do art. 103 já transcrito. Após a declaração de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, 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.

Portanto, o efeito será uma mera comunicação ao Poder competente, para que tome a medida necessária para acabar com a omissão inconstitucional, existindo a exceção para o caso de ser órgão administrativo, quando então este órgão deverá efetivar norma constitucional através das medidas necessárias, dentro de trinta dias.

*e) Ação de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*

Randolpho Gomes, em trabalho sobre o mandado de injunção, estabelece algumas diferenças entre esta garantia processual e a ação de inconstitucionalidade por omissão, o que nos ajuda a compreender melhor estes dois mecanismos processuais. São estas as diferenças apontadas pelo autor:

I — A primeira diferença consiste na constatação da legitimidade ativa. Enquanto o mandado de injunção pode ser exercido por qualquer pessoa titular do direito, a ação de inconstitucionalidade só poderá ser proposta pelo Presidente da República, as Mesas do Senado, da Câmara Federal e das Assembléias Legislativas, os Governadores de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, os Partidos Políticos representados no Congresso Nacional e as Confederações Sindicais ou Entidades de Classe de âmbito nacional.

II — A segunda diferença está na constatação da legitimidade passiva. O mandado de injunção se dirige àquele que deve conceder o direito, podendo, por exemplo, ser uma empresa com personalidade de direito



privado se o direito consiste na participação nos lucros e na gestão por parte dos trabalhadores.

A ação de inconstitucionalidade por omissão terá sempre como sujeito passivo a pessoa ou entidade responsável pela elaboração da norma.<sup>44</sup>

III — A terceira diferenciação que se poderá fazer será quanto ao objeto. O mandado de injunção visa ao pronto exercício do direito, embora ausente a norma regulamentadora. Temos aí uma decisão judicial supridora da omissão para aquele caso concreto colocado sob a apreciação do Poder Judiciário.

A ação de inconstitucionalidade por omissão busca a construção da norma ausente por parte do órgão ou Poder competente.<sup>45</sup> O efeito aí será *erga omnes*.

## 2.5 — *Habeas data*

### a) *Conceito e objeto*

A Constituição Federal trata do *habeas data* no art. 5.º, inciso LXXII, que dispõe:

“LXXII — conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa impetrante, constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.”

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO conceitua este instrumento como uma “ação (garantia instrumental) que deve proteger um direito à verdade a respeito de si próprio relativamente a registros ou bancos de dados”.<sup>46</sup>

É uma inovação da Constituição de 1988 ao lado do “mandado de injunção”, “mandado de segurança coletiva” e a “ação de inconstitucionalidade por omissão”.

---

44 Acrescentaríamos, aí, não só o Poder ou órgão responsável pela elaboração da norma como, de forma mais abrangente, o Poder ou órgão de qualquer poder responsável pela implementação de qualquer medida como já nos referimos à questão anteriormente.

45 GOMES, Randolpho. *Mandado de Injunção*. Edições Trabalhistas S.A., Rio de Janeiro, 1989, pp. 38-39.

46 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Volume I, arts. 1º ao 43, Editora Saraiva, São Paulo, p. 81.

Assim como todas as outras garantias processuais, o *habeas data* é dotado de plena, completa e irrestrita eficácia. É, pois, a “aplicabilidade do *habeas data*, direito subjetivo público posto à disposição do interessado, a partir da promulgação e publicação do texto constitucional. (...) O Serviço Nacional de Informação (SNI) é o mais completo banco de dados a respeito dos cidadãos brasileiros e, a nosso ver, essa entidade foi a força motriz que levou os constituintes de 1988 à criação do instituto do *habeas data*. Em segundo lugar, o SPC também concorreu para a criação do writ do *habeas data*”.<sup>47</sup>

O *habeas data* tem como objeto a proteção do direito à informação, que cada um tem, sobre a sua própria pessoa, e funciona como instrumento processual para retificação de dados.

Esta garantia processual encontra limites no inciso XXXIII do art. 5.º da Constituição, que estabelece que

“todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado .”

Duas observações devem ser feitas com relação a este inciso XXXIII que garante o direito à informação. Ele se refere a direito à informação de interesse particular como também de interesse coletivo ou geral. O *habeas data* é instrumento processual que se refere somente a informações sobre a própria pessoa, ou retificação de dados referentes também ao impetrante.

Portanto, na negativa por parte de órgãos públicos de informações não referentes à pessoa que as pede, mas informações referentes a outras situações que não envolvam questões sigilosas imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado, o instrumento processual adequado será o mandado de segurança.

Neste sentido, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR observa que já na Constituição de 1934 havia previsão de direito à informação, assegurando aos interessados a comunicação de informações que a estes se referissem (Constituição de 1934, art. 113, inciso 55). Este direito subjetivo público oponível ao Estado foi suprimido na Carta de 1957, restaurado na Constituição de 1946 (art. 141, § 36. II), 1967 (art. 150, § 54) e na Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, (art. 153, § 35).

“Não há assim nenhuma novidade, a não ser o nome — *habeas data* — porque o mandado de segurança, desde que foi

---

47 CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Volume 2, Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1989, p. 770.

instituído, poderia, como pode ser hoje, impetrado para exigir dos órgãos públicos informações que a eles se refiram.”<sup>48</sup>

Deve-se ressaltar que, com a redação do inciso LXIX, relativo ao mandado de segurança, hoje não pode mais este ser impetrado para obtenção de informações relativas à pessoa do impetrante e para a retificação de dados, pois para isso há o *habeas data*; mas nada impede que outras informações de caráter geral de interesse coletivo ou geral que sejam negadas pelo órgão público, sem que estas informações sejam de caráter sigiloso imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado, possam ser conseguidas por meio do mandado de segurança.

Outra observação que deve ser feita é a de que o mesmo inciso XXXIII limita o *habeas data* no sentido de que as informações consideradas de caráter sigiloso imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado podem ser negadas. Entendemos que, entretanto, quem deverá apreciar o caráter sigiloso da informação deverá ser o Poder Judiciário e não o órgão que detém a informação.

#### b) *Legitimidade ativa*

A legitimidade para a impetração do *habeas data* daquele (pessoa física) que, tendo informações sobre a sua pessoa, deseja conhecer ou retificá-las em bancos de dados ou registros de entidades governamentais é de caráter público.

#### c) *Legitimidade passiva*

O sujeito passivo no *habeas data* será qualquer entidade governamental que possua a informação desejada ou entidades de caráter público, cujo melhor exemplo será o Serviço de Proteção ao Crédito.

Escreve CELSO RIBEIRO BASTOS que “o sujeito passivo no *habeas data* é todo órgão ou entidade governamental, incluindo-se aí, portanto, a Administração descentralizada e os próprios entes privados, desde que, pelas dimensões da sua atuação, ganhem uma ressonância pública”.<sup>49</sup>

#### d) *Rito processual*

DIVA PRESTES MALERBI, em trabalho sobre o *habeas data*, escreve que são dois os procedimentos processuais para o *habeas data*:

“O *habeas data* protege duas finalidades: o conhecimento do teor dos registros e a retificação dos dados pessoais deles constantes.

48 CRETELLA JÚNIOR, José. Ob. cit., p. 773.

49 BASTOS, Celso Ribeiro. Ives Gandra Martins. *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. II, Editora Saraiva, São Paulo, 1989.

A letra *a* do inciso LXXII do art. 5.º da Constituição disciplina a primeira hipótese de cabimento do *habeas data*, sem esclarecer qualquer condição ou baliza para o exercício deste direito.

Já a letra *b* do inciso LXXII do art. 5.º da Constituição, ao disciplinar a segunda hipótese de cabimento do *habeas data*, torna a manifestar a necessidade de se estabelecerem dois procedimentos processuais para o caso da retificação de dados.”<sup>50</sup>

Portanto, concluímos que, no caso da alínea *a* o procedimento será sumário, aplicando-se no que couber o do mandado de segurança até que seja feita a regulamentação do *habeas data*. No caso da alínea *b* adotar-se-á o procedimento ordinário onde deverá haver a possibilidade ampla de produção de provas, para se demonstrar a necessidade da retificação de dados que não correspondem à realidade:

“Relembre-se ainda que, importante em qualquer das duas hipóteses de cabimento (letras *a* e *b*), seja pela via sumária ou por meio de processo de conhecimento, o feito deverá correr em segredo da justiça, a fim de ser preservada a intimidade no curso do processo, como dispõe o inciso LX do art. 5.º da Constituição.”<sup>51</sup>

## 2.6 — Ação popular

### a) Conceito e objeto

O art. 5.º, inciso LXXIII, estabelece 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 se dirige à proteção de interesses, ou melhor dizendo, direitos difusos, entendendo-se estes direitos como aqueles direitos indivisíveis que pertencem a toda a população.

Este importante remédio processual foi ampliado no texto constitucional de 1988 ao se possibilitar a anulação de atos lesivos não somente ao patrimônio público, mas também à moralidade administrativa e ao meio ambiente, além de referência expressa ao patrimônio histórico e cultural

---

50 MALERBI, Diva Prestes. *Perfil do Habeas Data*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, pp. 33-94.

51 MALERBI, Diva Prestes. *Ob. cit.*, p. 36.

que pela Lei n.º 4.717, de 26-6-65, era considerada patrimônio público para fins de proteção pela demanda popular.

A respeito da evolução da ação popular, escreve CLÓVIS BEZNOS:

“Voltada a ação popular unicamente para a defesa do patrimônio público, apercebendo-se o legislador estarem ao desabrigo determinados interesses difusos, de grande interesse social, editou a Lei n.º 6.513, de 20-12-77, que introduziu a atual redação do § 1.º do art. 1.º da Lei n.º 4.717, de 29-6-65, englobando no conceito de patrimônio público, para fins de proteção pela demanda popular, os bens e direitos de valor econômico, artístico, histórico ou turístico.”<sup>52</sup>

O objetivo da ação popular é a anulação de ato, medida, providência, que foi causa da lesão. Escreve JOSÉ CRETELLA JÚNIOR que se deve entender por ato lesivo, em sentido amplo, não só o ato administrativo como também contrato administrativo, fato administrativo, ou seja, “qualquer medida do Poder Público que desfalque o erário”.<sup>53</sup>

Acrescentamos que na nova ação popular do texto de 1988, não é simplesmente qualquer medida que desfalque o Erário público, mas qualquer medida lesiva ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, à moralidade administrativa, além do patrimônio público anteriormente previsto.

A Constituição de 1988 exige como requisitos da ação popular apenas a lesividade e a condição de eleitor do autor. São os mesmos requisitos que a Emenda n.º 1, de 1969, estabelecia no § 31 do artigo 153, que dispunha que “qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas”.

Apesar da clareza do texto constitucional, vários são os autores que entendem que a ilegalidade é o terceiro requisito necessário. É o caso do jurista HELY LOPES MEIRELLES que entende que o ato a ser inválido deve ser contrário ao direito, não se exigindo a ilegalidade do ato na sua origem, mas sim a ilegalidade na sua formação ou no seu objeto.

---

52 BEZNOS, Clóvis. *Ação Popular e Ação Civil Pública*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, pp. 21-22; CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Ação Popular Constitucional*. Edição Saraiva, São Paulo, 1968; SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional. Doutrina e Processo*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968; MINHOTO JÚNIOR, Alcebíades da Silva. *Teoria e Prática da Ação Popular Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985.

53 CRETELLA JÚNIOR, José. Ob. cit., p. 782.

entendendo-se desta forma que o ato para ser anulado através da ação popular tem de ser ilegal e lesivo.<sup>54</sup>

Entretanto, entendemos que a Constituição é clara ao exigir apenas a lesividade e a condição de cidadão, ou seja, de eleitor, sendo a exigência da ilegalidade uma limitação injustificada a uma garantia processual. Concordamos, pois, com o Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA que nos oferece fundamentação mais completa ao posicionamento adotado, quando escreve:

“A questão fica ainda presa quanto a saber se a ação popular continuará dependendo dos dois requisitos que sempre a nortearam: lesividade e ilegalidade de ato impugnado. Na medida em que a Constituição amplia o âmbito de ação popular, a tendência é a de exigir a lesão, em si, à condição de motivo autônomo de nulidade do ato. Reconhece-se muita dificuldade para tanto. Se exigir também do vício da legalidade, então não haverá dificuldade alguma para a apreciação do ato imoral, porque em verdade somente se considerará ocorrida a imoralidade administrativa no caso de ilegalidade. Mas isso nos parece liquidar com a intenção do legislador constituinte de contemplar a moralidade administrativa como objeto de proteção desse remédio.”<sup>55</sup>

#### b) *Legitimidade ativa*

A Constituição Federal determina que a ação popular poderá ser proposta por qualquer cidadão. Em outros dispositivos a expressão utilizada pela Constituição sugere qualquer pessoa, como no caso do *habeas corpus*, quando o inciso LXVIII utiliza a palavra “alguém”, ou outros dispositivos como o do mandado de segurança, do *habeas data* e do mandado de injunção onde a omissão do sujeito ativo nos leva à conclusão de que basta existir a titularidade do direito ofendido para se utilizar o remédio processual. No caso da ação popular, o dispositivo utiliza a expressão “qualquer cidadão”, devendo-se, neste caso, interpretar o termo cidadão no sentido jurídico estrito, significando aquele que pode exercer o seu direito político de votar, participando desta maneira de forma indireta do poder do Estado. Portanto, cidadão aí é o eleitor.

Pode-se concluir daí que o ajuizamento da ação não é facultado apenas a quem tenha sofrido prejuízo concreto proveniente do ato impugnado, mas, sim, aquele que pretenda ver revigorada a moralidade administrativa: “Trata-se, como é curial, de uma espécie peculiar de legitimação, definida e averiguada, já não concretamente, em relação ao objeto da demanda, mas

54 MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 84.

55 SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 399.

de natureza abstrata e independente do ato tido como lesivo”<sup>56</sup> do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente.

*c) Legitimidade passiva*

O artigo 6.º da Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular, determina que a ação será proposta contra pessoas públicas ou privadas, as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado a oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo. O ato lesivo que se procura anular na ação popular é aquele praticado contra o meio ambiente, moralidade administrativa, patrimônio histórico e cultural e ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual de empresas incorporadas ao Patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. (Art. 1.º da Lei n.º 4.717, de 29-6-65).

*d) Processo*

A ação popular tem rito ordinário, obedecendo aos dispositivos do Código de Processo Civil, observando as determinações da Lei n.º 4.717, de 1965, que manda fazer a intimação do Ministério Público; requisição às entidades indicadas dos documentos referidos pelo autor, que deverão ser entregues em prazo fixado de 15 a 30 dias; decisão liminar de suspensão do ato quando requerida; prazo de contestação de 20 dias, além de outras prescrições dos arts. 7.º a 19 da referida lei de regulamentação da ação popular.

*3. Os princípios processuais constitucionais*

Além das garantias processuais propriamente ditas, utilizando esta expressão para significar os meios processuais criados pela Constituição para proteger os direitos constitucionais, a Constituição Federal traz outras garantias com relação ao processo de extrema importância.

*a) Garantia da tutela jurisdicional*

O art. 5.º, inciso XXXV, estabelece que a “lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

---

56 TUCCI, Rogério Lauria e José Rogério Cruz e Tucci. Ob. cit., p. 184.

Observa JOSÉ CRETELLA JÚNIOR que “apreciação do Poder Judiciário significa revisão, controle, contraste, contrasteamento. Cabe ao Poder Judiciário, no policiamento da legalidade, apreciar, mediante provocação do interessado, a lesão do direito ocorrido, ou a ameaça de lesão. Se se tratar de direito líquido e certo, cabe o mandado de segurança. Se a lesão for dirigida à liberdade de locomoção, cabe o *habeas corpus*”.<sup>57</sup>

Este direito à jurisdição se inicia através de uma ação do autor.<sup>58</sup>

b) *Garantia do devido processo legal*

O art. 5.º, inciso LIV, determina que “ninguém será processado nem sentenciado sem o devido processo legal”.

O Professor JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, no seu livro *Processo Constitucional*, demonstra a íntima relação entre o inciso XXXV, que garante a tutela jurisdicional e o *due process of law* do sistema anglo-norte-americano,<sup>59</sup> e se encontra expressamente no inciso LIV, art. 5.º citado. Esta relação se dá em razão de que a tutela jurisdicional se efetiva através de um processo: “O processo, como diz Couture, é por si mesmo instrumento de tutela do direito, que se realiza através das previsões constitucionais. A Constituição pressupõe a existência do processo garantia da pessoa humana”.<sup>60</sup>

Neste sentido também se manifesta ROGÉRIO LAURIA TUCCI ao observar que o direito à jurisdição e o direito ao devido processo legal se fundem na imprescindível verificação do devido processo legal: “não basta, realmente, que o membro da coletividade tenha direito ao processo, tornando-se pelo contrário, inafastável também, a absoluta regularidade deste, com a verificação de todos os corolários daquele, para o atingimento da referida meta colimada”.<sup>61</sup>

A expressão “devido processo legal” determina a imposição obrigatória de determinados princípios: a correta e regular elaboração da lei com razoabilidade, senso de justiça e respeito à Constituição; aplicação judicial

---

57 CRETELLA JÚNIOR, José. Ob. cit., p. 436.

58 TUCCI, Rogério Lauria e José Rogério Cruz e Tucci. Ob. cit., p. 14.

59 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*, ob. cit., p. 124

60 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Ob. cit., p. 125.

61 TUCCI, Rogério Lauria e José Rogério Cruz e Tucci. Ob. cit., p. 16.



da lei através de processo judicial ;respeito neste processo das oportunidades iguais para as partes envolvidas.<sup>62</sup>

### c) *Garantia de acesso à justiça*

Outra garantia que se deduz das duas primeiras é o acesso à justiça. O acesso à justiça é um direito essencial, pois dele decorre a real possibilidade da eficácia de todas as garantias processuais, e mesmo dos demais princípios processuais. Se não há possibilidade de acesso à justiça a uma importante parcela da população, as garantias processuais perdem muito de sua força e, conseqüentemente, a realização dos direitos humanos se torna incompleta e frágil. O art. 5.º, inciso LXXIV, da Constituição Federal determina que o “Estado preste assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Muito evoluiu este direito de acesso à justiça, o que é bem estudado por MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH<sup>63</sup> em obra sobre o tema. Observam os autores citados que o acesso à justiça era considerado um direito natural nos Estados liberais dos séculos XVIII e XIX e, como tal, anteriores ao Estado, sendo que para sua preservação deveria apenas o Estado não permitir que este direito fosse infringido por outro:

“O Estado, portanto, permanecia passivo com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática. Afastar a “pobreza em sentido legal” — a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições — não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos. Aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte.”<sup>64</sup>

Como já vimos na evolução histórica dos direitos humanos, esse Estado liberal vai ceder lugar ao Estado Social preocupado com a questão social, garantindo direitos sociais e econômicos, e oferecendo, com isto, meios para que o cidadão possa usufruir dos direitos individuais. Evoluiu com isto o conceito e o conteúdo dos direitos humanos com reflexos no direito de acesso à justiça. O direito de acesso à justiça é uma garantia de acesso ao processo judicial, sendo portanto uma garantia classificada entre as garantias processuais. Deve o Estado agora assegurar o amplo acesso à

---

62 TUCCI, Rogério Lauria e José Rogério Cruz e Tucci. Ob. cit., p. 16.

63 CAPPELLETTI, Mauro e Bryant Garth. *Acesso à Justiça*. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988, tradução de Ellen Gracie Northfleet.

64 CAPPELLETTI, Mauro e Bryant Garth. Ob. cit., p. 9.

justiça, cabendo ao indivíduo a decisão da oportunidade para exercer este direito.

MAURO CAPPELLETTI<sup>65</sup> relaciona alguns obstáculos a serem transpostos para se chegar a um efetivo acesso à justiça:

I — Em primeiro lugar, deve-se procurar resolver o problema dos custos elevados da resolução formal dos litígios, o que no direito constitucional brasileiro será feito através da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Aponta ainda MAURO CAPPELLETTI a necessidade de se resolverem as pequenas causas por meios que não sejam os processos formais judiciários, onde os custos podem ultrapassar o valor da controvérsia. A Constituição Federal também prevê esta solução no art. 98, no que determina a criação, pela União, no Distrito Federal, nos Territórios e nos Estados dos juizados especiais, providos por juízes togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos, oral e sumaríssimo, permitidos nas hipóteses previstas em lei e o julgamento de recursos por turmas de juízes de 1.º grau.

Outra questão a ser levantada com relação aos custos é o tempo. Os efeitos de demora na solução da lide podem ser devastadores, pois: "pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no art. 6.º, parágrafo 1.º, que a justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível".<sup>66</sup>

II — A impossibilidade das partes é outro obstáculo ao acesso à justiça, devendo-se entender como impossibilidade das partes não apenas a carência dos recursos financeiros, mas também a inaptidão para reconhecer um Direito e propor uma ação, e evoca a necessidade de que se esclareça a população de seus direitos e os meios de que ela dispõe para defendê-los.

#### *d) A garantia do juiz natural*

A garantia do juiz natural está assegurada de forma indireta no art. 5.º, inciso XXXVII, que proíbe a existência de juízo ou tribunal de exceção, e de forma direta no inciso LIII que determina que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente".

65 CAPPELLETTI, Mauro e Bryant Garth. Ob. cit., pp. 15 a 29.

66 CAPPELLETTI, Mauro e Bryant Garth. Ob. cit., pp. 20 e 21.

PINTO FERREIRA conceitua com extrema clareza a garantia do juiz natural:

“O juiz natural (*judge naturel*, *Gesetzliche Richte*) é somente aquele integrado no Poder Judiciário, com todas as garantias pessoais e funcionais previstas na Constituição Federal (art. 95). Somente os juizes, tribunais e órgãos jurisdicionais previstos na Constituição se identificam ao juiz natural, princípio que se estende ao poder de julgar também previsto em outros órgãos, como o Senado nos casos de impedimento de agentes do Poder Executivo.”<sup>67</sup>

Esta garantia consiste em oferecer àquele que pede a prestação jurisdicional a certeza de que o magistrado que julgará o conflito no qual ele é interessado será seguramente imparcial.<sup>68</sup>

#### e) *Garantia de ampla defesa e do contraditório*

O artigo 5.º, inciso LV, da Constituição Federal assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Esses princípios estão intimamente ligados ao devido processo legal, pois tanto o devido processo legal como o contraditório pressupõem o amplo direito da defesa dos litigantes e dos acusados.<sup>69</sup>

O princípio do contraditório é a garantia de igualdade das partes envolvidas na lide, assegurando-lhes poderes e direitos iguais. O contraditório é a principal consequência do tratamento igualitário das partes, consistindo na “necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso de processo. Não há privilégio de qualquer sorte. (...)”

Decorrem três consequências básicas desse princípio: “a sentença só afeta as pessoas que foram parte no processo, os seus sucessores; só há relação processual completa após regular citação do demandado; toda a decisão só é proferida depois de ouvidas ambas as partes”.<sup>70</sup>

Como podemos notar, é a ampla defesa, consequência da aplicação de princípio do contraditório.

#### f) *Garantia de publicidade dos atos processuais*

---

67 FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*, 1º vol. Editora Saraiva, São Paulo, 1989, p. 175.

68 TUCCI, Rogério Lauria e José Rogério Cruz e Tucci. *Ob. cit.*, p. 29.

69 LOBO, Eugênio Hadoch e Julio César do Prado Leite. *Comentários à Constituição Federal*, 1º volume, edições trabalhistas, Rio de Janeiro, 1989, p. 100.

70 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Conhecimento*, Tomo I, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1981, p. 35.

O artigo 5.º, inciso LX, determina que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

ALCINO PINTO FALCÃO observa que o inciso LX (publicidade dos atos processuais) deve ser “ponderado com o elogiável inciso IX do artigo 93 (todo o julgamento dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade). A única exceção a esse princípio democrático diz respeito ao júri (art. 5.º, XXXVIII).

O princípio — nem sempre contemplado em vários países, alguns democráticos — tem boas raízes entre nós. Infelizmente o STF — após a instauração do regime castrense — deu uma lamentável marcha a ré, passando a admitir em seu Regimento Interno a sessão secreta para diversos tipos de julgamento, inclusive penais, em que estejam envolvidos certos dignitários da República. Essa orientação do STF, em sua nova composição, causou perplexidade e deu espaço para suspeitas, nunca obtendo o louvor dos nossos juristas esclarecidos.

Com os dois preceitos agora inseridos na Constituição, esses julgamentos em sessão secreta ficam fazendo parte de um passado, que se almeja não torne a voltar. Ambos os dispositivos, sem exceção, valem para qualquer juízo ou tribunal, seja civil ou militar”.<sup>71</sup>

---

71 FALCÃO, Alcino Pinto *et alii*, *Comentários à Constituição*, 1º volume, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro, 1990, p. 289.

### *Bibliografia*

ACKEL FILHO, Diomar. *Writs Constitucionais (Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data)* Editora Saraiva, São Paulo, 1988.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*.

————— *Teoria Geral do Constitucionalismo*.

————— *Processo Constitucional: O devido processo legal*. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG.

BARCELOS DE SOUZA, José. *A Defesa na Polícia e em Juízo*. Edição Saraiva, 1980, 5ª edição.

- BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*, Edição Revista, Aumentada e Atualizada de Acordo com o Código de Processo Civil de 1973 e Legislação Posterior, Forense, Rio de Janeiro, 1976.
- BEZOS, Clóvis. *Ação Popular e Ação Cível Pública*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Ives Gandra Martins. *Comentários à Constituição do Brasil*, Vol. II, Editora Saraiva, São Paulo, 1989.
- CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa dos. *Ação Popular Constitucional*, Edição Saraiva. São Paulo, 1968.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Os Writs na Constituição de 1988 (Mandado de Segurança, Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data, Habeas Corpus, Ação Popular)*, Editora Forense Universitária Ltda., São Paulo, 1989.
- Comentários à Lei do Mandado de Segurança (De acordo com a Constituição de 5 de outubro de 1988)*, Forense, Rio de Janeiro, 1989.
- Do Mandado de Segurança Coletivo. De acordo com a Constituição de 1988*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1990.
- Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Volume 2, Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 3ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1989.
- CAPPELLETTI, Mauro e BRYANT GARTH. *Acesso à Justiça*. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988, Tradução Ellen Gracie Northfleet.
- CUNHA, Mauro Silva. Roberto Geraldo Coelho. *Habeas Corpus no Direito Brasileiro*, 1ª edição, Aide Editora, Rio de Janeiro, 1985.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Class Action e Mandado de Segurança Coletivo*. Editora Saraiva, São Paulo, 1990.
- DANTAS, Ivo. *Mandado de Injunção. Guia Teórico e Prático*. Aide Editora, 1ª edição, Rio de Janeiro, 1989.
- GREGO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional de Liberdades*, Editora Saraiva, São Paulo, 1989.
- MARMITT, Arnaldo. *Prisão Civil por Alimentos e Depositário Infiel (de acordo com a nova Constituição)* 1ª edição, Aide Editora, Rio de Janeiro, 1989.
- MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus*. Editora Borsoli, Rio, 1962, 4ª edição.
- SILVA, José Afonso da. *Mandado de Injunção e Habeas Data*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989.
- SANTOS, Ulderico Pires do. *Mandado de Injunção*. Editora Paumapé, São Paulo, 1988.
- STRENGER, Irineu. *Mandado de Injunção*, Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1988.
- TUCCI, Rogério Lauria e José Rogério Cruz e Tucci. *Constituição de 1988 e Processo*. Editora Saraiva, São Paulo, 1989.

# Direitos Fundamentais do Homem nos Textos Constitucionais Brasileiro e Alemão

MÁRIO LÚCIO QUINTÃO SOARES  
Advogado

## SUMÁRIO

1. *Introdução.*
2. *Fixação dos conceitos de direitos humanos, Estado e cidadania.*
3. *Classificação moderna dos direitos do homem.*
4. *Inserção dos direitos fundamentais nos textos constitucionais.*
5. *Breve abordagem à Constituição Brasileira e à Lei Fundamental de Bonn.*
  - 5.1. *Experiência constitucional brasileira.*
  - 5.2. *Experiência constitucional alemã.*
6. *Direitos fundamentais individuais.*
  - 6.1. *Direito à vida e à intimidade.*
    - 6.1.1. *Experiência constitucional brasileira.*
    - 6.1.2. *Experiência constitucional alemã.*
  - 6.2. *Direito à igualdade.*
    - 6.2.1. *Experiência constitucional brasileira.*
    - 6.2.2. *Experiência constitucional alemã.*
  - 6.3. *Direito à liberdade.*
    - 6.3.1. *Experiência constitucional brasileira.*
    - 6.3.2. *Experiência constitucional alemã.*
      - 6.3.2.1. *Liberdade da pessoa física.*

- 6.3.2.2. *Experiência constitucional brasileira.*
- 6.3.2.3. *Experiência constitucional alemã.*
- 6.3.3. *Liberdade de pensamento.*
- 6.3.4. *Liberdade de opinião.*
- 6.3.4.1. *Experiência constitucional brasileira.*
- 6.3.4.2. *Experiência constitucional alemã.*
- 6.3.5. *Liberdade de religião.*
- 6.3.5.1. *Liberdade de crença.*
- 6.3.5.1.1. *Experiência constitucional brasileira.*
- 6.3.5.1.2. *Experiência constitucional alemã.*
- 6.3.6.1. *Liberdade de culto.*
- 6.3.6.1.1. *Experiência constitucional brasileira.*
- 6.3.6.1.2. *Experiência constitucional alemã.*
- 6.3.6.2. *Liberdade de organização religiosa.*
- 6.3.6.2.1. *Experiência constitucional brasileira.*
- 6.3.6.2.2. *Experiência constitucional alemã.*
- 6.3.7. *Direito de informação.*
- 6.3.7.1. *Experiência constitucional brasileira.*
- 6.3.7.2. *Experiência constitucional alemã.*
- 6.3.7.2.1. *Liberdade de imprensa.*
- 6.3.7.2.2. *Experiência constitucional brasileira.*
- 6.3.7.2.3. *Experiência constitucional alemã.*
- 6.3.7.3. *Liberdade de manifestação intelectual, artística, científica e de conhecimento.*
- 6.3.7.3.1. *Experiência constitucional brasileira.*
- 6.3.7.3.2. *Experiência constitucional alemã.*
- 6.3.8. *Liberdade de reunião.*
- 6.3.8.1. *Experiência constitucional brasileira.*
- 6.3.8.2. *Experiência constitucional alemã.*
- 6.3.9. *Liberdade de associação.*
- 6.3.9.1. *Experiência constitucional brasileira.*
- 6.3.9.2. *Experiência constitucional alemã.*
- 6.3.10. *Liberdade de ação profissional.*
- 6.3.10.1. *Experiência constitucional brasileira.*
- 6.3.10.2. *Experiência constitucional alemã.*
- 6.4. *Direito de propriedade*
  - 6.4.1. *Experiência constitucional brasileira.*
  - 6.4.2. *Experiência constitucional alemã.*

## 7. *Conclusão.*

## 1. Introdução

O sistema de direito vigente em um território e em certo momento se apóia sobre um fenômeno de poder social. Sob o sistema jurídico-positivo há, como seu fundamento, um fato de poder, uma realidade social, que, na resultante de suas forças, faz nascer efetivamente esse sistema de direito: o fato constituinte, o poder constituinte.

O poder revela o ponto de conexão entre o Direito e o Estado. A norma é a integração de valores e fatos, que tem seu ápice em um ato de escolha e prescrição, na qual se insere o poder político.

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO explica a relação: “O direito é um instrumento de uma política que se efetiva através do poder”. O direito é o instrumento “de realização do poder (...) É a correlação entre DIREITO e PODER que leva à legitimidade do poder e à justiça da norma”.<sup>1</sup>

Os textos legais estão sempre condicionados à pauta ideológica dos segmentos sociais, que estão nos cargos de comando, que detêm o poder.

Os direitos do homem também resultam da relação entre o homem e o poder. Historicamente podemos verificar que qualquer direito humano é produto da luta do homem — que não tem o poder — contra os que detêm o poder.

Os direitos do homem, especialmente os direitos individuais, “têm uma função social supra-individual, (...) no todo social, que passa por uma fase de intenso desenvolvimento. Desenvolvimento (...) é uma força modificadora e motivadora das normas jurídicas e um problema de dinâmica social. O processo de desenvolvimento repercute diretamente na esfera dos direitos e interesses, que se diversificam e crescem, exigindo uma resposta pronta e hábil do Estado”.<sup>2</sup>

Um estudo dos direitos individuais inseridos nas Constituições exige uma introdução de índole conceitual. Somente com a fixação dos conceitos — direitos do homem, direitos individuais, Estado, Constituição — é que podemos alcançar o objetivo pretendido, isto é, uma análise comparativa dos direitos individuais contemplados na Constituição brasileira e na Lei Básica alemã. Porém, mesmo após essa fixação conceitual, os textos legais não suportam o confronto, devendo ser estudados um a um, porque cada um é resultado da convergência de fatores históricos, políticos, econômicos, sociais e jurídicos naquele momento e espaço determinados.

1 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Legitimidade do Poder*, p. 60.

2 MATOS, Aderbal Meira. *Direitos humanos, interesses difusos e a Constituição*, p. 73.



Cada sociedade produz seu sistema jurídico, que corresponde às efetivas necessidades daquela sociedade naquele momento histórico.

Buscando eleger conceitos que atendam às necessidades do presente trabalho, não pesquisaremos a evolução dos conceitos usados, menos ainda esmiuçaremos divergências doutrinárias/ideológicas.

Assim, para um estudo comparativo dos dispositivos constitucionais brasileiros e alemães, que consagram direitos individuais, verificaremos, inicialmente, a evolução do conteúdo dos direitos humanos. Evidenciada ficará nossa afirmativa de impossibilidade de confrontação das Magnas Cartas, pois o conteúdo do direito é resultado das reivindicações dos desprivilegiados, o que nos obriga a analisar o substrato histórico.

Objeto da análise comparativa serão os direitos individuais — direitos à vida, à intimidade, à igualdade, à liberdade e à propriedade, ou seja, os direitos fundamentais como direitos de defesa.

Não nos deteremos na erudita discussão sobre o Estado e seu comprometimento com os direitos humanos, quando contemplados em seu texto constitucional, ou da necessidade de tratamento constitucional aos direitos humanos.

Certo que não poderemos abranger toda a magnitude do tema, muito menos sua dimensão universal. A análise comparativa dos tratamentos constitucionais não esgotará sua complexidade. Também optamos por não adotar radicalmente qualquer das teorias dominantes relativas aos direitos individuais: direitos subjetivos de defesa, direitos objetivos, prestação ou concessão do Estado.

É incontestável, entretanto, que a incapacidade dos Estados para a promoção dos direitos humanos contemplados em seus textos constitucionais conduziu à internacionalização desses mesmos direitos, e “não há tema em que o predomínio da política seja mais claro e insofismável do que o dos direitos do homem. Tratar deste tema é fazer política. Ele é a própria política”.<sup>3</sup>

## 2. *Fixação dos conceitos de direitos humanos, Estado e Constituição no processo histórico*

Juristas buscam as origens dos direitos humanos na história do homem.

Na Grécia Antiga, não existia a idéia de direitos do homem. PLATÃO, em seu Estado justo, regido pelo ideal da Justiça, admitia a escravidão como natural. ARISTÓTELES dava aos cidadãos o direito de viver na “pólis”, e escravos, “bárbaros” e mulheres, enquanto seres inferiores, estavam naturalmente excluídos.

---

3 MELLO, Celso A. *Crítica do direito e do Estado*, p. 153.

No cristianismo, encontrava-se a idéia do homem usufruindo de uma dignidade inatacável.

Em Roma, “a idéia da igualdade dos homens, assente numa dimensão individual e cosmológica, não conseguiu ultrapassar o plano filosófico e converter-se em categoria jurídica e, muito menos, em medida natural da comunidade social”.<sup>4</sup>

O tomismo, com sua concepção de *lex divina*, *lex naturalis* e *lex positiva*, mostrou que as leis positivas devem submeter-se às normas jurídicas naturais, fundadas na natureza do homem.

A Magna Carta de João sem Terra, pode ser reduzida a um pacto entre rei e nobreza, ignorado todo o povo: é a afirmação de direitos corporativos da aristocracia feudal.

A luta pelos direitos humanos verdadeiramente se inicia com a Reforma. JELLINEK vê na luta pela liberdade de religião a mais correta origem dos direitos fundamentais.<sup>5</sup>

A ética protestante fez progredir o capitalismo e aí é que são reconhecidos os direitos humanos, pois que indispensáveis ao modo de produção capitalista.

Com o liberalismo, os direitos humanos vicejaram. Esse o pecado original dos direitos humanos: eram necessários à realização plena do capitalismo. Ao invés de conquista, concessão. Pecado, do qual se redimiram, na medida em que se tornaram um instrumento para a realização da justiça econômica e social.

Desse modo, o capitalismo e a luta da burguesia são inseparáveis da concepção de direitos humanos de feição individualista.

É a luta das classes proletárias que mostrará a necessidade de complementação dos direitos do cidadão burguês: ao lado dos direitos individuais se postam os direitos sociais, econômicos e culturais.

O Estado Moderno, “gentil pseudônimo do Estado capitalista”, produziu a transição das declarações de direitos para sua positivação, organizando aparatos e estabelecendo sanções para efetivá-los.<sup>6</sup>

Ainda que não se admita a idéia de um direito natural, anterior e superior ao Estado, é certo que os direitos do homem se fundamentam na pessoa, cujo valor é o valor-fonte de todos os valores sociais.<sup>7</sup>

4 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. p. 421.

5 JELLINEK, Jorge. *La Declaración de los Derechos del Hombre y de Ciudadano*, p. 152.

6 LYRA FILHO, Roberto. *Direito do capital e direito do trabalho*. p. 18.

7 REALE, Miguel. *Direito Natural/Direito Positivo*, p. 19.

Certo é, entretanto, que existem “princípios fundamentais de direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo, de tal modo que toda a lei que os contrarie não poderá deixar de ser privada de validade. Há quem lhes chame ‘direito natural’ e quem lhes chame ‘direito racional’. Sem dúvida, tais princípios acham-se, no seu pormenor, envoltos em graves dúvidas. Contudo o esforço de séculos conseguiu extrair deles um núcleo seguro e fixo, que reuniu nas chamadas declarações de ‘direitos do homem e do cidadão’, e fê-lo com um consentimento de tal modo universal que, com relação a muitos deles, só um sistemático ceticismo poderá ainda levantar quaisquer dúvidas”.<sup>8</sup>

Assim, os direitos humanos são direitos positivos que encontram seu fundamento e conteúdo nas relações sociais e materiais em cada momento histórico.

Os direitos humanos compõem um complexo de condições que o Estado deve assegurar a qualquer indivíduo de modo a lhe possibilitar um padrão de vida compatível com a sua qualidade de homem e a afastar situações totalitárias, que tornam o homem supérfluo.<sup>9</sup>

Os direitos humanos constituem “uma vasta zona em que se defrontam vivamente a autoridade do universal e o particularismo legítimo dos grupos sociais”.<sup>10</sup>

Podem, ainda, ser entendidos como conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, que devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos.<sup>11</sup>

Oportuna é a distinção entre os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, aqueles de caráter inviolável, intemporal e universal e esses como direitos objetivamente vigentes em uma ordem jurídica concreta.

Parece necessária a fixação do conceito de direitos individuais: são os direitos civis depois de esvaziados dos direitos políticos. O conceito reflete a filosofia individualista da escola liberal, reduzindo os direitos individuais àqueles concernentes à liberdade, segurança individual e propriedade.<sup>12</sup>

Quanto ao conceito de Estado, até a Revolução Industrial, a reta razão determinava e revelava a ordem universal: o poder era legítimo enquanto em conformidade com a tradição ou com o jusnaturalismo.

8 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, p. 417.

9 LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, p. 15.

10 CASSIN, René. *Droits de L'Homme et le Méthode Comparative*, p. 452.

11 PEREZ LUNO, Antonio Enrique citado por SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 160.

12 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., p. 436.

O advento da Revolução Industrial tirou de cena a metafísica e a reta razão, dando lugar à ideologia liberal. O Estado é uma expressão jurídica necessária, exercendo o poder de forma legítima se existente uma explícita aprovação popular. Aí a função legitimadora do contrato social: "a limitação jurídica dos poderes, enfatizando-se, de um lado, o exato alcance de seu campo de ação e, de outro, a importância de seu equilíbrio".<sup>13</sup>

O Estado aparece, na concepção liberal, como a instituição a serviço do bem comum e do respeito à dignidade humana: "A reunião dos homens exige que seja encontrada uma ordem que possa, se necessário, impor-se pela força. Essa ordem será a do direito. Essa força será a do Estado. Mas nem essa força, nem essa ordem são arbitrárias: elas são legitimadas pelo 'bem comum' que querem instaurar".<sup>14</sup>

O liberalismo clássico exige uma ordem constitucional imposta por uma vontade política soberana e independente, capaz de disciplinar o monopólio da força pelo aparelho estatal, de equilibrar os poderes, de neutralizar os perigos do arbítrio, de fixar competências, de consagrar direitos e de estabelecer prerrogativas e garantias. Uma ordem democraticamente erigida a partir de um contrato social e regulada por uma Constituição.

É válido consignar que a literatura jurídica não fornece um conceito único de Constituição, nem mesmo um conceito, que possa ser entendido, dominante. Pacífico é, entretanto, que a Constituição, por si só, não tem o potencial de configurar integralmente o processo político-social. Uma Constituição pode, tão-somente, pretender servir como projeto normativo do Estado e da sociedade, consciente das contradições dessa mesma sociedade.

A Constituição, no liberalismo clássico, é condição para legitimação do Estado, legitimação das suas instituições e condição de sua estabilidade.

A Constituição não pode ser apenas o conjunto das condições formais de exercício do poder. Ela tem caráter jurídico, mas também uma natureza social. O jurídico e o social são conjugados por uma vontade política responsável pela regulação e repressão dos conflitos, pelas regras que disciplinam as forças sociais, pelas normas asseguradoras de direitos, pelas leis que fixam limites e concedem prerrogativas ao sistema político.

A Constituição, por último, mas não menos importante, traz em si valores e interesses socialmente determinados pelo processo histórico.

---

13 FARIA, José Eduardo. *A crise constitucional e a restauração da legitimidade*, p. 14.

14 MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*, p. 125.

### 3. *Classificação moderna dos direitos do homem*

CELSO LAFER estuda os direitos do homem na história a partir da perspectiva *ex parte populi* (dos que estão submetidos ao poder) e da *ex parte principis* (dos que detêm o poder e buscam conservá-lo).<sup>15</sup>

A primeira perspectiva tem sua origem na lógica da modernidade, que afirmou a existência de direitos naturais, que pertencem ao indivíduo e precedem a formação de qualquer sociedade política.

A perspectiva *ex parte principis* admite direitos humanos que podem ser tutelados e, assim, evitam a desagregação do poder. De um lado, a liberdade; de outro, a governabilidade.

Os direitos humanos, na perspectiva *ex parte populi*, são denominados direitos fundamentais de primeira geração. São os direitos-garantia, caracterizados por sua natureza individualista e sua oponibilidade *erga omnes*. Buscam fixar fronteiras entre o poder do Estado e o indivíduo. São entendidos como direitos inerentes à pessoa e anteriores ao Estado.<sup>15</sup>

Os direitos da primeira geração são os mesmos direitos constantes das declarações de direito do século XVIII, que encontram seu fundamento no contratualismo de inspiração individualista. São direitos que precedem ao contrato social. São direitos individuais porque individualmente se afirmam e têm como limite o direito do outro em sua individualidade. São direitos de defesa do cidadão perante o Estado e ante a atuação do Estado.

Em seu primeiro momento, esses direitos eram de titularidade individual — direito à liberdade religiosa, à liberdade de pensamento e de opinião —, mas com a evolução do liberalismo, e frutos desse mesmo liberalismo, foram reconhecidos direitos individuais exercidos coletivamente em uma mesma e convergente direção — direito de associação, que autorizou o surgimento dos partidos políticos e dos sindicatos.

Esses direitos são ainda de primeira geração, em nada modificando-os a convicção de que deveriam ser invocados sempre que o indivíduo carecesse de proteção contra a soberania e a arbitrariedade do Estado. Eram afirmados inalienáveis e irredutíveis. O homem era a sua origem e o seu objeto.

Na irreversibilidade do processo histórico, o indivíduo passou a reivindicar o direito de participar da riqueza, do bem-estar social, surgindo, então, os direitos humanos de segunda geração. Caracterizam-se por terem o indivíduo como titular e o Estado como sujeito passivo. São os direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade, os direitos econômico-sociais e culturais — direito ao trabalho, à saúde e à educação. Só foram reconhecidos constitucionalmente no século XX.

<sup>15</sup> LAFER, Celso. Ob. cit., pp. 125 e seguintes.

Essas duas gerações de direitos produzem singular situação no que se refere à atuação do Estado: enquanto os de segunda geração exigem uma maior e crescente ampliação dos poderes do Estado na promoção dos serviços públicos, os de primeira geração visam exatamente limitar e impedir a atuação e a intervenção estatal.

No processo dinâmico de afirmação e transformação dos direitos humanos surgem, em seguida, os direitos de terceira geração, os quais emergiram da internacionalização das relações sociais e da divisão das nações entre exploradoras e exploradas.

Os direitos humanos de terceira geração são resultados da política conduzida pela Organização das Nações Unidas (ONU). Eles se caracterizam por serem de titularidade coletiva — família, povo, nação, coletividade étnica, a própria humanidade — e, ainda, de *jus cogens* no plano internacional.

Constituem direitos humanos de terceira geração: direito ao desenvolvimento, à paz, à autodeterminação dos povos e ao meio ambiente.

É certo que, hoje, o termo “direitos humanos” se exauriu, seja em razão deles não fornecerem proteção eficiente e efetiva ao indivíduo, seja em decorrência do proselitismo político, seja por causa daqueles que consideram todo direito como humano. Não obstante, o termo “direitos humanos” tem um conteúdo que é fixado pelo tempo e lugar em que vivemos.

#### 4. *Inserção dos direitos fundamentais nos textos constitucionais*

Para a concretização dos direitos fundamentais é essencial a existência de um pressuposto constitucional comum vinculativamente operante.

Esse pressuposto constitucional é resultado da síntese dialética produzida pelos textos constitucionais entre os direitos negativos clássicos — direitos humanos de primeira geração e os direitos positivos modernos —, direitos humanos de segunda e terceira gerações.

A doutrina dos direitos humanos deve ser construída em cima de uma Constituição positiva, nela lançando seus alicerces, única possibilidade de se alcançar a concretização daqueles direitos.

Os direitos fundamentais, ao serem consagrados em um texto constitucional, têm reconhecida uma existência além da lei, exatamente por força da Constituição. A circunstância, transitória ou permanente do direito exigir uma prestação — ação ou omissão — que o Estado deixa de fornecer, não lhe retira o conteúdo jurídico-constitucional por falta da concretização.<sup>16</sup>

---

16 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., pp. 472-476.

A grande indagação é: de que modo se pode conseguir sejam concretizadas as normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais? Como fazer atuar o Poder Público, que, por competência e atribuição constitucional, está vinculado à concretização desses direitos fundamentais?

Uma Constituição deve fornecer os meios para dar operatividade aos direitos fundamentais que contempla, bem como proteção através dos remédios e garantias colocados à disposição dos cidadãos para assegurarem e reagirem contra as violações dos mesmos.

Mais ainda, os direitos fundamentais ao serem inseridos nos textos constitucionais passam a ter força vinculante quanto ao conteúdo dos atos dos Poderes Públicos, dos atos legislativos e dos atos jurisdicionais, obrigando, inclusive, entidades privadas.

## 5. *Breve abordagem à Constituição Brasileira e à Lei Fundamental de Bonn*

### 5.1. *Experiência constitucional brasileira*

A Constituição deve ser uma Carta de liberdade estabelecendo limites jurídicos ao poder estatal, que protejam a sociedade, evitando abusos e assegurando que o Estado se manterá a serviço da sociedade.

As medidas de segurança para proteger a sociedade podem ser englobadas nos princípios da liberdade e da igualdade. A liberdade, em um Estado democrático, deve ser a liberdade real de todos e, conseqüentemente, uma liberdade juridicamente igual.

A Constituição brasileira, procurando ser um instrumento de mudança social, preconiza, expressamente, princípios basilares dos direitos humanos, como: soberania, cidadania, dignidade humana e valores sociais do trabalho; a construção de uma sociedade justa, livre e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização social; a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais.

A Carta Magna evoluiu ideologicamente em relação às Constituições anteriores, mesmo a liberal de 1946, ampliando as garantias constitucionais aos direitos individuais e coletivos contemplados, estabelecendo um capítulo específico e moderno para os direitos sociais e introduzindo os direitos fundamentais de terceira geração, dispondo inclusive, no artigo 225, sobre o "direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado".

Ocorreu incontestável avanço na abordagem dos direitos fundamentais, que devem integrar-se em uma justaposição harmônica, evitando a deformação individualista, para abranger o rol de todos os direitos que devem ser reconhecidos ao cidadão e ao homem.

Em conformidade com os direitos fundamentais relacionados na Constituição de 1988, relação essa que não é exaustiva, os direitos podem ser assim classificados:

a) direitos individuais e coletivos — art. 5.º;

- b) direitos políticos — arts. 14 a 16;
- c) direitos sociais — arts. 6.º a 11;
- d) direitos humanos de terceira geração — arts. 4.º e 225.

A vigente Constituição brasileira pertence à família liberal das Constituições analíticas dos países em desenvolvimento. No que diz respeito aos direitos fundamentais, ela os consagra como direitos de defesa (direitos negativos) do cidadão perante o Estado. Aproximadamente metade de seus dispositivos é composta por remissões à legislação infraconstitucional para seu cumprimento (trinta e três leis complementares e cerca de cento e trinta leis ordinárias).

### 5.2. *Experiência constitucional alemã*

Hoje só existe uma Alemanha. O texto constitucional estudado, ainda vigente, é originariamente da República Federal Alemã. A nação alemã possui infra-estrutura sócio-econômica para se constituir em uma democracia.

A Lei Fundamental de Bonn assegura proteção especial às liberdades de opinião (art. 5.º), de reunião (art. 8.º), de associação (art. 9.º) e de atuação dos partidos políticos (art. 21). Ao garantir esses direitos, estreitamente inter-relacionados, autoriza o processo de integração de indivíduos de uma massa atomizada na sociedade. As fases desse processo de integração são de importância decisiva para a democracia.

Nos artigos 14 e 15 está regulado o núcleo da luta ideológica entre o capitalismo e o comunismo; a propriedade privada e suas limitações. A propriedade privada, direito essencial ao capitalismo, é fonte de obrigações e tem seu uso condicionado ao bem comum, na concepção do Estado de direito social germânico.

O Estado de direito social ou Estado social de direito é concepção de HELLER. Entende o autor, que a evolução do Estado de direito liberal para o Estado social de direito é a única via para se evitar a ditadura. "A exigência de democracia social do proletariado não significa outra coisa senão a extensão do pensamento do Estado de direito material à ordem do trabalho e dos bens patrimoniais".<sup>17</sup>

O Estado de direito liberal permite que a liberdade igual e formal de todos se transforme em direitos dos mais fortes em assumir posições dominantes nas relações sociais de poder.<sup>18</sup> O Estado de direito social é "conformador e planificador dos problemas econômico-sociais", e, assim, o maior problema é o modo como a configuração sócio-econômica pode

---

17 HELLER, Hermann citando CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., p. 291.

18 STEIN, Ekkehart. *Derecho Político*, p. 189.



ser feita sem colocar em risco as garantias jurídico-formais do Estado de direito.<sup>19</sup>

O Estado social de direito pressupõe a obrigação para o Estado de atender às necessidades sociais e a responsabilidade de prover à satisfação dos cidadãos através de uma política econômica eficiente.

O Estado social de direito, no que se refere aos direitos da liberdade, reforça a proteção jurídico-constitucional dos mais fracos e, em consequência, reduz a proteção dos fortes. Busca a substituição da igualdade formal inerente ao Estado liberal por uma igualdade material peculiar ao Estado social.

#### 6. *Direitos fundamentais individuais*

Direitos individuais, para JOSÉ AFONSO DA SILVA, são os direitos do indivíduo isolado. A denominação denota a mesma inspiração individualista que marcou as declarações de direito do século XVIII. São os direitos do homem-indivíduo, que reconhecem a autonomia ao particular, garantindo-lhe a iniciativa e a independência frente aos demais membros da sociedade política e ao próprio Estado.<sup>20</sup>

Esses direitos “cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os Poderes Públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídico-individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos Poderes Públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”.<sup>21</sup>

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO entende que a eficácia jurídica que hoje se reconhece aos direitos fundamentais traduz a mutação operada nas relações entre a lei e os direitos do cidadão: de direitos fundamentais apenas no âmbito da lei atingiu-se a idéia de lei, apenas no âmbito dos direitos fundamentais.<sup>22</sup>

Na análise dos direitos individuais, busca-se o direito de defesa perante os Poderes Públicos, que se efetivará através da lei com a concretização dos direitos humanos.

Os direitos individuais, conforme contemplados constitucionalmente, podem ser assim classificados:

- a) direito à vida e à intimidade;

---

19 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., p. 291.

20 SILVA, José Afonso. Ob. cit., p. 171.

21 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., p. 448.

22 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, p. 363.

- b) direito à igualdade;
- c) direito à liberdade;
- d) direito à propriedade.

#### 6.1. *Direito à vida e à intimidade*

A vida é um bem do qual a pessoa é titular. É um fenômeno de essência biológica, "mas que participa da existência da sociedade e constitui o fundamento do ser individual-social, que é o homem, fazendo da sua proteção um interesse conjunto do indivíduo e do Estado".<sup>23</sup>

JOSÉ AFONSO DA SILVA alerta para a dificuldade de se definir vida e o risco de se mergulhar na metafísica.<sup>24</sup>

Basicamente podemos dizer que toda pessoa é um ser dotado de vida. "A vida é a intimidade conosco mesmos, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar posição de si mesmo."<sup>25</sup>

A vida é a fonte primária de todos os bens jurídicos. Assim, a vida não se exaure em si mesma, mas envolve outros direitos: dignidade, privacidade, integridade e, especialmente, direito à existência.

O direito à existência "consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável".<sup>26</sup>

O direito à vida é um direito sobre a própria pessoa. Sem o reconhecimento efetivo do direito à própria vida e o respeito à dignidade da pessoa humana, as normas constitucionais, que consubstanciam direitos humanos, jamais se concretizarão.

O respeito e proteção do Estado à vida da pessoa é condição primeira para o efetivo exercício pela mesma pessoa dos outros direitos humanos dos quais é titular.

O direito à vida compreende os direitos à integridade física e à integridade moral.

O direito à integridade físico-corporal é não ter o próprio corpo lesado, agredido.

O direito à integridade moral refere-se aos valores morais, ao valor ético-social da pessoa. A moral individual, a reputação, a honra pessoal,

---

23 BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, p. 60.

24 SILVA, José Afonso da. *Ob. cit.*, p. 176.

25 SICRES, Luiz Recaséns citado por SILVA, José Afonso da. *Ob. cit.*, p. 177.

26 SILVA, José Afonso da. *Ob. cit.*, p. 177.

o bom nome e a boa fama são atributos da pessoa e conferem uma dimensão superior ao homem, distinguindo-o do animal irracional.

O direito à intimidade é o direito à vida privada, direito de estar só, o de ter uma esfera reservada e vedada às demais pessoas.

São formas de manifestação do direito à intimidade: o direito à imagem, o direito à identidade pessoal, o direito ao nome, o direito autoral, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência, etc.

#### 6.1.1. *Experiência constitucional brasileira*

A Constituição Brasileira declara invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando-lhes o direito à indenização em caso de dano (art. 5.º, X).

A Constituição pôs fim a um período de estrangulamento das liberdades públicas e procura resguardar efetivamente o direito à intimidade.

A inviolabilidade do domicílio (art. 5.º, XI) é o reconhecimento da necessidade do homem de ter, como direito fundamental, um lugar onde, só ou com sua família, possa usufruir de uma esfera jurídica privada e íntima, estando, implicitamente, efetivada a liberdade de domicílio.

A inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas de dados e das comunicações telefônicas (art. 5.º, XII) comprova a preservação do direito à intimidade, essencial à cidadania, impedindo práticas condenáveis dos agentes do Estado na manutenção da ordem e segurança públicas.

Em um país de acentuadas contradições sociais e máxima concentração de riquezas nas mãos de ínfima parcela da população, a violência institucional manifesta-se de forma usual e banalizando-se pela repetição, nas arbitrariedades cometidas pelo aparelho estatal policial contra o cidadão. A tortura é prática comum nas delegacias e sua impunidade desacredita as instituições do próprio Estado.

A Constituição resguarda o respeito à integridade física e psicológica da pessoa humana em face da ação das autoridades, sujeitando-se às penas da lei quando causarem lesões corporais ou ofensas morais ao indivíduo.

É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5.º, XLIX), vedada a prática da tortura e o tratamento desumano ou degradante. A prática de tortura é considerada crime inafiançável e insusceptível de graça e anistia, por ela respondendo os mandantes, os executores, os que, podendo evitá-la, se omitem (art. 5.º, XLIII).

Em decorrência do respeito ao direito à vida humana, a pena de morte não é admitida, salvo em caso de guerra declarada (art. 5.º, XLVII, a).

Esses direitos fundamentais estão no âmbito das relações verticais entre os Poderes Públicos e o cidadão, assim sua efetividade e concre-

tização são diretamente proporcionais ao grau de participação dos indivíduos na vida pública (cidadania plena).

### 6.1.2. *Experiência constitucional alemã*

A Alemanha, conforme já apontado em 5.2., apresenta condições estruturais completamente distintas das do Brasil. Assim, as relações entre o cidadão e os Poderes Públicos podem estar contingenciadas pela violência simbólica na Alemanha, mas, nunca, pela violência real e efetiva como no Brasil. Desse modo, a Constituição alemã não precisa determinar minudenciosamente as garantias, bastando declarar o direito.

O art. 2.º preconiza o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, entendendo a doutrina que tal dispositivo garante a liberdade geral de atuar, ou seja, o direito de fazer o que se queira e não fazer o que se não queira.

O mesmo dispositivo, em seu inciso II, assegura o direito à vida e à integridade física, declarando a liberdade pessoal inviolável.

A inviolabilidade de domicílio, consistente no âmbito espacial no qual o indivíduo e sua família podem fazer ou deixar de fazer o que quiserem sem serem molestados ou observados, é assegurada no art. 13.

O direito à inviolabilidade de domicílio é limitado pelo registro (art. 13, II), que representa uma ruptura na esfera privada da pessoa.

Goza, ainda, o cidadão da liberdade de escolher a residência (art. 11, I), limitado, entretanto, ao interesse da comunidade em suportar menor carga financeira possível em caso de migração de pessoas carentes e para se evitar riscos ao regime fundamental de liberdade e democracia, entre outros.

As limitações aos direitos referentes à esfera íntima do indivíduo só se justificam pelo interesse público de evitar e prevenir maiores riscos, é uma questão do interesse particular se submeter ao interesse maior da coletividade.

Os doutrinadores criticam tais limitações por estarem em contradição com a amplitude do dispositivo que contempla a liberdade.

O sigilo da correspondência compreende toda a gama de comunicações de pessoa para pessoa — cartões postais, impressos, telegramas, telefonemas. Proíbe-se qualquer intervenção estatal, exigindo-se a proteção do Estado, sobretudo porque este mesmo Estado detém o monopólio dos serviços de comunicação.

### 6.2. *Direito à igualdade*

A igualdade é o fundamento da democracia, que não admite os privilégios e distinções característicos dos sistemas liberais.

A igualdade não pode ser reduzida à “igualdade perante a lei” ou à “igualdade através da lei”.<sup>27</sup>

“A igualdade não é um dado (...) Ela é um construído, elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens através da organização da comunidade política. Daí a indissolubilidade da relação entre o direito individual do cidadão de autodeterminar-se politicamente, em conjunto com seus concidadãos, através do exercício de seus direitos políticos, e o direito da comunidade autodeterminar-se, construindo convencionalmente a igualdade.”<sup>28</sup>

“Em termos clássicos: por igualdade entende-se igualdade em sentido formal e igualdade em sentido material.”<sup>29</sup> Essa não é igualdade real.

O regime da igualdade real contraria os interesses da democracia liberal burguesa, pois dá à liberdade um sentido material que não se compatibiliza com o sistema de domínio de classe.

A igualdade, segundo o princípio de cada qual segundo sua capacidade, a cada qual segundo o trabalho realizado, não equivale a uma igualdade justa, pois embora igualdade formal, implica em tratamento materialmente desigual.

A igualdade, segundo o princípio “de cada qual segundo sua capacidade, a cada qual segundo suas necessidades”, traduz um tratamento igual a pessoas desiguais, com suas necessidades desiguais.

O princípio constitucional da igualdade só pode ser alcançado pelo princípio da igualdade material ou real. Devido à existência de desigualdades reais é que se aspira a igualdade material, que busque atingir a igualização das condições dos desiguais.

A lei, fruto de um sistema jurídico liberal-burguês, respaldada na igualdade dos indivíduos (abstrata), acaba por gerar maiores desigualdades e frutificar crescentes injustiças.

“Os revolucionários de 1789 estabeleceram o princípio da igualdade perante a lei. Ora, a lei, em virtude da existência de classes sociais, quer no seu enunciado, quer na sua aplicação, não impediu a formação de desigualdades de fato entre os cidadãos, de maneira que, por isso mesmo, a igualdade perante a lei não tem na realidade grande significado. Essa proclamação era uma reação necessária contra as desigualdades oriundas do regime feudal, sem contudo impedir que do novo regime nascessem eventualmente outras desigualdades. Sob o impulso das forças criadoras do direito, o legislador teve progressivamente de publicar leis setoriais para poder levar em conta diferenças nas formações e nos grupos so-

27 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Idem* (22), p. 381.

28 LAFER, Celso. *Ob. cit.*, p. 150.

29 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Idem* (22), p. 381.

ciais. (...) A lei não pode descer a estes casos singulares, aos juizes é que compete fazê-lo. A lei nas mãos deles é como um tecido que deve talhar-se à medida de cada um. Em caso determinado, essas particularidades individuais, específicas, requerem tratamento adequado, quantitativa e por vezes qualitativamente. (...) Estas desigualdades só estão de acordo com a justiça desde que as leis ou a sua aplicação não criem diferenças ou discriminações contrárias aos grandes princípios do direito, nomeadamente ao princípio do respeito aos direitos do homem..."<sup>30</sup>

#### 6.2.1. *Experiência constitucional brasileira*

A Constituição brasileira, enquadrada no formato liberal, reconhece a igualdade no sentido formal, declarando em seu art. 5.º que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza." Em seu inciso I afirma a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres. E no XII garante que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais".

Essas disposições produzem pouco resultado no campo da eficácia social, pois a discriminação essencialmente econômica inviabiliza a igualdade formal preconizada.

A afirmação da igualdade não traduz uma disposição constitucional concreta, "mas imposição constitucional geral-modal... susceptível de ser formulada como exigência de tratamento igual (...) como proibição de tratamento desigual".<sup>31</sup>

O princípio da igualdade perante a lei, traduzido no *caput* do art. 5.º, tem como destinatário tanto o legislador, como o aplicador da lei.

Ao ser aplicado, não deve ser entendido dentro de uma concepção individualista, que não considere as diferenças entre os grupos e pessoas. Cabe à legislação tutelar pessoas que se encontrem em situação econômica injusta, procurando concretizar a igualização. Ao legislador é vedado editar leis que redundem em tratamento igual a situação de desiguais por parte da justiça, e ao aplicador da lei é vedado fazer distinção entre situações iguais.

Conseqüência desta última vedação é a condenação ao juiz ou tribunal de exceção (art. 5.º, XXXVII), o que implica na adoção do juiz natural (juiz pré-constituído, competente e no gozo das garantias de independência e imparcialidade).

Cabe ao magistrado, além de atuar com competência e eficiência, respeitar as garantias de ampla defesa do acusado e do princípio da instrução contraditória (art. 5.º, I.X), propiciando tratamento igualitário das partes e procuradores constituídos.

30 SAROTTE, Georges. *O materialismo histórico no estudo do direito*, pp 316-318.

31 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Idem* (22), p. 387.

A igualdade jurisdicional não se concretiza devido à circunstância de ampla margem da população não ter acesso ao Judiciário.

A igualdade perante o poder de tributação do Estado está baseada no princípio da igualdade tributária relacionado com a justiça distributiva em matéria fiscal. O sistema tributário brasileiro, como parte de um sistema econômico-social, carece de uma tributação justa que considere o sistema social em sua integralidade, o que é apenas formalmente proclamado na Constituição (art. 150, II).

A igualdade perante a lei penal pressupõe que a mesma lei penal e seu sistema de sanção serão aplicados a todos quantos pratiquem o fato típico nela definido como crime. Esse princípio de isonomia formal é ferido, quando os rigores da lei se fazem sentir mais sobre os desprivilegiados de patrimônio.

Só a concretização do princípio da igualdade pode conduzir à verdadeira democracia. Entretanto, na Constituição, em sua interpretação, o princípio da igualdade é estático, pois não conduz à eliminação das desigualdades e, muito menos, traduz uma decisão de se alcançar a igualdade material. A dimensão da dignidade do homem é sempre omitida na interpretação e aplicação do princípio. Hoje, o princípio da igualdade "é, simultaneamente, um princípio de igualdade de Estado de direito (...) e um princípio de igualdade de democracia econômica e social (...)".<sup>32</sup>

#### 6.2.2. *Experiência constitucional alemã*

Em seu art. 3.º, I, dispõe a Lei Fundamental que todos os homens são iguais perante a lei, obrigando o legislador a regular de forma igual o que é realmente igual e, também, ordenando às autoridades que apliquem a lei subordinando-se ao princípio da igualdade.

STEIN alerta que o direito consiste em estabelecer distinções, e o princípio da igualdade não pode impedir tais diferenciações. O que o princípio da igualdade exige é que se trate igual os que são "essencialmente" iguais.<sup>33</sup>

As diferenciações estabelecidas pelo direito devem atender ao critério do interesse público legítimo. Assim, as diferenciações estabelecidas no art. 3.º, III, constituem uma série de proibições expressas: discriminação sexual, racial, idiomática, de credo e de opiniões religiosas e políticas.

O Tribunal Constitucional deduziu o princípio da igualdade como proibição à arbitrariedade, aferido pela necessidade de adequação entre o critério de diferenciação e a finalidade buscada. Assim, ao examinar se um ato submetido à lei viola o princípio da igualdade, são consideradas as proibições de diferenciação estabelecidas na Lei Fundamental, bem

32 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Idem* (22), p. 403.

33 STEIN, Ekkehart. *Ob. cit.*, p. 221.

como aquelas que, expressa ou tacitamente, estão contidas na lei em questão.

O princípio da autovinculação da administração guarda estreita intimidade com o princípio da igualdade. Por aquele princípio, toda autoridade deve tratar igualmente casos iguais e, quando disponha de discricionariedade para eleger o critério de diferenciação, deve utilizar o mesmo critério em todos os casos semelhantes.

Cada diferenciação atende a um propósito determinado, e se atende a um interesse público legítimo, ela não é violadora do princípio da igualdade.

### 6.3. *Direito à liberdade*

O termo liberdade admite duas interpretações. A primeira, característica do Estado liberal, significa gozar de uma esfera de ação fora do controle dos órgãos do poder estatal. A segunda, típica do Estado democrático, à auto-regulação, a liberdade coincide com o obrigatório por força de auto-obrigação.

O primeiro significado tende a ampliar a esfera de autodeterminação individual, restringindo o poder coletivo; o segundo amplia a esfera de autodeterminação coletiva, restringindo a regulação heterônoma.

No Estado moderno ocorre uma gradual integração dos dois significados, mas sempre tendo em vista que a doutrina liberal coloca a liberdade em função do indivíduo singular e a democrática tem em vista o indivíduo participante de uma comunidade.<sup>34</sup>

“Liberdade como fenômeno político foi contemporânea das Cidades-Estados gregas. Desde Heródoto, ela foi entendida como uma forma de organização política em que os cidadãos viviam juntos em condições de não-mando, sem uma distinção entre governantes e governados.”<sup>35</sup>

Na concepção grega a liberdade, como a igualdade, não é inata ao homem, mas convencional e artificial, produto do esforço humano e das qualidades do mundo feito pelos homens.

Assim, a liberdade possui um caráter histórico, dependendo do poder do homem sobre a natureza, a sociedade e sobre si mesmo em cada momento histórico.<sup>36</sup>

A liberdade não se restringe aos direitos civis, mas seu conteúdo significa participação nas coisas públicas. Desse modo, liberdade opõe-se a autoritarismo, à deformação da autoridade, mas não à autoridade legítima.

34 BOBBIO, Norberto. *Ensaio Escolhidos*, pp. 20-23.

35 ARENDT, Hannah. *Da revolução*, p. 24.

36 GARAUDY, Roger citado por SILVA, José Afonso da. *Ob. cit.*, p. 205.



tima. A autoridade legítima é resultado do exercício da liberdade, mediante o consentimento popular.

Historicamente, a liberdade significa um processo dinâmico de libertação do homem dos obstáculos naturais, sociais, políticos e econômicos, que se antepõem à realização de sua personalidade. É algo bem distinto da livre vontade e do livre pensamento, é a liberdade pública, que só pode existir em público, “uma realidade terrena tangível, algo criado pelos homens para ser desfrutado por eles, e não um dom ou uma capacidade, . . . o espaço público ou a praça pública em que a Antigüidade havia conhecido como a área em que a liberdade aparece e se torna visível para todos”.<sup>37</sup>

A liberdade está intimamente vinculada à idéia de um corpo político que assegure o espaço onde ela possa aparecer. Cabe ao Estado estabelecer garantias reais para a concretização da liberdade.

A pretensão liberal-burguesa de que houvesse uma pretensão de omissão dos Poderes Públicos (direito de exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) evoluiu juridicamente para uma proibição de omissão (direito de exigir que o Estado intervenha no sentido de assegurar prestações ao cidadão).

A liberdade pode ser, assim, classificada:

- a) liberdade da pessoa física — locomoção e circulação;
- b) liberdade de pensamento — opinião, religião, informação, artística, comunicação de conhecimento, etc;
- c) liberdade de expressão coletiva — reunião e associação;
- d) liberdade de ação profissional;
- e) liberdade de conteúdo econômico-social.

### 6.3.1. *Experiência constitucional brasileira*

A liberdade, enquanto matriz, liberdade geral de atuar, está no art. 5.º, II, que preceitua: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Esse dispositivo caracteriza o princípio da legalidade, sendo importante, então, que a lei seja legítima para que a liberdade não seja prejudicada.

O art. 5.º, II, contém a previsão da liberdade de ação (liberdade base das demais), conferindo fundamento jurídico às liberdades individuais. A liberdade apenas será limitada por um sistema de legalidade legítima.

---

37 ARENDT, Hannah. Ob. cit., p. 99.

### 6.3.2. *Experiência constitucional alemã*

A Lei Fundamental de Bonn está extremamente vinculada ao princípio da legalidade.

O art. 2.º, I, que garante o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, consubstancia para os doutrinadores uma garantia da liberdade de atuar, ou seja, de fazer ou não fazer o que se queira, obedecidas a ordem constitucional e a lei moral.

O Tribunal Constitucional tem construído jurisprudência em favor da liberdade geral de atuar.

O conteúdo essencial e intocável desta liberdade (art. 19, II) corresponde ao âmbito da liberdade humana, respaldada na auto-suficiência e na auto-responsabilidade da pessoa humana.

#### 6.3.2.1. *Liberdade da pessoa física*

É a possibilidade jurídica que se reconhece a todo homem de ser senhor de sua própria vontade e de se locomover desembaraçadamente dentro do território nacional.

O conteúdo da liberdade da pessoa física está nos direitos de ir e vir, de segurança individual e liberdade de intimidade.

A liberdade de locomoção compreende quatro aspectos: o direito de permanecer, o direito de se deslocar dentro do território, o direito de sair do território e o direito de entrar no território.

A liberdade de locomoção é “o cerne da liberdade da pessoa física no sistema jurídico, abolida que foi a escravidão”.<sup>38</sup>

É o poder que têm todos de coordenar e “dirigir suas atividades e de dispor de seu tempo, como bem lhes parecer, em princípio, cumprindo-lhes, entretanto, respeitar as medidas impostas pela lei, no interesse comum, e abster-se de atos lesivos dos direitos de outrem”.<sup>39</sup>

Sendo o direito de ir, vir e de ficar aquele cuja perda mais ostensiva aparece, foi talvez de todas as liberdades a mais cedo defendida pelos homens.

#### 6.3.2.2. *Experiência constitucional brasileira*

A liberdade da pessoa física, no Brasil, compreende a liberdade de locomoção e a liberdade de circulação, “não sendo esta, aliás, mais do que manifestação especial daquela”.<sup>40</sup>

A liberdade de circulação consiste na faculdade da pessoa deslocar-se de um ponto a outro, através de uma via pública. A utilização da via

38 SILVA, José Afonso. Ob. cit., p. 211.

39 SPÍNOLA, Eduardo citado por SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 211.

40 SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 211.

pública não é mera possibilidade, mas um poder legal a ser exercido contra todos.

A liberdade de locomoção está prevista no art. 5.º, como primeira manifestação geral de ação, tendo a Carta Magna buscado cercar essa liberdade de maiores garantias: a garantia básica determina que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, havendo limitações legais em crimes vinculados à atividade militar (art. 5.º, LXI).

A prisão de qualquer pessoa obedecerá às disposições inseridas no art. 5.º, que exigem o direito à identificação da autoridade policial encarregada da prisão e do interrogatório (LXIV), o direito do preso ser informado de seus direitos e assistência da família e de advogado (LXIII), direito de que a prisão seja comunicada ao juiz competente, à família ou pessoa designada pelo preso (LXII), o direito de que a prisão ilegal seja relaxada pelo juiz (LXV), o direito de liberdade provisória (LXVI), a impossibilidade de prisão civil por dívida, salvo casos expressamente consignados (LXVII).

A liberdade de circulação está assegurada especificamente no art. 5.º, XII, que dispõe ser livre a locomoção em território nacional, em tempo de paz, sendo garantida à qualquer pessoa a entrada, permanência e saída com seus bens do território nacional.

A liberdade da pessoa física, para que tenha efetividade, necessita de garantias constitucionais contra a prisão, a detenção e penalização arbitrárias, mediante mecanismos constitucionais denominados direitos de segurança.<sup>41</sup>

Essas regras de segurança pessoal exigem que as medidas adotadas contra os indivíduos atendam ao princípio da legalidade.

As normas constitucionais que definem o direito de segurança são denominadas de direito instrumental, estando, também, inseridas no art. 5.º:

- a) inviolabilidade do domicílio (XI);
- b) proibição de prisão senão em flagrante delito ou por ordem judicial (LXI);
- c) concessão de *habeas corpus* (LXVIII).

#### 6.3.2.3. *Experiência constitucional alemã*

Na Alemanha, a liberdade da pessoa é inviolável, estando a liberdade de locomoção inserida na liberdade de movimento; exigindo-se que toda limitação a essa liberdade seja autorizada por lei formal.

---

41 BURDEAU, Georges citado por SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 461.

A liberdade da pessoa como inviolável (art. 2.º, II, 2) compreende, tão-somente, o direito de abandonar o atual lugar de residência para ir em qualquer direção.

A liberdade da pessoa está protegida pela reserva legal do art. 2.º, II, 3 e se concretiza pelo art. 104, que assim estabelece:

a) a liberdade da pessoa poderá ser limitada unicamente em virtude de uma lei formal e apenas respeitando as normas prescritas na mesma; as pessoas detidas não serão maltratadas nem física nem psicologicamente;

b) apenas o juiz pode decidir se uma privação da liberdade é admissível e deve persistir; em todo caso de privação de liberdade, deverá ser buscada sem demora uma decisão judicial; por sua própria autoridade, a polícia não poderá manter ninguém sob sua custódia além do fim do dia seguinte à sua detenção;

c) toda pessoa detida provisoriamente sob suspeita de ter cometido delito deverá ser levada perante o juiz ao mais tardar no dia seguinte à detenção, devendo o juiz comunicar-lhe os motivos da detenção, interrogá-la e dar-lhe oportunidade para formular objeções; o juiz deverá ditar sem demora ordem escrita de prisão, indicando as causas da mesma, ou decretar a liberdade do detido;

d) toda decisão judicial que implique em privação da liberdade deve ser comunicada à pessoa da família do detido ou de sua confiança.

Conceitualmente, pois, deve-se distinguir entre limitação da liberdade e privação da liberdade. A limitação da liberdade é conceito amplo, compreendendo qualquer classe de limites à liberdade de movimento. A privação da liberdade é caso especial em que uma pessoa é retida em lugar concreto, geralmente encarcerada.

O art. 104, 1, exige que toda limitação de liberdade esteja autorizada por lei formal. Em relação à privação de liberdade, o mesmo artigo pretende coibir abusos de poder.

#### 6.3.5. *Liberdade de pensamento*

O pensamento tem uma dimensão psicológica incoercível, de tal modo que ninguém pode ser privado de liberdade no fundo de sua consciência. A liberdade de pensamento supõe a liberdade de expressão em si mesmo, não se proíbe um pensamento concreto.

A liberdade de pensamento propriamente dita merece tratamento constitucional, pois hoje existem formas indiretas de pressão, de fora para dentro, que podem ser relevantes em seu poder coercitivo, e ainda que não anulem integralmente a liberdade psicológica interna da pessoa, sujeitam à repressão externa as mais íntimas convicções pessoais.

Para JOSÉ AFONSO DA SILVA, a liberdade de pensamento tem conteúdo intelectual, e ao contrário do entendimento supra, "se caracte-

riza pela exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente".<sup>42</sup>

#### 6.3.4. *Liberdade de opinião*

A liberdade de opinião, assim como a liberdade de pensamento, tem uma dimensão psicológica incoercível.

A liberdade de opinião "resume a própria liberdade de pensamento em suas várias formas de expressão. Por isso é que a doutrina a chama de liberdade primária e ponto de partida das outras. Trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha, quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que se creia verdadeiro".<sup>43</sup>

A liberdade de opinião é uma resposta às diferentes formas de ditadura de pensamento, que desde a Idade Média se manifestam de forma obscurantista.

Assim como a liberdade de pensamento, a liberdade de opinião está sujeita à pressão exterior e submetendo-se a ela, a causa externa acaba triunfando e elimina a liberdade de opinião. É certo que existem pessoas que podem manter indefinidamente essa dualidade de pensar de uma maneira e manifestar-se externamente de outra, porém outras, incapazes de suportar essa dualidade, ou manifestam publicamente suas idéias com todos os riscos ou terminam se autoconvencendo ou se auto-reprimindo.

Exemplos desta forma de repressão vão da Inquisição às novas formas de pressão externa, como a propaganda subliminar através da televisão e outros meios que atingem o inconsciente, impedindo que a parte consciente da pessoa detecte a pressão a que está sendo submetida.

##### 6.3.4.1. *Experiência constitucional brasileira*

A Constituição Brasileira reconhece em dois aspectos a liberdade de opinião:

a) como pensamento íntimo, prevendo a plena liberdade de consciência e crença (art. 5.º, VI);

b) no aspecto externo, o livre exercício dos cultos e a livre manifestação de pensamento, de convicção política ou religiosa são assegurados (art. 5.º, IV).

A liberdade de consciência "é a liberdade do foro íntimo. Enquanto não se manifesta, é condicionável por meios variados, mas é livre sempre (...). A liberdade de consciência e de crença, porém, se extroverte, se manifesta na medida em que os indivíduos, segundo suas crenças,

---

42 SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 214.

43 SILVA, José Afonso da. Ob. cit., pp. 214/215.

agem deste ou daquele modo, na medida em que, por uma inclinação natural, tendem a expor seu pensamento aos outros e, mais, a ganhá-los para suas idéias. As manifestações, estas sim, pelo seu caráter social valioso, é que devem ser protegidas, ao mesmo tempo que impedidas de destruir ou prejudicar a sociedade".<sup>44</sup>

A exteriorização do pensamento pode dar-se entre interlocutores presentes (por diálogo ou exposição) ou ausentes (pessoas determinadas — correspondência — ou indeterminadas — livros, jornais, televisão).

No Brasil, existe liberdade de opinião, sendo proibida a censura (art. 5.º, IX e art. 220, § 2.º), ao menos formalmente.

#### 6.5.4.2. *Experiência constitucional alemã*

A liberdade de opinião assegurada na Lei Fundamental é resultado direto da trágica experiência sofrida pelo povo alemão sob o nazismo.

Do período de dominação nazista, concluíram que a resistência contra um ditador é inútil, quando este controla os meios de formação de opinião pública.

A liberdade de opinião, tendo uma estreita relação com os princípios nortecedores da democracia, deve se dirigir, primordialmente, contra a ditadura do pensamento oficial — do governo.

Esse direito permite o estabelecimento de um sistema que possibilite a crítica ao governo e a denúncia de seus erros. Permite, ainda, que qualquer cidadão possa expressar e difundir livremente a sua opinião, não podendo o governo impedir seu acesso aos meios de comunicação, consoante dispõe o art. 5.º.

A censura é proibida pelo mesmo dispositivo que assegura o direito de liberdade de pensamento e de opinião.

Do exame da Lei Fundamental, verifica-se que todo dispositivo assegurador de um direito de liberdade possui um parágrafo que estabelece seus limites. Assim, também, os direitos consagrados no art. 5.º, I, possuem seus limites estabelecidos em leis gerais e em dispositivos que visam à proteção da juventude e da honra pessoal, conforme dispõe o art. 5.º, II.

"O direito à livre expressão da opinião tem, portanto, um componente individual e um componente público. O primeiro admite limitações mais amplas do que o último. A questão mais difícil referente à liberdade de opinião pública não se encontra no direito propriamente dito, mas nas normas constitucionais relativas aos meios de comunicação de massa, porque são eles que formam primeiramente a opinião pública."<sup>45</sup>

44 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, pp. 255/256.

45 STEIN, Ekkehart. Ob. cit., p. 132.

Pela jurisprudência do Tribunal Constitucional, o direito à livre expressão de opinião mais se amplia quanto mais contribua para ampliar a discussão de questões de interesse político, entendido que jamais a opinião pública se manifesta de forma unânime.

### 6.3.5. *Liberdade de religião*

É uma liberdade de natureza espiritual.

É o direito fundamental mais antigo na história do homem. Tem suas origens nas lutas religiosas posteriores à Reforma. Anteriormente, os príncipes decidiam por seus súditos a que igreja deviam pertencer. Aqueles que não se submetiam, eram, em geral, expulsos da comunidade ou executados como hereges.

A liberdade religiosa compreende três formas de expressão ou três outras liberdades:

1. liberdade de crença;
2. liberdade de culto;
3. liberdade de organização religiosa.

#### 6.3.5.1. *Liberdade de crença*

É a liberdade de fé, de convicção religiosa.

A liberdade de crença compreende as convicções que as pessoas têm sobre o papel do homem no mundo e suas relações com os poderes superiores e o que há de mais profundo em seu ser.<sup>46</sup>

É o direito da pessoa desenvolver e cultivar suas convicções individuais, sem interferência do Estado, transformando-as em crenças da comunidade.

A liberdade de crença compreende múltiplas possibilidades: liberdade de escolher uma religião, liberdade de aderir a uma seita, liberdade de mudar de religião, liberdade de não aderir a religião nenhuma, liberdade de descrença e liberdade de ser ateu.

A liberdade de crença impede que o Estado influa na formação ou existência das religiões e seitas.

##### 6.3.5.1.1. *Experiência constitucional brasileira*

A liberdade de crença está consagrada no art. 5.º, VI, que preceitua a inviolabilidade de consciência e crença. Esta posição representa um retorno à tradição liberal que impregnou a Constituição Brasileira de 1946. A Constituição de 1967, bem como a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, não previam a liberdade de crença, admitindo apenas a liberdade

---

46 STEIN, Ekkehart. Ob. cit., p. 206.

de consciência e garantindo aos crentes o exercício dos cultos religiosos. Porém liberdade de crença e liberdade de consciência são inconfundíveis.

A inviolabilidade de crença está assegurada no art. 5.º, VIII, que preceitua que ninguém será privado de seus direitos por motivo de crença religiosa. Impede-se a interferência estatal na esfera original, constituindo-se em um direito de defesa.

A Constituição estabelece, porém, uma limitação no mesmo inciso VIII, ao admitir a privação de direitos no caso em que a pessoa invoque motivo de crença religiosa para eximir-se de obrigação legal a todos imposta, sem que haja cumprimento da prestação alternativa regulada legalmente.

A liberdade de crença não permite que se prejudiquem outras pessoas no livre exercício de sua crença.

#### 6.5.5.1.2. *Experiência constitucional alemã*

A liberdade de crença é assegurada pelo art. 4.º, I, da Lei Fundamental, que assim a consagra: "A liberdade de crença, de consciência, a liberdade de professar religião e a liberdade ideológica são invioláveis".

A Lei Fundamental garante expressamente a liberdade de convicções religiosas e ideológicas, o que abrange a liberdade de convicção sobre a criação do mundo e sua posição e finalidade neste mesmo mundo.

A liberdade de crença é um direito de defesa do indivíduo ante a atuação estatal, sendo garantido pelo art. 3.º, III, que ninguém poderá ser prejudicado em razão de sua crença.

Os arts. 3.º, III, e 33, III, vedam qualquer tratamento favorável ou prejudicial baseado na confissão religiosa e nas opiniões religiosas.

O art. 4.º, I, proíbe que se impeça a livre manifestação das convicções religiosas, entendendo-as como caso especial de liberdade de expressão.

A Lei Fundamental admite, inclusive, o direito de ocultar a própria crença (art. 136, III, da Constituição de Weimar). Está o Estado impedido de inquirir a pessoa sobre suas verdadeiras crenças.

#### 6.5.6.1. *Liberdade de culto*

É a liberdade de manifestação externa de uma religião. Compreende a liberdade de orar e praticar os atos próprios das manifestações exteriores, em casa ou em público, bem como o recebimento de contribuições para tal fim.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> PONTES DE MIRANDA, F. citado por SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 221.



“No campo jurídico, entende-se como culto a manifestação das próprias crenças religiosas no mundo externo, o conjunto de todos os atos externos (práticas e omissões), com os quais se patenteia a fé religiosa.”<sup>48</sup>

O culto está intimamente ligado à religião, não havendo religião sem culto.

#### 6.3.6.1.1. *Experiência constitucional brasileira*

A liberdade de culto é garantida pelo art. 5.º, VI e VIII, bem como os locais de seu exercício e as liturgias, nas formas determinadas pela lei.

As Constituições anteriores limitavam o direito ao culto à observância da ordem pública e dos bons costumes, limitação que não persistiu.

A garantia da proteção aos locais de culto e suas liturgias foi remetida para a lei ordinária.

Desse modo, a liberdade de culto é incondicionada, mas a proteção aos locais de cultos e liturgias é condicionada à forma da lei ordinária.

#### 6.3.6.1.2. *Experiência constitucional alemã*

O art. 4.º, II, da Lei Fundamental de Bonn, preconiza que o livre exercício do culto é garantido, incluídas quaisquer manifestações externas de adoração a Deus.

O art. 136, IV, da Constituição de Weimar, reconhecido pelo art. 140 da Lei Fundamental, proíbe que a pessoa sofra coação para participar de práticas religiosas.

#### 6.3.6.2. *Liberdade de organização religiosa*

“Essa liberdade diz respeito à possibilidade de estabelecimento e organização das igrejas e suas relações com o Estado.”<sup>49</sup>

As comunidades religiosas podem, a exemplo de qualquer pessoa, invocar direitos fundamentais para usufruir da liberdade de crença, da liberdade confessional e da liberdade de culto, asseguradas constitucionalmente.

#### 6.3.6.2.1. *Experiência constitucional brasileira*

Desde o advento da República, há liberdade religiosa no Brasil, com separação entre a Igreja e o Estado, não obstante a grande influência que a Igreja Católica Apostólica Romana exerce sobre o povo e o Estado.

O art. 19 impede que o Estado estabeleça cultos religiosos ou igrejas, proporcione-lhes subvenções, interfira em seu funcionamento, mantenha dependência ou aliança com os mesmos, admitida, apenas, a possibilidade legal de colaboração por motivo de interesse público.

48 RANELLETTI citado por CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. 1, p. 218.

49 SILVA, José Afonso da. *Ob. cit.*, p. 222.

De modo a impedir que, pela via tributária, possa o Estado causar embaraço ao funcionamento de igrejas e cultos, estabelece a Constituição, no art. 150, VI, *b*, a imunidade tributária aos templos de qualquer culto.

Colaboração estreita entre Estado e igrejas é admitida no setor educacional, onde se autoriza (art. 213) que os recursos públicos destinados à educação possam ser dirigidos às escolas confessionais, desde que as mesmas não visem a fins lucrativos.

A colaboração entre Estado e igrejas deve ser geral, regulamentada por lei, evitando-se que se possibilite discriminação entre as religiões.

O ensino religioso é facultativo nas escolas públicas, sendo que a matéria constitui disciplina ministrada no horário normal daquelas escolas, conforme dispõe o art. 210, § 1.º.

A assistência religiosa é amparada constitucionalmente (art. 5.º, VII) nas entidades civis e militares de internação coletiva — penitenciárias, casas de detenção, quartéis, etc.

O casamento religioso equipara-se, em seus efeitos, ao civil, nos moldes do art. 226, §§ 1.º e 2.º, sendo a equiparação regulamentada por lei.

#### 6.3.6.2.2. *Experiência constitucional alemã*

O art. 140 da Lei Fundamental de Bonn, ao incorporar os artigos pertinentes à liberdade de organização religiosa da Constituição de Weimar, garante às sociedades religiosas direitos especiais.

Estão garantidos a liberdade de associação religiosa, incluindo o direito de autonomia (art. 137, II e III, da Constituição de Weimar) e os direitos patrimoniais (art. 138, II, da Constituição de Weimar).

As comunidades religiosas podem adquirir a qualidade de corporações de direito público, quando sua constituição e número de seus membros ofereçam garantias suficientes para a sua duração (art. 137, V, da Constituição de Weimar).

Pelo princípio de coordenação entre o Estado e as igrejas se deduz que o poder estatal a elas não se estende.

Na Alemanha, as grandes igrejas — católica e evangélica — possuem posição especial, concretizada em concordatas e pactos eclesiásticos, mas sua influência fática supera a das demais em razão de sua importância na sociedade.

#### 6.3.7. *Direito de informação*

Informação “é o conjunto de condições e modalidades de difusão para o público (ou colocação à disposição do público) sob normas apropriadas, de notícias ou elementos de conhecimento, idéias ou opiniões”.<sup>50</sup>

50 TERROU, Fernand citado por SILVA, José Afonso da, *Ob. cit.*, p. 218.

O direito à informação comporta diversos significados. Inicialmente, como substituto da liberdade de expressão, que, sem anulá-la, encontra um fundamento distinto ao reconhecer o direito de ser informado; em segundo lugar, o direito de todo cidadão exigir que os órgãos de comunicação informem com exatidão e objetividade; e, por último, o direito de que é titular o cidadão e, sujeito passivo o Estado, direito de que toda a atividade estatal seja transparente e acessível a qualquer um, limitado apenas pelas razões de segurança.

Esses significados distintos não constituem preciosismo técnico, mas encontram sua razão de ser na dificuldade de se alcançar a concretização da liberdade de expressão. Não raras vezes, o direito de informação tem sido invocado pelo Estado para justificar o controle ou intervenção na imprensa e em outros órgãos de comunicação. Toda a atividade do Estado neste setor — controle, intervenção e censura — encontra sua justificação no direito à informação, segundo um determinado significado.

A primeira aceção exposta conduz a uma alteração no tradicional termo “liberdade de expressão”, que produz, como consequência, deixar a liberdade de expressão de ser um direito fundamental da pessoa para se constituir em direito da comunidade, da coletividade, que se aperfeiçoa quando todos os seus membros expõem sua opinião. Essa concepção se revela perigosa na medida em que a vontade coletiva ou a de seus representantes pode deixar de ser a voz de todos e de cada um dos cidadãos. Essa aceção sempre é utilizada pelos Estados autoritários.<sup>51</sup>

A segunda concepção, direito da pessoa ser informada de forma correta, verdadeira e completa, é incontestável no plano ético, porém pode resultar em atuação nociva do Estado quando transformada em direito do cidadão sujeito à proteção estatal. O aparato coativo do Estado, muitas vezes, a pretexto de garantir informação imparcial e correta, destrói a liberdade de expressão.

É preciso esclarecer que objetividade e imparcialidade não constituem dados absolutamente objetivos e concretos aferíveis por qualquer pessoa, mas exigências íntimas da consciência. A aferição desses dados não deve ser atribuída ao Estado, mas à própria sociedade, que, ao comparar as diversas interpretações de um mesmo fato, alcançará a maior garantia de objetividade.

A segunda aceção deve funcionar como exigência ética dos meios de comunicação de massa. Constituindo direito subjetivo da pessoa a ser garantido pelo Estado, pode resultar no aniquilamento da liberdade de informação.

---

51 PECES-BARBA, Gregorio; QUADRA-SALCEDO, Tomas; MOHEDANO, José Maria; GONZALEZ, Pedro. *Sobre las libertades políticas en el Estado Español (Expresión, Reunión y Asociación)*, p. 48.

O derradeiro significado exposto é a acepção mais comum e a única válida. O direito à informação é o direito de ser informado pelo Estado e, em sentido mais amplo, também o direito de informar às demais pessoas.

O fundamento do direito de ser informado pelo Estado está no fato da pessoa ser parte da comunidade, cuja expressão é o Estado. O limite do direito é a segurança do próprio Estado.

JOSÉ AFONSO DA SILVA distingue entre liberdade de informação e direito à informação, entendendo que este não é direito pessoal ou profissional, mas direito coletivo, e aquele que se resume na liberdade de informar e na liberdade de ser informado.<sup>52</sup>

#### 6.3.7.1. *Experiência constitucional brasileira*

O acesso de todos à informação é um direito individual previsto no art. 5.º, XIV. Isto quer dizer "que todos têm o direito subjetivo de exigir dados da fonte que os detenha",<sup>53</sup>

O sigilo da fonte é preservado, quando necessário ao exercício profissional. Desse modo, o jornalista não precisa denunciar a fonte em que obteve a informação, porém ele ou o meio de comunicação utilizado responderão pelos abusos ou prejuízos que causarem ao nome, reputação e imagem do ofendido (art. 5.º, X).

É livre a expressão da atividade de comunicação, que não está sujeita à censura ou licença (art. 5.º, IX).

#### 6.3.7.2 *Experiência constitucional alemã*

O direito de informação, na Alemanha, visa possibilitar a formação da vontade da pessoa. Tendo em vista que durante o período nazista o direito de informação foi integralmente suprimido, hoje esta garantia impede a adoção de qualquer medida que possa arranhar o direito.

É, ainda, vedado que o Estado adote medidas que tornem inacessíveis financeiramente o acesso às fontes de informação, o que não quer dizer que deva ser gratuito.

#### 6.3.7.2.1. *Liberdade de imprensa*

A liberdade de imprensa é uma manifestação da liberdade de expressão. Assim, o seu desenvolvimento em muito se confunde com a trajetória da história da liberdade de expressão.

Tradicionalmente, a questão da liberdade de expressão através da imprensa tem sido analisada por uma ótica liberal-individualista, que ainda se mantém e é válida.

52 SILVA, José Afonso da. Ob. cit., pp. 217/218.

53 CRETELLA JÚNIOR, José. Ob. cit., p. 253.

Nesta ótica, se do exercício da liberdade redundar dano para a sociedade ou para o particular, o Estado reprime, *a posteriori*, os excessos cometidos. Assim, ficam preservados o direito das pessoas se expressarem livremente e o direito daqueles que sejam ofendidos. Não há nenhum requisito limitador prévio.

Entretanto, tal concepção gera a dificuldade de se determinar o que pode ser classificado como excesso e que requisitos prévios não limitadores da liberdade podem ser adotados.

Em resumo, a concepção liberal pode ser classificada como repressiva, vez que admite como única forma de coibir os abusos da liberdade a repressão posterior.

Outra forma de abordagem da questão é de caráter autoritário, que se traduz em um sistema preventivo. O Estado previne o abuso da liberdade, evitando-o em sua origem ao estabelecer critérios prévios.

A justificação do sistema preventivo é a proteção da sociedade dos excessos do exercício da liberdade, porém as técnicas preventivas concretas podem se transformar em instrumento de abuso de poder e aniquilarem o direito.

Ambos os sistemas — preventivo e repressivo — são utilizados em muitas sociedades, seja em sua forma mais pura, seja disfarçado em forma mais complexa.

Dentro das perspectivas dos direitos humanos, apenas o sistema repressivo-liberal pode ser admitido como eficaz garantia da liberdade de expressão, pois permite que a pessoa e a sociedade possam se defender dos abusos do exercício do direito sem comprometer sua própria existência.

Hoje, o exercício da liberdade de expressão pela imprensa deve considerar que a maioria das pessoas não tem possibilidade de possuir seu próprio veículo de comunicação, logo o direito deve ser completado pela luta buscando concretizá-lo para o maior número de pessoas possíveis e impedir que se transforme em privilégio de reduzidíssimo número de cidadãos, reconhecendo, entretanto, ser impossível que todos possam exercer seu direito de difundir seu pensamento por meio da imprensa.

Por outro lado, de modo a tornar mais efetivo o direito de expressar idéias e, por conseqüência, a liberdade de imprensa, deve ser incentivada e efetivada a transparência da informação — dar a conhecer ao público quem escreve a informação, quem é proprietário do jornal, que linha política segue, que grupos o apóiam — de modo a permitir que a sociedade situe objetivamente a informação, que persiste sendo essencialmente livre.

O sistema liberal é insuficiente nos dias de hoje, embora o seu sistema de defesa da liberdade continue válido, porque ocorre uma excessiva patrimonialização da liberdade de expressão, ou seja, um órgão da imprensa

depende de um grande capital a ser aplicado e um grande número de pessoas para a sua feitura. Surge, então, a indagação: a equipe de jornalistas tem algum direito na definição da linha a ser seguida? O titular do capital pode impor suas convicções àqueles que fazem as notícias?

Deve ser alcançada uma desvinculação da liberdade de expressão da titularidade do capital; aqueles que trabalham no órgão de imprensa têm o direito de manifestar livremente o seu pensamento. Havendo conflito entre o corpo de assalariados e o titular do capital, não há dúvida que deve ser respeitado o propósito que orientou a criação do órgão, sem que isso implique no sacrifício dos que divergem.

Nesta linha se encontra, também, a proteção do jornalista por razões ideológicas frente a mudança de linha do órgão de imprensa. Esta proteção se concretiza na "cláusula de consciência", que autoriza o jornalista a solicitar a rescisão de seu contrato de trabalho quando a mudança de linha do órgão de imprensa entra em conflito com as exigências de sua consciência, dando-lhe direito às verbas características de uma despedida sem justa causa como indenização.

Outra forma de efetivar a liberdade de imprensa, através do pluralismo de opiniões, principalmente nos países desenvolvidos ou em vias de desenvolvimento, é através das publicações sindicais. Como esse pluralismo é útil à sociedade, cabe ao Estado criar condições para a existência desses meios de informação, assegurando sua independência e permitindo a manutenção da pluralidade de órgãos alternativos.

Se, de início, Estado e liberdade de expressão se enfrentavam e se chocavam, a tendência atual é que o Estado promova a liberdade de expressão, pois, assim, estará também se fortificando.

A liberdade de imprensa é uma liberdade-meio para concretizar a liberdade de expressão e o direito de informação.

"A imprensa livre é o olhar onipotente do povo, a confiança personalizada do povo nele mesmo, o vínculo articulado que une o indivíduo ao Estado e ao mundo, a cultura incorporada que transforma lutas materiais em lutas intelectuais, e idealiza suas formas brutas. É a franca confissão do povo a si mesmo, e sabemos que o poder da confissão é o de redimir. A imprensa livre é o espelho intelectual no qual o povo se vê, e a visão de si mesmo é a primeira confissão da sabedoria."<sup>54</sup>

O proprietário do órgão de comunicação e o jornalista possuem o direito fundamental de exercerem as suas atividades, mas, também, possuem um dever de informar à comunidade dos acontecimentos e idéias, de maneira objetiva e transparente, sem alterar ou deformar a verdade.<sup>55</sup>

54 MARX, Karl citado por SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 218.

55 GRECO, Albino citado por SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 219

A imprensa é o mais poderoso instrumento de formação e conformação da opinião pública, desempenhando uma função social relevante, assegurando a expansão da liberdade da pessoa humana, bem como levando ao Estado o pensamento e a vontade popular.

No exercício de suas funções, a imprensa se constitui em um quarto poder, defesa contra todo excesso do Estado e forma de controle da atividade político-administrativa estatal.

#### 6.3.7.2.2. *Experiência constitucional brasileira*

A liberdade de informação jornalística, conforme a Constituição brasileira, é mais ampla do que a liberdade de imprensa preconizada nos textos constitucionais anteriores, abrangendo todas as formas de difusão de notícias, comentários e opiniões por qualquer veículo de comunicação social (art. 220, § 1.º).

A liberdade de manifestação de pensamento e informação está regulamentada pela Lei n.º 5.250, de 9-2-67, inspirada pela doutrina de segurança nacional, demonstrando moralismo exacerbado, adotando conceitos subjetivos, que permitem todo tipo de abuso e desvio autoritário.

A Lei n.º 5.250/67 “não admite a prova da verdade contra o Presidente da República, o Presidente do Senado Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, Chefes de Estado ou de Governo estrangeiro, ou seus representantes diplomáticos” (art. 20, § 3.º), transformando estas autoridades em pessoas acima da lei.

A Lei n.º 5.250 é o último texto de conteúdo ditatorial ainda em vigor, constituindo-se em verdadeira arma contra os meios de comunicação e os profissionais de jornalismo. Seu texto é incontestavelmente inconstitucional, pois a sua aplicação faz com que desapareça a liberdade de informação. De modo geral, ela é extremamente severa contra a imprensa e absolutamente ineficiente na defesa da honra e intimidade das pessoas.

Pelo Texto Constitucional vigente, “a manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (art. 220), sendo que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (...)” (§ 1.º do art. 220), “vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (§ 2.º do art. 220).

Um Estado de direito democrático não pode conviver com censura e limitações à liberdade de imprensa.

A Constituição determina que cabe à lei federal estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família sua defesa de programas ou

programações de rádio e televisão que contrariem o respeito aos seus valores éticos e sociais, bem como a propaganda de produtos, práticas ou serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (art. 220, §§ 2.º e 3.º, e art. 221, VI).

Essa limitação não constitui censura, porém um mecanismo de proteção contra eventuais excessos que possam ofender o senso médio da sociedade.

A garantia de liberdade de imprensa é compatível com a proibição de que os meios de comunicação sejam objeto de monopólio público ou privado e de oligopólio (art. 220, § 5.º).

Os jornais, revistas, livros, etc. (desde que devidamente matriculada no registro de pessoas jurídicas a empresa responsável pela publicação) não dependem de qualquer autorização ou licença para publicação (art. 220, § 6.º); seus responsáveis respondem, entretanto, pelos abusos cometidos.

Os serviços de radiodifusão de sons e imagens são explorados diretamente pela União ou mediante concessão, permissão ou autorização (arts. 21, XII e 223).

#### 6.5.7.2.5. *Experiência constitucional alemã*

Para STEIN, a imprensa tem uma dupla função: de informação e de integração, ao unificar uma variedade de opiniões populares em uma grande corrente de opinião, estimulando, assim, a integração social.<sup>56</sup>

As funções de informação e integração refletem a relação existente entre sociedade e imprensa.

Já com relação ao Estado, a imprensa não exerce tais funções, mas *uma função de controle, fiscalizando* o exercício do poder estatal, buscando evitar os abusos e mobilizando o segmento social identificado com suas posições contra os culpados dos excessos.

A estrutura plural da imprensa não lhe exige neutralidade, permitindo-lhe atuar em defesa e no interesse dos homens que se identificam com suas metas.

Na Alemanha, a imprensa não sofre qualquer tipo de tributação, desse modo sendo uma fonte acessível a todos que queiram obter informação *livremente* (art. 5.º, 1,1).

O art. 5.º, I, 3, da Lei Fundamental expressamente reconhece a liberdade da imprensa frente a qualquer censura. Esse preceito exclui a censura prévia, sendo lícita censura posterior, isto é, o conjunto de medidas que se

56 STEIN, Ekkehart. Ob. cit., p. 133.



aplicam às opiniões já publicadas quando excedam os limites da liberdade de opinião (art. 5.º, 2).

O caráter público da imprensa, a proibição de censura e a liberdade de informação se dirigem, em primeiro lugar, contra o aparato estatal; pressupondo uma imprensa intrinsecamente sadia e protegendo-a dos atentados às suas atividades pelas autoridades públicas.

Todo órgão da imprensa é um poder político, não se admitindo seja mal utilizado. Potencialmente, a imprensa tem o poder de formar e conformar a opinião pública segundo suas metas políticas; tem o poder de ocultar setores inteiros da realidade e de dar visões parciais de outros. A única proteção impedidora dessa má utilização de seu poder é a garantia de pluralidade de órgãos, a existência da estrutura plural.

A estrutura plural é assegurada pela liberdade de criação de órgão. A qualquer indivíduo é reconhecido o direito formal de poder publicar seu próprio jornal.

Os dispositivos constitucionais mencionados não se esgotam na concessão de direitos subjetivos a determinados indivíduos, mas protegem a competência institucional da imprensa, desde o momento da obtenção da informação até a difusão da notícia e opinião.

Essa garantia institucional da imprensa é o fundamento dos direitos subjetivos dos indivíduos. Entretanto, só aqueles cuja atividade se relacione com a imprensa podem exigir o cumprimento dos princípios expostos, não gozando o leitor de legitimação para demanda fundada em violação da liberdade de imprensa.

#### 6.3.7.3. *Liberdade de manifestação intelectual, artística, científica e de conhecimento*

Dentro do pensamento idealista alemão, a cultura é o domínio do espírito objetivo e sua materialização nas instituições humanas; assim cultura se identifica com cultivo e desenvolvimento, bem como com civilização e, às vezes, dela se distingue como algo de mais profundo.

Para o Estado moderno, a cultura é uma questão existencial, dependente, porém, de sua capacidade econômica. O fomento da ciência, a difusão dos conhecimentos científicos e das especialidades técnicas são tarefas fundamentais do Estado. Exige a cultura a criação de uma infraestrutura para o desenvolvimento de todas as suas manifestações, preservando-se suas peculiaridades; não a criação de mecenas, pois isto significaria interferência do Estado na produção intelectual.

A criação de condições que assegurem a concretização da liberdade cultural é desafio e dever do Estado moderno.

A liberdade de manifestação intelectual, em todas as suas formas — científica, artística, etc. — caracteriza a liberdade de expressão do pensamento.

A atividade intelectual é algo interno ou intransitivo do homem, analogamente à paixão, à consciência, ao sentimento, à crença, à fé. Já a expressão da atividade intelectual é ato transitivado, projetado, manifestado.<sup>57</sup>

A liberdade de manifestação intelectual deve ser assegurada dada a sua influência na formação da opinião pública, bem ainda porque aumenta o nível de conhecimento da sociedade, que recebe e difunde o patrimônio de conhecimento que, ao contrário de outros bens espirituais, tem como objeto o conhecimento da realidade.

A arte é uma forma de expressão inseparável da perfeição da forma. A arte se expressa através da obra.

A liberdade artística implica na liberdade total do criador, bem como a possibilidade de difundir sua obra. A liberdade de criação não pode sofrer nenhuma limitação, porém a difusão da produção artística pode ser limitada por interesses públicos maiores.

A liberdade científica abrange tanto a investigação como a teoria, que são reciprocamente dependentes. A teoria necessita da investigação, que se limita a desenvolver os resultados daquela, porém a investigação atua sobre os resultados da ciência obtidos através de uma teoria.

A função social da ciência é óbvia.

A liberdade de investigar, pesquisar garante a relação da ciência com a realidade; a liberdade de teorizar garante a relação da ciência com a sociedade e seu patrimônio de conhecimentos.

A liberdade de investigar e teorizar deve ser absoluta; o investigador, o teórico, devem ter defesa contra o Estado e contra outros homens.

Essa liberdade exige autonomia para os centros de pesquisa e para as escolas superiores dedicadas à pesquisa, além do direito de que o Estado assegure a sua capacidade de funcionamento. A autonomia abrange a administração e a determinação de seus objetivos.

#### 6.3.7.3.1. *Experiência constitucional brasileira*

A liberdade de manifestação intelectual, artística, científica e de comunicação está assegurada no art. 5.º, IX, não obstante algumas formas de manifestação artística fiquem sujeitas a uma regulamentação especial (art. 220, § 3.º).

---

57 CRETELLA JUNIOR, José. Ob. cit., p. 259.

Estão sujeitas à regulamentação, através de lei federal, as diversões e espetáculos públicos e os programas de rádio e televisão. Diversão significa parque de diversões e casas de jogos eletrônicos. Espetáculos têm significado abrangente, compreendendo teatro, cinema, rádio, televisão e qualquer forma de demonstração pública de pessoa ou grupo de pessoas ao público.

Essa regulamentação não significa censura, mas classificação por faixa etária, nos termos do art. 221, IV.

É oferecida constitucionalmente proteção especial aos produtores de obras intelectuais, artísticas e científicas, sendo-lhes reconhecido o direito autoral (art. 5.º, XXVII) e a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive em atividades desportivas, bem como o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de participarem os criadores, os intérpretes das respectivas representações sindicais e associativas (art. 5.º, XXVIII).

Os direitos assegurados no inciso XXVIII são inovações constitucionais, traduzindo direitos conexos com as liberdades de criação e expressão.

Ao Estado incumbe garantir o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes de cultura nacional, apoiando e incentivando a valorização e difusão das manifestações culturais populares, indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos que tenham participado da formação do País (arts. 215 e 216).

A liberdade de magistério é assegurada, sendo a liberdade de cátedra absoluta, compreendendo tanto a liberdade de transmitir o conhecimento, quanto a liberdade de escolher o conhecimento a ser transmitido, esta última só limitada aos currículos escolares (art. 206, II e III e art. 209).

Ao professor, dentro dos parâmetros do art. 209, é assegurado o ensino com liberdade de crítica, de conteúdo, forma e técnica.

#### 6.3.7.2.2. *Experiência constitucional alemã*

A Lei Fundamental de Bonn garante expressamente a liberdade de cultura no art. 5.º, III. A garantia abrange a liberdade da arte e da ciência de modo geral, sem maiores especificações.

De maneira indireta, o direito autoral é protegido, quando se estabelece que a Federação legislará sobre ele de forma exclusiva (art. 73, 9).

Também os bens culturais recebem proteção ao se estabelecer a competência concorrente para legislar sobre sua saída para o estrangeiro (art. 74, 5).

Os demais aspectos da vida cultural não são regulamentados pela Constituição, de modo a evitar disposições unilaterais, que ponham em risco as peculiaridades regionais.

O art. 5.º, III, garante a liberdade da ciência, da investigação e da teoria, de modo absoluto, graças à sua relevante função social. Deve, entretanto, a teoria dever de fidelidade à Constituição, para proteger a ordem democrática e livre. Não se impede a crítica à Constituição, porém é vedada a difusão desta crítica de modo a se incitar sua violação ou desobediência às suas disposições.

Assim como a ciência se preocupa apenas com a verdade do conteúdo das expressões, cabe à arte a validade do conteúdo da expressão vinculada definitivamente à perfeição da forma.

A liberdade artística implica em proteção à liberdade do criador, como na efetivação de possibilidades de difusão de sua obra (art. 5.º, 3). O primeiro aspecto é absoluto e incondicionado: já o segundo sofre limitações quando em conflito com interesses públicos importantes, mormente quando também protegidos por direitos fundamentais.

Admitindo que a liberdade de cultura depende fundamentalmente da transmissão dos bens culturais de geração para geração, sem manipulações ou distorções, o Estado tem que garantir que o ensino não seja utilizado tendenciosamente para exposição e transferência dos bens de cultura.

Pelo art. 7.º da Lei Fundamental, o Estado exerce um poder superior, de vigilância, sobre o ensino das escolas públicas e uma vigilância, em sentido estrito, sobre as escolas privadas.

A liberdade de ensino não é garantida formalmente, apenas indiretamente pode-se deduzi-la do art. 2.º, 1, que assegura o direito dos homens ao livre desenvolvimento de sua personalidade, incluindo-se, aí, os conhecimentos e as técnicas que necessite.

#### 6.5.8. *Liberdade de reunião*

Por reunião entende-se tanto a reunião estática — reunião propriamente dita — quanto a reunião dinâmica, em movimento — cortejo, desfile, manifestação e passeata. A reunião, em sentido estrito, é o agrupamento temporário de pessoas, com um fim determinado e mínima organização, podendo ocorrer em local aberto, inclusive vias públicas, ou em local fechado. É da sua essência que ela seja aberta à participação de qualquer pessoa.

O direito de reunião se refere, tão-somente, às reuniões públicas.

Reunião privada é aquela que ocorre em domicílio particular pelos seus habitantes com os seus conhecidos ou em sede da pessoa jurídica para os seus sócios ou membros, sempre conhecidos e identificados individualmente todos os participantes.

Também se exclui do conceito de reunião os agrupamentos de pessoas com a finalidade de assistir a um espetáculo de qualquer natureza.

Estranho ao conceito de reunião é o agrupamento de pessoas de forma espontânea e circunstancial em torno de um acidente ou outro acontecimento inusitado.

Só a reunião pública está acobertada e protegida pelo direito de reunião.

PONTES DE MIRANDA conceitua reunião como “a aproximação, especialmente considerada, de algumas ou muitas pessoas, com o fim de informar-se, de esclarecer-se e de adotar opinião”.<sup>58</sup>

A liberdade de reunião é o direito das pessoas se ajuntarem com outras pessoas, por um tempo e fim determinados, em alguma organização, em lugar aberto ou fechado, visando troca de idéias e opiniões ou a defesa de interesses comuns.

A reunião em movimento ou manifestação gera o direito de manifestação, que pode ser definido como o agrupamento de pessoas que se utilizam de espaços abertos, geralmente vias públicas, para expressar sua opinião, comemorar um fato passado, manifestar um protesto, ou para reivindicar um direito ou interesse, através da presença, gestos, escritos ou gritos.

A liberdade de reunião é liberdade-condição, pois sendo um direito em si, constitui, também, condição para o exercício de outros direitos e liberdades — manifestação de pensamento, de expressão de convicção filosófica, religiosa, científica e política, e de locomoção.

A luta pela liberdade de reunião, historicamente, começou muito cedo, devido à função que tinha na formação da opinião e da vontade, já tendo sido garantida pelas primeiras Constituições da Idade Moderna.

A liberdade de reunião não se confunde com a liberdade de opinião, aquela protegendo a formação e expressão da vontade coletiva, esta protegendo a liberdade de comunicação espiritual entre determinados indivíduos.

#### 6.3.8.1. *Experiência constitucional brasileira*

A liberdade de reunião é plenamente assegurada pelo art. 5.º, XVI.

Entretanto, só têm titularidade para invocar a proteção constitucional os brasileiros e os estrangeiros residentes, desde que não estejam na iminência de extradição ou expulsão.<sup>59</sup>

58 SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 234.

59 CRETELLA JÚNIOR, José. Ob. cit., p. 268.

A reunião, para ser protegida, deve ser sem *animus bellicus* ou *animus belli* e os participantes não podem portar armas de qualquer natureza.

Condiciona-se, ainda, a um prévio aviso à autoridade, que terá o dever de ofício de garantir a reunião, não lhe cabendo designar local, horário ou qualquer outra condição.

Há plenitude, pois, de liberdade de reunião, sem interferência estatal, cabendo ao Estado proteger seus participantes. Não pode a lei ordinária estabelecer qualquer regra que frustre esta liberdade.

#### 6.3.8.2. *Experiência constitucional alemã*

O art. 8.º, 1, da Lei Fundamental de Bonn assegura o direito de reunião, pacífica e sem armas, independente de qualquer aviso ou notificação à autoridade.

A doutrina esclarece que não é qualquer reunião que merece proteção assegurada, apenas aquelas que se prestam à formação da vontade e da opinião.

A liberdade de reunião não se limita à formação da opinião e vontade políticas, mas compreende qualquer outro tipo de questão.

A garantia legal de liberdade de reunião é restrita aos alemães, não se estendendo a todos os homens, como a liberdade de opinião.

A liberdade de reunião suporta limitações, sem que isso implique em violação constitucional. Todas as limitações, que não impeçam a formação da vontade e opinião coletivas, tendo por finalidade assegurar a ordem exterior, são legais.

As limitações previstas no art. 8.º, 2, da Lei Fundamental, só atingem as reuniões ao ar livre, que devem ser previamente anunciadas à autoridade pública e podem ser proibidas se representarem risco de perturbação da ordem ou da segurança públicas. Toda medida contra uma reunião e, especialmente, contra uma manifestação deve levar em consideração o bem jurídico protegido com tal medida e, ao fazê-lo, a proteção de qualquer outro bem jurídico deve se submeter ao caráter público da questão que se debate.

#### 6.3.9. *Liberdade de associação*

Uma associação é uma instituição derivada de um concurso de vontades agrupadas, com intenção de permanência, para realização de fins não lucrativos.

Do conceito genérico de associação e com base nos fins que buscam, pode-se distinguir:

— associações culturais e sociais;

- associações políticas;
- associações de defesa de interesses profissionais.

A associação se distingue da reunião, na medida em que esta é formação grupal passageira, enquanto aquela é organização permanente e de base contratual, ainda que, naturalmente, também a associação possa dissolver-se por vontade de seus membros.

O direito de associação é distinto do direito de criar associações (direito individual que se exerce concorrentemente com outras pessoas); do direito de funcionamento livre das associações (direito do grupo social) e do direito dos associados de exigir respeito às suas posições dentro da associação (liberdade dos associados dentro da própria associação).

Esta liberdade foi tardiamente reconhecida na história dos direitos fundamentais, vez que os liberais franceses do século XVIII tendiam a identificá-la com as corporações do Antigo Regime e assim a ela se opunham.

A natural desconfiança liberal foi utilizada maliciosamente na defesa dos interesses da sociedade capitalista emergente para impedir a associação sindical e a formação dos partidos operários no século XIX.

Só no final do século XIX é que veio a liberdade de associação a ser reconhecida em um texto constitucional; a partir daí sua ampliação e reconhecimento se darão de maneira crescente, pois se tornou luta compartilhada pelo proletariado e por setores mais lúcidos da burguesia.

Nos Estados modernos, a concretização da democracia depende, primordialmente, das associações que funcionam “como uma ponte sobre o abismo existente entre os indivíduos e o Estado”.<sup>60</sup>

As associações transformam indivíduos impotentes e isolados em parte integrante da sociedade civil, convertendo-os, se unidos, em força que pode modificar a realidade social e influenciar o poder estatal.

Em direito constitucional, associação tem um sentido mais amplo, não se restringindo às associações de direito civil, “compreendendo, porém, a união orgânica, voluntária e permanente de pessoas físicas para a consecução de certos fins, que podem ser políticos, religiosos, morais, científicos, civis, comerciais, artísticos, literários, beneficentes, mutualistas e, em geral, os que tenham por objetivo o bem comum”.<sup>61</sup>

#### 6.3.9.1. *Experiência constitucional brasileira*

A liberdade de associação é garantida pelos incisos XVII e XXI do art. 5.º, que a garantem plena quando buscada.

60 STEIN, Ekkehart. Ob. cit., p. 150.

61 BASAVILBASO, Benjamin Villegas citado por CRETELLA JUNIOR, José. Ob. cit., p. 293.

A sociedade ou associação secreto, desde que com objeto lícito, é permitida e garantida constitucionalmente.

A associação de caráter paramilitar, ou seja, aquela que exerce atividade semelhante ou paralela à atividade militar, não o sendo, é proibida pelo art. 5.º, XVII.

A liberdade de associação compreende quatro direitos: o de criar associação (independe de qualquer autorização), o de aderir a qualquer associação (ninguém é obrigado a aderir), o de desligar-se da associação (ninguém pode ser obrigado a permanecer) e o de dissolver-se a associação.

A criação de cooperativas também é livre, na forma do inciso XVIII. Cooperativa "é o conjunto unitário de pessoas, que conjugam esforços para melhoria da situação econômica de cada membro, podendo ter natureza civil, comercial, cultural, filantrópica".<sup>62</sup>

A criação das cooperativas é idêntica à das associações.

Tanto às associações, quanto às cooperativas, é assegurado o livre funcionamento sem ingerência do Estado (art. 5.º, XVIII).

A associação só poderá ser compulsoriamente dissolvida ou ter suas atividades suspensas através de sentença judicial, com trânsito em julgado.

Nos dispositivos que contemplam a liberdade de associação se encontram os primeiros lineamentos dos partidos políticos, que são espécie de associação com disciplina constitucional específica.

#### 6.3.9.2. *Experiência constitucional alemã*

O art. 9.º, 1, da Lei Fundamental de Bonn, protege literalmente o direito de formar associações.

Sendo as associações unidades de ação, estas só existem através da *coordenação de seus atos por seus membros*. O art. 9.º, 1, *concede aos membros da sociedade o direito de coordenar suas atividades*. A coordenação dos atos individuais conduz a uma atuação coordenada. Uma não tem sentido sem a outra.

A liberdade de associação compreende também a liberdade de atuação.

Pelo diploma alemão, qualquer tipo de trabalho comum de todos os participantes de caráter duradouro está protegido pela liberdade de associação, com exceção das corporações de direito público (art. 9, 1).

Também é assegurado expressamente o direito de não se associar, ou seja, a liberdade negativa de associação é garantida.

62 CRETELLA JÚNIOR, José. Ob. cit., p. 295.



O art. 19, 3, dá às associações o direito de invocar os direitos fundamentais previstos no Texto Constitucional.

As limitações impostas à liberdade de associação decorrem de seu próprio conteúdo e estão estabelecidas no art. 9, 2. Estão proibidas as associações cujos objetivos sejam contrários à lei penal, à ordem constitucional e ao perfeito entendimento entre os povos.

#### 6.3.10. *Liberdade de ação profissional*

É a liberdade de exercício do trabalho.

O direito era originalmente capitalista. A burguesia, após a Revolução Industrial, exigiu a liberdade industrial. Esse direito capitalista se transformou em um direito fundamental aplicável a todas as classes sociais.

A forma mais absoluta de negação da liberdade de ação profissional é o trabalho obrigatório.

A liberdade de ação profissional se resume na liberdade de escolha do trabalho.

É um direito individual. Não se assegura o conteúdo do trabalho, nem a possibilidade de trabalho, nem o emprego, muito menos as condições de trabalho, mas apenas o direito de cada indivíduo eleger o trabalho que desejar.

Todo trabalho é atividade do homem. "Trabalho é a atividade no propósito de tornar útil ou utilizável propriedades da matéria".<sup>63</sup>

Profissão é "qualquer trabalho de natureza econômica, que assegure a base da própria vida mediante uma prestação social".<sup>64</sup>

No conceito de ação profissional não se incluem as atividades realizadas em proveito próprio ou da própria família. Ela deve se desenvolver na esfera social, não no âmbito da esfera domiciliar, privada.

##### 6.3.10.1. *Experiência constitucional brasileira*

A Constituição Brasileira assegura, no art. 5.º, XIII, o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidos os requisitos legais.

O direito comporta a exigência de atendimentos a requisitos, pois se constituem em liberdade formal, individualista, limitando-se a regra a conferi-lo sem se importar com as condições materiais de sua efetividade.

A liberdade reconhecida não autoriza que o Estado venha a constranger o indivíduo a exercer outra atividade que não a de sua opção; por outro

63 DÓRIA, Antônio Sampaio citado por CRETELLA JÚNIOR, José. Ob. cit., p. 273.

64 STEIN, Ekkehart. Ob. cit., p. 176.

lado, não está o Estado obrigado a fornecer condições materiais e efetivas de acessibilidade ao trabalho, ao ofício ou à profissão.

É exatamente devido à sua natureza que, não obstante a garantia constitucional, a maioria da população brasileira só tem acesso a subempregos, condenada a ser mão-de-obra de baixo custo e alta rotatividade, em um sistema econômico injusto.

A Constituição limita a liberdade de ação profissional através da exigência de qualificações profissionais determinadas por lei, que visam à devida formação técnica, científica ou cultural para as atividades que delas necessitem.

Só através de lei federal podem ser fixadas as condições ou requisitos para o exercício de profissões liberais, técnicas e científicas.

#### 6.3.10.2. *Experiência constitucional alemã*

A Lei Fundamental de Bonn, através de seu art. 12, estabelece que todo alemão possui o direito de escolher livremente a sua profissão, o seu lugar de trabalho e centro de formação.

A doutrina alemã entende que profissão abrange qualquer trabalho de natureza econômica que assegure a própria vida através de uma prestação social.

Ao Estado cabe zelar para que a população não seja prejudicada pela atividade dos indivíduos e assegurar que a economia funcione satisfatoriamente, razão pela qual o exercício profissional está submetido à reserva legal de caráter geral.

A liberdade de eleger uma profissão e exercitá-la favorece a grande maioria dos trabalhadores e não apenas aos profissionais liberais.

A reserva legal estabelecida no art. 12 é ilimitada se interpretada literalmente, assim os limites de sua aplicação foram construídos pelo Tribunal Constitucional Federal, de modo a evitar o arbítrio do legislador. Assim, o exercício de uma profissão, porque afeta a esfera social, está sujeito à regulamentação, mas a eleição de uma profissão exige a máxima liberdade porque referente à disposição do art. 2, 1, qual seja, o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Pela doutrina do Tribunal Constitucional, o Estado, ao regular o exercício profissional, deve produzir a menor intervenção possível na liberdade de escolha da profissão e, unicamente, poderá atingir um grau maior

de intervenção quando essa intervenção em grau menor implicar risco e prejuízo para a comunidade.

#### 6.4. *Direito de propriedade*

“Na sociedade civilizada, os homens devem estar habilitados a pensar que podem controlar, para fins que lhes sejam benéficos, aquilo que descobriram e de que se apropriaram para uso próprio, o que criaram por seu próprio trabalho e o que adquiriram de acordo com a ordem social e econômica vigente. Esse é um postulado jurídico da sociedade civilizada, tal como a conhecemos. O direito de propriedade, em sua acepção mais ampla, incluindo a propriedade incorpórea e as crescentes doutrinas quanto à proteção de relações econômicas vantajosas, dá efeito à exigência ou necessidade social formulada no presente postulado.”<sup>65</sup>

Múltiplas teorias procuram dar justificação racional à propriedade privada como instituição legal e social. As de direito natural, algumas inspiram-se em princípios de razão natural derivados da natureza das coisas, outras derivam da natureza humana. As teorias metafísicas têm seu fundamento na natureza de um homem abstrato e criam a idéia abstrata de um direito de propriedade ou a propriedade como realização da idéia de liberdade. A teoria positiva de propriedade é essencialmente metafísica, distinguindo-se, apenas, por dar relevância à criação de coisas novas pelo trabalho; justificando as desigualdades por maior força, engenho ou aplicação daqueles que adquiriram mais que seus semelhantes. As teorias históricas têm duas premissas: a concepção de propriedade privada é produto de evolução progressiva da lei (a) e a propriedade individual se desenvolveu a partir dos direitos de grupo (b).

Algumas teorias do século atual tentam explicar a propriedade.

A teoria social-positivista abandona a propriedade em termos de direito privado e aceita-a em termos de função social. É a interferência do Estado no direito de propriedade, regulando-o e limitando-o. A propriedade seria uma instituição social baseada na necessidade econômica da sociedade organizada através da divisão de trabalho. A teoria psicossociológica busca os fundamentos da propriedade num instinto de aquisição, tendo-a como instituição social baseada nesse instinto. A teoria social-utilitarista tem a propriedade como instituição que garante um máximo de interesses ou necessidades. A teoria sócio-econômica cuida da propriedade no Estado do bem-estar social.

De todo modo, a propriedade, enquanto poder absoluto de dispor de uma coisa, foi originariamente uma justa e adequada instituição legal, que, com a evolução da sociedade, se transformou em uma instituição injusta, quando separou a propriedade do trabalho. A propriedade se transformou em instrumento da concentração de poder.

<sup>65</sup> POUND, Roscoe. *Introdução à Filosofia do Direito*, p. 111.

O conceito jurídico de propriedade tem variado; mas se o direito de propriedade é uma categoria jurídica *a priori*, o mesmo não se pode dizer da propriedade privada e da propriedade coletiva.<sup>66</sup>

Do conceito burguês de direito ilimitado chegou-se ao conceito de propriedade como função social e, dentro da concepção marxista, da propriedade socialista.

A propriedade como função social distingue direito de propriedade do uso da propriedade. No primeiro, prevalece o lado individual, que se identifica com o conceito burguês. No segundo, cabe ao legislador regular o uso da propriedade tendo em vista as exigências do bem comum, podendo mesmo reservar para o domínio público determinadas categorias de bens.

A propriedade é, hoje, o conceito capital do direito. Quando regulada pelo direito privado, se resume, praticamente, à propriedade da terra, aliás o direito privado regula a propriedade de modo adequado às relações anteriores à Revolução Industrial.

Todo o direito privado ignora as possibilidades e as complexidades técnicas do processo de produção do século XX. O caráter social da produção evidenciou a inadequação da legislação privada, exigindo uma regulamentação de outra natureza. O controle social dos meios de produção necessita de uma regulamentação jurídica tecnicamente apropriada, sob pena do processo escapar à regulação do direito. Concentração de riquezas e democracia são conceitos incompatíveis. O Estado deve regular a propriedade, de modo a possibilitar a libertação do homem da servidão do trabalho e pleno desenvolvimento de sua personalidade.

#### 6.4.1. *Experiência constitucional brasileira*

A Constituição, no art. 5.º, XXII, fornece o fundamento para o regime jurídico da propriedade, garantindo o direito de propriedade em geral, subordinando-a a atender sua função social.

Alerta JOSÉ AFONSO DA SILVA, que a Constituição admitiu “regimes jurídicos próprios” para diversas manifestações de propriedade: pública, social, privada, agrícola, industrial, rural, urbana, de bens de consumo, de bens de produção, de uso pessoal, propriedade/capital, autoral, de inventos-marcas-patentes e bem-de-família; cada qual sujeita “a uma disciplina particular, especialmente porque, em relação a eles, o princípio da função social atua diversamente, tendo em vista a destinação do bem objeto da propriedade. (...) O regime jurídico da propriedade não é uma função do Direito Civil, mas de um complexo de normas administrativas, urbanísticas, empresariais (comerciais) e civis (certamente), sob fundamento das normas constitucionais”.<sup>67</sup>

66 RADBRUCH, Gustav. Ob. cit., p. 268.

67 SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 243.

“O direito de propriedade, outrora absoluto, está sujeito, em nossos dias, a numerosas restrições, fundamentadas no interesse público e também no próprio interesse privado, de tal sorte que o traço nitidamente individualista, de que se revestia, cedeu lugar a concepção bastante diversa, de conteúdo social, mas do âmbito do direito público.”<sup>68</sup>

O condicionamento à função social (art. 5.º, XXIII) é absoluto, autorizada, inclusive, a desapropriação, com pagamento mediante título, de propriedade que não cumpra sua função social (arts. 182, § 4.º e 184).

Diversas são as limitações impostas ao direito de propriedade pelo Texto Constitucional: arts. 5.º, XXIV a XXX; 170, II e III; 176; 177; 178; 182; 183; 184; 185; 186; 191 e 222.

A propriedade de marcas de indústria e comércio e a exclusividade ao nome comercial estão consagradas no art. 5.º, XXIX, sem nenhuma razão para constarem como direitos fundamentais do homem. O dispositivo não é auto-aplicável, subordinada a proteção à regra da lei ordinária, ao contrário dos demais direitos fundamentais assegurados.

A propriedade de inventos é assegurada também entre os direitos individuais, também sem razão plausível, porém de modo temporário. O privilégio do inventor subordina-se à função social, só lhe sendo garantido por prazo determinado de 15 anos, quando então a invenção cai no domínio público (art. 5.º, XXIX).

O art. 5.º, XXVII, protege os direitos do autor “sobre as obras de engenho por ele criadas”, abrangendo, assim, a garantia a direitos vinculados à criação do espírito, como: nomeação, direito autoral de personalidade, intangibilidade da esfera do titular dar o destino que quiser à criação e contestação a plágio, contrafação ou dano à obra.<sup>69</sup> Os direitos do autor compreendem direitos patrimoniais e direitos morais, sendo os últimos inalienáveis e irrenunciáveis.

Pelo inciso XXVIII do art. 5.º procura-se assegurar proteção às participações individuais em obras coletivas, entretanto o dispositivo não é auto-aplicável. É reconhecida a existência de obras não singulares, desde que figure expressamente o nome do autor à parte que se deve à sua criação, pois do contrário é parte anônima do conjunto.

O mesmo inciso XXVIII protege a reprodução da imagem humana, por qualquer processo, bem ainda da voz, ficando ambas subordinadas às regras do direito de autor.

Imagem e voz são protegidas, também, nas atividades desportivas, quando reproduzidas seja a título de divertimento, seja a título de publicidade.

68 CRETELLA JUNIOR, José. Ob. cit., p. 302.

69 CASELLI, Paola citado por CRETELLA JUNIOR, José. Ob. cit., p. 394.

Inovação constitucional fixada pelo dispositivo supra-exposto é o direito, nos termos da lei ordinária, dos “donos da voz e imagem” fiscalizarem o aproveitamento econômico das obras coletivas, estendido o direito às associações sindicais e associativas.

FÁBIO KONDER COMPARATO afirma que “a propriedade privada só pode ser considerada direito humano quando tem por objeto os bens necessários a uma vida digna e sóbria, e não quando enseja o exercício do poder sobre outros homens”.<sup>70</sup>

Esse deveria ser o critério norteador para a proteção constitucional do direito de propriedade.

#### 6.4.2. *Experiência constitucional alemã*

Nos artigos 14 e 15 da Lei Fundamental de Bonn estão garantidos os direitos de propriedade e sucessão, por um lado, e a possibilidade de que todos os meios de produção possam ser convertidos em propriedade coletiva, por outro. Desse modo se harmonizam o direito natural individualista da propriedade com a doutrina ético-social da função da propriedade.

A garantia da propriedade privada é um direito fundamental burguês todavia o art. 14, 1, estabelece que “a propriedade obriga, e seu uso deve servir ao bem-estar geral”.

“A propriedade passou a ser considerada um direito limitado e condicional, e deixou de ser um direito sem condições e sem limites ‘sagrado e inviolável’, que se justifica por si mesmo.”<sup>71</sup>

Cabe ao Estado viabilizar meios para que se alcance uma ordem social justa, daí ser lícita a desapropriação, quando de interesse geral, condicionada porém à indenização, cujo valor é fixado de forma equitativa entre os interesses da comunidade e os das pessoas afetadas com a desapropriação (art. 14, 3).

Busca-se, hoje, na Alemanha, o controle do poder econômico e a justa distribuição da renda nacional, vez que já foram expropriados os bens reclamados pela comunidade.

O art. 14 alcança todas as pretensões de direito público com valor patrimonial fundadas em serviço ou sacrifício do titular, estendendo-se somente a bens materiais ou incorpóreos. O poder social sobre pessoas, derivado diretamente do poder jurídico sobre os bens, não é garantido pela propriedade.

---

<sup>70</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Os problemas fundamentais da sociedade brasileira e os direitos humanos*, p. 17.

<sup>71</sup> RADBRUCH, Gustav. *Ob. cit.*, p. 280.

O art. 14 garante relações jurídicas, ao contrário dos demais direitos fundamentais. A propriedade, como direito de domínio, não só está limitada pela ordem jurídica, como é uma criação do Direito, daí a Constituição determinar tanto seus limites, como seu conteúdo. Sua limitação está expressa na sua vinculação social. Esta vinculação denominada obrigação consiste no proprietário ter o dever de respeitar o interesse geral no uso da sua propriedade. A vinculação social da propriedade é uma conseqüência do proprietário pertencer a uma comunidade, daí o limite para o direito, que é tanto maior quanto mais incida sua realização sobre a esfera social. Para o proprietário, usar a propriedade segundo sua função social é obrigação ética, cabendo ao Estado promover sua concretização através da esfera jurídico-positiva.

## 7. Conclusão

Uma reflexão comparativa sobre os direitos fundamentais do homem, em toda a sua profundidade e complexidade, excede os limites do presente trabalho.

Em realidade, buscamos verificar os conteúdos dos direitos fundamentais na doutrina, na vida dos homens e na história, então, o tratamento que receberam nas Constituições brasileira e alemã.

A concepção de direito fundamental que utilizamos está intimamente vinculada a uma concepção de Estado e de Constituição.

A interpretação dos textos constitucionais, por sua vez, está vinculada ao conceito de direito fundamental.

Esse o caminho eleito, porque entendido que uma doutrina dos direitos fundamentais do homem só pode ser constituída sobre uma Constituição efetiva, vigente, e não sobre outras teorias.

A doutrina dominante atual considera que os direitos fundamentais de primeira geração têm *status* negativo — liberdade do Estado. Assim, toda a liberdade está fora do âmbito estatal e o ordenamento jurídico está limitado pelos direitos fundamentais.

Entretanto, a concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa é insustentável, impondo-se seja aceita a “pluridimensionalidade ou multifuncionalidade” dos direitos fundamentais, o que lhes dá relevante função na ordem jurídica constitucionalmente consagrada. Eles não se resumem a uma proteção da esfera livre e individual do cidadão.<sup>72</sup>

Tanto a Constituição Brasileira, como a Lei Fundamental de Bonn, entendem os direitos fundamentais como essenciais à democracia e meio de integração: por eles se estabelece uma relação vinculada entre o indivíduo e o Estado, bem ainda funcionam como fundamento da unidade política.

<sup>72</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., p. 432.

Isto está claro em ambos os textos.

A Constituição Brasileira considera os direitos fundamentais garantia da democracia (art. 1.º), funcionando não como limitação simples ao Estado, mas limitação imposta pela soberania popular aos poderes do Estado (art. 1.º, parágrafo único).

A Constituição alemã declara os direitos fundamentais como o “fundamento de toda a comunidade humana” (art. 1.º, 1), e afirma estar o Estado obrigado a “respeitá-los e protegê-los” (art. 1.º, 3).

Em ambos os textos constitucionais, os direitos fundamentais do homem correspondem a princípios que, mesmo quando não escritos, têm sua vigência reconhecida.

Apesar da similitude de tratamento e de enfrentamento da questão, não se pode desvincular os direitos fundamentais do homem da estrutura política geral.

Assim, todo o texto constitucional alemão é fruto da amarga experiência totalitária, onde todos os direitos fundamentais foram violados e suprimidos pelo Estado nazista. Cuidaram, então, os alemães de estabelecer disposições que buscam evitar se repita a experiência histórica.

A Constituição Brasileira reflete toda a contradição do País, que, não obstante se afirme democracia, está mergulhado na maior desigualdade sócio-econômica possível, com intensa concentração de capital e nenhuma distribuição de rendas. Da perplexidade de todos nós resultou uma Constituição influenciada pelas doutrinas liberais, no que tange aos direitos individuais, e socialistas, no que se refere aos direitos sócio-econômicos e culturais, deixando, entretanto, de criar meios que produzam sua integração dialética.

Deveria a Constituição Brasileira estabelecer instrumentos para expandir os direitos fundamentais àqueles que não pertencem às elites, à classe dominante. Só pela efetividade dos direitos sócio-econômicos e culturais é que se alcançará a efetividade dos direitos fundamentais, pois que aqueles contribuirão para pôr fim à desigualdade de base e, em consequência, permitir que os despossuídos possam ter assegurados estes.

A conexão e a interdependência entre os direitos fundamentais e os direitos econômico-sociais e culturais dependem exclusivamente das condições econômicas reais, que vão se prestar a garantir “a todas as pessoas as mesmas possibilidades de ter e de usar os direitos”, pois não pode haver plena satisfação de uns com a negação de outros.<sup>73</sup>

O Estado democrático de direito “consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize

73 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que são os direitos das pessoas*, p. 59.



a justiça social”<sup>74</sup>, superando o Estado liberal que era tido como o Estado constitucional, que tem por ofício “garantir liberdades”.<sup>75</sup>

A comparação entre os textos constitucionais, verdadeiro confronto entre normas, no sentido de escolher o enunciado que mais garanta o dispositivo que melhor assegure, é impossível sem que se tenha em vista a situação real dos países, o grau de desenvolvimento econômico de cada um, a distribuição de rendas, etc. Não basta o dispositivo constitucional para assegurar o direito fundamental, pois “só mesmo os últimos românticos da ‘pureza’ jurídica ainda acreditam que o grau da efetividade na garantia dos direitos fundamentais depende da qualidade do seu enunciado normativo”.<sup>76</sup>

Entretanto, o primeiro passo para a concretização dos direitos fundamentais está no seu reconhecimento pelo Estado, que a eles se vincula pela Constituição. É dessa vinculação que surge a lei, a ser cumprida pelo Executivo e pelo Judiciário, como exigência de realização concreta dos direitos fundamentais.

Essa força determinante dos direitos fundamentais destrói os alicerces do Estado de direito burguês e exige uma reconstrução política, constitucional e jurídica do Estado para que se alcance o Estado democrático-constitucional.

O problema da realização dos direitos fundamentais é, pois, um problema constitucional.

### **Bibliografia**

ARENDDT, Hannah. *Da Revolução*. Tradução (por) Fernando Didimo Vieira. São Paulo: Ática, Brasília: Universidade de Brasília, 1988.

———. *O Sistema Totalitário*. Tradução (por) Roberto Raposo. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1978.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “Legitimidade do Poder.” *Revista de Direito Público*, São Paulo 70:58-71.

BARILE, Paolo. *Libertà di Manifestazione del Pensiero*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1975.

BOBBIO, Norberto. *Ensaio Escolhidos*. Tradução (por) Sérgio Bath. São Paulo: C. H. Cardim Editora.

BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. 4ª ed. rev. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

74 SILVA, José Afonso da. *O Estado democrático de direito*, p. 50.

75 HAURIUO, Maurice citado por SALDANHA, Nelson. *Estado de direito, liberdade e garantias: estudos de direito público e teoria política*, p. 73.

76 COMPARATO, Fábio Konder. Ob. cit., p. 12.

- BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 15<sup>a</sup> ed. Paris, Librairie Générale de Droit et du Jurisprudence, 1972.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. "Notas sobre o Estado, o Direito e a violência urbana". *Revista Forense*, São Paulo 296:457-463.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contribuição para uma compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.
- . *Direito Constitucional*. 4<sup>a</sup> ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.
- CAPELLA, Juan Ramon. *Sobre a extinção do direito e a supressão dos juristas*. Tradução (por) Maria Luiza Guerreiro. Coimbra: Centelha, 1977.
- CARDOSO, Ciro Flamarion S. *A cidade-Estado antiga*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atica, 1987.
- CASSIN, René. "Droits de l'homme et la méthode comparative". *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, 452.
- COMPARATO, Fábio Konder. "Os problemas fundamentais da sociedade brasileira e os direitos humanos". *Revista trimestral do Conselho Federal da OAB*, Brasília 51:7-18.
- CRESSON, André. *Aristóteles*. Tradução (por) Emanuel Godinho. Lisboa: Edições 70.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.
- Crítica do Direito e do Estado*. Organizado por Carlos Alberto Plastino. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que são direitos das pessoas*. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- Desordem e processo: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho, na ocasião de seu 60º aniversário*. Organizado por Doreodó Araújo Lyra. Porto Alegre: Fabris, 1986.
- Dicionário do Pensamento Marxista*. Editor Tom Bottomore. Tradução (por) Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988.
- Diritti fondamentali dell'uomo. Relazioni del XXVII Convegno nazionale di Studio*. Quaderni de Justitia — 27 — Ed. Giuffrè 1977.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 18<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FERREIRA, Luis Pinto. *Manual de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. Vol. I. Campinas: Julex, 1989.
- JELLINEK, Jorge. *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Estudio de historia constitucional moderna*. Tradução (por) Adolfo Posada. Madrid: Libreria General de Victoriano Suárez, 1908.

- FARIA, José Eduardo. *A crise constitucional e a restauração da legitimidade*. Porto Alegre: Fabris, 1985.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LYRA FILHO, Roberto. *Direito do capital e direito do trabalho*. Porto Alegre: Fabris, 1982.
- MATOS, Aderbal Meira. "Direitos humanos, interesses difusos e a Constituição". *Revista Forense*, São Paulo: 304:13-18.
- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Tradução (por) Ana Prata. 2ª ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.
- NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.
- PLATAO. *A República*. Tradução (por) Carlos Alberto Nunes. Belém: Universidade Federal do Pará, 1988.
- PECES-BARBA, Gregorio; QUADRA-SALCEDO, Tomas; MOHEDANO, José Maria; GONZALEZ, Pedro. *Sobre las libertades políticas en el Estado español (expresión, reunión y asociación)*. Valência: Fernando Torres Editor, 1971.
- POUND, Roscoe. *Introdução à filosofia do direito*. Tradução (por) Alvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965.
- RADBRUCH, Gustav. *El hombre en el derecho*. Tradução (por) Anibal del Campo. Buenos Aires: Depalma, 1980.
- . *Filosofia do direito*. Tradução (por) Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- REALE, Miguel. *Direito Natural / Direito Positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- SALDANHA, Nelson. Liberalismo e Estado liberal. *Revista Forense*. São Paulo: 291:87-97.
- . *Estado de direito, liberdades e garantias: estudos de direito público e teoria política*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.
- SAROTTE, Georges. *O materialismo histórico no estudo do direito*. Tradução (por) Joaquim Montelero Dias. Lisboa: Editorial Estampa.
- SILVA, José Afonso. "O Estado democrático de direito". *Revista Forense*, São Paulo: 76:83-87.
- . *Curso de direito constitucional positivo*. 5ª ed. rev. compl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.
- STEIN, Ekkehart. *Derecho Político*. Tradução (por) Fernando Sainz Moreno. Madrid: Aguillar, 1973.
- WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Tradução (por) M. Irene de Q. F. Szmrecsányi e Tomás J. M. K. Szmrecsányi. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1989.
- WOLKMER, Antônio Carlos. Para um paradigma do constitucionalismo ocidental. *Revista de Direito Público*. São Paulo: 76:83-87.

# AIDS e a Tutela Constitucional da Intimidade (\*)

CARLYLE POFF

Advogado em Curitiba e Professor de Direito  
da PUC/PR e da Faculdade de Direito de  
Curitiba. Mestrando da UFPR

## SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *O Direito à intimidade.* 3. *A tutela constitucional da intimidade.* 4. *A AIDS.* 5. *A AIDS e o direito à intimidade.* 6. *Conclusão.* 7. *Bibliografia.*

### 1. *Introdução*

A partir de 1988 a tutela da intimidade e da vida privada passaram a ter previsão constitucional<sup>1</sup>.

Existem sérias controvérsias acerca da conceituação, bem como de generalidades específicas acerca dos direitos da personalidade, especialmente no que concerne à intimidade.

A AIDS, apesar da indispensável esperança que todos devem ter, indiscutivelmente, especialmente a partir de 1985, passou a ser um novo

---

\* Trabalho apresentado ao curso de mestrado em Direito da U.F.P.R. para obtenção de crédito na disciplina de Direito Constitucional, sob a coordenação do Prof. ALVACIR ALFREDO NICZ.

1 Artigo 5º, inciso X.

flagelo social<sup>2</sup> e visando diminuir a incidência de referido flagelo, fácil ficou a invasão da esfera íntima dos indivíduos.

Busca-se no presente estudo analisar o direito à intimidade, bem como as conotações constitucionais de sua tutela.<sup>2</sup>

Com relação à AIDS, após traços genéricos representativos desta doença, passa-se a analisar a sua incidência no que concerne ao campo dos direitos individuais, mais especificamente no que tange ao direito à intimidade, freqüentemente devassado pelos meios de comunicação.

## 2. O Direito à intimidade

O direito à intimidade pertence, como espécie, ao gênero dos direitos da personalidade<sup>3</sup>, que "são direitos subsolutos, aos quais correspondem deveres jurídicos de todos os membros da comunidade, cujo objeto está na própria pessoa do titular, distinguindo-se assim dos direitos reais que recaiam sobre coisas ou bens exteriores ao sujeito ativo da relação jurídica", segundo a visão de WALD<sup>4</sup>.

DE PLÁCIDO E SILVA<sup>5</sup> esclarece que o vocábulo *intimidade* é "derivado do latim *intimus* (o mais profundo, estrito, íntimo), indica a qualidade ou o caráter das coisas e dos fatos, que se mostram estritamente ligados, ou das pessoas que se mostram afetuosamente unidas pela estima".

---

2 "Faria um alerta assim: é necessário que você saiba que o ato sexual pode ser anti-higiênico, ele pode transmitir cerca de duas dezenas de doenças. E quando você encontra alguém pela noite é bom você saber que esses tipos de pessoas, em depoimentos que fizeram, tiveram de 700 a mil parceiros no período de um a dois anos, às vezes, 15 a 20 relações sexuais por noite, ou por dia. Então cuidado: ele não é um parceiro, ele é um inimigo. Do ponto de vista médico-sanitário eles são inimigos. A pessoa que você encontra para fazer sexo nessa noite, pode ser seu inimigo ou pode virar seu assassino. Acho que precisa colocar muita ênfase nisto, porque o grupo de doadores de vírus (seja homo ou heterossexual, prostituta, toxicômano, enfim, isso não importa), tem sido muito protegido até aqui, do ponto de vista emocional. E a doença está se disseminando. Temos de forçar uma radical mudança de hábito higiênico em relação ao sexo" ("apud in" BUZAGLO, Samuel Auday. Aspectos Jurídicos da AIDS., p. 395).

3 "O enquadramento do direito à intimidade como direito da personalidade fica, enfim, evidente, quando notamos o caráter essencial de ambos, representando os únicos capazes de garantir ao homem sua condição humana. As características que identificam os direitos da personalidade determinam, igualmente, o direito à intimidade: são ambos pessoais, extrapatrimoniais, inalienáveis, absolutos, imprescritíveis. E se trata, ainda, de direitos postos e garantidos pelo Estado" (GIANOTTI, Edoardo. *A Tutela Constitucional da Intimidade*, p. 58).

4 WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 108.

5 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, vol. II, p. 509. Em idêntico sentido observe-se lição de CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição 1988*, vol. I, p. 257.

O direito à intimidade é aquele que, segundo a voz de BITTAR<sup>6</sup>, "se destina a resguardar a privacidade em seus múltiplos aspectos: pessoais, familiares e negociais".

Referido direito tem recebido as mais diversas denominações através dos tempos e do país em que é adotado. O direito anglo-norte-americano o denomina de *right of privacy* ou *right to be alone*, o francês de *droit à la vie privée*, o italiano de *diritto alla riservatezza*, enquanto o espanhol de *derecho a la esfera secreta*. Existe, ainda, na Alemanha a expressão *Privatsphäre* (esfera privada); *Intimsphäre* (esfera íntima) e *Geheimsphäre* (esfera secreta e outras similares). Por fim, em Portugal duas expressões para este fim são utilizadas: *proteção à intimidade da vida privada* e *direito à zona de intimidade da esfera privada*.

O direito brasileiro, por sua vez, não alterando muito as denominações alienígenas, o denomina de *direito à privacidade*, *direito ao resguardo*, *direito de estar só* e *direito ao recato*<sup>7-8</sup>.

Existem diversos dispositivos de natureza internacional que protegem o direito à intimidade e à vida privada, como, v.g., pode ser citada a *Declaração de Deveres e Direitos do Homem* (1948), *O Pacto sobre Direitos Políticos e Civis da ONU* (1976), bem como a *Convenção Interamericana dos Direitos Humanos* (1969)<sup>9</sup>.

O ponto nodal da necessidade de proteção à intimidade está "na exigência de isolamento mental ínsita no psiquismo humano, que leva a

---

6 BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*, p. 102.

7 "Preserva-se a intimidade da vida privada da indiscrição alheia. Está reconhecido, por outras palavras, como direito da personalidade, o *direito ao recato*, pelo qual se protege o indivíduo contra intrusões de outros na esfera pessoalíssima que lhe é reservada. Sagrado é o âmbito da vida íntima de cada pessoa, observando SANTAMARIA que, quanto mais se acentua a obsessão espasmódica da indiscrição, da curiosidade e da investigação do público, tanto mais se ergue esquivo o senso cuidadoso da imunidade de toda a ofensa à intimidade da vida privada. Não se delimita, no entanto, a extensão do direito ao recato. Define-se, como reconhece ALLARA, de uma categoria de conteúdo vago no qual se incluem o direito à imagem e o direito ao segredo epistolar, telegráfico e telefônico" (GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, p. 136).

8 DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*, pp. 67 e ss., traça um paralelo distintivo, inclusive de direito comparado, entre as expressões *vida privada* e *intimidade*. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, p. 36, por sua vez, é incisivo na diferença: "vida privada, como é óbvio, opõe-se à vida pública. Esta é a que se desenrola perante os olhos da comunidade. Assim, é conhecida de muitos e pode ser conhecida de todos. A vida privada é a que se desenvolve fora das vistas do público, perante, eventualmente, um pequeno grupo de íntimos. Compreende, portanto, a intimidade, isto é, a vida em ambientes de convívio no interior de um grupo fechado e reduzido, normalmente, ao grupo familiar".

9 Acerca do direito comparado merece destaque a obra de GIANOTTI, Edoardo. Ob. cit., pp. 18 e ss.

pessoa a não desejar que certos aspectos de sua personalidade e de sua vida cheguem a conhecimento de terceiros”<sup>10</sup>.

Esta necessidade, atualmente, pelo sensível avanço tecnológico encontra-se cada vez mais em evidência e a merecer, cada vez mais, atenção redobrada de nossas autoridades<sup>11</sup>.

No entanto, o direito à intimidade não é absoluto, na medida em que sofre limitações quando em confronto com o Direito Público. Isto porque o interesse de tal ordem deve sempre prevalecer ao individual. Assim, havendo exigências de ordem histórica, científica, cultural ou artística; exigências de cunho judicial ou policial;<sup>12</sup> exigências de ordem tributária ou econômica; exigências de informação, pela constituição de bancos, empresas, ou centros, públicos ou privados, de dados, de interesse negocial, e de agências de divulgação comercial; exigências de saúde pública e de caráter médico-profissional, ocorrerá uma despriorização da vida privada dos indivíduos para levá-la aos olhos da comunidade. Esta invasão da esfera íntima deve, contudo, ocorrer nos estritos limites da necessidade. Além destas, existem aquelas em que a própria pessoa se coloca em situação de conhecimento público, ou de sujeição a este<sup>13</sup>.

Por outro lado, justamente pela preponderância do interesse coletivo sobre o particular é que não teria sentido estarem sob a proteção da tutela íntima os homens públicos, quando no exercício de suas funções, entendidos como tais os ocupantes do Poder Executivo e do Poder Legislativo, bem como aqueles que, muito embora não integrem tais Poderes, desenvolvam atividades de curial interesse público.

---

10 BITTAR, C. A. Ob. cit., p. 103.

11 Esta preocupação já era demonstrada por GIANOTTI, E., ob. cit., p. 65, quando da elaboração de monografia sobre o tema, na medida em que assevera a proteção constitucional da intimidade, anteendo o conteúdo da atual Carta Magna: “na sociedade contemporânea deve caber primordialmente ao Direito Constitucional a proteção da esfera íntima da existência humana, pelo caráter de lei suprema e fundamental que caracteriza os modernos documentos constitucionais. A eles é atribuída a qualidade de um poder superior e reforçado, apto a tutelar os direitos individuais eventualmente ameaçados ou violentados”.

12 O inciso XII do artigo 5º da Constituição estabelece que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

13 “Há que se fazer referência àquelas situações em que o indivíduo se encontra em restaurantes, casas noturnas, boites, hotéis, motéis, em que o público e o particular se entrelaçam de uma maneira quase que inextrincável. É lógico que os lugares citados são públicos na medida em que são de acesso livre a todos. Portanto, quem os frequenta está *a priori* abrindo mão de seu direito de privacidade. Isto não quer dizer, contudo, que esteja querendo chamar para si os holofotes da publicidade” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol. p. 64). Entre estes lugares não estão incluídos, os clubes recreativos e de lazer, os condomínios de apartamentos, bem como os residenciais fechados e, como é óbvio, a residência particular do indivíduo.

Lembre-se, por fim, que apesar do direito à intimidade ser “direito de personalidade, e portanto inato, essencial, absoluto, é oponível *erga omnes*, e também, imprescritível, extrapatrimonial e incorpóreo. Não é, entretanto, indisponível, e desta faculdade de dispor decorre o exercício do direito (...) Da mesma forma, é extrapatrimonial, mas não inestimável, o que faz com que dele se possa dispor a título oneroso”<sup>14</sup>.

### 3. A tutela constitucional da intimidade

Na vigência da Constituição de 1969, quando da interpretação do parágrafo 36 do artigo 153, diversos autores se manifestaram no sentido de que um dos “outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota” era justamente o respeito à honra e à intimidade.

Em face da atual Carta Magna, dúvidas não mais existem, tendo em vista que a proteção à intimidade e à vida privada lá se encontra de modo expresso<sup>15</sup>.

Esta proteção constitucional à intimidade na medida em que protege a vida privada dos indivíduos constitui norma limitativa ao direito de informação, bem como à liberdade de expressão e do pensamento.

Segundo RIBEIRO BASTOS, o inciso X do artigo 5.º da Carta Magna vigente “oferece guarida ao direito à reserva da intimidade assim como ao da vida privada. Consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano”<sup>16</sup>.

Por se constituir em direito da personalidade e por não possuir autenticidade, pode-se dizer que a intimidade é um direito conexo, decorrente da vida.

Segundo AFONSO DA SILVA, “ao estatuir que a casa é o asilo inviolável do indivíduo (art. 5.º, XI), a Constituição está reconhecendo que o homem tem direito fundamental a um lugar em que, só ou com sua família, gozará de uma esfera jurídica privada e íntima, que terá que ser respeitada como sagrada manifestação da pessoa humana”<sup>17</sup>.

---

14 BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo Notaroberto. *Direito à Própria Imagem — Aspectos Fundamentais*, p. 103.

15 O inciso X do artigo 5º da Constituição Federal vigente estabelece: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

16 BASTOS, C. R., *ob. cit.*, p. 63.

17 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 184.



Referido autor, acerca do tema em foco, mais adiante conclui que “a tutela constitucional visa proteger as pessoas de dois atentados particulares: a) ao segredo da vida privada; e b) à liberdade da vida privada”<sup>18,19</sup>.

Assim, em termos de liberdades individuais, o ordenamento jurídico constitucional brasileiro evoluiu em muito, na medida em que tornou clara a proteção à vida privada, bem como que o desrespeito à mesma é passível de indenização.

#### 4. A AIDS

A Síndrome de Imunodeficiência Adquirida, é mais conhecida como AIDS na maioria dos países do mundo e como SIDA em países como a França e a Espanha.

“Síndrome é um complexo de sinais e sintomas.

Enquanto os sinais podem ser percebidos, observados e analisados pelo médico, os sintomas são subjetivos e somente o doente pode explicar o que sente.

Adquirida significaria que normalmente não existe esta condição, mas que pode surgir face a certas circunstâncias.

E imunodeficiência ocorre quando as defesas orgânicas estão abai-xadas”<sup>20</sup>.

O fenômeno da imunodeficiência nem sempre é fácil de ser entendido, haja vista que todos sabemos a função dos leucócitos. É CASTRO, novamente, quem informa como isto ocorre, através de uma análise presumida: “é fato bastante sabido que quando se introduz no organismo uma certa quantidade de germes, o mesmo reage formando anticorpos, que conferem imunidade específica. Esse é o fundamento das vacinas.

Mas se os mesmos micróbios forem inoculados em doses irrisórias, porém diárias, de forma repetitiva, o número de anticorpos de início se eleva e depois vai caindo, podendo chegar a zero. Isso é imunotolerância”<sup>21</sup>.

Inicialmente, acreditava-se que a AIDS fosse uma doença única e exclusiva dos homossexuais e dos drogados. Atualmente, isto não mais

---

18 SILVA, J. A. da. Ob. cit., p. 185.

19 Acerca do direito comparado, quer de caráter constitucional, quer de legislação ordinária, observem-se as ponderações de GIANOTTI, E., ob. cit., pp. 65/82.

20 CASTRO, Sebastião Vicente de. AIDS. *Gazeta do Povo* de 16/12/90, caderno E, p. 1.

21 Idem, *ibidem*.

existe, sendo claro que todos estão sujeitos à doença,<sup>22</sup> havendo, tão-somente, indivíduos que pela sua própria forma de vida estão a ela mais próximos. São os chamados *grupos de risco*.

Estes grupos de risco são constituídos, basicamente, por homossexuais, viciados em drogas, hemofílicos e recém-nascidos contaminados.

Tendo em vista o alcance social da presente enfermidade, diversas campanhas de conscientização vêm sendo realizadas<sup>23</sup>, que são por demais importantes, na medida em que visam a impedir ou diminuir o

---

22 Diversas campanhas estão sendo divulgadas neste sentido. Na Itália, por exemplo, divulgação efetuada pelo *Ministero della Sanità*, bem demonstra este fenômeno: "ETEROSSESSUALI. Sono chiamati così gli uomini che hanno rapporti con donne, le donne che hanno rapporti con uomini. In questi anni gli eterosessuali sono stati ritenuti più al riparo dal rischio di AIDS. Oggi, però, il contagio da AIDS sta crescendo proprio fra gli eterosessuali. L'AIDS può colpire chiunque perché si trasmette non soltanto attraverso sangue infetto, per esempio, drogandosi e scambiandosi la stessa siringa, ma anche attraverso rapporti sessuali con persone già infette (sieropositivi). Ecco dunque che un disinvolto atteggiamento sessuale può essere pericolosissimo: più partner si cambiano, più rischio si corre; più rapporti occasionali si hanno, più si può estendere il contagio. E meglio quindi evitare rapporti sessuali con persone sconosciute o persone il cui comportamento è a rischio, e, almeno in questi casi, usare sempre il preservativo.

*Al minimo dubbio è bene sottoporsi al teste che è gratuito e assolutamente anonimo. Il teste è importante perché consente di controllare meglio l'infezione e di proteggere le persone vicine. AIDS se lo conosci lo eviti. Se lo conosci non ti uccide*". ("Apud in" Panorama n.º 1.254, pp. 208/9). ("Heterossexuais. São chamados assim os homens que tem relações com mulheres, e as mulheres que tem relações com os homens. Nestes anos os heterossexuais estiveram mais fora do alcance dos riscos da AIDS. Hoje, porém, o contágio da AIDS está crescendo mesmo entre os heterossexuais. A AIDS pode atingir qualquer pessoa porque se transmite não somente através do sangue infectado, por exemplo drogando-se, utilizando-se, mais de uma pessoa, a mesma seringa, mas, também, através de relações sexuais com pessoas já infectadas (soros positivos). Eis então porque um envolvimento sexual pode ser tão perigoso: quanto mais companheiros se tem, mais risco se corre; quanto mais relações ocasionais se tem, mais se pode estender o contágio. É melhor então evitar relações sexuais com pessoas desconhecidas ou pessoas cujo comportamento é de risco, ou, pelo menos, nestes casos, deve-se usar sempre o preservativo. A menor dúvida, melhor é se submeter ao teste, que é gratuito e absolutamente anônimo. O teste é importante porque permite controlar melhor a infecção e proteger as pessoas vizinhas. "AIDS, se a conheces, evita-a!". Se a conheces, não te mata!". Livre tradução do autor.)

23 Na Itália, somente a título exemplificativo, uma das mais famosas e mais bem realizadas foi a veiculada a partir de abril/1990 nas principais redes de TV daquele país. Referida publicidade baseava-se em oito momentos: "due tossicomani si scambiano la siringa (1); in uno bar (2); il tossicomano sieropositivo incontra una ragazza (3); i due fanno l'amore (4); lei, ormai sieropositiva, fa gli occhi dolci al capo ufficio (5); lasciato l'ufficio la nuova coppia si incontra in macchina (6); il capo ufficio, sieropositivo, dopo la scappatella torna a casa (7); marito e moglie, entrambi sieropositivi, camminano in un mondo dove c'è un solo modo per difendersi, il preservativo (8). Nell'immagine piccola: il messaggio d'apertura dello spot del Ministero della Sanità: AIDS: Non si vede ma sta crescendo." ("Apud in" Panorama, n. cit., pp. 38/9). ("Dois toxicómanos trocam entre si uma

(Continua)

impacto preconceitual trazido pela doença e, principalmente, evitar que a AIDS deixe de ser uma doença para se tornar uma metáfora, ser equivalente, outrossim, ao substantivo morte<sup>24</sup>.

A AIDS é um caso sério e precisa ser tratada como tal pelos governantes de forma a não tornar ainda pior a situação dos enfermos e não fazer com que as parcelas sadias da população passem a ver o aidético como alguém que foi punido por Deus, mas sim alguém que necessita de tratamento — médico e psicológico — no intuito de não capitular à mesma tão-somente pelo desprezo de seus pares

## 5. AIDS e o direito à intimidade

Saindo da esfera médica, e ingressando no campo jurídico, mais especificamente no dos direitos individuais, o maior problema trazido pela campanha contra a AIDS é a constante invasão da esfera da privacidade.

Muito utilizada como forma de fazer com que a população respeite a doença, tratando-a com seriedade, é a divulgação inútil e corrosiva de

(Continuação da nota 23)

seringa (1); em um bar (2); o toxicômano, soro positivo, encontra uma moça (3); os dois fazem amor (4); ela, agora soro positiva, lança olhares ternos para o chefe do escritório (5); após o serviço os dois se encontram em um carro (6); o chefe do escritório, soro positivo, depois da escapada, volta a casa (7); marido e mulher, ambos soros positivos, caminham em um mundo onde existe só um modo para defender-se, o preservativo (8). Na imagem pequena: a mensagem de abertura do comercial do Ministério da Saúde: AIDS: não se vê, mas está crescendo". Livre tradução do autor).

No mesmo país, em outra campanha, esta através de cartazes, divulgadora, igualmente, da importância da utilização do preservativo. Lia-se: "ATTRAZIONE, EFFETTO, PASSIONE, TENEREZZA, DESIDERIO. L'AMORE HA ANCHE UN ALTRO SENSO. IL BUON SENSO", em letras menores asseverava-se a importância da utilização do preservativo. ("Apud in" ob. cit., p. 40). ("Atração, afeto, paixão, ternura, desejo. O amor possui um outro sentido. O bom senso". Livre tradução do autor).

No Brasil, após diversas campanhas realizadas, (AIDS, você precisa saber evitar. Quem vê cara, não vê AIDS, entre outras.) Passou-se à fase do desespero com a utilização de publicidade nobre de intenção, mas que pode levar os doentes atuais à perda da esperança e do amor à vida. Aludida campanha, iniciada no final de dezembro/90, baseia-se na divulgação da certeza de que a AIDS não tem cura. Baseia-se ela em cinco momentos, sendo os quatro primeiros por declarações de duas mulheres e dois homens, em seqüência alternada, iniciando por uma mulher, enquanto o último fala à população que o importante, agora, é se prevenir, pois "se você não se cuidar a AIDS vai te pegar". A declaração das referidas pessoas é mais ou menos a seguinte: "Eu tive tuberculose, eu tive cura" (1). "Eu tive sífilis, eu tive cura" (2). "Eu tive câncer, eu tive cura" (3). "Eu tenho AIDS, eu não tenho cura" (4). Além da mesma basear-se em premissas equivocadas, como, v.g., desprezar o potencial letal das outras doenças, praticamente torna nula qualquer possibilidade de cura da mesma. Iguala a AIDS à morte, como um fato consumado.

24 SUSAN SONTAG escreveu importante livro a respeito deste tema intitulado AIDS E SUAS METÁFORAS, lançado no Brasil em 1989 pela Editora Campanhia das Letras.

uma série de cadastros nominativos de pessoas que estão ou que padeceram de AIDS. Esta intromissão na esfera individual íntima do indivíduo é ainda mais comum quando se trata de pessoa conhecida, tais como artistas, esportistas, políticos, etc.

Casos recentes foram o do ator LAURO CORONA e do humorista ZACARIAS, em que os meios de comunicação, sem respeito algum à esfera íntima familiar dos mesmos, sem autorização e/ou confirmação dos parentes, insistiam em divulgar que a AIDS teria sido a causa determinante da morte dos mesmos. Que isso importa à sociedade? Que traz de útil ao bem comum?

Não deve ser utilizado como sustentáculo o argumento de que na medida que referidas pessoas optaram por uma vida pública, perderam o direito de esconder a sua privacidade, isto porque uma coisa é a vida pública, outra é a privada, as quais não se confundem e tampouco são incompatíveis entre si.

STEFANO RODOTA, em brilhante artigo, questiona: "Tra i tanti rischi dell'Aids c'è anche quello di un pericoloso contagio nel settore dei diritti civili della libertà dei cittadini? Invece di fare una seria opera di informazione e di educazione sanitaria, si cercherà di rassicurare l'opinione pubblica con schedature di massa, con una incontrollata circolazione di notizie drammatiche, con repressioni crudeli e inutili? Il rischio esiste. Proprio il ritardo con il quale le autorità pubbliche hanno percepito l'effettiva gravità del problema può spingere a un incontrollato tentativo di ricupero attraverso misure che mortificano la dignità dei cittadini, senza far fare passo avanti alla lotta contro la malattia"<sup>25</sup>.

*Um dos argumentos favoráveis a esta divulgação — aqui condenada* — é baseado no fato de que sabendo as pessoas que estão com AIDS, mais fácil será para a Saúde Pública evitar que as mesmas propaguem a doença. Alegam, outrossim, que existe um interesse social sanitário em conhecer as pessoas que estão com o vírus HIV.

Sem dúvida alguma, para melhor combater a doença, indispensável é que a Saúde Pública tome conhecimento das pessoas que se encontram doentes. Aqui aparece o interesse público, no entanto este não é incom-

---

25 RODATA, Stefano. No *Alle Schedature*. Panorama (25-1-87), p. 140. ("Entre os tantos riscos da AIDS existe também aquele de um perigoso contágio no setor dos direitos civis, da liberdade dos cidadãos? Ao invés de se fazer uma séria obra de informação e de educação sanitária, procura-se atingir a opinião pública com cadastros de massa, com uma incontrolada circulação de notícias dramáticas, com repressões cruéis e inúteis? O risco existe. Mesmo o atraso com o qual as autoridades públicas perceberam a gravidade do problema pode conduzir a uma incontrolada tentativa de recuperação através de medidas que mortificam a dignidade dos cidadãos, sem dar um passo adiante na luta contra a doença". Livre tradução do autor).

patível com o respeito à privacidade do indivíduo em não ter publicamente o seu nome divulgado como portador do vírus da AIDS. Asseverar que poderia o doente propagar deliberadamente a doença é o mesmo que impedir a fabricação de armamentos sob o argumento de que alguém poderia utilizá-los deliberadamente para propagar o clamor social, subtraindo com eles a vida alheia.

Ademais, na medida em que ser aidético tornou-se sinônimo de condenação irrevogável à morte, a divulgação pública de estado médico, que só interessa ao doente, é praticamente impedir que o mesmo exerça atividades comuns.

O mesmo se diga daquelas empresas que não contratam portadores do vírus HIV ou demitem aqueles que se encontram com tal doença. Referidas pessoas jurídicas, ao contrário do que imaginam, estão prestando um desserviço à comunidade.

Enfim, o que se procura evitar é que o interesse público impeça o exercício dos direitos e garantias individuais, e invada a esfera íntima da privacidade dos cidadãos sob o equivocado argumento de proteção da saúde pública.

Assim, devem ser evitadas "tutte quelle (forme) per le quali un cittadino può essere discriminato, esposto al biasimo sociale perchè negro o ebreo, comunista, omosessuale, o portatore di Aids.

Sò bene che, nel caso dell'Aids, esiste um problema di controllo sociale di un fenomeno di tanta gravità. Ma i mezzi per realizzarlo devono essere solo quelli strettamente necessari. Regole severe a difesa della privacy servono proprio a impedire regressioni culturali e persecuzioni da parte di chi vuol considerare l'Aids non una terribile malattia da combattere, ma una specie di castigo di Dio contro omosessuali e drogati." (26).

Desta forma, toda invasão indevida e desnecessária à esfera privada do indivíduo, sob o falso argumento de facilitar o combate à AIDS, especialmente aquelas realizadas pelos meios de comunicação (rádio, televisão, jornal etc.), — desde que não haja autorização do doente, ou na falta ou impossibilidade deste, de seus familiares — causando prejuízo ao aidético ou à sua família, sob a regra geral do artigo 159 do Código Civil<sup>27</sup>

---

26 RODATA, S. Ob. cit., p. 140. ("Todas aquelas (formas) pelas quais um cidadão pode ser discriminado, exposto ao preconceito social: porque negro ou judeu, comunista, homossexual, portador de AIDS. Se bem que, no caso da AIDS, existe um problema de controle social de um fenômeno de enorme gravidade. Mas os meios para realizá-lo devem ser somente aqueles estritamente necessários. Regras severas para a defesa da privacidade devem servir até mesmo para evitar regressões culturais e perseguições de parte de quem deseja considerar a AIDS não como uma terrível doença para combater, mas uma espécie de castigo de Deus contra homossexuais e drogados". Livre tradução do autor).

27 "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano."

deve acarretar indenização, quer se trate de dano patrimonial ou moral, ou de ambos cumulativamente.

Assim, a divulgação indevida de informações acerca da vida íntima dos indivíduos, desde que não haja confronto com o interesse público, deve ser repudiada pelo Direito.

## 6. Conclusão

Diante do que foi exposto, dúvida alguma resta no sentido de que o direito à intimidade é considerado como um dos direitos da personalidade e, após 1988, foi alçado à condição de direito previsto constitucionalmente.

Apesar da intimidade ser, às vezes, limitada pelo interesse público, esta limitação deve ocorrer nos estritos limites do necessário a fim de evitar maiores danos às pessoas.

A AIDS, tendo em vista a sua extrema gravidade, deve ser encarada da forma mais séria possível, evitando-se, contudo, que as campanhas educativas tornem-se instrumento de desprezo dos portadores do vírus HIV.

Por outro lado, na medida em que ocorra abusiva divulgação de dados acerca de portadores do vírus, sem a autorização destes, ocorre a indevida invasão da esfera íntima dos indivíduos e tal deve ser reprimida pelo Direito.

Assim, todo dano à privacidade dos aidéticos, desde que ocorram os *pressupostos legais para tanto, deve ser passível de indenização*, nos termos das regras gerais de nosso ordenamento jurídico.

## 7. Bibliografia

BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo Notaroberto, *Direito à Própria Imagem — Aspectos Fundamentais*. 1ª ed., Ed. Saraiva. São Paulo, 1989.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 1ª ed., Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1989.

———. e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol., 1ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1989.

- BUZAGLO, Samuel Auday. *Aspectos Jurídicos da AIDS*. Revista dos Tribunais nº 655 p. 394, Ed. RT, São Paulo, 1990.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4ª ed., Ed. Almedina, Coimbra, 1989.
- CASTEX, Manuel Arauz e LLAMBIAS, Jorge Joaquim, *Derecho Civil — Parte General*. Tomo I, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1955.
- CASTRO, Sebastião Vicente de. "AIDS", *Jornal Gazeta do Povo*, 16-12-90, Caderno E, p. 1.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição 1988*, vol. I, 2ª ed., Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro 1990.
- CUNHA, Fernando Whitaker da. *et alii. Comentários à Constituição*, 1ª ed., Biblioteca Jurídica Freitas Bastos. Rio de Janeiro, 1990.
- DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. 1ª ed., Ed. RT, São Paulo, 1980.
- . *Tutela Jurídica da Privacidade*. Estudos em Homenagem do Professor Washington de Barros Monteiro. 1ª ed., Ed. Saraiva, 1982.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. I, 1ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1990.
- GERIN, Guido. *Dall Individuo allo Stato*. Cedam, Padova, 1959.
- GIANNOTTI, Edoardo. *A Tutela Constitucional da Intimidade*. 1ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 9ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987.
- Rivista Panorama*. Ano XXVIII, nº 1.254, 29-4-90.
- RODATA, Stefano. "No alle Schedature". *Rivista Panorama*, 25 Gennaio 1987, p. 140. Roma.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Vol. II, 7ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1982.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6ª ed., Ed. RT, São Paulo, 1990.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988 — Aspectos Fundamentais*. 1ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1989.
- SONTAG, Susan. *AIDS e suas Metáforas*. Tradução: Paulo Henrique Britto. 1ª ed., Ed. Companhia das Letras, São Paulo, 1989.
- WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro — Introdução e Parte Geral*. 6ª ed., Ed. RT, São Paulo, 1989.

# O Controle da Constitucionalidade das Leis na Constituição de 1988

PALHARES MOREIRA REIS

Professor de Direito Constitucional. Professor aposentado de Ciência Política. Assessor do Reitor e Vice-Presidente do Conselho de Curadores da Universidade Federal de Pernambuco. Ex-Assessor do Ministro de Estado da Educação. Membro Fundador da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas.  
Advogado

## S U M Á R I O

*1. Exame e decisão sobre constitucionalidade de leis. 2. Inconstitucionalidade formal e material. 3. Decisão sobre inconstitucionalidade pelo Magistrado. 4. Inconstitucionalidade de Constituições Estaduais. 5. Eficácia incidental e eficácia "erga omnes". 6. O prequestionamento de matéria constitucional. 7. O recurso especial. 8. O procedimento para decisão em matéria constitucional. 9. A ação direta de inconstitucionalidade. 10. As medidas cautelares nas ações de inconstitucionalidade. 11. O recurso extraordinário. 12. As disposições da Lei nº 8.030, de 1990. 13. Os aspectos regimentais na Suprema Corte.*

### *1. Exame e decisão sobre constitucionalidade de leis*

A regra constitucional de 1988, ao conferir expressamente ao Pretório Excelso o atributo de "Guardião da Constituição", assim prevê as hipóteses de controle da constitucionalidade através da ação direta e do recurso extraordinário constitucional:

"Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I — processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;

(...)



p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

(...)

III — julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

Parágrafo único. A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

I — o Presidente da República;

II — a Mesa do Senado Federal;

III — a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV — a Mesa de Assembléia Legislativa;

V — o Governador de Estado;

VI — o Procurador-Geral da República;

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

VIII — partido político com representação no Congresso Nacional;

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

§ 1.º — O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2.º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciên-

cia ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3.º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.”

Os princípios basilares de um sistema político-jurídico, em que existe um Estado de Direito, Democrático e Federal, fundado num pluralismo político e num liberalismo econômico temperado com noções socializantes, devem orientar a análise de todas as leis e todos os atos que, total ou parcialmente, contrariarem a Constituição.

No Direito Brasileiro, os tipos processuais de fiscalização da inconstitucionalidade das normas jurídicas são os seguintes:

1) *Controle abstrato por via da ação* — Processo de controle de normas, destinado a, de forma abstrata, verificar a conformidade, formal, procedimental ou material, de normas jurídicas com a Constituição. Estes mecanismos surgiram na Constituição de 1967, com o elenco de pessoas e instituições capazes de postular incorporado em 1988. Os entes aos quais a Constituição defere a competência (art. 103) podem propor a ação direta de inconstitucionalidade, na qual se verifica se a lei ou o ato normativo, já editados, estão conformes ao disposto no Texto Magno.

Em nosso direito, o mecanismo da ação direta é um procedimento de controle concentrado, pois somente o Supremo Tribunal Federal, por decisão de maioria absoluta do Plenário, pode deliberar a respeito. São partes legítimas para propor a ação de inconstitucionalidade apenas as autoridades e entidades elencadas no Texto Constitucional, grupo este que a lei não pode ampliar. O caráter contraditório surge com a participação obrigatória do Advogado-Geral da União (art. 103, § 3.º) no exercer sua missão constitucional de *curador da norma impugnada, defendendo-a*. O *acórdão* tem força obrigatória geral, pois que suspende a eficácia da norma e obriga a todas as instâncias judicantes, o próprio Tribunal e o legislador.

Não há, no Brasil, o mecanismo de controle abstrato prévio, ou de *fiscalização preventiva da inconstitucionalidade*, pelo qual se busca evitar que certos projetos de atos normativos se transformem em normas perfeitas e acabadas, com violação de preceitos maiores.

2) *Controle concreto por via de exceção* — O processo incidental de inconstitucionalidade, ou processo de *fiscalização concreta*, tem por objeto a apreciação da questão levantada, a título de incidente, em feito submetido

a julgamento, perante qualquer tribunal (art. 102, III). A decisão final é do Pretório Excelso, desde que o feito seja por ele conhecido e a questão constitucional prequestionada na instância recursal.

3) *Controle abstrato por omissão* — O controle por omissão destina-se a verificar a inexistência de medidas legislativas necessárias para tornar executíveis certos preceitos constitucionais (parágrafo único do art. 102). Fundamenta-se a violação da Constituição pelo silêncio legislativo. Também é norma recente no Texto Magno (cfr. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra, Almedina, 1989, pp. 791/792).

## 2. *Inconstitucionalidade formal e material*

Dois elementos de exame estão presentes quando se busca verificar a existência, ou não, de violação da Constituição por uma lei ou um ato normativo qualquer.

O primeiro deles, relativo à sua formação: se foram obedecidos os procedimentos, os trâmites, para a sua elaboração. Neste caso, pode se evidenciar uma inconstitucionalidade formal: uma disposição que a norma constitucional exige seja editada pela via de lei complementar e surge através de lei ordinária, por exemplo, sofre este vício, por descumprir a forma prescrita no Texto Máximo.

Também, no tocante à sua formulação, quando não seguir o rito prescrito na Carta Maior, como, por exemplo, elide-se o retorno à Casa Legislativa de origem, de projeto de lei alterado na Câmara revisora (parágrafo único do art. 65).

Ainda, se o órgão que editou a norma era competente, ou não, para fazê-lo. Num Estado federal, o aspecto do conflito de competência pode aparecer mais agudamente, pois existe a possibilidade de invasão de um Poder nas atribuições de outro, na mesma órbita política, e em órbitas políticas diferentes: como hipótese, assunto reservado à competência municipal e disciplinado por normas estadual ou federal.

Tal problema surge de modo mais crítico naqueles casos previstos constitucionalmente, de que uma órbita de Poder estatui sobre princípios gerais e outra fixa regras específicas ou operativas. Assim nos casos do parágrafo único do art. 22, nas situações previstas nos parágrafos do art. 24 e nas do inciso II do art. 30, da Constituição, pode ocorrer a invasão de uma órbita de poder na competência legislativa da outra, ultrapassando o seu leito natural.

Igualmente, quanto ao seu conteúdo. Todas as leis e atos normativos devem estar inteiramente conformes ao disposto na Constituição. Leis, decretos, regulamentos e, bem assim, os atos administrativos e atos judiciais. Daí operar a presunção de constitucionalidade de todos os atos normativos, legais e infralegais.

Sancionada que seja uma lei, não pode o dirigente executivo rever esse ato, depois de publicada a norma, sob a alegação de que foi reconhecida sua inconstitucionalidade. Este desfazimento somente pode ocorrer, seja pela revogação através de nova lei, seja por decisão judicial. Neste sentido o acórdão do Tribunal de Justiça da Bahia: **INCONSTITUCIONALIDADE — ARGÜIÇÃO PELO PODER EXECUTIVO — MOMENTO OPORTUNO**. Não pode o Poder Executivo anular seu próprio ato, argüindo a inconstitucionalidade da lei que sancionou. A inconstitucionalidade de uma lei só pode ser questionada pelo Executivo quando o diploma legislativo lhe for encaminhado para sanção ou veto. E, ultrapassada essa oportunidade, o Executivo só pode negar cumprimento à lei sob justificativa de inconstitucionalidade após decisão judicial, cuja competência é do Supremo Tribunal Federal (TJ-BA, ac. un. Sessão Plena julg. em 12-5-89. ADCOAS. 124803).

Por outro lado, dizer que um ato está conforme a uma lei, mesmo que esta seja contrária à Constituição, e, portanto, convalidá-lo, é tese inaceitável. O Direito é um sistema e suas partes têm de formar um todo coerente. Por isso, JELLINEK considera a jurisdição como a função do Estado que oferece a proteção ao Direito na sua totalidade.

No entanto, no que concerne ao conteúdo das normas, deve se ressaltar que o Poder Judiciário não se envolve no deslinde de questões políticas, isto é, aquelas em que o Estado age dentro de seu campo de discricionariedade, escolhendo, decidindo a respeito de necessidade, de conveniência, de oportunidade.

É de ser anotado que, desde MARSHALL, nos Estados Unidos, a RUI BARBOSA, no início do nosso sistema federativo, entende-se, no dizer deste último, como atos políticos:

“Atos políticos do Congresso, ou do Executivo, na acepção em que esse qualificativo traduz exceção à competência da Justiça, consideram-se aqueles, a respeito dos quais a lei confiou a matéria à discricção prudencial do Poder, e o exercício dela não lesa direitos constitucionais do indivíduo.

Em prejuízo destes o Direito Constitucional não permite arbítrio a nenhum dos poderes.”

Deduz-se daí, pois, que a "violação de garantias individuais, perpetrada à sombra de funções políticas, não é imune à ação dos Tribunais".

Neste sentido, o Acórdão unânime da 2.<sup>a</sup> Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A tripartição dos poderes enseja a cada um decidir, no âmbito do discricionário, a oportunidade e a conveniência. O mérito do ato é definido pelo Executivo. Ao Judiciário é vedado substituir o Administrador. O exame da legalidade, além do aspecto formal, compreende também a análise dos fatos levados em conta pelo Executivo. Inadequado, porém, simplesmente alterar a opção daquele Poder" (DJ 1.º-10-90. ADCOAS 130585).

Assim, lenta e continuamente, vem sendo ampliado o entendimento de que a proteção ao indivíduo e aos grupos menores é indispensável para a efetivação dos direitos humanos e, em consequência, a tese anteriormente *exposta, de que a proteção aos direitos e garantias individuais e coletivas é atribuição dos Tribunais, mesmo quando sua violação está embutida numa questão política, hoje é inteiramente aceita em diversos pontos do mundo.*

### 3. *Decisão sobre inconstitucionalidade pelo Magistrado*

Ao ser chamado a decidir sobre a eventual inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, o Magistrado deve, primeiramente, interpretar a norma vulnerada, de um lado, e o preceito constitucional, de outro, para então poder decidir sobre a inconstitucionalidade.

Isto porque, hoje em dia, quase todos os assuntos que dizem respeito às relações jurídicas têm decorrência direta ou indireta de preceito constitucional. Portanto, uma regra pode ser inconstitucional, seja em relação à Constituição como um todo, seja ao seu espírito, seja ao seu sistema, ou apenas ser ofensiva a um dispositivo específico.

A tônica predominante, porém, é mais no sentido de examinar a *legalidade* do ato, do que sua *constitucionalidade*. Em favor de qualquer lei, como se disse antes, milita a presunção de constitucionalidade, pelo próprio mecanismo de seu fazimento.

Sem dúvida, porque ela é analisada, quando ainda em projeto, pela Comissão de Constituição e Justiça da Casa Legislativa que a discute, e só prospera se for considerada constitucional. A votação congressional igualmente leva em conta este problema. Na oportunidade de análise do projeto para aceitá-lo, ou não, o Poder Executivo tem atribuição para vetá-lo, total ou parcialmente, se o considerar inconstitucional. O veto, mesmo sob esse argumento, pode, afinal, ser rejeitado na Casa Legislativa e o preceito mantido, promulgado e assim entrar em vigor.

Ao examinar a constitucionalidade, o Magistrado deve levar em conta não só a intenção do constituinte, como o sentido e a significação das palavras, o significado lógico e a experiência constitucional.

A grande lição sobre o assunto é herança cultural de CARLOS MAXIMILIANO, quando diz:

“a) Tribunal ou juiz de primeira instância não julgará inconstitucional um ato, senão em caso muito claro; em geral, deixará para os Tribunais mais altos o pronunciamento final;

b) o reconhecimento da inconstitucionalidade de um decreto constará do acórdão, somente quando aprovado pela maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal;

c) só se decreta a inconstitucionalidade quando provocado o pronunciamento dos juízes por ação competente da parte lesada;

d) proclama-se a inconstitucionalidade apenas quando é absolutamente necessário fazê-lo, para decidir a questão *sub judice*;

e) sempre que for possível, sem fazer demasiada violência às palavras, tão restritivamente se interprete a linguagem da lei que se torne constitucional a medida;

f) se apenas uma parte de um texto é inconstitucional, e é possível separá-lo sem destruir ou diminuir a eficiência do todo para atingir os objetivos colimados pelo decreto ou lei ordinária, condene-se a parte somente;

g) não se declaram inconstitucionais os motivos da lei. Se o Parlamento agiu por motivos inconstitucionais ou reprovados, porém a lei não é, no texto, contrária ao estatuto básico, o Tribunal não a condena;

h) Presumem-se constitucionais todos os atos do Congresso e do Executivo. Só se proclama, em sentença, a inconstitucionalidade, quando esta é evidente, fora de toda dúvida razoável;

i) a magistratura regional profere a última palavra sobre o desacordo entre os atos do Governo do Estado e a Constituição respectiva;

j) uma lei inconstitucional é como se não tivesse existido.”  
(CARLOS MAXIMILIANO PEREIRA DOS SANTOS, *Comen-*

tários à *Constituição Brasileira*, R. de Janeiro, Freitas Bastos, 1948, 4. ed., v. I, pp. 153 e sgs.)

No mesmo sentido, THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI ensina:

“Deve-se observar na interpretação da Constituição os seguintes preceitos, a serem observados na apreciação da constitucionalidade:

a) as palavras devem ser tomadas em seu sentido usual, considerando-se como tal o seu sentido técnico, quando utilizadas com este objetivo;

b) o exame da intenção do constituinte deve ser considerado, principalmente, no que concerne aos princípios fundamentais do regime político, à forma de governo, à estrutura do Estado, aos *objetivos sociais e econômicos predominantes*;

c) os conflitos entre preceitos contraditórios ou aparentemente divergentes devem ser interpretados em função do sistema constitucional;

d) a garantia dos direitos individuais deve ser interpretada de maneira a ampliar, em benefício da liberdade, os preceitos de entendimento duvidoso.” (THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Do controle da constitucionalidade*, R. de Janeiro, Forense, 1966, p. 47.)

Em conferência recente, o Sr. Ministro SYDNEY SANCHES, Presidente do Supremo Tribunal Federal, analisou como o Juiz deve tratar a Constituição, dizendo:

“Em princípio, deve o Juiz estar sempre atento a que a Constituição, como Lei Maior do País, há de presidir toda sua *conduta funcional*, nos depachos, decisões, sentenças, votos e acórdãos.

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

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

E acrescenta, com sua responsabilidade de integrante do Pretório Máximo, divergindo diametralmente da orientação de MAXIMILIANO, dantes exposta:

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

Ao analisar os efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade, assim decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: INCONSTITUCIONALIDADE — DECLARAÇÃO — EFEITOS. O ato legislativo é o querer expresso da legislatura, ao passo que a Constituição é o querer expresso do povo. A este cabe a supremacia; se o ato legislativo o contradiz, írrito será: não é lei. Um ato inconstitucional não é lei, não confere direitos, não estabelece deveres; não cria proteção; não institui cargos. É juridicamente considerado, como se nunca tivesse existido. Uma lei inconstitucional é nula de pleno direito, antes e depois de declarada a sua inconstitucionalidade, o que legitima a recusa da autoridade a cumpri-la. Em consequência de declaração de inconstitucionalidade de lei, os atos que diretamente dela emanam são, como ela, nulos e ineficazes desde a origem, não gerando direitos, que só são resguardados quando provenham de normas legais válidas. Nulos que são, tais atos podem e devem ser desfeitos pela própria administração independente da interferência do Judiciário, que, entretanto, não fica excluído de sua apreciação, se qualquer interessado, sentindo-se lesado em seu direito, a ele recorrer. A autoridade que praticou o ato nulo é quem pode e deve desfazê-lo. Aliás, o próprio Pretório Excelso reconhece essa prerrogativa do Poder Público — Súmulas n.ºs 346 e 473. (TJ-PR Ac. 940 do Órgão Especial, julg. 16-9-88. ADCOAS 125310).

#### 4. *Inconstitucionalidade de Constituições Estaduais*

Como qualquer outro conjunto de preceitos legais, as Constituições dos Estados-Membros de uma Federação podem conter normas violadoras dos preceitos maiores, integrantes da Constituição Federal. Destarte, também entre nós, há o controle da constitucionalidade das Constituições Estaduais, hierarquicamente inferiores à Superlei.

Ao decidir sobre representações por inconstitucionalidade das diversas Constituições Estaduais, com relação ao Texto Federal de 1967, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre diversos desses pontos enumerados pelo eminente CARLOS MAXIMILIANO, que ainda hoje têm inteira atualidade e aplicabilidade.

Assim, disse o Sr. Ministro BILAC PINTO:

“O princípio de direito constitucional que regula a declaração da inconstitucionalidade parcial da lei é o de que quando apenas algumas de suas partes forem incompatíveis com a Constituição, somente estas serão declaradas ineficazes, sem que fique afetada a obrigatoriedade dos preceitos sadios.” (Representação n.º 893-AL, julgamento em 10-10-73).



Sobre o sentido político da Constituição, disse o Sr. Ministro THE-  
MISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI:

"Na interpretação da Constituição não se deve levar em conta somente a intenção do legislador, o sentido e a significação das palavras, o raciocínio lógico no processo de interpretação, mas principalmente o sentido político da interpretação, considerando-se a Constituição como um diploma político." (Representação n.º 746-GB, julgamento em 7-3-68).

Com o surgimento, posterior à lição de CARLOS MAXIMILIANO, da possibilidade de decidir sobre inconstitucionalidade atinente à lei em tese, pontificou, no Pretório Excelso, o Sr. Ministro ALIOMAR BALEEIRO:

"A meu ver, temos que declarar inconstitucional apenas aquilo que for uma agressão à Constituição Federal. Devemos limitar o mais possível este poder tremendo de que está revestido o Supremo Tribunal Federal. Quando um Poder tem uma arma como esta nas mãos, há uma tentação diabólica de exercitá-la. E o Supremo Tribunal tem esse poder enorme que as Constituições anteriores lhe deram e que é ampliado na Constituição de 1967. Hoje, temos o poder formidável de declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, anulando as atribuições do Congresso. Um *justice* da Corte Suprema dos Estados Unidos já disse que "quando há a impressão de que a lei não é boa, sempre arranjamos um motivozinho para declará-la inconstitucional". Esta inclinação satânica do poder político — e este é um poder político — pode levar-nos a fricções que nunca houve, nos setenta e sete ou setenta e oito anos da vida republicana brasileira, entre o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal.

Tivemos fricções, como as teve o Congresso Nacional, com o Poder Executivo. Nunca as tivemos com o Congresso. Para que quebrar essa velha harmonia que a Constituição quer entre os poderes, agredindo o poder nacional que está mais agredido, mais enfraquecido, mais humilhado, mais vilipendiado? Quero fazer aqui minha profissão de fé de usar, no meu voto, desse poder somente quando for fora de dúvida a inconstitucionalidade. Aliás, parece-me que esta é uma velha regra de hermenêutica, de acordo com velhos precedentes, sempre lembrados aqui e em toda parte, do direito constitucional americano." (Representação n.º 751-GB, julgamento em 19-10-67).

Sobre direito adquirido e Constituição, entendeu pelo voto do Sr. Ministro DJACI FALCÃO:

"Com efeito, é pacífico entre os constitucionalistas que as normas constitucionais se aplicam de imediato, sem que se possa

invocar contra eles a figura do direito adquirido. Mesmo nas Constituições que vedam ao legislador ordinário a edição de leis retroativas, declarando que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, esse preceito se dirige apenas ao legislador ordinário e, não, ao constituinte. Por isso mesmo, BARBALHO, ao comentar o art. 11, § 3.º, da Constituição de 1891 (dispositivo que vedava aos Estados e à União prescrever leis retroativas), acentuava:

“Mas, porquanto a proibição de leis retroativas é estabelecida por amor e garantia dos direitos individuais, não há motivo para que ela prevaleça em casos nos quais ofensas não lhes são feitas e a retroação é proveitosa para o bem geral; e eis porque têm pleno efeito com relação a fatos anteriores: 1.º, as leis constitucionais ou políticas;...” (*Constituição Federal Brasileira — Comentários*, p. 42, Rio de Janeiro, 1902).” (Representação n.º 875-GB, julgamento em 25-10-73).

Assim, verifica-se qual o entendimento do Excelso Pretório, através de seus julgados, como se deve proceder em relação às decisões sobre inconstitucionalidade, agora ampliadas pelas possibilidades da ação direta, a discussão sobre lei em tese e a inconstitucionalidade por omissão, institutos que, no direito anterior a 1988, nem todos existiam.

O exame da constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal e estadual deve ser entendido com a abrangência que lhe é conferida pelos julgados, como nos casos adiante elencados:

“INCONSTITUCIONALIDADE — ARGÜIÇÃO — RELEVÂNCIA — É relevante a apreciação da lei ainda não declarada inconstitucional, não obstante reiteradas manifestações da Corte Superior do Tribunal de Justiça no exame de disposições símiles, uma vez que a irrelevância prevista no Regimento Interno tem incidência somente quando se trata da mesma lei.” (TJMG, Ac. unan. da Corte Superior jul. em 25-10-89 — ADCOAS 127865).

Sobre natureza e alcance de ato regulamentar:

“I — Se o ato regulamentar vai além do conteúdo da lei, pratica ilegalidade. Neste caso, não há falar em inconstitucionalidade. Somente na hipótese de não existir lei que preceda ato regulamentar, é que poderia este ser acoimado de inconstitucional, assim sujeito ao controle da constitucionalidade.

II — Ato normativo de natureza regulamentar que ultrapassa o conteúdo da lei, não está sujeito à jurisdição constitucional concentrada. Pre-

cedentes do STF: ADINs. n.º 311-DF e 536-DF” (ADIN 589-8, votação unânime STF Pleno — DJU 18-10-91 — Sec. I).

Na hipótese de a lei argüida de inconstitucional ser revogada antes de terminar o seu exame, entendeu o Pretório Máximo que, “revogada a lei antes de julgamento, não se dá a extinção automática do processo de representação. Prosseguirá esta, para os efeitos correspondentes ao período anterior à revogação (STF — Trib. Pleno: RTJ 87/758 e 89/367). Se, porém, a norma impugnada não deixou efeitos residuais, julga-se prejudicada a representação (RTJ 114/91 e 127/417).

Ademais, “os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são *ex tunc*, retroagindo, pois, até o nascimento do dispositivo legal acoimado daquele vício; por isso, a revogação da lei não impede que seja decretada a sua inconstitucionalidade” (TRF-Pleno RTFR 129/75).

##### 5. *Eficácia incidental e eficácia “erga omnes”*

Em qualquer processo que lhe seja submetido, o Juiz singular, não apenas pode, como tem o dever de declarar a inconstitucionalidade de qualquer norma — lei ou ato normativo, federal, estadual ou municipal. Seja em relação à Constituição Federal ou à Constituição Estadual respectiva.

O § 2.º do art. 125 da Lei Suprema, que trata da competência constitucional dos Estados-Membros para organizarem sua justiça, estabelece:

“Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.”

Do mesmo modo, qualquer Tribunal, ou seus Órgãos Especiais, exercendo sua competência originária ou recursal, poderá declarar inconstitucional qualquer ato normativo. Inclusive o Superior Tribunal de Justiça. Sempre possível o recurso ao Pretório Excelso, na forma determinada pela lei processual e pelo Regimento Interno da mais alta Corte. Nas decisões colegiadas, porém, qualquer delas, a validade somente ocorre pelo voto da maioria absoluta de membros do colégio judicante.

Vale registrar, a respeito da exigência da maioria absoluta para decisão sobre matéria constitucional, hoje inscrita no art. 97 da Carta Maior, a decisão da 1.ª Turma do STF: “Inconstitucionalidade. *Quorum*. Os Tribunais estaduais são sujeitos ao *quorum* da maioria absoluta de seus

juízes, quando tiverem de declarar a inconstitucionalidade de leis, ainda que locais.” (17-5-1974. RTJ 71/233.)

Também, no mesmo sentido, a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo — CF, arts. 97 e 93, XI; CPC, arts. 480 e 481. Declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, na forma acima indicada, as turmas ou câmaras darão aplicação, nos casos futuros, à decisão do tribunal ou do órgão especial.” (STJ ac. unân. 2.<sup>a</sup> T. DJ 11-6-90 — ADCOAS 128946.)

Em tais casos, o julgamento sendo incidental somente prevalece em relação às partes, é apenas eficaz naquela decisão concreta.

A sentença incidental, no entanto, pode ultrapassar o limite da validade *inter partes*, quando a matéria, apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, é fruto de decisão terminativa e, em última instância, este entende pela inconstitucionalidade da norma e encaminha sua decisão ao Senado Federal para que, no exercício de sua competência, suspenda-lhe este a eficácia, no todo ou em parte (art. 52, X, da Constituição).

O Pretório Excelso entendeu, desde 1972, que “a comunicação ao Presidente do Senado deverá ser feita sempre que, em caso concreto, o STF declarar a inconstitucionalidade não só de lei ou decreto, como também de ato normativo”. (DJU 16-5-77, p. 3125.)

Ainda no que concerne à decisão *erga omnes*, agora não resultante de questão *inter partes*, senão de uma ação direta de inconstitucionalidade, a lição do Ministro SYDNEY SANCHES é altamente elucidativa, merecendo transcrição:

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

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

E, nesse caso, a lei ou ato normativo federal ou estadual está desconstituído perante todos e não apenas em face das partes daquele processo.” (SYDNEY SANCHES, “O Juiz e a Constituição Federal”, RTJE, vol. 62, mar. 1989, p. 64).

Tanto assim é que, nos casos de ação direta de inconstitucionalidade, proposta por qualquer das autoridades legitimadas para tanto pelo art. 103 da Superlei, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a comunicação ao Senado não é necessária, pois a decisão proferida pelo STF, declarando a inconstitucionalidade, encerra em si mesma o efeito de excluir a eficácia da lei ou ato normativo. Neste caso, basta a comunicação do art. 354 do seu Regimento (DJU 16-5-77, p. 3123).

## 6. O prequestionamento de matéria constitucional

Fundada no Texto Constitucional de 1967, a mais alta Corte deliberou que, sem ter havido prequestionamento perante a instância recursal, certas questões não poderiam ser objeto de deliberação por aquela Casa.

Com efeito, em processo onde se discute a aplicação de um ato normativo qualquer, continua possível igualmente propor a análise deste em relação à norma constitucional.

No entanto, para que o tema possa vir a ser examinado pelo Supremo Tribunal Federal, necessita ter sido *prequestionado* pela parte que pretenda suscitá-lo perante a mais alta instância. (Cfr. para todo este tema, SAMUEL MONTEIRO, *Recurso extraordinário e arguição de relevância*, S. Paulo, Hemus, 1987, *passim*).

Prequestionar quer dizer “abordar, expressamente, de maneira clara, a questão federal, o direito federal ou a ofensa direta à Constituição”.

Segundo o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, em decisão unânime do Tribunal Pleno, “diz-se prequestionada determinada matéria, quando o órgão prolator da decisão impugnada haja adotado explicitamente tese a respeito e, portanto, emitido juízo.

Incumbe à parte interessada provocar o julgador sobre o tema que entende englobar o fato jurígeno suficiente a alterar o desfecho da controvérsia” (Embargos de Declaração — AG em RR n.º 227/84 — DJU 6-6-86).

A ausência de prequestionamento existe como óbice para julgamento no Pretório Máximo: “Não se conhece do recurso extraordinário que alega violação do princípio do duplo grau de jurisdição, sem prequestionamento” (STJ — Ac. unân. 1. T., DJ 26-3-90 — ADCOAS, 128600).

O prequestionamento não pode estar subentendido ou implícito. Deve, sempre, ser expresso e apresentado no momento da apelação, das contra-razões, do recurso adesivo, enfim, do recurso para a segunda instância

(RE n.º 101.562-PR; AC n.º 106.292-MG — 2.ª Turma do TFR. DJU 12-6-86). É o momento único, salvo raríssimas exceções, que o Supremo Tribunal Federal admite que ele surja.

Nenhuma questão de direito federal, constitucional ou não, dispensa o prequestionamento expresso. Não há outra forma de prequestionar o direito federal, a não ser de modo claro, preciso, direto e expresso.

Neste sentido, o julgado unânime do STF: “Não há prequestionamento implícito, ainda quando se trate de questão constitucional” (RTJ 125/1.368).

Essas raríssimas exceções somente podem ocorrer quando a decisão inquinada de inconstitucionalidade é obtida na instância recursal, pois que, “racional e logicamente, impossível seria a parte prever, quando do ajuizamento do apelo, que uma dessas situações (decisão *extra petita*, *ultra petita* ou *citra petita*), ocorreria no julgamento”. Neste sentido, quando o problema “surge apenas no órgão de 2.º grau, pelo que seria impossível o vencido prequestioná-lo na Apelação, “o Supremo Tribunal Federal dispensa o prequestionamento, como entendeu pelo voto do Sr. Ministro RAFAEL MAYER. Ou quando, por exemplo, o julgamento de 2.º grau é nulo, por defeitos formais.

Igualmente, na hipótese de terceiro prejudicado, configurada no entendimento da 2.ª Turma do STF:

“1. Prequestionamento para efeito de recurso extraordinário. Se o recurso é de terceiro prejudicado, que o interpõe precisamente para denunciar a inobservância das regras legais relativas ao litisconsórcio necessário, não pode obstar-lhe o conhecimento o óbvio silêncio do acórdão recorrido. Voto vencido.

2. Litisconsorte necessário não chamado à lide. Nulidade *ab initio* do processo.

3. Recurso conhecido e provido.” (12-5-74).

No seu voto, diz o Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, também Relator para o Acórdão:

“Parece-me, desde logo, que, tratando-se de recurso de terceiro interessado e prejudicado, que não integra a relação processual, e por esse motivo o interponha, não poderia obviamente a questão ter sido objeto de consideração na instância *a quo* (...) entendo que a falta de prequestionamento está relevada pela própria índole da questão suscitada e pela posição do recorrente, que é terceiro prejudicado.” (RTJ 71/72.)

Na apresentação do recurso de Apelação, o Tribunal de 2.<sup>a</sup> Instância — Tribunal Regional Federal (como o antigo Tribunal Federal de Recursos), Tribunal de Justiça dos Estados, ou Tribunal de Alçada, — toma conhecimento dos termos prequestionados. Irrelevante a questão de alçada para a interposição do recurso de apelação com discussão de questão constitucional: “É cabível Apelação independentemente da existência de alçada, quando se discute, diretamente, matéria de índole constitucional (Súmula n.º 246 — TFR).” TRF 2.<sup>a</sup> R. Ac. unân. 2.<sup>a</sup> T. DJU (Sec. II), 24-10-91.

Quando, nos casos em que, por valor de alçada — onde somente cabe, em princípio, embargos infringentes —, houver prequestionamento em matéria constitucional, a apelação apresentada como sucedâneo (recurso que devolveria a competência à superior instância) não pode ser indeferida e, se tal ocorrer, cabe agravo de instrumento, abrindo assim caminho para que o exame da controvérsia possa chegar, pela via do recurso extraordinário, até ao Supremo Tribunal Federal.

Pelo prequestionamento, a parte leva ao Tribunal recursal sua intenção de ver o Pretório emitir julgamento sobre as questões de direito federal, especialmente as de ofensa à Constituição.

E o Tribunal estará, assim, obrigado a decidir, de modo inequívoco, sobre todos e cada um dos pontos prequestionados. Se não o fizer, cabe embargos de declaração, para que essa manifestação — reputada indispensável no nível superior — expressamente ocorra. Se, eventualmente, algum ponto ficar omitido, ainda assim cabe novo embargo declaratório, até que seja exaurido o exame dos pontos prequestionados. Escapando algum desses óbices ao exame daquele Pretório, não deliberará a respeito o Supremo Tribunal Federal. “Quando é o acórdão recorrido que teria ofendido implicitamente o texto constitucional, o prequestionamento se faz mediante a interposição de embargos declaratórios, para que se supra a omissão quanto à questão constitucional por ele não enfrentada.” (RT) 123/383).

Isto porque não cabe recurso extraordinário se o tema não foi objeto de decisão, nem na apelação, nem nos embargos de declaração. Neste sentido, a Súmula n.º 356 do STF:

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

No mesmo sentido, explicitando:

“Verificado o silêncio, deixando o juízo de admissibilidade de exercer o competente crivo quanto ao enquadramento, ou não, do extraordinário no permissivo legal, deve a parte interessada

instá-lo ao pronunciamento via agravo regimental. Conclusão diversa implica inobservância da organicidade que preside especialmente o direito instrumental, substituindo-se o Supremo ao Presidente da Corte de origem, e, o que é pior, com transgressão de direito da parte, via afastamento da duplicidade de pronunciamentos." (STF Ac. unân. 2.º T. *DJ* 17-5-91 — ADCOAS 132868).

O recorrente não pode, no entanto, suscitar questão nova, não examinada até o momento, sob o manto de estar pretendendo prequestionar o assunto. "Não configura prequestionamento, para os efeitos da Súmula 356, questão nova proposta nos embargos de declaração, sem que tivesse sido presente ao juízo de apelação mediante sua dedução nas razões de recurso." (STF, 1.º T., Ag. 101.689-SP, Rel. Min. RAFAEL MAYER, *DJU* 19-4-85.)

Na Apelação Cível, ou nas hipóteses correspondentes já assinaladas, pois, é que se pode e deve prequestionar o direito federal, nos seguintes pontos:

- a) ofensa à Constituição Federal;
- b) ofensa ao direito adquirido (art. 5.º, XXVI);
- c) negativa de prestação jurisdicional (art. 5.º, XXXV).

Se, eventualmente, numa decisão do Superior Tribunal de Justiça, de competência originária ou não, houver matéria constitucional envolvida, surgindo naquele julgamento, e a parte pretender levá-la a exame pelo Pretório Excelso, o prequestionamento igualmente se impõe.

Do mesmo modo, além desses pontos de cunho genérico, o prequestionamento deve ser específico, registrando-se as disposições legais federais diretamente vulneradas e relacionadas com o mérito da questão, pois ao *se negar vigência à lei federal, igualmente se estará ofendendo a norma mais alta, o princípio da legalidade* (art. 5.º, II).

Também é indispensável o prequestionamento nos casos de incompetência absoluta.

Chegando a matéria, pela via do recurso extraordinário, e tendo sido oportuna e devidamente prequestionada, ao Pretório Máximo, haverá o exame pelo Procurador-Geral da República (art. 103, § 1.º) e, em seguida, o processo é examinado pelo Plenário, na forma regimental.

## 7. O recurso especial

As matérias, dantes da competência do Pretório Excelso, pelo texto de 1967, relativas a decisões visando (a) à negação de vigência de tratado



ou de lei federal, ou que venham a contrariar tais instrumentos; (b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; ou (c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal, deixaram de ser competência do Pretório Supremo, passando à alçada do Superior Tribunal de Justiça, pela via de recurso especial (art. 105, III, da Constituição).

Se bem que não sejam, mais, objeto de recurso extraordinário constitucional, a proximidade dos temas indica que o mesmo deva ser tratado nesta oportunidade.

O mesmo mecanismo se aplica na apreciação prévia do Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça: RECURSO ESPECIAL — PREQUESTIONAMENTO. “Se os dispositivos citados pela recorrente não foram objeto de apreciação na decisão recorrida, incidem, no caso, as Súmulas n.ºs 282 e 356 do STF.” (STJ, Ac. unân., 2.ª T., DJ 23-9-91, Sec. I, p. 13071).

Além da Súmula n.º 356, já citada, diz a de n.º 282: “É inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.”

Sobre o assunto, assim dispõe a Constituição de 1988:

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

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

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”

No período de transição, decorrente da instalação do Superior Tribunal de Justiça e da repartição da competência recursal (daquilo em que dantes era cabível o recurso extraordinário, agora convertido em recurso especial), ficou assente que: RECURSO ESPECIAL — APÓS A CONVERSÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO — SÚMULA N.º 279 DO STF — APLICAÇÃO. “A eficácia da aplicação do disposto no art. 326 do Regimento Interno do STF está condicionada ao sistema disciplinado pela Emenda Regimental n.º 2/85. Na fase de adequação da nova ordem jurídica constitucional, os Presidentes dos Tribunais de origem podem exami-

nar a admissibilidade do recurso especial decorrente da conversão, *ipso jure*, do recurso extraordinário, quanto à matéria infraconstitucional. A atribuição prevista no art. 34, parágrafo único, do Regimento Interno do STJ, assegura ao Relator a apreciação plena do cabimento do recurso especial, independente, portanto, na abrangência do inconformismo manifestado nos agravos de instrumento que são encaminhados para esta Corte, hipótese que enseja a aplicação da Súmula n.º 279 do STF" (STJ. Ac. unân., 5.ª T., DJ 16-4-90 — ADCOAS 128996).

A mencionada Súmula n.º 279 da Excelesa Corte é a seguinte: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário" (em caso que, hoje, é base para interposição de recurso especial).

Segundo o texto basilar, somente cabe recurso especial de decisões dos Tribunais da Justiça Comum (os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios). A indagação é concernente a dissídio jurisprudencial em relação a decisões da Justiça Comum e da Justiça Especializada (como, por exemplo, tema que, dantes era da competência da Justiça Federal, e depois da Justiça do Trabalho, e vice-versa). Ou com relação ao Tribunal de Contas de União, que tem competência até para apreciar matéria constitucional.

Súmula n.º 347: "O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público."

O Tribunal Regional Federal, sediado em Porto Alegre, assim entendeu:

"Sendo constitucional o recurso especial, as hipóteses em que ele é cabível estão elencadas na Constituição".

O Tribunal competente para julgá-lo é o Superior Tribunal de Justiça, na forma do art. 105, III, da Constituição, e é ele *Corte Nacional* no âmbito da Justiça Comum com jurisdição sobre a Justiça Estadual e a Federal não especializada. Não se insereve, portanto, na sua competência a apreciação de matéria afínente à Justiça Especializada, como a de natureza trabalhista.

Ademais, já decidiu a 5.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator o Ministro DIAS TRINDADE, que "não há previsão de recurso especial de acórdão sobre matéria trabalhista, ainda que proferida por Tribunal Regional Federal, no exercício de sua competência residual do § 1.º do art. 27 do ADCT (DJ de 8-4-1991, p. 05887). Despacho do Presidente do TRF de Porto Alegre, DJ 1.º-10-1991, Sec. II, p. 24.053.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu diversamente, em casos próximos, a saber:

"1. Em reclamação trabalhista, da competência residual da Justiça Federal, decidida em última instância por Tribunal Regional Federal, cabe

recurso especial, na forma do art. 105, III, da Constituição, sendo competente para o seu julgamento o Superior Tribunal de Justiça" (STJ. Ac. unân. 3.ª T., DJ, Sec. I, p. 15.253).

Assim, deve se entender que, em sendo o tema de Direito do Trabalho, comum, na parte residual, a duas esferas de competência, em havendo decisão de Tribunal Trabalhista, incorre o recurso especial, o qual persiste para as decisões do mesmo jaez, de órgãos da Justiça Federal.

Existem normas procedimentais próprias, relativas ao recurso extraordinário e recurso especial, e a outros processos que especifica, perante a Excelsa Corte, fixadas pela Lei n.º 8.038, de 28 de maio de 1990 (DO de 29-5-1990).

A jurisprudência do STJ é, igualmente, pela clareza da arguição da inconstitucionalidade: RECURSO ESPECIAL — INCONSTITUCIONALIDADE — ARGUIÇÃO IMPLÍCITA. "O recorrente deve descrever o fato que, em tese, se subsuma às categorias legais. Não basta, pura e simplesmente, argüir a decisão desfavorável para ensejar recurso especial. Direito é norma e fato. Outro entendimento conduziria à interpretação de o juízo de admissibilidade esgotar-se no requerimento do interessado. A arguição de inconstitucionalidade é decisão formal, através de *quorum* qualificado, não se confundindo com o deixar de aplicar a lei porque contrária à Constituição (STJ. Ac. unân. 2.ª T. DJ 7-5-1990 — ADCOAS 128867).

Súmulas do STF que se referem ao recurso extraordinário antigo, relativo ao dissídio jurisprudencial, ainda hoje são aplicáveis no STJ, como por exemplo:

Súmula n.º 291: "No recurso extraordinário pela letra *d* do art. 101, n.º III, da Constituição, a prova do dissídio jurisprudencial far-se-á por certidão, ou mediante indicação do *Diário da Justiça*, ou de repertório de jurisprudência autorizado, com a transcrição do trecho que configure a divergência, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados".

Súmula n.º 369: "Julgados do mesmo Tribunal não servem para fundamentar o recurso extraordinário por divergência jurisprudencial."

Ainda a recente decisão do próprio Superior Tribunal de Justiça: "Não prova dissídio jurisprudencial a simples juntada de acórdãos divergentes, ainda mais sem autenticação (Art. 255 do RI do STJ com a redação da Emenda Regimental n.º 1, publicada no DJ de 3-7-91. Agravo a que se nega provimento." (STJ, Ac. unân. 2.ª T. DP 23-9-91, p. 13071).

Ainda: "Feita a citação apenas de ementas, publicadas no *Diário da Justiça*, não se conhece do recurso quando não se evidencie, de maneira

induvidosa, que o entendimento adotado em julgamento abrange, também a hipótese em exame, o que só a íntegra do acórdão pode esclarecer.” (STJ). Ac. unân. 3.<sup>a</sup> T., DJ 17-9-91 — ADCOAS 130526.)

## 8. O procedimento para decisão em matéria constitucional

A apreciação da questão constitucional pelo Pretório Excelso somente acontece pela via do recurso extraordinário ou pela ação direta de inconstitucionalidade, seja com referência a qualquer ato normativo diretamente aplicado, seja em relação à lei em tese, seja atinente à inconstitucionalidade por omissão. Ressalvados os casos de competência originária, o único propósito do recurso extraordinário é assegurar o perfeito e adequado cumprimento da norma constitucional, uma vez que ele não tem o dom de reapreciar as decisões das instâncias inferiores, pois não se trata de um recurso complementar em relação à jurisdição ordinária.

No mais, o procedimento no Pretório Excelso está disciplinado não só pelo Código de Processo Civil, como pela sua norma regimental. Segundo o preceito constitucional cabe-lhe “elaborar seu regimento interno, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos” (art. 96, 1, a).

Merece transcrição o decisório que distingue entre a representação e a arguição de inconstitucionalidade: INCONSTITUCIONALIDADE — REPRESENTAÇÃO E ARGUIÇÃO — DISTINÇÃO. “O processo de representação visa a um único fim: a declaração, em tese, da inconstitucionalidade de lei ou de outro ato normativo. Distingue-se, fundamentalmente, da arguição de inconstitucionalidade em caráter incidental, regida pelos arts. 480 e 482 do CPC e 100 a 104 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal. No segundo caso, o pronunciamento que afirme ou negue a incompatibilidade entre a norma em foco e a Lei Maior assenta premissa necessária da solução de litígio singular e concreto, oriundo de ato determinado. Quando suscitado o incidente perante órgão diverso do Egrégio Órgão Especial, uma vez resolvida por este a questão da inconstitucionalidade, os autos retornam àquele, para que complete o julgamento, aplicando à espécie a norma alvejada, se, ainda que simplesmente por não ter alcançado o *quorum* especial do art. 116 da CF/69, a inconstitucionalidade não tiver sido declarada. No primeiro caso — o da representação —, a atividade cognitiva esgota-se com a decisão que acolhe ou rejeita o pedido de declaração de inconstitucionalidade. O órgão judicial declara que a norma é constitucionalmente ilegítima, ou abstém-se de declará-la tal, seja porque a maioria se haja pronunciado pela legitimidade, seja porque, embora predominante a manifestação contrária, não se haja alcançado o *quorum* especial. Declarada que seja a inconstitucionalidade

da norma, e feita abstração da hipótese de intervenção do Estado no Município — CF/69, art. 15, § 3.º, *d*, Estadual, art. 9.º, IV — cumpre apenas, em complementação ao julgamento, enviar cópia da decisão à Assembléia Legislativa, para que suspenda a execução da lei ou do outro ato normativo — Constituição do Estado, art. 35, XXIV; Regimento Interno, art. 104, § 10, combinado com o art. 110, parágrafo único — além da comunicação aos outros órgãos interessados — Regimento Interno, art. 110, *caput*. Importa frisar que, no processo de representação, — diversamente do que acontece na hipótese de arguição incidental — o Poder Judiciário não examina qualquer ato singular e concreto, porventura praticado sob a égide da norma cuja constitucionalidade se discute. Assim, essa forma de controle da constitucionalidade se caracteriza por exercer-se o controle através de uma ação judicial com a finalidade específica de examinar a constitucionalidade da lei, sem que nenhuma relação jurídica esteja em discussão. Pode ocorrer, à evidência, que o Judiciário tenha de apreciar a validade de algum ato singular e concreto, realizado com fundamento na norma de que se trata. Mas, semelhante apreciação só terá cabimento noutra processo, que eventualmente se venha a instaurar em razão de litígio concernente ao ato, ou dele oriundo. No processo da representação não há cogitar de semelhante problema (TJ — RJ. Ac. do Órgão Especial reg. em 7-10-88. Repres. inconstitucionalidade 003/86 — Rel. desig. J. C. BARBOSA MOREIRA — ADCOAS 121.406).

### 9. *A ação direta de inconstitucionalidade*

A Constituição de 1988 consagrou a possibilidade da ação direta de inconstitucionalidade, dando legitimidade ativa para sua propositura, não só ao Procurador-Geral da República, mas igualmente às autoridades elencadas no art. 103. Nesta amplitude é que se deve interpretar o disposto no art. 169 do CPC, sobre a competência de submeter ao STF, “mediante representação, o exame de lei, ou ato normativo federal ou estadual, para que seja declarada a sua inconstitucionalidade”.

A natureza da ação direta de inconstitucionalidade já foi objeto de decisão judicial, que se transcreve a seguir:

**INCONSTITUCIONALIDADE — AÇÃO DIRETA — ATOS CONCRETOS.** A ação direta de inconstitucionalidade configura meio de preservação da integridade da ordem jurídica plasmada na Constituição vigente, *atua* como instrumento de ativação da jurisdição constitucional concentrada no STF e enseja a esta Corte, no controle em abstrato da norma jurídica, o desempenho de típica função política ou de governo. O objeto do controle concentrado, perante o STF, são as leis e os atos normativos emanados da União, dos Estados-Membros e do Distrito Federal. No controle abstrato de normas, em cujo âmbito instauram-se relações

processuais objetivas, visa-se a uma só finalidade: a tutela da ordem constitucional, sem vinculações quaisquer a situações jurídicas de caráter individual ou concreto. A ação direta de inconstitucionalidade não é sede adequada para o controle da validade jurídico-constitucional de atos concretos, destituídos de qualquer normatividade. Não se tipifiquem como normativos os atos estatais desvestidos de qualquer coeficiente de abstração, generalidade e impessoalidade (STF — Ac. unân. Tribunal Pleno, *DJ* 20-4-90, ADIN 203-1-DF ADCOAS 128.681).

A matéria constitucional, no Supremo Tribunal Federal, é da competência do Plenário, que decidirá não só sobre as representações oriundas das autoridades elencadas na Constituição, como também sobre os pedidos de liminares nas ações cautelares a que alude a norma constitucional (art. 102, I, p).

O Procurador-Geral da República pode, a qualquer tempo, além da iniciativa própria, quando suscitado por qualquer autoridade ou por terceiro, representar ao Pretório Máximo sobre a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo federal ou estadual.

O particular não tem direito de propor a ação de inconstitucionalidade, mas apenas o de submeter ao Procurador-Geral da República o pedido para que represente ao Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

Houve quem buscasse ladear essa prerrogativa, pela via do Mandado de Segurança. No entanto, a decisão do Pretório Máximo não deu guarida ao pleito: MANDADO DE SEGURANÇA — AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — SUBSTITUIÇÃO — IMPOSSIBILIDADE. O mandado de segurança não é sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade e nem pode substituí-la, sob pena de grave deformação do instituto e inaceitável desvio de sua verdadeira função jurídico-processual (STF Ac. Un. Pleno, *DJ* 1.º-6-90 — ADCOAS 129503).

Já a Súmula 266 dizia: “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”.

Não há limitação de prazo para a propositura da ação de inconstitucionalidade: “Não há prazo de decadência para a representação de inconstitucionalidade prevista no art. 8.º, parágrafo único, da Constituição Federal”. (Súmula n.º 360 do STF.)

Se o pedido é feito por outrem — que não aqueles com a competência constitucionalmente originária —, fica a critério do Procurador-Geral da República encaminhá-lo, ou não, podendo, entretanto, fazê-lo com parecer contrário.

O tema antigo, de saber se o Procurador-Geral da República tinha, ou não, a obrigação de dar seguimento às representações que recebia, ou

de as fazer endossando necessariamente a tese exposta, relativa à arguição de inconstitucionalidade, hoje é matéria incontroversa.

“Não é de se conhecer da representação formulada para declaração de inconstitucionalidade quando o próprio Procurador-Geral da República, logo ao oferecer a representação, declara inexistir eiva de inconstitucionalidade na lei objeto da arguição que lhe foi dirigida por terceiros”. (RTJ 129/41.)

Não é admissível que o Procurador-Geral ingresse com representação de inconstitucionalidade e declare, de pronto, não estar convencido de sua procedência. No entanto, não está impedido de, afinal, opinar contra a representação (STF-RF 629/225). Mesmo porque ele é obrigado a se pronunciar, afinal, sobre o mérito da questão, antes de ser o feito submetido a julgamento pelo Plenário da mais alta Corte.

A regra federal ampliando a competência para propor a ação de inconstitucionalidade encontra similitude nas Constituições Estaduais, especialmente ante o comando maior de que não se pode deferir a competência de propositura desta ação a um único órgão. No entanto, não podem, nem a lei nem a prática forense, alargar ainda mais o elenco de autoridades habilitadas à autoria desse mecanismo. Neste sentido, o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“É inadmissível a arguição de inconstitucionalidade em tese, de lei ou ato normativo municipal, mediante representação do chefe do Ministério Público local, por não estar autorizado pelo sistema constitucional vigente, extinguindo-se o processo com fundamento no art. 267, VI, do CPC.” (TJMG — DJ 4-9-90 — ADCOAS 130799.)

#### 10. *As medidas cautelares relativas à inconstitucionalidade*

No caso em que haja pedido de medida cautelar, o relator submetê-la-á ao Plenário e, somente após a decisão solicitará as informações.

A concessão de medida cautelar em representação de inconstitucionalidade gera efeitos imediatos, quando aprovada pelo Plenário da Suprema Corte, e, por isso, “não é bastante a evidência do *fumus boni juris*, sendo indispensável a demonstração do *periculum in mora*” (RTJ 125/56), e só deve ser concedida quando, à evidência, sua vigência acarretar graves transtornos com lesão de difícil reparação” (RTJ 101/928; 102/488).

Ao operar *ex nunc*, ou seja, a partir do momento em que o Supremo Tribunal a defere, a medida cautelar suspende a execução da lei. Mas, não o que se aperfeiçoou durante a sua vigência, isto é, entre a sua eficácia e a suspensão pela liminar (STJ — Pleno, DJ 24-6-1988, p. 16-112). Ademais, tal medida torna aplicável a legislação anterior acaso existente, e não impede que se edite nova lei na conformidade das regras constitucionais inerentes ao processo legislativo (RTJ 120/64).

A exigência de decisão do Plenário é da Constituição Federal em relação ao Supremo Tribunal Federal, o mesmo não acontecendo em todos os Estados-Membros, por ser, apenas, norma de imitação. Em Minas Gerais, por exemplo, "compete à Corte Superior deferir ou não as liminares em ação direta de inconstitucionalidade de leis municipais, podendo o Relator, em casos urgentes, julgá-los *ad referendum* da Corte". (TJMG — DJ 3-10-90 — ADCOAS 130590).

#### 11. O recurso extraordinário

Terminado o julgamento da instância recursal, são cabíveis, tanto o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, quanto o recurso extraordinário para o Pretório Máximo. Esta propositura pode ser, ou alternativa, ou mesmo cumulativa.

No caso do recurso extraordinário, em que se busca deslindar questão constitucional, é indispensável — como de resto em todas as peças processuais — uma nitidez e clareza da questão constitucional proposta, e com especial ênfase, o dispositivo constitucional que se entende vulnerado.

O Supremo Tribunal Federal tem decidido que "não se conhece de recurso extraordinário em que não foi mencionado o dispositivo constitucional (artigo e alínea, se for o caso) que o autoriza" (RTJ 123/375).

No mesmo sentido: "Desatende aos requisitos do art. 321 do RISTF, e por isso não é conheável, o recurso extraordinário que não faz a precisa indicação do dispositivo ou alínea que o autorizam (RTJ 113/1409; 123/529).

Igualmente "é inadmissível recurso extraordinário quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia", como está na Súmula n.º 284.

Ademais, os fundamentos do recurso extraordinário constantes da petição de interposição, não podem ser aditados ou alterados, pois não vigora, quanto à fase preliminar de conhecimento desse recurso, o princípio *jura novit curia*. (RTJ 90/516; 113/1.409).

#### 12. As disposições da Lei n.º 8.038, de 1990

Esta Lei institui normas procedimentais especiais, inclusive o Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal. No sistema anterior, até mesmo os recursos ordinário e extraordinário eram julgados conjuntamente pelo Tribunal Pleno, quando interpostos no mesmo processo de mandado de segurança ou de *habeas corpus* (Súmula n.º 299, do STF), o que persiste. Agora, a Lei Mais Alta deferiu competência a Tribunais diferentes, para julgamento do recurso especial e do recurso extraordinário.

A Lei n.º 8.038, de 1990, disciplinou expressamente a questão da interposição de tais recursos, especificando prazos e mecanismos de operação processual.



O recurso extraordinário, nos casos previstos na Constituição, será interposto no prazo de quinze dias (que será comum se, simultaneamente, for igualmente interposto o recurso especial), perante o Presidente do tribunal recorrido. Petições distintas, cada uma delas dirigida ao tribunal competente, conterão: (I) a exposição do fato e do direito; (II) a demonstração do cabimento do recurso interposto e (III) as razões do pedido da reforma da decisão recorrida (art. 26).

A Súmula n.º 322, do STF, já restringe a postulação, ao determinar que “não terá seguimento pedido ou recurso dirigido ao STF, quando manifestamente incabível, ou apresentado fora de prazo ou quando for evidente a incompetência do Tribunal”.

Recebida e protocolada a petição, pela Secretaria do Tribunal de cuja decisão se recorre, será intimado o recorrido, sendo-lhe aberto o prazo de quinze dias para a apresentação de contra-razões, ao fim do qual serão os autos conclusos para admissão, ou não, do recurso, no prazo de cinco dias. Admitidos apenas com efeito devolutivo, serão os autos com os recursos extraordinário e especial, de imediato remetidos ao Superior Tribunal de Justiça e, concluído o julgamento do recurso especial, os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal, para a apreciação do recurso extraordinário, se este não estiver prejudicado (art. 27).

Na hipótese de o relator do recurso especial considerar que o recurso extraordinário é prejudicial daquele em decisão irrecorrível, sobrestará o seu julgamento e remeterá os autos ao Pretório Excelso para julgar o extraordinário. No entanto, se o relator do recurso extraordinário, em despacho irrecorrível, não o considerar prejudicial, devolverá os autos ao Superior Tribunal de Justiça, para o julgamento do recurso especial (art. 27, §§ 5.º e 6.º).

Na hipótese de denegação dos mencionados recursos pelo Presidente do Tribunal recorrido, caberá agravo de instrumento para o Presidente da Corte Mais Alta competente, no prazo de cinco dias.

Cada um dos agravos de instrumento deverá ser instruído com as peças indicadas pelo agravante e pelo agravado, e além das mencionadas no parágrafo único do art. 523 do CPC, deverá conter o acórdão recorrido, a petição de interposição do recurso e as contra-razões, se houver.

Distribuído o agravo de instrumento, o relator proferirá decisão. Na hipótese de provimento, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito do recurso especial, o relator determinará, desde logo, sua inclusão em pauta, observando-se, daí por diante, o procedimento relativo àqueles recursos, admitida a sustentação oral. Idêntico procedimento se aplica ao agravo de instrumento contra a denegação de recurso extraordinário (salvo quando, na mesma causa, houver recurso especial admitido e que deva ser julgado em primeiro lugar).

Da decisão do relator que negar seguimento ou provimento ao agravo de instrumento, cabe agravo para o órgão julgador, no prazo de cinco dias.

**INCONSTITUCIONALIDADE — AÇÃO RESCISÓRIA — NÃO ARGÜIÇÃO — IRRELEVÂNCIA.** A argüição de inconstitucionalidade, se não tratada no *decisum* rescindendo, é motivo para considerá-la irrelevante. Ademais, se se pretender estender inconstitucionalidades declaradas pela Suprema Corte quanto a dispositivos de lei de outros Estados que cuidem da mesma tese, é, portanto, extensão analógica, tema que se rechaça. (TJ-MG, Ac. Cam Cív. Reun. DJ 16 a 18-5-90. ADCOAS 129227).

### 13. *Os aspectos regimentais na Suprema Corte*

Reunido com a presença de, no mínimo, seis Ministros, o Supremo Tribunal Federal tem *quorum* para deliberar, em matéria constitucional, de oito Ministros, votando igualmente o Presidente.

O Ministro Relator pedirá informações à autoridade de quem tiver emanado o ato, ou ao órgão legislativo que for autor da norma, podendo até serem dispensadas, caso seja julgado de urgência pelo Ministro Relator. Com as informações, ou sem estas, e entendendo ainda o Ministro Relator que a decisão é urgente, em face do relevante interesse de ordem pública que envolve, poderá, com prévia ciência das partes, submetê-lo ao conhecimento pelo Tribunal, que terá a faculdade de julgá-lo com os elementos de que dispuser.

Recebidas as informações, será ouvido o Procurador-Geral da República, que se manifestará em 15 dias, findo os quais se marcará dia para julgamento.

Ao estatuir que "o Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal" (art. 103, § 1.º), o Texto Maior conferiu-lhe a atribuição de participar de todos os processos em que a análise da constitucionalidade venha a ocorrer, não só as suscitadas em ação direta, como nos demais processos submetidos ao crivo do Pretório Máximo pela via do recurso extraordinário.

Por outro lado, "quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado" (art. 103, § 3.º).

São funções distintas: ao Procurador-Geral da República é dada a competência para opinar, favorável ou contrariamente — ser previamente ouvido —, enquanto ao Advogado-Geral da União, a Norma Fundamental atribui a função de defender o ato ou texto impugnado. Na primeira hipótese, há uma faculdade de resultado alternativo; na outra, existe a obrigatoriedade de ação de defesa do ato ou texto em exame.

Interpretando essa obrigação constitucional, foi definido pela Corte Suprema: **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO — COMPETÊNCIA — § 3.º DO ART. 103 DA CF/88 — EXEGESE —** *Compete ao Advogado-Geral da União, em ação direta de inconstitucionalidade, a defesa da norma legal ou ato normativo impugnado, independentemente de sua natureza federal ou estadual. Não existe contradição entre o exercício da função normal do Advogado-Geral da União, fixada no caput do art. 131 da Carta Magna e o da de defesa da norma ou ato inquinado, em tese, como inconstitucional, quando funciona como curador especial, por causa do princípio da presunção de sua constitucionalidade*". (STF — Ac. unan. Tribunal Pleno DJ de 30-3-90 — Rel.: Min. MOREIRA ALVES).

Efetuada o julgamento, com o *quorum* mínimo de 8 Ministros, proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou ato impugnados, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis Ministros.

Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de inconstitucionalidade, estando licenciados ou ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o *quorum*.

Na circunstância de se examinar matéria constitucional oriunda do Tribunal Superior Eleitoral, onde têm assento Ministros da Suprema Corte, cumulativamente, estes não estão impedidos no julgamento constitucional, mesmo que "tenham funcionado no mesmo processo ou no processo originário" (STF — Súmula n.º 72).

Proclamada a constitucionalidade ou não alcançada a maioria para a declaração da inconstitucionalidade, a representação será julgada improcedente.

Declarada a inconstitucionalidade, no todo ou em parte, o Presidente do Tribunal imediatamente comunicará aos órgãos interessados e, transitado em julgado o acórdão, remeterá cópia autêntica da decisão ao Presidente do Senado, para que, de acordo com o disposto no inciso X do art. 52 da Carta Maior, "suspenda a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

Também cabe ao Pretório Excelso deliberar sobre a inconstitucionalidade por omissão, sempre que um órgão de Governo não tomar as medidas necessárias para tornar efetiva uma norma constitucional. Neste caso, declarada essa inconstitucionalidade por omissão, "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".

A decisão é terminativa. A esse respeito já entendeu o Supremo Tribunal Federal que "não cabe ação rescisória contra acórdão proferido em representação de inconstitucionalidade" (RTJ 94/49).

# Ação Direta Subsidiária de Inconstitucionalidade: a Legitimidade do Cidadão Brasileiro

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA  
Professora Titular de Direito Constitucional  
da Faculdade de Direito da PUC/MG. Pro-  
curadora do Estado de Minas Gerais

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. O direito público à constitucionalidade. 3. O cidadão e o controle da constitucionalidade por via de ação: proposta de ação direta subsidiária de inconstitucionalidade: natureza, legitimidade, competência, processo. 4. Conclusões.*

### 1. Introdução

Constituição é a lei sublimada. É a semente viva e fecunda do Direito de um povo, que se faz raiz e se traduz no florescimento de suas normas. Não há direito que sobreviva e se faça eficaz sem a efetividade da Constituição. Por isto é imperioso o acatamento integral da norma constitucional, porque dela provém o sentido e a validade de todas as normas que compõem o sistema jurídico de uma sociedade estatal.

Como no mistério da vida explicado pelo sopro do Criador sobre a criatura de barro formada, o Direito pode explicar a germinação das normas pela animação que somente lhes pode dar a corrente constitucional, a lhes vivificar validamente e permitir-lhes o ingresso e perseverança no sistema jurídico.

É a Constituição que tem o poder de dar alma às demais normas que se inserem no sistema. Sem o seu sopro vivificador as normas não têm existência válida, nem produzem efeitos definitivos. Por isto tenho chamado a Constituição de norma-mãe, pois que dela derivam todas as outras normas que compõem o Direito de um povo.

A Constituição tem o destino e a fatalidade da criação jurídica de um povo. É parte de sua caminhada e quase sempre é tanto o caminho quanto o passo do caminhante humano em sua história.

Quanto mais a torrente mutante dos acontecimentos modifica o espírito de Constituição no momento atual, mais a importância dela cresce, pois a busca de segurança externa, com a qual o homem trabalha para vencer a sua incessante mutação interna, tem no Direito o único instrumento de certeza que lhe permitiria fazer segura esta vida tão insegura e incerta que se põe para ser vivida.

Quanto mais democrática a sociedade, mais a Constituição se aproxima dos indivíduos, deixa de ser apenas bíblia de advogados e juizes para ser diário dos cidadãos.

Mais conhecida a Constituição, tanto mais é ela exigida em sua observância e quanto mais a Constituição se cumprir em seu espírito vivo e adequado ao povo mais justa pode ser esta sociedade.

Por isto, o controle da constitucionalidade toma contornos mais vivos e imprescindíveis e o seu alcance modifica-se pelo atributo da norma infraconstitucional controlada. Enquanto nos primórdios do controle de constitucionalidade (início do século XIX) o ponto nodular da averiguação conduzida no exercício da função controladora recaía sobre o atributo da validade da norma — o que ensejou, inclusive, inicialmente, o controle do cometimento normativo — tem-se que o problema central da constitucionalidade que hoje se põe a exame é a soma daquele fator — validade da norma elaborada pelo Poder Público — mais e, principalmente, a eficácia e efetividade da norma constitucional. O controle estende-se e somente será eficiente e adequado ao constitucionalismo contemporâneo à medida que atender à demanda social de cumprimento integral e respeito total à Constituição pelo Poder Público e pelos particulares.

A questão nuclear do constitucionalismo contemporâneo parece-me ser a eficácia e a efetividade da Constituição e o que se põe à solução — talvez como o grande desafio para o Direito Constitucional contemporâneo — é como se exercer uma forma de controle ao respeito e observância integrais e impreteríveis da Constituição.

Embora se esteja a repetir, quase dois séculos após o primeiro passo, a mesma prática de controle extraordinariamente pensada pelos norte-americanos, dúvida alguma pode restar de que a Constituição mudou, porque o mundo mudou e, como não poderia deixar de ser, o Direito mudou para acompanhar todas as mudanças processadas na sociedade e no Estado. O sentido, o conteúdo, e a prática do constitucionalismo contemporâneo não pode ter apenas o modelo tomado ao final do século XVIII.

O controle de constitucionalidade tem, pois, que somar ao paradigma praticado segundo a feição que lhe foi conferida por MARSHALL novos instrumentos e formas que o façam compor-se com as necessidades do Direito Constitucional contemporâneo.

É certo que novas práticas têm sido introduzidas nesta matéria, a maior delas tendo sido o controle da inconstitucionalidade por omissão.

O que aqui se propõe é, em face do Direito Constitucional positivo brasileiro, cogitar-se de um instrumento que permita ao cidadão o papel político de titular do direito público subjetivo à constitucionalidade e de fazer-se, neste passo, titular de ação pela qual se busque o exercício do controle da constitucionalidade independentemente de outro interesse ou direito senão o de ver respeitada e obedecida a Lei Maior.

## 2. *O direito público subjetivo à constitucionalidade*

Constituição é lei e Constitucionalidade é direito. Todo aquele que, na condição jurídica de cidadão de um Estado, faz parte desta sociedade, vinculando-se ao Estado e submetendo-se às suas leis em caráter permanente, tem o dever de cumpri-las e o direito de exigir de todos o seu igual cumprimento.

Nenhum cidadão tem a certeza jurídica de qualquer direito se a Constituição — supernorma, base do sistema positivo — não for acatada integralmente por todos os governantes e seus concidadãos

Por isto a constitucionalidade é o direito público subjetivo magno, de que é titular todo cidadão. E, conseqüentemente, ao sistema constitucional que se quer preservar e se dar a observância inteira, como é de sua essência, cumpre assegurar o exercício daquele direito.

Para tanto não basta que o cidadão, na condição de parte de uma ação, excepcione-se do cumprimento de uma norma contrária à Constituição por determinação judicial. Este não é o exercício do seu direito à constitucionalidade, pois o fim buscado na ação, na qual a constitucionalidade de comportamento público comissivo ou omissivo seja questionado, há que ser outro, sendo a questão da constitucionalidade apenas o fundamento da decisão judicial.

Este não é, pois, o exercício político democrático de um direito, como ocorre no controle direto e exclusivo desempenhado pela via da ação direta. É nesta forma de controle, pela qual o cidadão tem uma

ação para postular o seu direito à constitucionalidade, que se tem a dimensão democrática maior do direito constitucional de um povo.

Sem ação direta de controle de constitucionalidade titularizada processualmente pelo cidadão não se tem a garantia democrática contemporânea do controle, não se permite que a Constituição seja efetivamente do povo.

### *3. O cidadão e o controle da constitucionalidade por via de ação: proposta de ação direta subsidiária de inconstitucionalidade*

No Brasil, democracia, em geral, é pensada sem povo. Aliás, o Brasil tem sido pensado e vivido, na maior parte de sua história, sem democracia. O Direito brasileiro reflete bem esta triste situação.

Por isto, talvez a dificuldade e o temor que a presença do povo ainda traduz e que tem levado a decisões como a de subtrair-se do sistema constitucional a legitimidade ativa do cidadão para a ação direta de inconstitucionalidade.

Tradicionalmente se adotou no Brasil o controle de constitucionalidade pela denominada "via de exceção", o que não significa legitimação do cidadão para o exercício daquele controle, mas tão-somente a sua legitimação para se excluir da obrigatoriedade de norma inválida por ser contrária à Constituição. Entretanto, nesta atuação o cidadão não exerce, efetiva e diretamente, o seu direito político de buscar e exigir a constitucionalidade dos comportamentos públicos como um direito fundamental autônomo.

A introdução no sistema jurídico brasileiro da ação direta de inconstitucionalidade — primeiramente a ação denominada interventiva e, na década de sessenta, a ação direta de inconstitucionalidade significou um avanço indubitável na matéria focada, mas trouxe o traço firme da situação de afastamento do povo do seu direito a que o Direito seja efetivamente observado e acatado: a legitimação ativa inicialmente posta no sistema jurídico fez-se exclusiva do Procurador-Geral da República, cargo, então, de provimento comissionado segundo a confiança do Presidente da República. Como o Estado brasileiro vivia, naquele período, o modelo autoritário, no qual a sociedade e os seus cidadãos devem ser confinados em estreitos e silenciosos limites afastados do Poder e dos centros de decisão política, justificava-se e compreendia-se aquele distanciamento.

O advento da fase democrática iniciada em meados da década de oitenta ensejou a modificação do tratamento da ação direta de inconsti-

tucionalidade na constituinte de 87/88, ampliando-se o rol dos legitimados ativos. Inseriu-se no elenco das pessoas e agentes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade titulares de cargos e órgãos políticos (Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e de Assembléia Legislativa, Governador do Estado, o Procurador-Geral da República) e entidades cujas funções ou atividades vinculem-se a objetivos públicos e comprometam-se, então diretamente à sociedade (Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional).

Com a inteligência oferecida de que este rol de legitimados é exaustivo, verifica-se ter sido excluída do cidadão a faculdade de valer-se da via direta de arguição judicial de inconstitucionalidade para participar ativamente e em nome e por direito próprio, do controle de constitucionalidade por via judicial diretamente voltada a este objetivo.

De alguma forma, pode-se afirmar que este sistema — bastante completo como é o modelo brasileiro — peca por conter o instrumento de controle direto, mas não dotar da faculdade de seu uso o cidadão. Esta é uma forma de distanciar o cidadão da principal senda processual de participação direta na dinâmica constitucional feita através do controle de constitucionalidade das normas. O cidadão brasileiro — com esta opção — continua espectador da ebulição constitucional, pelo menos no que se refere à sua condição de principal sujeito da preocupação do sistema jurídico e principal autor e controlador da aplicação do Direito Positivo. O cidadão continua, no Brasil, sem se considerar responsável pela Constituição. O Poder não deseja e a sociedade não acredita que a Constituição seja questão principalmente afeta ao cidadão. Não há outro motivo para privá-lo daquele acesso ao Poder Judiciário como autor de ação direta de inconstitucionalidade. Pois então o cidadão continua a não ver ou participar diretamente do Direito.

O sentido maior do controle da constitucionalidade é a capacidade que o instrumento controlador põe no sistema jurídico de ele ver-se a si mesmo e impedir ou desfazer eventuais agravos à sua aplicação. Segundo o Padre Antônio Vieira “para um homem se ver a si mesmo, são necessárias três coisas: olhos, espelho e luz. Se tem espelho e é cego, não se pode ver por falta de olhos; se tem espelho, e é de noite, não se pode ver por falta de luz. Logo, há mister luz, há mister espelho e há mister olhos”. E, ainda seguindo a lição do sábio português e aplicando-se-a à Constituição, com ele poder-se-ia perguntar: que coisa é o controle de



constitucionalidade senão entrar o Direito em si e ver-se a si mesmo? E se o Direito é do homem e para ele feito como permitir-se esta visão quando ausente o homem em sua ação direta de buscá-la?

A realização do controle demanda olhos para ver, e estes são os órgãos do Poder Judiciário, no Brasil encarregados de verificar e afirmar o Direito nas normas confrontantes; o espelho é a Constituição, na qual se reflete a norma cuja imagem se pretende ter segundo o modelo magno; a luz é a efetividade que a Constituição tem e que lhe vem da sociedade, sem a crença e comprometimento da qual todo Direito é inútil. A luz do Direito são os cidadãos aos quais e pelos quais ele se há de dar à aplicação. De que adianta, pois, o melhor espelho e os melhores olhos sem luz que lhes dê a ver a imagem refletida?

A democratização da sociedade reside na participação popular direta cada vez mais firmemente assegurada. Não apenas no Poder Legislativo e no Executivo deseja-se e espera-se a presença do povo, mas igualmente no Poder Judiciário, em todas as formas de realização da justiça.

A legitimação ativa do cidadão brasileiro para a ação direta de inconstitucionalidade recebe o seu fundamento e a sua forma possível na própria Constituição, podendo, pois, sem embargo da lista de legitimados posta em seu art. 103, ser acolhida.

A Constituição da República Brasileira adota a democracia semidireta, do que se dá a conhecer em seu art. 1.º parágrafo único:

“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

O fundamento da atuação do Poder do Estado — não apenas de algumas de suas atribuições, mas de todas as que pelos seus órgãos e poderes se exercem — reside no único titular constitucionalmente estabelecido, que é o povo.

A Constituição não incluiu o cidadão no rol dos legitimados ativamente para a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), consoante antes relevado, mas não proibiu a sua inclusão por meio de lei. Até porque, em seu art. 102, parágrafo único, estabeleceu-se na Carta Magna que:

“A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, *na forma da lei.*” (Grifo do autor.)

A forma que tomará a ação direta de inconstitucionalidade é, pois, a que se lhe der a lei a ser elaborada em cumprimento ao estatuído naquele dispositivo constitucional. O único elemento daquele processo que a Constituição vinculou foi o relacionado à competência, ali conferida ao Supremo Tribunal Federal, sem possibilidade de qualquer modificação por norma infraconstitucional.

A lei a que se refere o parágrafo supra mencionado pode ser de iniciativa do Poder Judiciário ou de qualquer cidadão, na forma do disposto no art. 61, § 2.º, da Constituição da República ou, ainda, de qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional.

Nesta lei se pode fazer incluir, em cumprimento ao princípio democrático da participação direta do cidadão acolhida pela Lei Magna, a legitimidade do cidadão para a ação direta de inconstitucionalidade.

E para que o sistema constitucionalmente posto não se altere substancialmente em sua configuração atual e que se mantenha a legitimação ativa primária das pessoas, órgãos e entidades prevista no art. 103, da Constituição da República, propõe-se seja instituída a ação direta subsidiária de inconstitucionalidade. Nesta, a legitimidade passa ao cidadão se aqueles agentes e pessoas arroladas no dispositivo acima mencionado não exercer, em prazo legalmente fixado, a sua competência ativa.

Esta ação seria subsidiária porque a principal continuaria a seguir o parâmetro atual, segundo o qual compete o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade àqueles para tanto legitimados pelo art. 103, da Constituição da República.

O objetivo da introdução desta ação no sistema jurídico nacional seria permitir-se a atuação uniforme e parcimoniosa do Poder Judiciário no exercício do controle judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos, sem que a omissão dos agentes e entidades listados na Constituição como legitimados para ajuizá-la pudesse frustrar a sociedade do seu direito à constitucionalidade.

Quem recebe competência para o exercício de função pública, como se dá na espécie versada, não atua porque quer, quando e como deseja, segundo a sua vontade, até porque a vontade não conta no desempenho de atividade pública. Antes, o fundamento e o norte do exercício reto de competência pública legalmente outorgada a um agente ou entidade está

no atendimento da finalidade pública que se busca realizar. O encaminhamento do controle ao órgão controlador — no caso em apreço, ao Supremo Tribunal Federal — tem que ser feito considerando-se o que a sociedade espera. Espera-se que o Poder Judiciário, pelo seu órgão de cúpula, seja provocado para fazer-se guardião efetivo e eficaz da Constituição. Se o agente ou entidade que substitui à sociedade ou a representa no exercício da legitimidade ativa não age, não pode o sistema jurídico ver-se ao desamparo da atuação judicial controlada da constitucionalidade, nem a sociedade estatal ver-se impotente diante de tal omissão. A cada cidadão, como titular do direito fundamental à constitucionalidade, há que ser conferido, subsidiariamente, o direito de ajuizar a ação direta e possibilitar o desempenho judicial da função controladora da constitucionalidade.

A competência não se alteraria, assim, quanto ao exercício primário conferido constitucionalmente aos agentes, órgãos e entidades listados no art. 103, da Constituição da República. Ademais, e à maneira do que se encontra no sistema jurídico nacional quanto à ação popular e à ação penal, cogita-se da manutenção da legitimação ativa do Ministério Público, pelo Procurador-Geral da República, para comparecer ou assumir a ação direta de inconstitucionalidade proposta por cidadão, quando dela desistir este e desde que se mostre digna de sustentação a arguição judicialmente feita.

O fundamento da legitimidade ativa subsidiária do cidadão é encontrado na Constituição. Desde o seu art. 1.º, parágrafo único, firma-se a presença ativa do cidadão como titular do Poder. A afirmação desta titularidade, como antes lembrado, não se exaure no voto, ou na sua atuação perante o Poder Executivo e o Poder Legislativo. O sistema constitucional conferiu, em atenção ao modelo de democracia semidireta adotado, garantias constitucionais como, por exemplo, a ação popular, entregue ao desempenho ativo do cidadão perante o Poder Judiciário.

A ação direta de inconstitucionalidade é, iniludivelmente, uma garantia constitucional que decorre do sistema jurídico posto. Por isto a instituição da ação direta subsidiária de inconstitucionalidade cumpre o disposto no § 2.º do art. 5.º da Carta Magna, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. . .”.

Como afirmado antes, a primeira garantia que um cidadão tem no Constitucionalismo contemporâneo é o de que a Constituição não seja uma mentira jurídica, um disfarce normativo, um embuste legal. Antes,

deve ele ter a certeza de que a Constituição vale como norma suprema e que a ruptura ou afronta a esta supremacia normativa não subsiste. A insubsistência e desfazimento de eventuais agravos à Constituição, que quebra a certeza que o indivíduo deve ter no Direito, tem que encontrar mecanismos diretos e céleres, colocados à visão ou à mão do titular do Poder do Estado.

A ação direta de inconstitucionalidade, que denomino aqui primária apenas para distinguir daquela que proponho e que teria natureza subsidiária, tem a virtude de impedir o fluxo precipitado, intempestivo ou avassalador da função judicial, mormente quando o sistema concentra a competência de seu conhecimento e julgamento em um único órgão do Poder Judiciário. O que não se poderia ter como certo, entretanto, é que a inação daqueles que foram encarregados pela Constituição de deflagrar o processo de controle direto e de efeitos gerais pudesse ter assento e aceitação no sistema jurídico, deixando inerte e desprotegido o cidadão, núcleo do pensamento e do tratamento constitucional contemporâneo. O cidadão não é um peregrino do Direito, nem um indigente do sistema judicial. Ele é o titular do Poder e o sujeito a partir do qual e para o qual todas as formas do Direito hão de ser pensadas e todas as questões jurídicas resolvidas.

A finalidade do controle seria cumprida, então, pelo acesso do cidadão ao Poder Judiciário, para suprir ausência que tornasse vão o sistema de controle direto posto na própria Lei Maior como anticorpo para impedir a configuração de doença a comprometer a segurança do Direito Constitucional Positivo. A configuração do vício sem a imediata reação dos anticorpos conduz à imperiosidade da inoculação de remédio, pelo exerço de tratamento subsidiário, mas imprescindível para impedir a propagação do mal.

Como a atuação tempestiva dos agentes, órgãos e entidades figurados na listagem constitucional dos legítimos ativos para a ação direta de inconstitucionalidade cumpre o papel de deflagração do controle judicial da constitucionalidade e garante o sossego dos cidadãos quanto a seus direitos — basicamente quanto à certeza de que os direitos reconhecidos, concedidos e assegurados fundamentalmente na Constituição seriam integralmente acatados — dúvida alguma pode restar de que desnecessária seria, então, a atuação individual dos cidadãos se aqueles atuassem tempestivamente. Não o fazendo, contudo, emergiria a legitimidade ativa subsidiária do cidadão para a ação direta de inconstitucionalidade. A inquietude política

e o perigo social a que conduz a frustração dos cidadãos quanto à certeza de seus direitos e à eficácia das instituições judiciais em defesa deles pela omissão dos agentes e entidades capacitados a agir em seu nome determina que o substituído processualmente possa comparecer judicialmente e pleitear o exercício da jurisdição constitucional, fazendo, assim, valer o seu direito ao controle da constitucionalidade. Destarte, não se permite o malogro do sistema jurídico fundado na idéia da supremacia constitucional e na certeza do acatamento de seus princípios e regras.

Não se insurja contra a ação direta subsidiária ao argumento de que a possibilidade da presença do cidadão conduziria a excesso destas ações, dificultando a prestação eficiente da jurisdição constitucional.

Nem se admita como certo que o aumento constitucionalmente havido no número de legitimados ativos para a ação direta já teria sido excessivo, tendo gerado acréscimo indesejado daquelas ações no período subsequente à Carta Magna de 1988.

Em primeiro lugar, porque o que hoje se observa — o ajuizamento de um número de ações diretas muito maior após o advento da Constituição de 1988 do que jamais se viu sob a égide da Constituição de 1967 e da Emenda n.º 1/69 e que se imputa ao número de legitimados ativamente para aquela espécie ativa — não decorre, seguramente, do elemento subjetivo acolhido no modelo da Constituição de 1988. Este é um falso problema, pelo menos se se tem em vista a realidade do Direito Constitucional Brasileiro. E o argumento de que o excesso de ações diretas ajuizadas nestes primeiros três anos de vigência da Carta Magna de 1988 decorre do número de legitimados ativos é falacioso e transmuda o polo principal do discurso jurídico para sede imprevista e equivocada.

Três parecem ser os motivos do maior número de ações diretas ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal desde 5 de outubro de 1988: a) primeiro lugar, à promulgação da Constituição da República seguiu-se experiência inédita no Brasil, qual seja, o da possibilidade de o Presidente da República editar medidas provisórias com força de lei, o que foi feito sem cuidados ou obediência restrita às normas constitucionais e que ensejou, nos momentos subsequente à promulgação da Lei Magna a contestação judicial, pela via da ação direta, daqueles documentos normativos. Ademais, a partir de setembro de 1989, os vinte e seis Estados-Membros da Federação Brasileira promulgaram as suas Constituições Estaduais e, sabe-se, no exercício do poder constituinte instituído decorrente os limites da autonomia estadual

foram muitas vezes desbordados, abrindo ensanchas a grande número de ações diretas de inconstitucionalidade que tiveram que ser ajuizadas, para que se voltasse ao veio natural da constitucionalidade. Este fenômeno concernente ao questionamento de normas constitucionais estaduais é esporádico, episódico, não tem repercussão nem modelo permanente e, portanto, somente nestes primeiros momentos da entronização de uma nova ordem constitucional nacional e estadual é que se têm as experiências reiteradas das ações diretas com a frequência observada em 1989/1990 no Brasil. Haverá, com certeza, com o julgamento daquelas ações o apaziguamento das situações jurídicas e, inclusive, um ensinamento de constitucionalidade naqueles julgamentos, determinando eles uma nova postura dos legisladores tanto federais quanto estaduais. Tal aprendizagem pode ser, ainda que tenuamente, notada na esfera das medidas provisórias, que com o passar do tempo vai acalmando a efervescência normativa do Presidente da República, sabedor que se vai fazendo que os arroubos legislativos serão coartados pelo Supremo Tribunal Federal exatamente por meio da ação direta de inconstitucionalidade; b) em segundo lugar, o advento de uma nova ordem constitucional traz uma série de questões referentes a interpretações de normas contidas no documento magno que propiciam a criação ou a recriação de novos regramentos e que, às vezes, conduzem a questões de constitucionalidade que somente o tempo e a interpretação da Carta Magna fará cessar. A inteligência da Constituição, oferecida pela jurisprudência e pela doutrina, deverá superar, em algum tempo, estes desmandos e incontínuas normativas. É normal esta ebulição no momento subsequente à criação de uma nova ordem jurídica, que, no entanto, a decantação constitucional resolverá por certo; c) em terceiro lugar, e principalmente, a legitimidade democrática de nossa nova ordem constitucional impôs práticas desconhecidas ou esquecidas desta pátria: ao Ministério Público Federal, pela figura de seu Procurador-Geral, outorgou-se competência para questionar, em nome da sociedade, leis e atos normativos que manifestassem ou deixassem transparecer ofensa à Constituição. Este agente, não mais submetido aos comandos administrativos que a subordinação ao Presidente da República no sistema anterior impunha, atua com independência no exercício de sua legitimidade ativa. Também este dado fortaleceu e aumentou o número de ações diretas de inconstitucionalidade.

Assim, não apenas, nem principalmente o número de legitimados ativos para a ação direta, arrolados pela Constituição Federal ensejou o aumento destas ações ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal.

Nem se sabe se efetivamente, o cidadão brasileiro — tão pouco afeito a processos judiciais — utilizará com a freqüência até mesmo temida, como algumas vezes se proclama, aquela ação quando tal legitimidade lhe for conferida. Tem ele, por exemplo, conforme antes lembrado, a titularidade da ação popular e sabe-se como tão pouco ela é utilizada no país, a despeito de todos os senões havidos na Administração Pública Brasileira e que poderiam possibilitar o seu exercício. E o juízo competente para conhecer e julgar a ação popular está muito mais próxima do cidadão do que estará com certeza o Supremo Tribunal Federal, que em sua localização geográfica mesma dificulta pensar-se num deslocamento mais freqüente do cidadão para o exercício indiscriminado ou abusivo daquela ação.

Mas não apenas por estes dados encontrados na experiência brasileira se pode cogitar do melhor uso da ação direta de inconstitucionalidade.

A lei que de seu processo vier a cuidar poderia estabelecer, à maneira do que ocorre com o mandado de segurança, juízo prévio de conhecimento, para que os requisitos necessários a seu julgamento devessem ser apresentados com a petição inicial, faltante os quais poderia ela ser arquivada, conforme ocorre no “mandamus” (art. 8.º, da Lei n.º 1.533/51).

#### 4. *Conclusões*

Como a Constituição da República estabelece (arts. 102, parágrafo único e 103), a competência para o conhecimento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade quando o parâmetro do juízo buscado for a Constituição da República é o Supremo Tribunal Federal.

A ele compete ter a grandeza que a sociedade espera do órgão de cúpula do Poder Judiciário e convocar o cidadão a auxiliá-lo no exercício da principal função que lhe foi outorgada pela Constituição: ser o seu guardião e, por óbvio, ser o esteio de todas as garantias conferidas por ela aos brasileiros.

Esta promoção deve ser feita não com o afastamento do cidadão, mas com a sua legitimação como autor de ações como esta que controla verdadeiramente o Direito, tornando-o, assim, partícipe e responsável direto pela Constituição.

Não queiramos uma justiça cega por falta de luz em seus olhos. A Constituição é do povo, existe por ele, faz-se por ele. Não há Justiça humana fora da esperança do cidadão no Direito. Não há esperança no Direito com o encastelamento do Poder Judiciário em palácios vedados aos pés dos cidadãos.

# A Concessão de Obra Pública no Sistema Constitucional

TORQUATO JARDIM

Advogado. Professor de Direito Constitucional na Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade de Michigan (Ann Arbor). Ministro do Tribunal Superior Eleitoral

## SUMÁRIO

*1. Concessão de obra pública e autorização, concessão e permissão de serviço público. 2. Modelo constitucional de planejamento e controle estatal. 3. Financiamento da concessão de obra pública. 4. Legislação infraconstitucional para viabilização da concessão de obra pública.*

### *1. Concessão de obra pública e autorização, concessão e permissão de serviço público*

1.1. A Constituição brasileira não contempla o instituto *concessão de obra pública*. Trata, sim, da autorização, concessão e permissão de serviço público.

O art. 21, inc. XII, diz competir à União “explorar, diretamente ou mediante *autorização, concessão* ou *permissão*, os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações” (alínea *a*), “os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidro-energéticos” (alínea *b*), “a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária” (alínea *c*), “os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território” (alínea *d*), “os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros” (alínea *e*) e “os portos marítimos, fluviais e lacustres” (alínea *f*).



O art. 175, *caput*, torna incumbência do Poder Público, na forma da lei, a prestação de serviços públicos, diretamente ou sob o regime de *concessão* ou *permissão*. O parágrafo único do mesmo art. 175 remete à lei dispor sobre “o regime das empresas *concessionárias* e *permissionárias* de serviço público, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da *concessão* ou *permissão*” (inc. I), “o direito dos usuários” (inc. II), “a política tarifária” (inc. III), e “a obrigação de manter serviço adequado” (inc. IV).

1.2. Os conceitos de autorização, concessão e permissão estão, de muito, estabelecidos.

A *autorização* é “ato administrativo unilateral e discricionário, mediante o qual a Administração faculta ao particular (ou) o exercício de atividade, removendo, para tanto, o obstáculo legal impeditivo” ou “a utilização privativa de bem público” (CRETELLA JR.).

A *concessão* é a “delegação a um particular (eventualmente... ente público), pessoa natural ou jurídica, da gestão ou execução de um serviço público, por sua conta e risco e remuneração pelos usuários” (CARLOS BARROS JR.).

A *permissão* é “ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao administrado (pessoa física ou pessoa jurídica de direito privado) a prestação de certa atividade de interesse coletivo, condicionando-a ao preenchimento prévio de determinados requisitos, podendo ser dada a título gratuito ou remunerado, nas condições estabelecidas pelo Poder Público” (CRETELLA JR.).

A autorização e a permissão são atos unilaterais e discricionários; a concessão envolve sempre a figura do contrato. Aquelas precárias; esta protegida pelo pacto contratual.

1.3. A *concessão de obra pública* já foi assim estudada:

“Contrato pelo qual uma ou várias pessoas se obrigam para com a administração a fazer executar, às suas expensas, riscos e perigos, trabalho de utilidade pública mediante o recebimento de retribuição ou de outras vantagens estipuladas no ato de concessão” (DELALLEAU).

“O contrato de obras públicas tem um sentido de todo diverso das concessões de serviços públicos. Quando acompanha a concessão de serviço público, por ela é absorvido como acessório;

quando considerado isoladamente tem um conteúdo próprio, inconfundível” (BRANDÃO CAVALCANTI).

“Para realizar uma obra pública, pode a administração confiar a execução a pessoa que, ao invés de receber uma retribuição fixa, relativa à execução total, ou simplesmente proporcional ao trabalho realizado, fica incumbida de gerir o serviço público, ao qual se destina a obra, percebendo, no tempo e nas condições pré-fixada, os competentes tributos. Surge aqui a figura da concessão, na modalidade que os escritores costumam chamar concessão de obra pública” (MASAGÃO).

Vários são os processos de que se vale a administração para que a obra pública chegue a seu termo e desempenhe o papel a que lhe reservou a pessoa jurídica estatal no cenário jurídico-administrativo. Quando a administração entrega a execução de obra pública a uma pessoa, que fica encarregada de gerir o futuro serviço público, que emanará, naturalmente, da obra (servindo esta como suporte ou base no serviço prestado), recebendo a prestadora, dos usuários, a denominada tarifa, ao invés de receber a retribuição integral ou proporcional do Estado, no término da obra, temos a denominada concessão de obra pública. “Reduz-se a concessão de trabalho (ou de obra pública) a uma simples modalidade da concessão de serviço, encarregando-se também de construir, previamente, às próprias custas, as obras públicas necessárias para o funcionamento do serviço” (RIVERO). (CRETILLA JR.).

1.3.1. A concessão de obra pública reveste, então, as seguintes características:

(i) é uma relação contratual entre o Poder Público e a pessoa de direito privado (eventualmente um ente público);

(ii) tem por objeto executar uma obra pública e gerir o futuro serviço público que dela emane;

(iii) a remuneração do investimento para execução da obra e do custo de gerenciamento do serviço público, mais o lucro financeiro, previamente acordado no contrato, será obtida mediante a cobrança de tarifa.

1.4. A concessão de obra pública foi redescoberta como instrumento de uma política pública rotulada de “desestatização”. Seu propósito é reduzir

a influência e o controle do Estado sobre a atividade econômica e estimular a iniciativa privada. Cumpre, todavia, distinguir quatro conceitos de política pública, igualmente relevantes e complexos, de sorte a esclarecer adequadamente a finalidade para a qual se pretende fazer da concessão de obra pública um meio eficaz.

1.4.1. O primeiro, *privatização*. Privatizar é transferir a propriedade dos meios de produção de bens e de execução de serviços do patrimônio público para o patrimônio privado, mediante o processo estabelecido em lei (*due process*); é retirar-se o Estado da atividade econômica.

1.4.2. O segundo, *nacionalização*. Nacionalizar é transferir a propriedade dos meios de produção de bens e de execução de serviços, no todo ou em parte, do patrimônio de pessoas físicas ou jurídicas legalmente qualificadas como estrangeiras para o patrimônio de pessoas físicas ou jurídicas legalmente definidas como nacionais, mediante o processo estabelecido em lei (*due process*).

1.4.3. O terceiro, *desregulamentação*. Desregulamentar é reduzir o controle legal exercido pelo Poder Público sobre a atividade econômica e as profissões, seja por meios diretos (subsídios, controle de preços, quotas de importação e de exportação, controle cambial, licenças e registros de atividades, etc.) ou indiretos (estoques reguladores, circulação de moeda, venda de títulos públicos, etc.). Não implica a desregulamentação nem na privatização, nem na nacionalização.

1.4.4. O quarto, *delegação de competência*. Delegar competência, aqui, no sentido de política pública administrativa, é deixar o Poder Público, nos termos da lei (*due process*), a prestação de serviços e a execução de obras de necessidade ou utilidade pública ou interesse social à conta e risco de pessoa jurídica de direito privado, a qual se ressarcirá do custo e do investimento mediante cobrança de tarifa.

1.5. Assim postos esses quatro conceitos de política pública, verifica-se, de plano, que *a concessão de obra pública não serve aos propósitos de privatização, nacionalização e desregulamentação. Poderá ser útil, tão-somente, à delegação de competência.*

Nessa perspectiva, a concessão de obra pública torna-se apenas um exercício de política pública mediante interposta pessoa; um meio alternativo de intervenção do Estado na economia mediante capital de risco privado.

Revela-se, nessa ótica, a imprecisão do discurso oficial de “desestatização” e a sua clara impossibilidade de se alcançar qualquer dos objetivos anunciados de estímulo à iniciativa privada mediante redução da presença do Estado na economia. *A empresa privada torna-se, desse modo, mera “fonte alternativa de crédito” de um Estado devedor falido, incapaz de obter recursos para os serviços e obras de necessidade ou utilidade pública ou interesse social que dele se exige.*

1.6. *Importante, acima de tudo, para a compreensão do quadro jurídico com que se pretende reformar o Estado e a economia, fazendo uso da concessão de obra pública como um dos seus instrumentos, ter-se em mente o modelo constitucional da ordem econômica. Tal modelo, como se verá, está firmado em dois pilares o planejamento legal do que fazer e o controle legal do como fazer.*

## 2. Modelo constitucional de planejamento e controle estatal

2.1. A Constituição brasileira presta marcante homenagem à livre iniciativa e à livre concorrência:

(i) é *fundamento* da República Federativa do Brasil a livre iniciativa (art. 1.º, IV):

(ii) da ordem econômica é *fundamento* a livre iniciativa e *princípio* a livre concorrência (art. 170. *caput* e inc. IV).

Equilibra ideologicamente a Constituição aquela aparente vocação liberal individualista com mandamentos coletivistas socializantes:

(i) é também *fundamento* da República o valor social do trabalho (art. 1.º, IV);

(ii) constituem *objetivos fundamentais* da República o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem de todos (art. 5.º, II, III, IV);

(iii) da ordem econômica são também *fundamentos* a função social da propriedade, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego (art. 170, II, VII, VIII): e

(iv) o elenco extenso de *direitos dos trabalhadores* (arts. 6.º a 11), sem qualquer correspondência, no plano constitucional, de deveres e obrigações de qualquer sorte.

2.2. As disposições constitucionais que explicam o modelo econômico compõem um quadro inequívoco de intervenção estatal permanente, me-

diante planejamento público, em detrimento da iniciativa privada. Alguns exemplos:

(i) a competência da União para elaborar e executar *planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento econômico e social*, aprovados pelo Congresso Nacional (arts. 21, IX; 43, § 1.º, II; 48, IV; 165, § 4.º);

(ii) *plano plurianual regionalizado* das diretrizes, objetivos e metas da administração federal aprovado pelo Congresso Nacional (arts. 48, II; 165, § 1.º);

(iii) sistema *nacional* de gerenciamento de recursos hídricos de competência da União (art. 21, XIX);

(iv) incentivos regionais mediante *juros favorecidos* para financiamento de atividades prioritárias; *isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais* (art. 43, § 2.º, II, III);

(v) exploração, pela *União*, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, de serviços de radiodifusão, telecomunicações, energia elétrica, transportes em geral, aeroportos e portos (art. 21, XII, b, c, d, e, f);

(vi) *lei nacional* sobre o regime de concessão ou permissão de serviços públicos (art. 175);

(vii) o controle, mediante *lei nacional*, dos transportes em geral (art. 178 c/c art. 21, XII);

(viii) a *lei municipal* de desenvolvimento urbano, condicionadora do uso da propriedade privada urbana, a qual só cumprirá sua função social quando atender “às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (art. 182, *caput* e § 2.º);

(ix) a *lei nacional* de política agrícola, incluindo comercialização, armazenamento, transporte, e “levando em conta especialmente” o crédito, a tributação, os custos de produção, a garantia de comercialização, o seguro, etc. (art. 187);

(x) a *lei complementar* sobre o sistema financeiro nacional (art. 192), incluindo a controvertida cláusula do limite máximo de juros reais anuais (art. 192, § 3.º);

(xi) o ápice do modelo de planejamento público, a proclamação do Estado *como agente normativo e regulador da atividade econômica* o qual, mediante *lei*, exercerá às *funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado* (art. 174);

(xii) por fim, não bastasse já tamanha onisciência do “grosspalm”, a abundância constituinte ao aduzir, mais, que “a lei estabelecerá as diretrizes e bases do *planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado (sic)*, o qual incorporará e compatibilizará os *planos nacionais e regionais de desenvolvimento*” (art. 174, § 1.º).

2.3. Tamanha complexidade normativa fez surgir até um processo legislativo complementar para as leis editoras de planos nacionais, regionais e setoriais (art. 166). Cresce, mais, a ingerência estatal quando se confere competência a uma Comissão mista permanente de Deputados e Senadores para “exercer o acompanhamento e a fiscalização” daqueles planos e programas (art. 166, § 1.º, II).

2.4. Resulta do quadro constitucional que a livre iniciativa e a livre concorrência a que se refere o Texto Magno *não são aquelas próprias de uma economia de mercado, como tal entendido na história e na teoria econômicas, mas, ao contrário, expressões de uma empresa privada tolerada como instrumento alternativo de execução de política pública.*

2.5. A *concessão de obra pública*, a par de não contar com previsão constitucional (supra n.º 1), e não servir como instrumento de privatização, nacionalização ou desregulamentação (supra n.º 5), *tem reforçado*, em face do quadro constitucional de planejamento legal do que fazer e de controle legal do como fazer, *seu papel de instrumento de delegação de competência* (supra n.º 4.4). Vale dizer, será meio alternativo de financiamento de serviços e obras de necessidade ou utilidade pública ou interesse social, mediante o qual a *empresa privada planejada legalmente* se apresentará no mercado financeiro *em substituição ao Poder Público falido e sem crédito.*

2.6. Observe-se, por fim, que, embora a concessão de obra pública não sirva a qualquer dos propósitos de um programa de “desestatização” — defina-se o termo como quiser, é ela, todavia, compatível juridicamente e coerente ideologicamente com modelo constitucional de planejamento e controle estatal.

### 5. *Financiamento da concessão de obra pública*

5.1. É notório o propósito governamental de servir a concessão de obra pública, enquanto instrumento de delegação de competência (supra n.º 4.4), de estímulo à organização de *joint ventures*, ou outras formas de associação, entre empresas privadas brasileiras e suas congêneres estrangeiras. Seria um canal para entrada de capital externo sem aumento da dívida pública.

Ocorre, no entanto, que esta intenção de atrair parceiros endinheirados esbarra em outra face do modelo constitucional de planejamento e controle estatal: *tratamento diferenciado do capital estrangeiro mediante reservas de mercado e restrições de atividades em favor de empresas nacionais*.

3.2. A Carta Maior começa por distinguir entre *empresa brasileira* e *empresa brasileira de capital nacional*, mediante o critério do controle efetivo permanente (“a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades” — art. 171, I, II).

Em seguida ficou estabelecido, em favor da empresa brasileira de capital nacional, a possibilidade da lei *conceder proteção e benefícios especiais temporários* em nome da “defesa nacional” ou do “desenvolvimento nacional” ou do “desenvolvimento tecnológico nacional” (art. 171, § 1.º, I, II).

A imprecisão do conceito de empresa cresce diante da competência do Tribunal de Contas da União de “fiscalizar as contas nacionais das empresas *supranacionais* de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta” (art. 71, V).

Pergunta-se: (i) o que significa, no direito positivo, empresa supranacional e (ii) submete-se, então, ao direito público brasileiro — e aos meandros políticos do Tribunal de Contas da União, *e.g.*, o contrato de direito privado de *joint venture* entre empresa privada estrangeira e uma subsidiária ou coligada de sociedade de economia mista? Estariam, assim, os sócios estrangeiros submetidos às eventuais sanções legais (art. 71, VIII) e à “eficácia executiva” das decisões do Tribunal de Contas da União (art. 71, § 3.º)? É óbvia a posição desvantajosa do capital estrangeiro em tal circunstância.

3.3. O Poder Público, dispõe ainda a Constituição, quando da aquisição de bens e serviços, “dará preferência à empresa brasileira de capital nacional” (art. 171, § 2.º).

Outra restrição é a que assegura, mediante lei, “a predominância dos armadores nacionais e navios de bandeira brasileira e registros brasileiros e do país exportador ou importador” (art. 178, II). Não menos arqueológicas as normas sobre serem brasileiros “os armadores, os proprietários, os comandantes e dois terços, pelo menos, dos tripulantes de embarcações nacionais” (art. 178, § 2.º), ou sobre serem privativas de em-

barcações nacionais a navegação de cabotagem e a interior, “segundo dispuser a lei” (art. 178, § 3.º).

Por fim, a lei que disciplinará, “com base no interesse nacional”, os investimentos de capital estrangeiro, os reinvestimentos e as remessas de lucros (art. 172).

3.4. Este quadro constitucional restritivo do capital estrangeiro, privilegiador do capital nacional, garantidor de reservas de mercado, assegurador até de preferência na oferta de bens e serviços, mesmo ao custo de atraso científico, tecnológico e educacional, infunde marcada preocupação jurídica nos eventuais parceiros estrangeiros em concessões de obras públicas. É isto porque a Constituição tomou caminho contrário a duas tendências marcantes da economia internacional neste final de século: o primeiro, *a livre circulação do conhecimento científico e tecnológico e da mão-de-obra especializada como processo de otimização de recursos no avanço da cultura*; segundo, *a integração comercial, científica e tecnológica em blocos de países, com a finalidade não de se fecharem fronteiras, mas, ao contrário, de se viabilizarem, enquanto conjuntos associativos, uma ainda maior abertura à livre circulação do conhecimento*.

O modelo constitucional brasileiro revela-se, assim, *prima facie*, um desestimulador de associações com capitais estrangeiros.

#### 4. *Legislação infraconstitucional para viabilização da concessão de obra pública*

4.1. Os seguintes tópicos da Constituição estão, pois, a pedir urgente reflexão para que a legislação infraconstitucional possa *reinterpretar rumos*, de sorte a viabilizar a concessão de obra pública como instrumento alternativo de, mediante delegação de competência, propiciar o Poder Público à sociedade civil, mediante associação com o capital estrangeiro, as obras e serviços que se impõem por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social.

4.2. Primeiro, a lei que disciplinará os investimentos de *capital estrangeiro*, os reinvestimentos e as remessas de lucros (art. 172). Ter por base o interesse nacional deve significar, na *construção constitucional*, tornar o Brasil tão “juridicamente atrativo” quanto outros países em desenvolvimento, superando-se, definitivamente, o ufanismo nacionalista ôco de que o gigante adormecido, tão-só pelo seu tamanho, seja dono de magnetismo e oportunidades irrecusáveis. Não é esta a realidade do mercado, e o jurista não pode pretender creditar o desinvestimento apenas ao econômico. É, agora, politicamente imperioso rever o jurídico.



4.3. Segundo, a lei sobre *transportes em geral* (art. 178), como instrumento de expansão da oferta de serviços e de emprego, porquanto setor dos mais rentáveis e de mais fácil absorção de tecnologia moderna.

4.4. Terceiro, a lei sobre o regime de *concessão* ou *permissão* de prestação de serviços públicos (art. 175), questão central para a remuneração do investimento de uma concessão de obra pública, na qual se definirá:

(i) o regime das empresas concessionárias e permissionárias;

(ii) o caráter especial do contrato, sua prorrogação, caducidade, fiscalização e rescisão;

(iii) os direitos dos usuários;

(iv) a política tarifária, expressão, na verdade, por demais imprecisa, e menos feliz que a da Carta anterior (art. 167, II, III), mais clara ao qualificar o parâmetro constitucional: “tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato” e “fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior”;

(v) a obrigação de manter serviço adequado.

4.5. Particularmente relevante a *equação de remuneração do investimento mediante tarifa*, o que decorrerá do “caráter especial do contrato” (art. 174, par. único, inc. I). Pergunta-se:

(i) por se tratar a concessão de obra pública de gestão privada de política pública, pode-se qualificar de *imutável unilateralmente* a equação?

(ii) ou será tão pública a natureza do contrato entre o Poder Público e o concessionário de obra pública que será possível a revisão de seus termos com base na Súmula n.º 473, do Supremo Tribunal Federal, “por motivo de conveniência ou oportunidade”, ainda que “respeitados os direitos adquiridos”?

A estabilidade jurídica da relação é essencial para o concessionário, e cresce de importância se se pretende a associação com o capital estrangeiro.

4.6. Quarto, nas leis que implementarem o regime de concessão ou permissão (art. 175), os transportes (art. 178), a energia elétrica, navegação aérea, aeroportos, portos e transportes em geral (art. 21, XII), cuidar de *definir a concessão de obra pública como espécie do gênero concessão de serviço público, de sorte a tê-la acolhida no sistema constitucional*.

4.7. Quinto, definir a natureza do *poder de policia* que a gestão privada do interesse público disporia para os fins inerentes à ordem jurídica.

O poder de polícia, “intrínseco ao Estado” (ANACLETO DE FARIA), é “a faculdade discricionária reconhecida à administração pública de restringir e condicionar o uso e o gozo dos bens e direitos individuais” (HELY LOPES MEIRELLES). Implica um “conjunto de limitações, eventualmente coativas, das atividades individuais, impostas pela administração, a fim de prevenir os danos sociais que desta atividade possam resultar” (MARCELO CAETANO). “É o sistema das faculdades discricionárias do Estado visando à proteção da ordem, da paz e do bem-estar sociais” (SEABRA FAGUNDES), aí compreendidos os interesses de natureza econômica (BRANDÃO CAVALCANTI).

Se do Poder Público, para exercê-lo, exige-se, no Estado de direito de liberdades, os requisitos de competência legal do agente, finalidade pública, forma legal e proporcionalidade entre o sacrifício do direito e o benefício de ordem geral (cf. ANACLETO FARIA), com mais razão haverá que se impor, ao particular que agir em nome do Estado, na gerência de política pública, a observância restrita do *due process of law* — tanto o formal, quanto o material. Vale dizer, a lei há de estabelecer os limites da delegabilidade de poder de polícia ao agente privado, como também o processo de seu exercício.

4.8. Intencionalmente não foram apontadas as emendas constitucionais que pudessem reverter o quadro adverso não só à iniciativa privada própria de uma economia de mercado, como também ao capital estrangeiro. São questões mais complexas, hoje mais do plano político que do jurídico, a demandar debate legislativo mais extenso. O espaço *infraconstitucional*, adequadamente concebido, pode ser bastante para a *construção constitucional*, que pode tornar satisfatória, para os fins de política pública que se tem em mira, a *concessão de obra pública*.

4.9. Construção constitucional “é chegar a conclusões sobre matérias que estão além do texto expresso, a partir de elementos conhecidos postos no próprio texto; conclusões estas compreendidas no espírito, ainda não na letra do texto. Recorre-se à construção quando, no contraste entre duas normas editadas pelo mesmo corpo legislativo, há contradição onde evidentemente não foi intenção do legislador contradizer-se, ou quando parte do texto contradita o todo. Se tal ocorre, e a natureza do texto é tal que não se possa admitir o todo invalidado pela contradição parcial, então deve se recorrer à construção. Igualmente se deve fazê-lo se se im-

põe agir em situações não previstas pelo legislador, ao qual, mesmo assim, se recorre em razão de uma vinculação imposta pelo sistema legal.” (THOMAS COOLEY).

Há que se pressupor, para que a Constituição enfrente e supere os desafios do tempo e das circunstâncias, e tenha a possibilidade de responder às exigências do bem comum, que sua linguagem se adapte às emergências futuras, tanto quanto às presentes, de sorte a abranger outras relações, mas extensas, de acordo com os “verdadeiros princípios do texto”, e, assim, “enquadrar na letra do texto antigo o instituto moderno” (STORY citado por MAXIMILIANO).

4.10. O processo, ou “arte” (BLACK), de se construir a Constituição no plano infraconstitucional é menos traumático para as instituições políticas do Estado. Na edição de leis sobre parcelas do universo social, as contradições e as inconveniências reveladas pela práxis podem ser supridas e adaptadas fora do debate sempre mais abrangente da reforma constitucional. Proceder por tentativa e erro no plano infraconstitucional torna menos crucial a transformação da ordem jurídica. Afinal, no longo curso da história, o que torna um sistema jurídico estável e previsível, e portanto de indisputável eficácia social, é o convencimento coletivo — ainda que inconsciente, de que o *processo constitucional de evolução e transformação da sociedade* foi *construído* de sorte a absorver todo o vasto espectro das idéias e dos interesses, dos fins e dos meios.

4.11. Daí a sugestão de que pode ser suficiente a construção infraconstitucional das normas constitucionais sobre o modelo de planejamento e controle estatal, sobre o tratamento do capital estrangeiro e a função da empresa privada, de sorte a se ter o delineamento adequado da *concessão de obra pública* como instrumento eficaz de implementação de política pública. Pode, na verdade se impõe, ao legislador ordinário, ancorado na inarredável fidelidade ao espírito da Constituição, e revelando, ainda que tardiamente, a percepção moderna da economia mundial de integração de produção e consumo e de livre circulação do conhecimento, pode o legislador — repita-se, mediante explicitação do limites legais e dos fins públicos, afastar a dúvida inquietante de que, contra a maré da história, esteja o Brasil por ordenar, pela força da lei, sistema econômico já remetido à arqueologia das idéias humanas.

---

*Nota do Autor:* Versão preliminar deste trabalho foi apresentada no simpósio “Iniciativa Privada e Serviços Públicos”, promovido pelo Instituto Internacional de Direito Público e Empresarial (Curitiba, dezembro de 1990).

# Disciplina das Relações Jurídicas Decorrentes de Medida Provisória não Convertida em Lei no Sistema Constitucional Brasileiro

JOSE FERNANDO CEDENO DE BARROS  
Advogado de empresas em São Paulo. Mes-  
trando em Direito Processual Tributário na  
Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo (USP)

## SUMÁRIO

1. *Medida Provisória nº 17, de 3-11-88. Redução de 80% sobre o recolhimento do Imposto de Importação e do Imposto sobre Produtos Industrializados. Não-revitalização.*
2. *Necessidade de o Congresso Nacional regularizar as relações jurídicas ocorridas durante a vigência da Medida Provisória.*
3. *Eregesse do art. 62, parágrafo único, da CF.*

A prevalência do ideal liberal no Estado de Direito “prevê um quadro certo de garantias legais dentro do qual o sujeito privado possa mover-se livremente. Numa sociedade liberal, portanto, é imprescindível uma política “neutra” que encontre seu equilíbrio graças à mão invisível das leis naturais de economia”.<sup>1</sup>

A lei, portanto, deve limitar-se a proteger a esfera individual de liberdade, garantindo a economia privada, de modo a assegurar o pleno funcionamento de um mercado concorrencial e a absoluta previsibilidade de comportamento dos sujeitos públicos e privados.<sup>2</sup>

Esta pretendida estabilidade encontrou seu ápice, no Direito Positivo, no Código Napoleônico de 1804.

Todavia, a necessidade cada vez mais premente de o Estado imiscuir-se na vida dos cidadãos, superando o primeiro momento político, no qual o Governo apenas garantia as liberdades individuais, *abstendo-se* de intervir, tornou necessário um repensar político do princípio de legitimidade, cujo marco podemos fixar na Constituição de Weimar, de 1917.

1 Cf. PITRUZZELLA, Giovanni, *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, Cedam — Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1989, pp. 10 e ss.

2 *Idem*, ob. cit., p. 10.

A atuação estatual, conquanto ainda estreitamente vinculada a um sistema de segurança máxima, tornou-se mais abrangente, principalmente na área econômica.

Mercê destas premissas, o legislador constitucional de 1988, ancorando-se principalmente na legislação italiana, criou a Medida Provisória, que permite, em casos excepcionais, ao Presidente da República adotar medidas, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias, a teor do art. 62, da Constituição Federal.

A Presidência da República, amparada no preceito constitucional supracitado, em 3 de novembro de 1988, editou a Medida Provisória n.º 17, reproduzindo *ipsis literis*, o Decreto-Lei n.º 2.479, de 3-10-88, *verbis*:

“O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei.

Art. 1.º — É concedida a redução de oitenta por cento do Imposto de Importação incidente sobre partes, peças, componentes, acessórios e sobressalentes para máquinas, equipamentos, aparelhos e instrumentos importados, desde que se destinem a empresas de televisão de radiodifusão.

Art. 2.º — Às empresas jornalísticas ou editoras será concedida a redução de oitenta por cento do imposto de importação incidente sobre:

I — partes, peças, componentes, acessórios e sobressalentes que se destinem a máquinas, equipamentos, aparelhos e instrumentos integrantes do seu ativo imobilizado;

II — *matérias-primas e materiais de consumo, quando importados para consumo próprio e destinados à composição, à impressão e ao acabamento de jornais, periódicos e livros.*

Parágrafo único — O disposto no item II não se aplica ao papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos, na forma do art. 150, item IV, alínea *d* da Constituição

Art. 3.º — Fica assegurada a isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados incidente sobre os equipamentos, máquinas, aparelhos e instrumentos importados ou de fabricação nacional, bem como os acessórios, sobressalentes e ferramentas que acompanhem esses bens, *quando adquiridos por empresas de televisão, de radiodifusão, jornalísticas e editoras, para integrar seu ativo imobilizado e destinados à impressão de som e imagem, bem assim à impressão de jornais, periódicos e livros.*

*Parágrafo único — No caso do item I, do art. 2.º, será concedida a redução de oitenta por cento do Imposto sobre Produtos Industrializados.*

Art. 4.º — Às empresas habilitadas, na forma da legislação específica, ao exercício das atividades de acrolevantamentos, ou levantamentos aeroespaciais, será concedida a redução de oitenta por cento do Imposto de Importação e do Imposto sobre Produtos Industrializados incidentes sobre as máquinas, equipamentos, aparelhos, instrumentos e material técnico, sem similar nacional, destinados aos serviços de acrolevantamentos ou levantamentos aeroespaciais.

Art. 5.º — *Consideram-se válidos, para os fins desta Medida Provisória, os atos praticados durante a vigência do Decreto-Lei n.º 2.479 de 5 de outubro de 1988, mantidos os efeitos deles decorrentes.*

Art. 6.º — *Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.*”

À toda evidência, a política fiscal à época da edição desses atos, era no sentido de redução da carga tributária incidente sobre importação, nas hipóteses ali especificadas. Sobre ser relevante e oportuna a minimização dos tributos, objetivando incrementar a indústria e o comércio, é incontroverso que o desembaraço aduaneiro e os fatos geradores do imposto de importação e do imposto sobre produtos industrializados beneficiados com a isenção, se verificaram na vigência da Medida Provisória n.º 17/88, *com força de lei*.

Ocorre que, não tendo sido aprovada a norma emanada do Chefe do Poder Executivo, o Fisco Federal procedeu à *revisão* dos desembaraços aduaneiros referentes às importações realizadas no período em que a supra mencionada Medida Provisória vigorou, com *força de lei*, procedendo a inúmeras autuações contra as empresas que delas se beneficiaram, exigindo o pagamento da isenção (80%), acrescida de multa de 100% incidente sobre o principal, juros de mora, e da correção monetária.

A mencionada Medida Provisória não foi revitalizada, perdendo sua eficácia *desde o início*. No entanto, o parágrafo único do artigo 62 da Constituição Federal é enfático em determinar ao Congresso Nacional que regularize as implicações jurídicas decorrentes da Medida Provisória não convertida em lei, obrigação indeclinável do Poder Legislativo, consoante a lição do eminente Dr. Saulo Ramos, antigo Consultor Geral da República:

“Rejeitado o Projeto de Lei de conversão, expressamente, por deliberação congressual explícita, operar-se-á a perda de eficá-

cia *ex tunc* da Medida Provisória. A disciplina das relações jurídicas formadas com base no ato cautelar não convertido em lei constitui obrigação indeclinável do Congresso Nacional, que deverá regrá-las mediante procedimento legislativo, adequado, iniciado imediatamente após a rejeição, quando não houver reapresentação de outra sobre a mesma questão.”<sup>3</sup>

Sem dúvida, cuida-se de matéria muito recentemente introduzida na nossa legislação, poucos subsídios podendo ser encontrados na Doutrina e na Jurisprudência nacionais. Todavia, o texto do art. 62 da Constituição Federal de 1988 reproduz fielmente o art. 77 da Constituição italiana, inspirando-se, ademais, nos princípios que orientam o “Decreto Legge”, elencados na “Lezione II — La Formazione delle Leggi”, constantes na Carta Magna peninsular.

É de se ponderar, outrossim, que o “Decreto Legge” não guarda relação alguma com nosso extinto Decreto-lei e nem a experiência passada com este instituto deve nortear a nova legislação surgida sob a rubrica de “Medida Provisória”.

Neste passo, vale a pena encarecer a Doutrina, a Jurisprudência e a Legislação italianas, “*em face de seu indiscutível caráter matricial*”.<sup>4</sup>

O texto constitucional peninsular, em seu art. 77, dispõe, *verbis*:

“77 Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria.

Quando, in casi straordinari di necessità e d’urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, *provvedimenti provvisori* com forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni.

I decreti perdono efficacia sin dall’inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti.” (Grifamos)

Ou seja, enquanto o constituinte italiano diz que o Congresso pode regularizar as relações jurídicas nascidas com base no decreto, não convertido em lei, o legislador brasileiro determina que o Congresso Nacional deve disciplinar as relações jurídicas decorrentes da Medida Provisória não revitalizada.

<sup>3</sup> Cf. RAMOS, Saulo, “Medida Provisória”, in *A Nova Ordem Constitucional — Aspectos Polêmicos*, Rio, Forense, 1990, p. 541.

<sup>4</sup> Idem, ob. cit., p. 524.

Estamos, pois, de frente ao problema da retroatividade da lei.

A doutrina mais recente tem-se orientado no sentido de que as *Camere* revalidem o conteúdo do *decreto legge*, salvo nas hipóteses de norma com conteúdo criminal "in mallam parte".

GIOVANNI PITRUZZELLA, em notável monografia intitulada "La Legge di conversione del Decreto Legge", ressalta que a validade do "Decreto Legge" decorre do Texto Constitucional, não sendo possível afirmar que os atos praticados sob a vigência daquele "decreto legge" que não foi revitalizado inexistam, vez que, dessa forma, qualifica-se-o como originariamente inválido.

E, mais adiante, PITRUZZELLA ressalta que "la mancata conversione non cancella il fatto della vigenza del decreto legge durante i sessanta giorni ed essa non può essere costruita come cancellazione fin dall'inizio di qualsiasi conseguenza giuridica derivante dal decreto legge".<sup>5</sup>

Enfim, a provisoriidade do "Decreto Legge" não exclui que durante os sessenta dias de sua vigência suas normas são plenamente *eficazes*.

Transcorrido esse período de tempo, podem verificar-se dois eventos distintos:

a) a Lei de conversão é aprovada e, então se mantém a eficácia normativa dos dispositivos do "Decreto Legge";

b) a Lei de conversão não é aprovada e, então, as disposições de "Decreto Legge" são ab-rogadas retroativamente.

Acolhida esta última hipótese, a falta de conversão não pode equivaler a uma ab-rogação retroativa das disposições do "Decreto Legge", pois encontrará, a mencionada retroatividade, os limites derivados de outras normas constitucionais, enquanto que a possibilidade de fazer valer o quadro normativo criado pelo "Decreto Legge" não convertido, por igual, é estritamente dependente do regime jurídico de cada ato cumprido durante a sua vigência.

A eventual permanência de qualquer consequência jurídica do "Decreto Legge" não convertido não parece, portanto, incompatível com a disciplina constitucional da decretação de urgência. Portanto, a desapareição do "Decreto Legge" que contém normas penais, *v. g.*, não deveria envolver a sentença passada em julgado.

Dessarte, aqueles atos praticados na vigência do "decreto legge" não são eliminados pelo simples fato da falta de conversão, mas, sim, dependem

---

5 Cf. PITRUZZELLA, G., *ob. cit.*, p. 316.



do regime jurídico de cada ato, que determinará se, e de que modo, poder-se-á verificar a carência da norma não revitalizada.

Na espécie, os preceitos constitucionais elisivos da extinção da validade da MP n.º 17/88 estão elencados no art. 5.º, XXXVI, CF 1988 (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”) e no art. 170 do mesmo diploma (“a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na *livre iniciativa*, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”).

Com efeito, a intervenção do Estado no domínio econômico, numa sociedade de economia mista como a nossa (atuação do Estado e do empresário), encontra limites que permitam “a manutenção do princípio da igualdade de competição, sujeitando tanto o Estado quanto a empresa privada à *responsabilidade legal, bem como igualdade na alocação de materiais e facilidades nas formas de tributação.*”<sup>6</sup>

A MP n.º 17/88, em especial, cuidou de incentivar a radiodifusão e o comércio livreiro, buscando, obviamente, amparar a cultura e os meios de comunicação. O benefício fiscal, portanto, subsume-se à perfeição ao texto constitucional e às demais normas reguladoras da matéria, vigentes não só à época de sua edição, mas plenamente eficazes atualmente.

*Entretanto, o Fisco não tem apreciado desta maneira a questão, insistindo em autuar todas as empresas que se beneficiaram da isenção fiscal contemplada pela mencionada MP n.º 17/88, com seus desagradáveis consectários.*

Faz-se premente, pois, a atuação do Congresso Nacional, para exterminar com a situação de incerteza que paira sobre as empresas voltadas à edição de livros e à radiodifusão, decorrente da inação do próprio Congresso.

Por derradeiro, é oportuno lembrar que a omissão do Congresso Nacional, em razão da indeclinável obrigatoriedade de disciplinar as relações jurídicas das Medidas Provisórias não convertidas em lei, mercê do art. 62, parágrafo único da CF, remete-nos ao “*remedium juris*” específico, qual seja, o mandado de injunção (cf. art. 5.º, LXXI).

Acreditamos, no entanto, que esta medida extrema não se fará necessária, vez que, com certeza, ciente das regras que norteiam a matéria objeto do presente estudo, alcançará o Senado pronta diligência em obter resposta aos justos reclamos das empresas atingidas pela indefinição da não revitalização da Medida Provisória n.º 17/88.

---

6 Cf. SAMPAIO FERRAZ JR., Tercio, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Caso Café*, Brasília, UnB, 1985, pp. 76/77.

# Separação de Poderes: Evolução até à Constituição de 1988 - Considerações

MÁRCIA WALQUIRIA BATISTA DOS SANTOS  
Procuradora do Município de Florianópolis.  
Doutoranda na USP — SP.

## SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Origens e evolução da separação de poderes.* 3. *A separação de poderes no Brasil.* 4. *Situação na Constituição de 1988.* 5. *Conclusão.*

### 1. *Introdução*

A história tem-nos mostrado que não se torna possível o estabelecimento de um modo de vida para a comunidade, nem de um governo constitucional, sem que se atente para procedimentos efetivos de restrição. A própria eficácia dos órgãos de controle da constitucionalidade e do sistema político de uma nação passa por um condicionamento à estrutura constitucional estabelecida.

O conjunto de atividades do Estado, concebidas como um processo *unitário de concreção do Direito*, nos conduz ao princípio clássico da divisão dos poderes: um momento de inicial equilíbrio político horizontal entre poderes com esferas de competências separadas e funcionalmente diferenciadas.

Sem dúvida, quando o mecanismo de racionalização do controle de constitucionalidade interfere na problemática do conflito entre os órgãos supremos do Estado, nos deparamos com o estabelecimento da separação de poderes. Este mecanismo é, incontestavelmente, o que o próprio MONTESQUIEU vislumbrou — um instrumento de garantia fundamental na figuração do regime constitucional.

### 2. *Origens e evolução da Separação de Poderes*

A separação como doutrina e como prática, não foi reconhecida pelo Estado antigo. O que havia era a divisão do trabalho governamental. Em

Atenas, este trabalho era dividido entre o Areópago, os arcontes e a assembléia popular; em Roma, entre o Monarca, o Senado e o Povo. Mas as funções eram acumuladas dentro destes poderes.

Os primeiros chefes de Estado antigos eram chefes de classes. Os agrupamentos primários, já importantes, supunham um governo extremamente complexo, com muitas tradições a serem preservadas.

Na Grécia homérica, os chefes de classes eram chamados de *reis*, como eram os chefes das cidades. As famílias destes chefes de Estado formavam uma aristocracia, análoga à dos barões do século XII, e forneciam elas, os futuros tiranos das cidades da Grécia.

Estas atitudes hereditárias se desenrolaram até o dia em que seria criado o rei dos reis, quer dizer, o chefe dos chefes dos clãs. Mas este tipo de reinado não permaneceu sem surgirem os questionamentos a respeito da postura do rei. Clamava-se pela liberdade da vida civil e pelo livre acesso aos serviços públicos do Estado.

Na comunidade nacional grega, passaram a se formar homens livres, que demandavam que o antigo Estado federal se tornasse um verdadeiro Estado.

Mas é na história da República romana que se irá constituir a idéia da coisa pública, repercutindo na noção de Estado. Surge a "res publica", que não é propriedade do governo, nem da comunidade nacional, mas do povo, ou seja, conjunto dos habitantes, que, reunidos em praça pública, eram livres à conversação sobre os afazeres comuns — concepção de um comunismo eminentemente limitado, ainda que individualista.

As origens da teoria da separação dos poderes remontam a ARISTÓTELES, que se baseou nos regimes constitucionais do mundo antigo. São suas estas palavras: "todas as Constituições têm três elementos... um delibera sobre os negócios públicos; o segundo concerne à magistratura, tratando da matéria sobre que exerce autoridade, bem como do modo de elegê-la, e o terceiro corresponde ao poder judicante".

Só que ARISTÓTELES não buscou a análise da composição e da competência de cada um destes poderes, o que serviu para que seu pensamento não servisse de estuário para o princípio da separação dos poderes.

No mundo medieval, nas lutas políticas da Inglaterra, se esboçaram os poderes do Estado, ainda que de forma confusa. CRONWELL admitiu a separação entre os poderes legislativo e executivo, ao instituir seu Protetorado.

LOCKE, por sua vez, inspirado no direito holandês, formulou a teoria de forma diversa, dividindo o poder entre o Legislativo, o Executivo e o

Federativo.<sup>1</sup> A este seriam destinadas as relações internacionais. Para ele, os dois grandes poderes — o Legislativo e Federativo — se concentrariam no monarca, e, assim, trabalhariam juntos. Em relação ao Judiciário, LOCKE observa que suas funções cabem ao próprio Legislativo, se inspirando, também, no direito inglês, onde o Parlamento, com o “impeachment” e com o “bills of attainder”, constitui a mais alta corte de justiça.

Existem autores que atribuem a LOCKE, ainda, a menção ao poder discricionário, que estaria ligado intimamente ao Executivo.<sup>2</sup>

Mas foi o filósofo francês MONTESQUIEU o precursor da separação dos poderes, estabelecendo a divisão entre três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, e não a dois poderes como queria DUGUIT, LABAND, ROUSSEAU, etc., e nem quatro poderes, como entendia-se ser a posição de LOCKE.

MONTESQUIEU baseou sua teoria na Constituição inglesa, e, na realidade, seu pensamento sofreu grandes transformações do sentido primitivo que possuía. Também o seu objetivo não era tão amplo quanto se pretende e, talvez, até bem diferente do que os autores posteriores quiseram impingir à sua teoria, condensada no *Espírito das Leis*.

É bem verdade que a sua teoria não é rígida nem absoluta, e a separação a que se refere comporta a interpenetração das funções políticas. Admite MONTESQUIEU a “colaboração” entre os poderes.

“MONTESQUIEU não distingue as funções pela utilidade que apresenta sua classificação, mas pretende reparti-las em *separado*; e separá-las, para obter um resultado preciso: a *segurança* dos cidadãos. É esta preocupação da segurança bem mais que os conceitos do poder ou de função, que é a idéia dominante do *Espírito das Leis* — é o posicionamento de GEORGES BURDEAU ao interpretar a teoria de MONTESQUIEU (grifos do autor).<sup>3</sup>

No mesmo passo, KARL LOEWENSTEIN explica as intenções de teoria tripartite: “A união do princípio da separação dos poderes com a idéia de garantir a liberdade individual é obra genuína de MONTESQUIEU.”<sup>4</sup>

---

1 Cf. FRANCISCO SÁ FILHO. In: *Relações entre os poderes do Estado*. 1959, p. 15.

2 Cf. PAULINO JACQUES. In: *Curso de Direito Constitucional*, 9ª edição, RJ, Forense, 1983, pp. 223-224.

3 In: *Traité de Science Politique - Les Régimes Politiques*. Tomo V, Paris, 1970, p. 371.

4 In: *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, 1970, p. 55.

Estes conceituados doutrinadores que, à sua maneira, contestaram a separação dos poderes, na forma como foi vista pela doutrina clássica, preocuparam-se profundamente com a análise do Estado Absolutista. Sustenta BURDEAU que a necessidade de se adotar alguma forma de separação de poderes se justifica pelo fato de se garantir aos governados uma defesa contra o arbítrio de governos monocráticos. A repartição do poder entre órgãos diferentes seria uma forma de assegurar liberdades. Além do mais, haveria o que hoje se convencionou chamar de fórmula de freios e contrapesos entre os poderes. É o que BURDEAU implicitamente deixa entrever: "é dito que convém multiplicar o nome das autoridades públicas de tal sorte que o poder de cada um deles seja limitado pelo poder das autoridades vizinhas e, que assim, nenhuma possa conseguir um poder absoluto. Ora, esta multiplicação de autoridades não seria realizada sem uma divisão de suas atribuições".<sup>5</sup>

Em verdade, e quase todos os autores reconhecem isto, o espírito da teoria de MONTESQUIEU era dividir funções para fugir do absolutismo dos reinados. Propondo um sistema onde cada órgão (ou Poder) desempenhasse função diversa, seria possível o sistema de interdependência entre os órgãos do poder e de inter-relacionamento de suas atividades (freios e contrapesos).

A unidade do Estado foi obtida pelo poder governamental central, que, nem sempre era suficientemente forte para exercer todas as funções que lhe seriam destinadas. Surgiram, então, órgãos do poder do Estado, para que pudessem exercer todas as atribuições do governo central. A unidade do Estado não seria realizada senão por uma comunhão dos diversos elementos submetidos à mesma idéia, a qual se destinam os objetivos gerais do Estado.

Neste sentido, são as palavras de MICHEL THEMER: "foi observando as sociedades que os autores verificavam a existência das três funções básicas: uma produtora do ato geral; outra, produtora do ato especial e uma terceira, solucionadora de controvérsia. As duas últimas aplicavam o disposto no ato geral. Seus objetivos, porém, eram diversos: uma visando a *executar, administrar, a dar* o disposto no ato geral para desenvolver a atividade estatal; outra, também, aplicando ato geral, mas com vistas a *solucionar controvérsias* entre os súditos e o Estado ou entre os próprios súditos. Tais funções sempre foram identificáveis em todas as sociedades, especialmente naquela que a doutrina chama de Estado absoluto" (grifos do autor).<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Ob. cit., p. 371.

<sup>6</sup> In: *Elementos de Direito Constitucional*, 8ª edição, São Paulo, RT, 1991, p. 116.

O autor chega a ressaltar as diferenças existentes entre as funções e os poderes estatais, alegando que os doutrinadores têm se posicionado erradamente em relação ao assunto.

Da mesma forma, JOSÉ AFONSO DA SILVA se preocupa com o tema: "cumpre, em primeiro lugar, não confundir *distinção de funções do poder* com *divisão ou separação de poderes* (. . .). A distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que, a exercem; quer dizer que existem sempre distinção de funções, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma delas, quer estejam concentradas num órgão apenas. A *divisão de poderes* consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam o nome das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou Poder Legislativo, órgão ou Poder Executivo e órgão ou Poder Judiciário)" (grifos do autor).<sup>7</sup>

A Constituição americana da Filadélfia de 1787, que solidificou a independência dos Estados Unidos, se inspirou profundamente no direito inglês e, principalmente, nas idéias de MONTESQUIEU. Embora não tenha feito menção, de forma expressa, à separação dos poderes, enumerou a competência do Legislativo, Executivo e Judiciário, reconhecendo-lhes funções.

A Constituição referida, se, por um lado, foi flexível, admitindo os "checks and balances", por outro, não sustentou o equilíbrio entre os poderes, pois o que se deu, foi um fortalecimento extremado do Poder Judiciário.

MAURICE HAURIU se manifesta a respeito desta Constituição: "É por um verdadeiro contra-senso que para os Estados Unidos da América, o princípio da separação dos poderes seja conduzido a uma separação rígida dos poderes calcada em suas funções, envolvendo cada um dos poderes dentro da função, com a única faculdade de deter e embaraçar os outros poderes, em raras ocasiões e, finalmente, excluindo sua colaboração".<sup>8</sup>

Já a Constituição francesa começou a adotar com rigidez a separação dos poderes na Declaração de Direitos de 1789 e na Constituição, de 1791. Como era de se esperar, esses princípios, aliados com as idéias de ROUSSEAU, da soberania popular e da democracia direta, provocaram uma grande revolução. A "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão", de 1789, assim dispôs: "toda sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a *separação dos poderes* determinada, não tem Constituição" (art. 16).

7 In: *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª edição, 2ª tiragem, 1990, p. 96.

8 In: *Précis de Droit Constitutionnel*, Paris, 1929, p. 355.

Em 1793, adveio uma Constituição revolucionária que, diferentemente da anterior, não se pronunciou a respeito da separação dos poderes, e a fórmula usada foi a da demarcação das funções. O texto do artigo 24 expunha: "A segurança social somente pode existir quando as funções públicas são claramente fixadas".

Ocorre que, sem se considerarem vencidos, ROUSSEAU, ajudado por ROBESPIERRE, induziram os constituintes da época a considerar que a soberania, una e indivisível, seria representada pelo corpo legislativo, reduzindo o Executivo a um simples órgão de execução.

Contudo, o espírito revolucionário francês fez-se notar em todo o mundo, inclusive influenciando a elaboração da Constituição do Império brasileiro.

### 3. *A separação de poderes no Brasil*

Há época do Império era adotado o regime parlamentar e o monarca exercia o poder moderador. Este poder, depois de ter penetrado na Carta Constitucional portuguesa, configurou-se numa inovação considerável na história constitucional.

Teve influência na Constituição portuguesa, de 1821, e na do Império do Brasil, de 1824, o francês BENJAMIN CONSTANT, que sustentava a existência de cinco poderes: o Executivo, o Real, o Representativo Duradouro (assembléia hereditária), o Representativo de opinião (assembléia eletiva) e o Judiciário. Admitia BENJAMIN possuir o rei, um poder neutro, preservativo e reparador, sem ser hostil. Na verdade, o que visou a poder moderador foi buscar o equilíbrio e a harmonia no poder.

Foi na Primeira República que se convencionou fossem três os poderes: "harmônicos e independentes" na linha de MONTESQUIEU, onde a separação dos mesmos era essencial à liberdade, e fixou sua máxima: "Le pouvoir arrête le pouvoir" (O poder detém o poder).

A Constituição brasileira de 1934 não buscou solucionar problemas de técnica constitucional ligados à separação de poderes, mas emendas ao texto constitucional surgiram falando em poderes interdependentes. A Carta de 1937, por suas características peculiares, não permitiu o princípio harmônico. O que houve foi uma concentração de poderes nas mãos do Poder Executivo. Era uma verdadeira "ditadura constitucional".

Em 1946, novamente, como em 1891, ficou consagrada a independência, a harmonia dos poderes. Reproduziu-se em 46 a norma do art. 3.º, § 2.º da Carta Federal de 1934, onde dizia: "O cidadão investido na função de um deles (dos Poderes) não poderá exercer a do outro" (art. 36, § 1.º). Assegurou-se uma efetiva separação de funções, vedando-se, expressamente, a "delegação de atribuições". Cada poder seria responsável por suas atribuições, não sendo permitido que a delegasse a outro, pois,

se isto ocorresse, se caracterizaria a abdicação de um Poder (delegante) em favor do outro (delegado).

Algumas tentativas surgiram para reabrir a delegação legislativa, mas os órgãos competentes resistiram — Senado Federal, Poder Judiciário e as Comissões das Câmaras dos Deputados. Contudo, como várias discussões a respeito foram abertas, a Constituição de 1967 consagrou a idéia da delegação e, mesmo antes, de sua aprovação, sob o governo parlamentar (1961-1963), várias leis delegadas já haviam sido expedidas.

A Emenda n.º 1, de 1969, nos arts. 52-54, manteve o instituto da "lei delegada", em termos semelhantes ao Texto de 1967.

#### 4. Situação na Constituição de 1988

O princípio da separação de poderes está consagrado no art. 2.º da Carta de 88, *verbis*: "Art. 2.º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

O Texto Constitucional fala em harmonia e independência de poderes. Segue-se a própria apriorística de MONTESQUIEU, prevista no Livro XI, Capítulo IV, do *Espírito das leis*; contudo, o que fundamenta a independência e harmonia dos poderes são os próprios embasamentos constitucionais.

Certamente que a nossa Constituição teve inspiração filosófica e política na obra de MONTESQUIEU e dos seus antecessores, até porque, a grande parte dos Estados (governos) reconheceu as doutrinas antigas e mantiveram os princípios básicos em suas Constituições.

Tornou-se a divisão de poderes, com a especialização de funções e a discriminação de competências, como a própria garantia do Estado de Direito, dando-se importância na mesma medida, para todos os poderes.

O que fica da lição de MONTESQUIEU é que os poderes devem ser harmônico e independentes, colaborando entre si, e mantendo relações recíprocas, auxiliando-se e corrigindo-se. A independência e a harmonia geram a interdependência, que é, em suma, o conjunto das relações entre eles.

Em verdade, o amparo constitucional dado ao princípio da divisão tripartite delimita, ao mesmo tempo, o campo de ação dos poderes. Estes são autônomos e separados, com ações próprias, mas como o princípio não é aplicado de forma rígida, é admitida a intervenção parcial de um poder na esfera de atribuições de outro.

Questiona-se por outro lado, e este é um aspecto importante a considerar, a própria separação de poderes entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Esta divisão clássica deve continuar, ou ainda, de que forma deve ser concebida?



MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO nos empresta seus ensinamentos: “ainda que se tome por científica a classificação de MONTESQUIEU, resta indagar se a especialização que recomenda se realiza nos Estados modernos. O próprio MONTESQUIEU abria exceção ao princípio da separação dos poderes, ao admitir a intervenção de chefe de Estado, pelo *veto* no processo legislativo”. E acrescenta: “Inexistente sua base científica, parcial a especialização que produz, que valor deve ser reconhecido à “separação”? Historicamente, desempenhou ela papel relevante, contribuindo, e não pouco, para a instauração do governo moderado. Hoje, todavia, sua importância costuma ser minimizada, seu fim profetizado, sua existência, até negada”.<sup>9</sup>

Para CARL J. FRIEDRICH: “a idéia de que há três tipos fundamentais de poder político parece ser uma generalização válida, que está de acordo com a natureza humana tal como a conhecemos”.<sup>10</sup> FRIEDRICH é mais favorável à separação de poderes que MANOEL GONÇALVES.

Contudo, os estudiosos não se cingiram a criticar ou aplaudir este princípio. Para GEORGES BURDEAU, a sua teoria se resumiria na existência de duas funções do Estado: “uma através da qual se manifesta o poder estatal em toda sua plenitude, criativa, autônoma e incondicional: é a função governamental. Outra abraçando as atividades onde não se traduz mais que um poder derivado, secundário e subordinado: é a função administrativa”.<sup>11</sup> Para ele, em suma, o que define a existência de separação de poderes é a própria natureza da função a ser realizada pelo órgão competente.

E, não poderíamos omitir a posição de LOEWENSTEIN que, abertamente, revidou a teoria tripartite, propondo uma nova divisão: a decisão política conformadora e fundamental (*policy determination*); a execução da decisão (*policy execution*) e o controle político (*policy control*).<sup>12</sup>

De todos os autores pesquisados, foi em LOEWENSTEIN que encontramos um posicionamento mais assumido em relação à crítica da teoria clássica da separação de poderes. Isto porque, apesar dos autores reconhecerem que a divisão deva existir, é tarefa árdua para os que a criticam, dizer o que deve ser, como deve ser e como deve funcionar uma nova teoria da separação de poderes.

---

9 In: *Curso de Direito Constitucional*, 17ª edição, 1989, p. 119.

10 *Teoría y realidad de la organización constitucional, democrática (en Europa y América)*, p. 1.980.

11 Ob. cit., p. 384.

12 Ob. cit., p. 62.

Todavia, entendemos que a teoria de MONTESQUIEU sobrevive aos vários regimes políticos, e tem permanecido, na grande maioria das Constituições mundiais, inclusive merecendo guarida na Carta brasileira de 1988.

No Brasil vivemos sob o regime político marcadamente presidencialista, apesar de que as tendências iniciais da Constituição de 1988 fossem parlamentaristas. Mas quem define a orientação política é o próprio Governo. E quem é o Governo? É o Poder Executivo (no Presidencialismo) e o Parlamento — Conselho de Ministros (no Parlamentarismo). É evidente, contudo, que o Governo não absorve toda a sua parte através do sufrágio universal.

No regime brasileiro, o Presidencialismo se considerava imbatível até as negociações da Constituinte de 1988. Com a possibilidade de uma revisão constitucional e da adoção do Parlamentarismo, a própria Carta Federal, em suas normas, ampliou os poderes do Legislativo, em relação às disposições da Emenda n.º 1/69. Buscou-se com isto, de forma evidente, um maior equilíbrio do Legislativo frente aos outros poderes. Até porque, como entende a grande maioria dos constitucionalistas, é na feitura da lei que se estabelece a verdadeira harmonia e garantia da ordem de um sistema político e governamental.

Nesta linha, está CARRÉ DE MALBERG: "graças à separação de poderes, a característica estatutária da lei não é mais, somente, a consequência de uma distinção teórica e artificial entre a regra legislativa e outras prescrições regulamentares; mas esta característica estatutária corresponde a uma superioridade inerente à lei".<sup>13</sup>

Como foi dito, o Legislativo teve um acréscimo de atribuições, o que ocasionou a certeza de que era realmente a intenção de constituinte a de aprovar o parlamentarismo. Assim, restaram alguns dispositivos na Carta de 88 endossando esta tese.

O art. 49, V, prevê a possibilidade do Congresso Nacional sustar atos normativos do Poder Executivo. Esta é uma novidade trazida pela Constituição atual. O art. 53 garante a inviolabilidade dos Deputados e Senadores em suas opiniões, palavras e votos. No art. 52, III, há uma evidente ampliação em relação à Emenda n.º 1/69, de cargos que deverão ser aprovados pelo Senado Federal, e não mais pelo Presidente da República.

Por seu turno, o Poder Judiciário não na mesma medida do Poder Legislativo, teve um grande incentivo do constituinte. Num âmbito geral, as estruturas judiciárias estão arroladas na Constituição (art. 112 e incisos), que é onde se verifica, como é composto o Poder. Cumpre um sistema federativo, principalmente nas atribuições da Justiça Federal, dos Tribunais dos Estados, de Juizes do Distrito Federal e Territórios.

<sup>13</sup> In: *Contribution à la théorie générale de l'État*. Tomo I, Paris, 1920, p. 346.

Não se pode negar que a própria constituição dos Poderes e as suas funções eram extremamente diferentes na época em que MONTESQUIEU escreveu sua teoria, ainda porque o monarca detinha uma grande parte do poder. Talvez, até tenha sido isto, precisamente, o que foi assimilado pelo Poder Legislativo, que atualmente comanda o exercício do poder soberano na grande maioria dos Estados modernos, na ordem internacional. Abra-se exceção, contudo, para os países com regime absolutista ou marcadamente presidencialista, como nos Estados Unidos da América.

Ainda, em relação à Constituição de 88, encontramos dentro dos poderes funções atípicas, como, por exemplo, no art. 52, I e II, a competência do Senado federal para *julgar* o Presidente da República e os Ministros de Estado nos crimes de responsabilidade, bem como processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, nos crimes da mesma natureza.

Ao Executivo, por outro lado, cabe *legislar* por disposição expressa do art. 62, expedindo medidas provisórias, e do art. 68, § 2.º, que autoriza leis delegadas. O Judiciário, inobstante, pode *legislar*, ao editar Regimento Internos (art. 96, I, *a*) e *administrar* seus serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei, bem como concedendo licença e férias aos magistrados e serventuários que lhes forem imediatamente vinculados (art. 96, I, *f*).

Estas nuances constitucionais não ferem a separação dos poderes, cujo objetivo primordial é manter as garantias individuais de cada poder, e preservar a independência de cada um deles.

## 5. Conclusão

O que visa garantir a teoria tripartite é eliminar a hipertrofia de qualquer dos poderes, e isto pode ser conseguido através de um regime eficaz de controles, ou como se queira chamar os "checks and ballances" (freios e contrapesos). Para que este sistema funcione é necessário que as funções do Estado seja atribuídas a órgãos distintos. Porém, antes de tudo, é preciso que se corrija a falha em pensar que a separação de poderes deva ser rígida, não admitindo a flexibilidade de certas funções. Não se quer com isto defender a delegabilidade de atribuições. Esta, na verdade, se defendida, redundaria na afronta à independência de poderes.

Deve-se, por fim, atentar para o fato de que, apesar dos poderes serem harmônicos e independentes, não são soberanos e se encontram sujeitos aos ditames da própria Constituição, podendo ter seus atos revisitos de alguma forma.

Contudo, o exercício deste controle entre poderes é que se encontra falho em nosso regime constitucional, o que implica num enfraquecimento da própria democracia, como proposta governamental.

# O Pluralismo Jurídico na Constituição de 1988

SÍLVIO DOBROWOLSKI  
Juiz do Tribunal Regional Federal da  
4ª Região

## SUMÁRIO

1. *Explicação introdutória.* 2. *O estadualismo jurídico -- breve revisão crítica.* 3. *Grupos. Poder. Direito.* 4. *O resgate do pluralismo na Constituição de 1988.* 5. *Papel dos grupos na defesa e na atualização da ordem constitucional.* 6. *Participação dos grupos na criação do direito e na defesa dos direitos de seus associados.* 7. *Os grupos e a solução de litígios.* 8. *Por uma democracia participativa.* 9. *Bibliografia.*

### 1 — *Explicação introdutória*

Em seminário intitulado *Direito e Sociedade*, levado a efeito na Universidade Federal de Santa Catarina, mereceu amplos desenvolvimentos dos participantes a tese de que, a par do Direito formal positivado pelo Estado, há, em cada sociedade, uma pluralidade de “direitos informais”, compondo com aquele um feixe de ordenamentos jurídicos, coexistindo no mesmo espaço social.

Embora as posturas dos marxistas, de que os *direitos* existentes a par do direito estatal constituem um *direito insurgente*, de acordo ao modelo conflitivo de sociedade fundamento dessa visão teórica, a constatação importante advinda dos trabalhos apresentados, foi o resgate do pluralismo dos grupos sociais e de sua produção jurídica.

Em sua palestra direcionada exatamente sobre o “Resgate do pluralismo jurídico”, o Professor OSVALDO FERREIRA DE MELO lembrou a importância do tema para a *Política Jurídica*, na esteira de traba-

lhos anteriores. Cuida-se, segundo ele, de “área fundamental para a pesquisa da Política Jurídica”, e as discussões passam por dois níveis. O primeiro, relativo às razões para coexistirem normas de direito estatal, ao lado das normas informais. O segundo plano examina a conveniência de permitir a positivação de partes do direito informal (MELO, 1983:10).

Desde logo ressalta que, sendo o Direito meio de controle social, constituído em um corpo de regras de comportamento, passíveis de serem impostas forçosamente, o maior nível de sua heteronomia, compreendida esta como a positivação das normas jurídicas por meio de alguém ou de algum órgão distinto dos destinatários das regras, aumenta o possível grau de sua divergência com os padrões socialmente desejados. Produz-se, então, um Direito desvinculado da sociedade para a qual é instituído, resultando em menor legitimidade e eficácia social.

Ao contrário, a facilitação para que se expressem positivamente as representações jurídicas de uma sociedade, torna as normas resultantes mais conformes ao sentimento jurídico prevalente, e com isso torna maior a observância aos padrões positivados. Compreensíveis, sem outros dados, tais conseqüências, ligadas ao natural sentir das pessoas em dar adesão com facilidade àquilo para que deram antecipada concordância ou que está em franca sintonia à sua visão das coisas. A participação no ato de criar as normas, como toda participação, é meio de autogoverno, e resulta a nível da sociedade global, em maior democracia.

O comparecimento ao seminário referido fez surgir a idéia deste trabalho, com investigação sobre o pluralismo jurídico e os aspectos da Constituição de 1988 ligados ao assunto, mais especificamente, o papel por ela conferido aos grupos, na defesa da ordem constitucional, na produção do direito e na solução de conflitos.

A abordagem da matéria parte da crítica ao estadualismo jurídico, com subseqüente exame do papel dos grupos e de sua produção jurídica, e o estudo do pluralismo na Constituição de 1988, segundo a temática escolhida. Além da descrição do texto atual, a rememoração da história das nossas instituições, mesmo como notícia sumária, recebeu a indispensável atenção, de acordo aos limites impostos a esta espécie de documento.

## 2 — O estadualismo jurídico — breve revisão crítica

A Idade Média foi a época da história onde o pluralismo jurídico alcançou o ápice. Com a dissolução do Estado romano, fragmentaram-se os centros de produção e de aplicação das regras jurídicas. Cada feudo,

cidade ou corporação possuía o seu direito particular. O indivíduo, de regra, era portador de um estatuto jurídico pessoal, do grupo a que pertencia, podendo invocar suas regras nas relações estabelecidas com os outros.

Os juristas reais, na construção do Estado moderno e do absolutismo, trataram de pôr fim a essa multiplicidade de ordenamentos, atravessada, ainda, pelas ordens da Igreja, do Império e dos reis. Para afirmar a supremacia destes erigiram a doutrina da soberania estatal, fundada na atribuição exclusiva ao monarca, do poder de dizer o direito. O seu trabalho, bem sucedido, consubstanciou-se em tornar realidade as afirmativas de que a vontade do rei era a lei e de que, em cada reino, uma só ordem jurídica era possível.

Na luta contra o absolutismo real, os autores iluministas do século XVIII transferem esse monopólio da pessoa do monarca para o Estado. Voltados a dar fim aos privilégios dos aristocratas, do clero e das corporações, assentam a igualdade formal dos indivíduos no seio da sociedade, e afirmam que a faculdade de mandar — inclusive, é claro, a de formular o direito — cabe ao Estado, com inteira exclusividade.

Unificam-se neste último todas as parcelas de autoridade e de influência antes disseminadas entre indivíduos, famílias, corporações de ofícios, ordens religiosas, universidades e outros dispersos por todo o corpo social. Importa, segundo ROUSSEAU, “que não haja no Estado sociedade parcial” (ROUSSEAU, 1973:53), isto é, que desapareça a lei particular, unificando-se o sistema jurídico sob o Estado.

O racionalismo iluminista considera a multiplicidade de ordenamentos como um fruto do arbítrio da história causador de todas as infelicidades possíveis. Como aqueles pensadores entendem que tudo pode ser alcançado e construído pela razão, acreditam que através da ciência da legislação seja possível estabelecer leis universais e imutáveis, válidas para todos os tempos e lugares, por serem adequadas à natureza humana, única e invariável (BOBBIO, 1979:70). Ambicionam produzir regras simples e claras, de modo que sua aplicação seja automática, a fim de impossibilitar qualquer concorrência, mesmo por via interpretativa, com a exclusividade estatal.

Sob esses fundamentos ideológicos assentou-se a doutrina chamada de positivismo, por que reconhece como Direito, apenas aquele posto pelo Estado, alcançando, com KELSEN, a identificação entre Direito e Estado.

Do ponto de vista da Filosofia do Direito, semelhante posição mereceu ampla crítica e refutação. A idéia de inexistir ordem jurídica fora da estatal pode ser afastada, mesmo, pela própria obrigatoriedade do direito estatal. UBIRATAN BORGES DE MACEDO reporta, a propósito, a lição de BRUCCULERI:

“Quando o Estado inicia o seu trabalho de composição jurídica, quando impõe a primeira lei, tem ou não tem direito de impor-se sobre os outros? E estes outros têm ou não têm uma obrigação e, portanto, um dever de se aterem à lei? Se existe esse direito e esse dever, eis já um direito que é anterior à lei, e, portanto, não estatal. Mas esse direito e esse dever não existem, então a primeira lei (e pela mesma razão as subsequentes) é despojada do caráter essencial da obrigatoriedade.

Não se diga que em tal caso a obrigatoriedade surgiria de um pressuposto contrato social que está na base da sociedade política; primeiramente porque a hipótese do contrato é um sonho que não merece ser tomado em consideração, e em segundo lugar porque, mesmo admitido o contrato imaginário, ele supõe pelo menos preexistente o princípio: *Pacta sunt servanda*.” (MACEDO, 1978: 116/7.)

Sob o aspecto prático, a doutrina estadualista resultaria em um sistema de normas completo, e perfeito, sem lugar para a intervenção criativa do jurista, cujo papel se resumiria à simples aplicação lógica. No entanto, na realidade, forçoso foi ao próprio legislador estatal a identificação de falhas e imperfeições, tanto que a assim denominada Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942), em seu artigo 4.º, autoriza ao juiz decidir, “quando a lei for omissa”, “de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

A sociologia, doutra banda, constata a pluralidade de ordenações. Leia-se a listagem trazida por BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS em *O Discurso e o Poder*, e sua incisiva afirmação de que tal fenômeno é encontrável em qualquer sociedade com um mínimo de heterogeneidade (SANTOS, 1988:76).

Na verdade, “a ordem do direito estatal é tão-só” — constata outro sociólogo (GURVITCH, 1977:269) — uma ordem do direito entre várias outras”. Como vai se ver adiante, “os grupos estruturados são capazes de dar origem a ordenações jurídicas” (GURVITCH, 1977: 268).

A análise subsequente vai evidenciar as falhas da argumentação iluminista. Desde a afirmativa de que a sociedade é composta, apenas, de indivíduos destituídos de poder, até a exclusividade deste, por parte do Estado e o consectário do estadualismo jurídico.

Em qualquer relação social encontra-se, sempre, um relacionamento de poder.

Confrontam-se os seus elementos: a dominação e a dependência, em quaisquer circunstâncias. FOUCAULT estudou sua microfísica e identificou uma multiplicidade de correlações de poder, com afrontamentos, contradições ou estratégias perpassando todo o corpo social (FOUCAULT, 1980:88/9). Não há um só poder, mas poderes difusos por todo o ambiente, que assumem coloração política, econômica, social, cultural, religiosa, moral, esportiva, amorosa ou de outro tipo, de acordo à conjugação dialética aí ocorrente.

A sociedade, doutro lado, não é mero agregado de indivíduos. Compõe-na um complexo sistema de grupos, a par dos seres humanos. Estes não se inserem de imediato na totalidade. Fazem-no por meio dos grupos, constituídos de acordo às suas necessidades. O impulso sexual leva à criação da família; a procura de recursos para subsistência reúne os homens em fábricas, sociedades comerciais, sindicatos; a paixão esportiva associa-os em clubes dessa espécie; a crença religiosa reúne-os em igrejas. Inútil reproduzir os exemplos. Os grupos são realidades sociais, originados de relacionamentos entre os indivíduos, os quais criam tais unidades com identidade própria, distinta dos seus membros e direcionadas a um objetivo comum (GURVITCH, 1977:262).

A tentativa iluminista de escamotear a existência deles frustrou-se, superada pela realidade social. Como escreveu HEGEL, a sociedade civil não se dissolve em poeira atômica de indivíduos mas ordena-se "em associações, comunidades e corporações" (HEGEL, 1968:258/9).

Numa acepção instrumental, o poder compreende os meios de que um homem dispõe para dobrar a vontade de outros, obrigando-os a cumprirem uma orientação por ele traçada. Todavia, segundo bem expressou HANNAH ARENDT, "o poder brota onde as pessoas se unem e atuam em conjunto" (ARENDT, 1970:48). Com a soma das forças de cada um, é possível superar a situação de dependência, equilibrando a relação de



anterior inferioridade. Para exemplificar, basta recordar as melhores condições de trabalho obtidas pelos sindicatos, que permitem aos trabalhadores ultrapassar sua fraqueza enquanto isolados, para, em conjunto, terem condições, até, de impor exigências aos patrões. A formação de grupos é, portanto, modo de criar centros de poder.

Colocados esses pressupostos, é fácil correlacionar os grupos e o direito. Em vista da ubiqüidade do poder no meio social, o direito, pauta da conduta em sociedade, há de estar com ele relacionado. Com efeito. Na produção da norma, vários moldes podem compor o seu conteúdo. Entre as muitas soluções, o poder intervém para escolher a que se lhe configura mais apropriada. Esse momento decisório, da interferência do poder, é o ponto culminante do processo nomogenético, na lição de JOSÉ EDUARDO DE FARIA (FARIA, 1978: 115). Como os grupos são focos de poder, detêm, do mesmo modo que o Estado, a faculdade de dar à luz regras jurídicas.

#### 4 — *O resgate do pluralismo na Constituição de 1988*

A Constituição de 1988, excetuado o curto período de vigência da Carta corporativista de 1934, rompeu com a tradição individualística de nossas Constituições. Nestas, o cidadão aparecia como eleitor isolado ou, depois de 1946, na condição de militante em partido político, mas sem a possibilidade de atuar a nível sócio-político, através dos grupos sociais não-partidários.

Vale recordar que a Constituição do Império, de 25 de março de 1824, proclamou em seu artigo 179, § 25:

“Ficam abolidas as corporações de ofícios, seus juizes, escrivões e mestres.”

Cuidava-se de afirmativa retórica, pois, em verdade, inexistiam corporações de ofícios no Brasil de então. Era antes uma demonstração de estar a Carta imperial permeada da ideologia liberal, que opunha o Estado, como organização política, à sociedade constituída de indivíduos agindo isolados, em busca de satisfazerem os seus interesses individuais.

A Constituição de 1988, voltada a construir uma sociedade pluralista (Preâmbulo), tratou de institucionalizar uma democracia participativa. Pode esta ser caracterizada como um modelo de organização democrática, com fundamento não apenas na representação popular, mas, também, na participação ativa e organizada do povo na administração dos assuntos

de seu interesse. Assim, o artigo 29, tratando dos Municípios, exigiu, no inciso X, a “cooperação das associações representativas no planejamento municipal”.

A nova Carta procurou revalorizar os grupos, como entidades intermediárias entre o Estado e os indivíduos. Algumas atividades estatais passaram a ser compartilhadas com os grupos. “A educação, por exemplo, é direito de todos e *dever do Estado e da família* (grifei), será promovida e incentivada com a *colaboração da sociedade*”.

A atual Lei Maior trouxe condições para que as regras jurídicas positivas deixem de resultar das lucubrações clautrais de alguns exercentes do poder do Estado, como os membros de sua tecnoburocracia, e passem a ostentar o selo legitimador da participação popular. Como escrevi alhures:

“Em uma democracia verdadeira, é possível observar a existência de muitos poderes sociais (partidos políticos, sindicatos, igrejas, grupos de pressão), em diálogo participativo, compartilhando a soberania do Estado, a quem cabe a função de árbitro, para manter a integração da sociedade. Os múltiplos centros de poder tomam parte na produção jurídica, por meio da criação de normas, dentro dos seus âmbitos específicos, e pela efetiva participação na escolha da regra, quando da positivação do direito estatal. Tem-se, aí uma poliarquia, com pluralismo de poderes ativos e multiplicidade de fontes do direito, que, embora imperfeito como toda obra humana, deve servir, não a um grupo privilegiado, mas a todo o corpo social.” (*Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, a. 26, n. 202, abr./jun. 1989, p. 101).

No seguimento, buscar-se-á descrever as inovações constitucionais, em três níveis, compreendendo o papel dos grupos na defesa e produção da ordem constitucional, suas atribuições para assecuramento dos seus interesses e, enfim, o direito informal e a solução de litígios.

Ficarão de fora as regras referentes aos grupos territoriais — Estados-Membros e Municípios — e aos político-partidários, os partidos, porque sua atuação se faz a nível formal, tradicionalmente incluídos na estrutura estatal.

##### 5. *Papel dos grupos na defesa e na atualização da ordem constitucional*

Embora timidamente, o legislador constituinte engajou, além dos partidos políticos, duas espécies de grupos, na defesa da Constituição. O

artigo 103, IX, autoriza “confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional” a proporem, perante o Supremo Tribunal Federal, a ação de inconstitucionalidade. Quer dizer, aquelas entidades podem pedir ao mais alto Tribunal do País — cuja função precípua é a guarda da Constituição (art. 102, *caput*) — para que examine uma lei ou ato normativo e verifique sua compatibilidade, ou não, com a Lei Maior. Cabe-lhes, ainda, postular junto àquela Corte o reconhecimento da existência de omissão no cumprimento de dispositivo constitucional, por parte de alguns dos três Poderes do Estado (artigo 102, § 2.º).

A declaração da inconstitucionalidade de norma de hierarquia inferior é meio jurisdicional para obviar que a Constituição seja violada em seus preceitos, pela legislação comum. Se aquela é a Lei Maior, princípio e fonte de validade do ordenamento jurídico, nenhuma regra de grau hierárquico menos elevado pode contrariá-la. Caso isso ocorra, será possível reconhecer a norma destoante como destituída de valor jurídico.

Por outro lado, a Constituição traça um projeto de convivência, é um plano de evolução social.

Para atingir os objetivos fundamentais do País (veja-se artigo 3.º, onde constam, entre outros, o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, e o de erradicar a pobreza e a marginalização), algumas normas se referem a metas, para cuja consecução serão necessárias medidas legais ou administrativas e a cooperação de vários setores da sociedade, sem o que não se conseguirá, *v.g.*, a redução das desigualdades regionais e sociais (artigo 170, inciso VII). A omissão em tais providências, como também a da edição de leis que completem preceitos constitucionais disso dependentes (*p.ex.*, art. 37, VII: “o direito de greve [dos servidores públicos] será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar”), é forma de descumprimento da Carta Magna, gerando inconstitucionalidade.

Em todas essas hipóteses, os grupos antes referidos podem promover a ação de inconstitucionalidade, importante forma de participação na defesa da ordem constitucional.

Também na atualização da Lei Maior, é possível venham os grupos a influir. Através do plebiscito (Constituição, artigo 14, I), o povo será chamado a decidir por meio de votação sobre “mudança a ser introduzida nas instituições fundamentais do Estado” (RIBEIRO, 1986:12). Assim, de acordo ao artigo 2.º, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, “no dia 7 de setembro de 1993, o eleitorado definirá, através

de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País”.

Bem se vê, do exemplo proporcionado pelo legislador constituinte, que os temas submetidos à consulta plebiscitária ultrapassam os limites usuais das eleições, centradas principalmente em termos de disputa político-partidária, onde a filiação dos candidatos a uma agremiação desta natureza é exigência indeclinável (Constituição, artigo 14, § 5.º, V). As questões de plebiscito são de natureza fundamental, e se referem a interesses e aspirações de toda a sociedade. Parece, por isso, que os grupos em geral terão de atuar, em tal oportunidade, de modo muito ativo, em face de sua condição de entidades intermediárias entre o Estado e os indivíduos.

#### 6 — *Participação dos grupos na criação do direito e na defesa dos direitos de seus associados*

A Constituição assegura a participação popular, na criação do ordenamento jurídico, através dos institutos do referendo e da iniciativa popular, mencionados no artigo 14, II e III. Por meio daquele, o povo é chamado a dar assentimento “para conferir validade a uma proposição normativa ordinária”. A iniciativa popular “é o direito reconhecido a determinado número de eleitores de submeter à Assembléia Legislativa uma proposição concreta” (RIBEIRO, 1986: 12).

Em ambos os casos, os grupos terão oportunidade de influir entre seus aderentes, recomendando a resposta ou a proposição mais adequada às suas aspirações e necessidades. Se a Constituição autorizou o trabalho dos grupos de pressão (*lobbies*) junto ao Parlamento, quando facultou às entidades associativas a representação extrajudicial dos seus filiados (artigo 5.º, XXI), quaisquer grupos, por meio da iniciativa popular, terão recurso para fazer as Casas Legislativas se definirem acerca de matérias do seu interesse, bem como, pelo referendo, oportunidade para vetar os projetos legislativos, quando lhes pareçam prejudiciais.

É necessária, todavia, a regulamentação legal desses institutos, por enquanto mera promessa constitucional. Igualmente agiria bem o legislador ordinário em normatizar a atividade *lobística* que, como visto, não é ilícita, mas precisa se desenrolar às claras, para corresponder às exigências de um Estado Democrático de Direito (artigo 1.º, *caput*), cujas decisões de governo têm de ser tomadas em público, ressalvadas as pouquíssimas exceções, em casos extremos.

A Constituição admitiu, ainda, em duas hipóteses, a presença dos grupos no processo legislativo.

Na área da assistência social, estipulou o artigo 204, em seu inciso II, caber “a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis”.

Com relação aos Municípios, determinou o artigo 29, inciso X, que suas leis orgânicas devem assegurar a “cooperação das associações representativas no planejamento municipal”.

Vê-se desses dispositivos ter o legislador constituinte assegurado participação ativa aos grupos, na feitura das normas de planejamento local e da assistência social, como entidades representativas da população. Ainda aqui, a dicção constitucional exige normatização de grau ordinário, para explicitar em que condições um determinado grupo é representativo, evitando, com isso, a criação de entidades fictícias, aptas a servirem, não a coletividade, mas a intuítos manipulatórios.

Doutra banda, a Lei Maior, além de assegurar ampla liberdade para criação e funcionamento de associações com fins lícitos (artigo 5.º, incisos XVII, XVIII, XIX e XX), conferiu-lhes legitimidade para representar os seus filiados em juízo ou extrajudicialmente, desde que estes o autorizem de modo expresse (artigo 5.º, XXI). O inciso LXX do artigo 5.º introduziu o mandado de segurança coletivo, a ser impetrado por:

“a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.”

Alargou, pois, a função antes reconhecida aos sindicatos, nas demandas trabalhistas coletivas. Agora, os grupos indicados exercem a defesa dos interesses jurídicos de seus membros, perante a Justiça ou outros órgãos estatais.

### 7 — Os grupos e a solução de litígios

Na jurisdição trabalhista é tradição do nosso direito a presença de juízes extraídos das classes trabalhadora e patronal. Na Justiça militar, tomam assento em seus órgãos julgadores membros das forças militares, ao lado de juízes togados.

Enquanto existiu o júri nos processos por crimes de economia popular, dele faziam parte donas de casa e representantes dos consumidores.

Tais precedentes serviram de molde à disposição do artigo 98, I, assim concebido:

“A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I — juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;”

Andou bem o constituinte, nesse marco. A rapidificação da Justiça exige, a par de simplificarem-se os seus trâmites, a participação popular nos seus trabalhos. As leis que venham a institucionalizar esses juizados especiais poderão neles incluir juízes leigos, a serem indicados pelos grupos ligados aos interesses em litígio. Assim, em uma disputa de vizinhos ou relativa à poluição ambiental, teriam participação pessoas indicadas pela associação de moradores do bairro. Para causa relacionada a contratos comerciais, importaria trazer julgadores nomeados pela associação de consumidores e pela associação comercial. Voltados a obter resultados conciliatórios, tais representantes grupais em muito auxiliariam a terminar os conflitos e a diminuir o avassalador volume de trabalho entregue ao Poder Judiciário.

Por sua vez, o artigo 217, § 1.º, consagrou a colaboração de justiça de entidade grupal. Excluiu do acesso ao Poder Judiciário as questões referentes à disciplina e às competições desportivas, antes de “esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva”, a qual terá o prazo máximo de sessenta dias para decidir. Tem-se, aí, o Estado cedendo lugar a uma entidade desligada de sua estrutura formal, mas atuante em determinado setor social.

#### 8 — *Por uma democracia participativa*

A Constituição de 1988 avançou na questão do pluralismo jurídico, ainda que tibiamente, por haver deixado de ordenar a ouvida dos grupos,

ao menos os mais importantes, nas questões legislativas em geral e na formulação das políticas em todos os setores. A tomada de posição incisiva, quanto à assistência social e ao planejamento municipal, torna injustificado o silêncio quanto a outros campos.

Sem dúvida, inexistente proibição para que a prática difunda-se a nível legislativo, como se tem feito, informalmente, quando o Governo procura obter cooperação espontânea do empresariado para conter a alta dos preços.

Adotada a participação dos grupos para decidir sobre os problemas nacionais, evitar-se-á o governo dos partidos, em que aqueles com maior número de eleitos resolvem as questões a seu bel-prazer, muitas vezes desligados da verdadeira vontade do eleitorado.

Só um autêntico pluralismo jurídico permitirá compor uma ordem do Direito mais legítima, por estar de acordo às representações jurídicas do povo. A expansão pluralista implica em cada vez mais democracia participativa.

## 9 — Bibliografia

- ARENDDT, Hannah. *Sobre la violencia*. México, Joaquín Mortiz, 1970.
- BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*. Torino, Giappichelli, 1979.
- FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*. São Paulo, Perspectiva, 1978.
- FOUCAULT, Michel. "A vontade de saber". In *História da sexualidade*, 3ª ed. Rio de Janeiro, Graal, 1980. V. 1.
- GURVITCH, Georges. *Tratado de Sociologia*. São Paulo, Martins Fontes, 1977. 2 V. X.
- HEGEL, G. W. F. *Filosofia del Derecho*. 5ª ed. Buenos Aires, Claridad, 1968.
- MACEDO, Ubratan Borges de. *Metamorfozes da liberdade*. São Paulo, IBRASA, 1978.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. "Positivização do Direito informal. uma questão de Política Jurídica". In *Seqüência*, nº 7. Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, jun. 1983, pp. 9-15.
- RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 2ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 1986.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. In Civita, Victor. *Os pensadores*. São Paulo, Abril, 1973. V. 24.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *O discurso e o poder — ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica*. Porto Alegre, Fabris, 1988.

# Inconstitucionalidade da Cobrança do FINSOCIAL

ARNOLDO WALD

Advogado, Professor catedrático de Direito  
Civil da Universidade do Estado do Rio de  
Janeiro

## SUMÁRIO

*I — Da evolução do FINSOCIAL até a Constituição de 1988. II — Os efeitos da Constituição de 1988. III — Do descabimento da sobrevivência do FINSOCIAL como contribuição após o advento da Constituição de 1988. IV — Da inconstitucionalidade do FINSOCIAL concebido como imposto. V — Conclusões.*

### *I — Da evolução do FINSOCIAL até a Constituição de 1988*

1. O Decreto-Lei n.º 1.940, de 25-5-1982, instituiu a contribuição social e criou o Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL). A contribuição se destinava a custear investimentos de caráter assistencial, em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor, incidindo sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas, vendedores de mercadorias, das instituições financeiras e das seguradoras (art. 1.º §1.º) e sobre o valor do imposto de renda pago pelas empresas que realizam exclusivamente venda de serviço (§ 2.º), com alíquotas diferenciadas (de 0,5% no primeiro caso e de 5% no segundo).

2. O Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL) foi criado para dar apoio financeiro aos projetos de caráter assistencial já referidos (art. 3.º), sendo administrado pelo BNDES (art. 5.º) e arrecadadas as contribuições pelo Banco do Brasil S.A. e pela Caixa Econômica Federal e pelos seus agentes (art. 2.º).

3. Posteriormente, houve várias alterações legislativas. Assim, o Decreto n.º 91.256, de 8-5-1985, determinou que os valores arrecadados pela União Federal referentes ao FINSOCIAL fossem transferidos, conforme o caso,



aos Ministérios ou ao BNDES, de acordo com as normas complementares a serem baixadas pelo Ministério da Fazenda e pela Seplan. Houve, também, modificações redacionais, em virtude da Lei n.º 7.611, de 8-7-1987, e o Decreto-Lei n.º 2.397, de 21-12-1987, tratou do FINSOCIAL e das sociedades civis de prestação de serviços profissionais.

4. Entre 1982 e 1988, surgiram numerosas discussões e pleitos judiciais em relação à contribuição social do FUNDO DE INVESTIMENTO SOCIAL, (doravante simplesmente denominada FINSOCIAL), seja em relação à sua natureza de tributo, seja quanto à aplicação do princípio básico da anterioridade e da anualidade do tributo, seja, finalmente, quanto à sua criação por decreto-lei.

5. Não obstante as divergências doutrinárias, pacificou-se, na jurisprudência, o entendimento em relação à validade da contribuição criada por decreto-lei, *desde que respeitado o princípio da anualidade*, considerando, ainda, os tribunais que *se caracterizava como verdadeiro imposto inominado* por ter como fato gerador “situação independente de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte”.

6. Tanto o Supremo Tribunal Federal, como o antigo Tribunal Federal de Recursos fixaram a sua orientação, de modo pacífico, na matéria, como se verifica pelas decisões proferidas respectivamente pelo primeiro nos RE's n.ºs 103.778 e 105.340, além de numerosos outros, e pelo segundo nos MS 97.775-DF e 99.552-DF, e na AC 99.024-RJ.

7. No julgamento do MS 97.775-DF, pelo TFR, o Ministro SEBASTIÃO REIS teve o ensejo de salientar em seu voto que:

“... o nosso Estatuto Maior ao lado das figuras tributárias tradicionais do imposto, da taxa, da contribuição de melhoria, no inc. 1, § 2.º do seu art. 21, no capítulo do sistema tributário, alude a contribuições, tendo em vista a intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais e para atender diretamente à parte da União, no custeio dos encargos da previdência social e no seu art. 43, X, no capítulo seguinte, refere-se a contribuições sociais para custear os encargos previstos nos arts. 165, II, V, XII, XVI e XIX, 166, § 1.º, 175 e § 4.º e 178, preceito esse em que se insinua a tese da parafiscalidade.

Na espécie, pretende o legislador do Dec.-Lei n.º 1.940/82 instituir “contribuição social” destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor (art. 1.º).

Nesse particular, mesmo que se admita a tese de que, após a EC 8/77, as contribuições sociais ali referidas, passaram a categorias estritamente financeiras ou paratributárias, o certo é que,

como o demonstram os votos dos Min. Torreão Brás e Carlos Mário Velloso, a contribuição sob exame não se identifica com qualquer das figuras ali elencadas.

Tenho que a enumeração respectiva constitui *numerus clausus*, taxativo, quer a consideremos exação tributária ou não-tributária, o certo é que representa prestações coativas, limitadoras da propriedade, e, por isso, devem ser catalogadas em quadro fechado e não aberto a demasias, de outro, porque se pretendesse dar-lhe alcance exemplificativo teria adotado o critério do Decreto-Lei n.º 27/66 que, após enumerar várias modalidades de contribuições, completa o rol adotando a cláusula aberta 'e outras atribuições sociais criadas por lei'.

A toda sorte, pretendesse o constituinte brasileiro dar ao conceito de contribuição um elastério aberto à sua inventiva e às necessidades crescentes do Tesouro, ter-se-ia valido, autorizadamente, do ensinamento originário de RUBENS GOMES DE SOUZA, quando definiu as contribuições por exclusão, conceituando-se como a exação que não se identifica nem com taxa, nem com imposto. Acrescente-se que mesmo tecnicamente, a doutrina dominante é no sentido de que a hipótese de incidência da contribuição particulariza-se por uma atuação estatal indireta e mediatamente referida ao obrigado."

8. No mesmo acórdão, concluiu o Ministro CARLOS MADEIRA, no seu voto, que:

"No mérito, bastam à rejeição do argumento de ilegalidade da contribuição ao FINSOCIAL, as reiteradas decisões do Egr. Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a licitude da criação ou majoração de tributos por decreto-lei. Entre os mais recentes, vale citar os acórdãos nos RE's 99.702, 99.714, 99.855, Rel. o Min. SOARES MUÑOZ (*DJ* 24-4-85) e 99.709, Rel. o Min. DJACI FALCÃO (*DJ* 6-5-85). É a seguinte a ementa dos três primeiros acórdãos citados — IOF criação por decreto-lei:

"Em nosso sistema constitucional, observados os requisitos estabelecidos no art. 55, II, da Carta Magna, decreto-lei pode criar ou majorar tributo."

Recurso extraordinário de que não se conhece (...).

Com respeito à inconstitucionalidade da cobrança, reproduzo a conclusão do voto que preferi no julgamento do MS 97.775, em 2-12-82:

"Tenho, assim, que a contribuição para um fundo criado por lei, a ser administrado por um órgão designado na lei, não é inconstitucional."

*O que é inconstitucional é a sua exigência no mesmo exercício em que foi instituído.*

É que o princípio do § 29 do art. 153, da Constituição se aplica a toda espécie de tributo, mesmo que se trate de contribuição para fim social. A inspiração solidarista da contribuição não a exclui da rigidez do princípio, que representa uma garantia do contribuinte. E toda garantia constitucional importa limitação do exercício do Poder Público.”

9. Mais recentemente, já nas vésperas da nova Constituição, o Supremo Tribunal Federal teve o ensejo de ir mais longe do que o Tribunal Federal de Recursos, no reconhecimento da natureza tributária ampla do FINSOCIAL, ao examinar a sua incidência sobre livros, jornais, revistas e papel de imprensa. Efetivamente, o Tribunal Federal de Recursos, pela sua 4.<sup>a</sup> Turma, tinha entendido que o FINSOCIAL incidia inclusive sobre os bens imunes aos quais se referia o art. 19, III da Emenda Constitucional n.º 1 (então vigente), em acórdão cuja ementa é a seguinte:

“Tributário, FINSOCIAL. Imunidade, CF, artigo 19, III, d.

I — *O FINSOCIAL é uma contribuição para intervenção no domínio econômico. Assim, não obstante o seu caráter tributário, sujeita, inclusive, ao princípio da anterioridade, não está abrangida pela imunidade do art. 19, III, d, da Constituição restrita a imposto.*”

10. Apreciando o respectivo Recurso Extraordinário de n.º 109.484, decidiu a 2.<sup>a</sup> Turma do Excelso Pretório, por unanimidade, em 22-4-1988 que:

“Reconhecidas, em precedentes do Supremo Tribunal Federal, a natureza tributária do FINSOCIAL e a amplitude da imunidade assegurada pelo art. 19, III, d, da Carta Política em vigor, ao livro, ao jornal, aos periódicos e ao papel destinado à sua impressão, há de estender-se a proteção constitucional — até em razão do princípio da liberdade de opinião e de difusão de idéias (art. 153, § 8.º, CF) — à fase de comercialização que, sem dúvida, se compreende na imunidade.”

11. No seu voto, o eminente relator Ministro, CÉLIO BORJA, salientou que:

“No julgamento do RE 103.778-4-DF, Relator o eminente Ministro Cordeiro Guerra, o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, reconheceu a natureza tributária do FINSOCIAL (art. 21, § 1.º, CF), conforme se vê às fls. 220/254.

A decisão está resumida na ementa, *verbis*:

"FINSOCIAL. Decreto-Lei n.º 1.940, de 25 de maio de 1982. Caracterizada a sua natureza tributária legitima-se a observância do princípio da anualidade, art. 153, § 29, da Constituição Federal.

Pacificou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o decreto-lei, em nosso sistema constitucional, observados os requisitos estabelecidos pelo art. 55 da Constituição, pode criar e majorar tributos."

De outra parte, a Corte tem, seguidamente, proclamado a natureza objetiva da imunidade assegurada pelo art. 19, III *d*, da Constituição Federal, ao livro, ao jornal, aos periódicos e ao papel destinado à sua impressão.

No caso dos autos, discute-se a incidência do tributo na parte do faturamento das empresas recorrentes, que lhes resulta da venda dos objetos declarados imunes pela Constituição, ou seja, livros, jornais e periódicos.

Como estatuído no art. 1.º, § 1.º, do Decreto-Lei n.º 1.940/82, alíquota de 0,5% do FINSOCIAL:

"incidirá sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam venda de mercadorias, bem como das instituições financeiras e das sociedades seguradoras."

*Não se distingue, nesse particular, o FINSOCIAL do ISSQN (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza) ao qual o livro, o jornal e o periódico estão imunes, segundo decisão do Colendo Plenário do Supremo Tribunal Federal no RE 101.445-5-RS.*

Na verdade, tanto o ISSQN, como o FINSOCIAL, não incidem diretamente sobre os objetos antes citados e constitucionalmente protegidos, mas adotam, como bases de cálculo, diferentes aspectos das vantagens econômicas auferidas pelo comércio respectivo.

Esta Corte já afirmou que é ampla a imunidade do art. 19, III, *d*, da Constituição Federal." (RTJ. 127/1.067 a 1.069)

12. Comentando esses acórdãos, a doutrina reconheceu a importância das decisões proferidas pelo Poder Judiciário que, aplicando o art. 4.º do Código Tributário Nacional, fez prevalecer a verdadeira natureza da exação sobre o seu "*nomen juris*" reconhecendo que havia, no caso, um verdadeiro imposto e não uma contribuição e aplicando o regime jurídico conseqüente.

13. A jurisprudência anterior à Constituição vigente é relevante porque importou em reconhecer, na contribuição para o FINSOCIAL, *um imposto federal do campo residual*, ou seja, um tributo que não gera créditos em operações subseqüentes, sendo de natureza cumulativa, o que tem repercussões jurídicas relevantes em virtude do disposto na Constituição vigente.

A) *O fato gerador do FINSOCIAL na vigência da Constituição de 1967*  
14. O Decreto-Lei n.º 1.940/82 instituiu a exação fiscal conhecida como FINSOCIAL, dispondo no seu art. 1.º o seguinte:

“Art. 10 — É instituída, na forma prevista neste decreto-lei, contribuição social, destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor.

§ 1.º — A contribuição social de que trata este artigo será de 0,58% e incidirá sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam venda de mercadorias, bem como das instituições financeiras e das sociedades seguradoras.

§ 2.º — Para as empresas públicas e privadas que realizam exclusivamente venda de serviços, a contribuição será de 5% e incidirá sobre o valor do imposto sobre a renda devido, ou como se devido fosse.

§ 3.º — A contribuição não incidirá sobre a venda de mercadorias ou serviços destinados ao exterior, nas condições estabelecidas em portaria do Ministério da Fazenda.”

15. Da leitura dos §§ 1.º e 2.º acima, depreende-se que as bases de cálculo do FINSOCIAL são duas:

I — a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam venda de mercadorias; e

II — o imposto de renda devido das empresas públicas e privadas que realizam exclusivamente venda de serviços.

16. A base de cálculo tem sido definida pela melhor doutrina como sendo a “perspectiva dimensível do fato gerador”, uma vez que é a partir e nos limites da previsão legal da hipótese de incidência (fato gerador) que a base de cálculo é definida, podendo ser menor ou igual à referida hipótese.

17. No caso em exame, não houve a preocupação por parte do legislador de especificar o fato gerador, sendo apenas a base de cálculo objeto da definição adotada.

18. Dessa forma, o fato gerador do FINSOCIAL é igual à base de cálculo, uma vez que não havendo definição da hipótese de incidência esta será necessariamente a sua própria perspectiva traçada na lei.

19. A definição da espécie de exação caracterizada pelo FINSOCIAL foi realizada pela doutrina e pela jurisprudência de forma harmônica, uma vez que houve quase unanimidade em conceituar tal exação como imposto, tendo o Supremo Tribunal Federal consolidado definitivamente esse entendimento como já evidenciamos.

20. Sob a égide da Constituição de 1967 (com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1/69), o FINSOCIAL foi considerado (i) novo imposto em sua incidência sobre a receita bruta e (ii) adicional do Imposto de Renda em caso de venda exclusiva de serviços.

21. Os tribunais, segundo o que consta de levantamento jurisprudencial realizado sobre a matéria, não aprofundaram-se no exame da legalidade do FINSOCIAL como imposto novo e adicional do Imposto de Renda em face do texto constitucional da E.C. n.º 1/69, sendo que muitas decisões sobre a possibilidade ou não de cobrança do FINSOCIAL no mesmo exercício da sua criação afirmaram a sua legalidade desde que observado o princípio da anualidade.

B) *O FINSOCIAL como novo imposto na Constituição de 1967*  
(EC n.º 1/69)

22. Quanto à instituição como novo imposto, se assim considerada a contribuição ao FINSOCIAL, existiria violação ao § 1.º do art. 21, que dispunha:

“§ 1.º — A União poderá instituir outros impostos, além dos mencionados nos itens anteriores, desde que não tenham fato gerador e base de cálculo idênticos aos previstos nos arts. 25 e 24.”

(OBS.: Os arts. 25 e 24 tratavam de impostos de competência estadual e municipal.)

23. A “receita bruta”, que seria o fato gerador e a base de cálculo do novo imposto, como visto inicialmente, nada mais é do que a quantidade de valor financeiro cuja disponibilidade a sociedade adquire ao vender ou fornecer mercadorias e produtos.

24. De acordo com o disposto no Decreto-Lei n.º 1.940/82, o FINSOCIAL como imposto incidiria somente sobre a venda de mercadorias cuja base de cálculo é definida pelo art. 14 do Decreto-Lei n.º 5, de 15-3-1979. Comparando-se tal base de cálculo com a de outros impostos previstos no texto constitucional do E.C. n.º 1/69, pode-se observar a semelhança com a base de cálculo do ICM, que incide sobre a circulação de merca-

dorias. Em algumas situações, a base de cálculo do FINSOCIAL, com o novo imposto, também se assemelhava à do IPI, que foi disciplinada pelo Código Tributário Nacional (art. 47).

25. A característica básica do IPI e do ICM é a sua não-cumulatividade, ou seja, não incidem sobre os montantes de cada um desses impostos cobrados anteriormente sobre o mesmo produto. O FINSOCIAL, por sua vez, é cumulativo, pois não exclui as cobranças anteriores sobre as mercadorias que geram a receita bruta de vendas.

Assim, a instituição do FINSOCIAL como um novo tributo, com base de cálculo igual à do ICM e em alguns casos igual à do IPI, não seria admissível sob a égide do texto constitucional da E.C. n.º 1/69, pelas seguintes razões:

I — a competência residual da União estava limitada, pelo § 5.º do art. 18 da Constituição de 1967 (Emenda Constitucional n.º 1/69), à criação de impostos que não tivessem base de cálculo e fato gerador idênticos aos dos impostos estaduais e municipais, e o ICM era (e continua sendo) de competência estadual;

II — sendo o FINSOCIAL cumulativo, não poderia ser estendido como um adicional do IPI que é, necessariamente, não-cumulativo.

26. Acontece todavia que embora fosse o FINSOCIAL considerado tributo, a Constituição de 1969 só proibia novos impostos que tivessem fato gerador e base de cálculo idênticos aos cobráveis por Estados e Municípios, não se referindo expressamente às contribuições e não lhes aplicando o art. 21, § 1.º da Constituição, o que viria a fazer o novo documento Constitucional de 1988.

## II — *Os efeitos da Constituição de 1988*

27. Diante das discussões judiciárias e acadêmicas que surgiram em virtude do tratamento ambíguo dos impostos e das contribuições na legislação anterior, o constituinte de 1988 decidiu definir, com clareza e objetividade, o regime jurídico de ambos e estabelecer as normas básicas que sobre eles incidem.

28. Assim o novo texto constitucional trata das contribuições em geral no seu art. 149 que tem a seguinte redação:

“Art. 149 — Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no

art. 195, § 6.º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Parágrafo único — Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social.”

29. A remissão feita ao art. 146 decorre da função atribuída pela Constituição às leis complementares, esclarecendo o inciso III do mencionado artigo que:

“Art. 146. *Cabe à lei complementar:*

.....  
III — estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

*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 tributários;*

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

30. Os incisos I e III do art. 150 esclarecem quais as limitações ao poder de tributar que se aplicam às contribuições, explicitando que:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I — exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II — instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

III — cobrar tributos:

*a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;*

*b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;*

.....



31. Verifica-se assim, que, inspirando-se na jurisprudência anterior dos Tribunais Superiores e nas lições da doutrina, o constituinte, ao ampliar o rol das contribuições tradicionalmente admitidas (do qual o melhor exemplo é a contribuição de melhoria), aperfeiçoou o texto do art. 21, § 2.º, da Emenda Constitucional n.º 1/69, no particular alterada pela Emenda Constitucional n.º 8/77, a fim de subordinar a cobrança das contribuições à existência de lei prévia e ao atendimento ao princípio da anualidade.

32. A contribuição ficou assim caracterizada como um tributo com natureza e destino específico, ou seja, com “vinculação especialíssima”, no entender da melhor doutrina.

33. No tocante às contribuições, todavia, as limitações ao poder de tributar não se identificam com as que recaem sobre os demais tributos, tanto assim que, dos seis incisos que compõem o artigo 150 da Constituição, acima parcialmente transcrito, somente dois se aplicam às contribuições.

34. Acresce que o próprio princípio da anualidade, referido no inciso III, letra *b*, não se aplica às contribuições sociais, em virtude do disposto no art. 195, § 6.º, ao qual, como vimos, o art. 149 faz referência, só exigindo a Constituição que a norma legal entre em vigor noventa dias antes da ocorrência do fato gerador, para que a ele se possa aplicar, ou seja, *ipsis verbis*:

“§ 6.º — As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, *b*.”

35. Essa restrição ao princípio da anualidade não é, aliás, exclusivamente aplicável às contribuições sociais, abrangendo outras hipóteses, entre as quais as referentes aos impostos de exportação, importação, produtos industrializados, IOF e ao imposto extraordinário devido em caso de guerra (art. 150, § 1.º e art. 153, I, II, IV e V e 154, II).

36. Quanto às contribuições sociais de modo específico, o art. 195 da Constituição vigente determina que:

“§ 2.º — A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.”

37. Admite o mesmo artigo no seu § 4.º que:

“§ 4.º — A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.”

38. Finalmente, o art. 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determina que:

*“Art. 56 — Até que a lei disponha sobre o art. 195, I, a arrecadação decorrente de, no mínimo, cinco dos seis décimos percentuais correspondentes à alíquota da contribuição de que trata o Decreto-Lei n.º 1.940, de 25 de maio de 1982, alterada pelo Decreto-Lei n.º 2.049, de 1.º de agosto de 1983, pelo Decreto n.º 91.236, de 8 de maio de 1985, e pela Lei n.º 7.611, de 8 de julho de 1987, passa a integrar a receita da seguridade social, ressalvados, exclusivamente no exercício de 1988, os compromissos assumidos com programas e projetos em andamento.”*  
(Grifamos.)

39. Trata-se de medida de caráter transitório, que transferiu a maior parte da receita do FINSOCIAL para a seguridade social, até que nova lei dispusesse a respeito da aplicação do art. 195, I da Constituição acima transcrito, sem, todavia, modificar a natureza jurídica do FINSOCIAL.

40. Por outro lado, a Carta Magna modificou a estrutura do PIS que deixou de ser uma contribuição visando à participação dos trabalhadores nos lucros, nos termos do art. 165, inciso V da Constituição de 1967, para transformá-la em contribuição destinada à seguridade social. A nova função do PIS está definida no art. 239 da Constituição vigente, que tem a seguinte redação:

*“Art. 239 — A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar n.º 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar n.º 8, de 3 de dezembro de 1970, passa a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3.º deste artigo.”*

III — *Do descabimento da sobrevivência do FINSOCIAL, como contribuição após o advento da Constituição de 1988*

41. Não obstante o disposto na nova Constituição, a Medida Provisória n.º 22, de 7-12-1988, que se converteu na Lei n.º 7.689, de 14-12-1988, criou a contribuição social prevista no art. 56 do ADCT, baseada no lucro das empresas, mas manteve o FINSOCIAL, invocando o art. 195, I da Constituição.

42. É o que se verifica pela leitura do art. 9.º da Lei n.º 7.689, que tem a seguinte redação:

*“Art. 9.º — Ficam mantidas as contribuições previstas na legislação em vigor, incidentes sobre a folha de salários e a de*

que trata o Decreto-Lei n.º 1.940, de 25 de maio de 1982, e alterações posteriores, incidentes sobre o faturamento das empresas, com fundamento no art. 195, I, da Constituição Federal.”

43. Posteriormente, o art. 28 da Lei n.º 7.738, de 9-3-1989, determinou que:

“Art. 28 — Observado o disposto no art. 195, § 6.º, da Constituição, as empresas públicas ou privadas, que realizam exclusivamente *venda de serviços*, calcularão a contribuição para o FINSOCIAL à alíquota de meio por cento sobre a *receita bruta*.” (Grifamos).

44. A Lei n.º 7.787, de 30-6-1989, estabeleceu, no seu art. 7.º, que:

“Art. 7.º — A alíquota da contribuição para o FINSOCIAL (Decreto-Lei n.º 1.940, de 25 de maio de 1982, art. 1.º, § 1.º; Lei n.º 7.738, de 9 de março de 1989, art. 28) é fixada em 1% (um por cento), até a aprovação dos Planos de Custeio e Benefícios.

Parágrafo único — O produto de arrecadação do FINSOCIAL, com o acréscimo de que trata este artigo, destinar-se-á integralmente à seguridade social, assim definida no Capítulo II do Título VIII da Constituição Federal.”

45. A Lei n.º 7.894, de 24-11-1989, trata do FINSOCIAL, no seu artigo 1.º, nos seguintes termos:

“Art. 1.º — Em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1.º de janeiro de 1990, ficará alterada para 1,20% (um inteiro e vinte centésimos por cento) a alíquota da contribuição para o FINSOCIAL (Decreto-Lei n.º 1.940, de 25 de maio de 1982, artigo 1.º, § 1.º, da Lei n.º 7.738, de 9 de março de 1989, artigo 28, e Lei n.º 7.787, de 30 de junho de 1989, artigo 7.º).”

46. E, finalmente, a Lei n.º 8.147, de 28-12-1990, aumentou a alíquota para 2% (dois por cento), determinando que os recursos oriundos do FINSOCIAL atendam ao custeio das despesas relativas à saúde, previdência e assistência social.

47. Pretendeu, assim, o legislador manter uma contribuição, que a jurisprudência já considerava um imposto, e cuja natureza, estrutura e destino não se coadunam com as contribuições previstas na Constituição vigente.

48. Efetivamente, embora o legislador tenha feito remissão ao art. 195

da Constituição Federal, o FINSOCIAL não constitui uma contribuição com as características do art. 195, pois:

*a) não é arrecadada nem gerida pelos órgãos responsáveis pela seguridade social (art. 195 § 2.º);*

*b) inexistente vinculação específica entre a utilização do FINSOCIAL e os benefícios ou serviços da seguridade social, não sendo suficiente, para tanto, a simples referência ao destino dos respectivos recursos;*

*c) já existem outras contribuições que recaem, respectivamente, sobre o faturamento, a folha salarial e o lucro das empresas e o FINSOCIAL tem a sua base de cálculo no faturamento, caracterizando-se, assim, a violação frontal do art. 154 da Constituição que incide sobre as contribuições em virtude do disposto no art. 195, § 4.º*

*A) O FINSOCIAL NÃO É contribuição social (art. 195, I), pois é arrecadado pela Receita Federal.*

49. Quanto ao primeiro aspecto, não há dúvida de que o FINSOCIAL é arrecadado pela Secretaria da Receita Federal e não pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social — SINPAS, o que faz com que não se possa caracterizar como contribuição social, correspondendo a um verdadeiro imposto. Assim é inconstitucional o art. 9.º da Lei n.º 7.689 que, ao criar a contribuição social prevista pelo art. 56 do ADCT, manteve a exigibilidade do FINSOCIAL, “com fundamento no art. 195, I, da Constituição Federal”.

50. Na realidade, a Constituição Federal previu que o financiamento da seguridade social seria feito, direta e indiretamente, na forma da lei, mediante recursos orçamentários das várias entidades de Direito Público e em virtude de contribuições sociais, com as características que constam nos vários incisos do art. 195. Entre elas se destaca a necessidade imperativa da contribuição ser diretamente arrecadada e gerida pelas entidades do sistema de seguridade. O mesmo deverá, pois, receber as dotações orçamentárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que correspondem ao financiamento indireto, e as contribuições sociais, que constituem as fontes diretas de financiamento e que não são arrecadadas pela Receita Federal e não transitam pelo orçamento da União Federal.

51. Não há, pois, dúvida, que, pela sua própria natureza e finalidade, de acordo com a Constituição, *a contribuição social deve — e só pode ser paga diretamente à entidade ou aos órgãos credores, sem que a receita respectiva se submeta a etapas ou passagens orçamentárias, via orçamento fiscal da União, a fim de evitar que ela se perca no universo orçamentário.* Tanto assim é que o princípio constitucional básico aplicável ao orçamento é o da não-vinculação da receita a órgão, fundo ou despesas (art. 167,

inciso IV), princípio que não se aplica à contribuição, pelo fato de não transitar pelo orçamento.

52. A contribuição social tem essa natureza de pagamento direto vinculado a um fim específico, que decorre até de sua etimologia, encontrando as suas origens latinas no verbo *contribuere* e na palavra *contributio*, significando “dar para o monte”, ou seja, “fornecer a sua parte” para um fim específico, como ocorre na contribuição de melhoria. A doutrina salienta, assim, que a contribuição é a parte de cada um no rateio, que se promove a fim de atender a uma obrigação específica.

53. O pagamento do FINSOCIAL à União Federal importa, pois, em transformar os recursos que deviam ir diretamente ao sistema de seguridade social em recursos que eventualmente lá poderão chegar, por via indireta, tramitando necessariamente pelo orçamento, e violando-se, assim, o princípio constitucional imperativo que prevê e caracteriza o aspecto direto da contribuição.

54. Neste sentido, afirma MIGUEL REALE, ao examinar a inconstitucionalidade do art. 9.º da Lei n.º 7.689/88, que:

*“... está aí ferido, inegavelmente, o § 2.º do art. 195 da Constituição, que, de conformidade com o já por mim aduzido, exige que a proposta de orçamento da seguridade seja elaborada de forma integrada, além de privar a Seguridade Social de gestão administrativa unificada, conforme previsto no inciso VIII do art. 194. Toda a natureza social da contribuição social desaparece, submersa pela exclusividade administrativa e fiscalizadora cometida à Receita Federal, ao invés do IAPAS, que, consoante julgo já ter demonstrado, é o órgão próprio e insubstituível...”*

55. Por outro lado, o Egrégio Tribunal Regional Federal, da 1.ª Região, no julgamento da REO 89.01.11499-2, pela sua Terceira Turma, à unanimidade, reconheceu a inconstitucionalidade da Contribuição Social instituída pela mesma Lei n.º 7.689/88, que manteve a cobrança da contribuição para o FINSOCIAL. A decisão evidencia que a contribuição deve atender aos requisitos do art. 195, salientando que:

**“TRIBUTÁRIO, CONTRIBUIÇÃO SOCIAL CRIADA PELA LEI N.º 7.689/88. SUA CARACTERIZAÇÃO COMO IMPOSTO. INCONSTITUCIONALIDADE.**

1. O que distingue a contribuição social do imposto é a sua destinação específica às atividades próprias da seguridade social.

2. Não tendo a contribuição criada pela Lei n.º 7.689/88 qualquer comprometimento com a seguridade social, revela-se

autêntico imposto, inconstitucional visto não terem sido observadas as regras próprias estabelecidas na Constituição (DJ 2-4-90).”

56. No seu voto, esclarece o ilustre relator:

“6. Ao meu ver, não é aí que reside a inconstitucionalidade alegada. É que a Lei n.º 7.689/88, na verdade, não criou qualquer contribuição social, mas verdadeiro imposto, e isso ao arrepio das normas constitucionais.”

E mais adiante:

*“Realmente a vinculação da receita é fundamental, pois do contrário não haveria como distinguir uma contribuição social de um imposto. É essa vinculação a garantia de que a contribuição será aplicada na finalidade justificadora de sua instituição. Além do mais, impede que sejam criados novos impostos, com o nome de contribuição, já que os primeiros possuem regras constitucionais rígidas para sua instituição.*”

7. No caso da contribuição criada pela Lei n.º 7.689/88, não existe nenhuma destinação específica para os recursos arrecadados, embora o referido diploma legal diga que eles se destinarão ao custeio da seguridade social. Entretanto, o fato de a lei mencionar a destinação dos recursos não basta para caracterizar a parafiscalidade. É preciso que exista efetivamente a vinculação, seja arrecadação através das entidades legalmente encarregadas da prestação do serviço, seja pela manutenção de fundo específico para administrá-los, ou ainda pela existência de contabilização integral dos recursos aos órgãos incumbidos de atuar na área de seguridade social.”

E finalizando, conclui:

“Deve-se ressaltar que existe no País um Sistema Nacional de Previdência Social, integrado por entidades que, basicamente, atuam na área da seguridade social. E existe no SINPAS uma autarquia — o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS) — cuja finalidade específica é promover a arrecadação, fiscalização e cobrança das contribuições e demais recursos destinados à previdência social, distribuindo-os às outras entidades (Lei n.º 6.454, de 1.º-9-77, artigo 13).

Estranhamente, tal entidade não tem qualquer participação na nova contribuição, cuja arrecadação compete exclusivamente à Secretária da Receita Federal, nos termos do art. 6.º da Lei n.º 7.689.”

57. Igualmente o Tribunal Regional Federal da 5.<sup>a</sup> Região, sediado em Recife, em reunião plenária, por ocasião do julgamento da AC 3809-SE, assim se manifestou:

**“EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. LEI N.º 7.689/88. CARACTERIZAÇÃO COMO IMPOSTO INCONSTITUCIONAL.**

— O Plenário desta Corte reconheceu a inconstitucionalidade da “contribuição social” instituída pela Lei n.º 7.689, de 15-12-88, convertido na Medida Provisória n.º 22, de 6-12-88 (Argüição de Inconstitucionalidade na AMS 978-AL, Rel. Juiz HUGO MACHADO).

— Não basta que os recursos arrecadados com a cobrança da exação se destinem ao financiamento da seguridade social. *Impõe-se que estes recursos sejam arrecadados diretamente pela administração descentralizada e se destinem diretamente aos cofres da seguridade.*

— No caso, a gestão é centralizada na Receita Federal e os recursos transitam pelo orçamento da União e só depois são destinados aos órgãos incumbidos da prestação dos benefícios previstos no Programa de Seguridade Social.

— De qualquer modo, também haveria a inconstitucionalidade do art. 8.º ao atingir o lucro apurado no período-base de 1988, antes do decurso do prazo de noventa dias previsto no art. 195, parágrafo 6.º da Constituição (DJ 25-6-90).

**B) O FINSOCIAL não é contribuição por não estar afetada a uma finalidade específica da Seguridade Social**

58. No mesmo sentido, decidiu o referido Tribunal nas Apelações em Mandado de Segurança de n.ºs 1966-CE e 1971-CE cujos acordãos foram publicados no DJU de 7-6-91.

59. Sempre se caracterizou a contribuição pela sua finalidade específica e pela possibilidade de se verificar a afetação dos recursos, de tal modo que a doutrina chegou a afirmar que “na contribuição não se comprovando a vantagem decorrente da atuação do Estado relativamente ao obrigado (contribuinte), não há o que pagar, não surge o dever, não surge a obrigação”. (*Revista de Direito Tributário*, vol. 48, pág. 226).

60. No 2.º Encontro Regional Latino-Americano de Direito Tributário, realizado em Porto Alegre, em 1976, concluíram os juristas presentes que a contribuição especial é um tributo vinculado, cujas hipóteses de incidência consistem numa atividade estatal no interesse geral, mas que produz um benefício individual para o sujeito passivo.

61. Essa vinculação da contribuição social a uma finalidade constitucional específica é reconhecida por toda a doutrina, como se verifica pelos estudos de GERALDO ATALIBA (*Hipótese de Incidência Tributária*, 3.<sup>a</sup> ed., págs. 175/4), MARCO AURÉLIO GRECO (*Empréstimos Compulsórios*, Enciclopédia Saraiva, vol. 32, págs. 27 e seguintes), BRANDÃO MACHADO (*São Tributos as Contribuições Sociais ?*, Direito Tributário Atual, vol. 7/8, págs. 1852/5), e IVES GANDRA MARTINS e CELSO RIBEIRO BASTOS (*Comentários à Constituição do Brasil*, 6.<sup>o</sup> vol., S. Paulo, Saraiva, 1990, pág. 130).

62. Sendo a finalidade um elemento essencial na conformação do regime jurídico da contribuição, que nela encontra sua razão de ser, também o é a destinação do produto de sua arrecadação. Isto é, a finalidade é uma premissa da sua instituição e somente poderá ser validamente criada a contribuição se existir um plano orçamentário prévio estabelecendo a natureza do custeio e o órgão responsável pela sua execução e, conseqüentemente, pela gestão dos recursos.

63. Não é outra a orientação contida no § 5.<sup>o</sup> do art. 195 da Constituição Federal:

“Nenhum benefício ou serviço de seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem correspondente fonte de custeio total.”

64. Ora, se é certo que nenhum benefício pode ser criado, sem a identificação da respectiva fonte de custeio total, o contrário também é verdadeiro, ou seja, nenhuma fonte de custeio pode ser criada, a título de contribuição, sem vinculação ao respectivo benefício.

65. Resulta, pois, que o FINSOCIAL não corresponde às características básicas inerentes à contribuição, decorrentes do seu delineamento constitucional, pois que não se vislumbra qualquer atividade estatal específica relacionada com o contribuinte, ainda que indiretamente, como também não foi indicado o benefício a ser atendido pela nova fonte de custeio que constitui o FINSOCIAL.

66. Inexistindo, assim, a relação entre a *contribuição*, de um lado, e a destinação direta à entidade responsável pela prestação dos benefícios da seguridade social, de outro lado, deixa de ocorrer uma exação vinculada a uma atividade estatal, que é o pressuposto da contribuição, caracterizando-se a existência de um puro e simples imposto, que só pode ser criado desde que atendidas as determinações constitucionais, o que não ocorre no caso, como veremos, em seguida.

C) O FINSOCIAL é tributo cumulativo e tem base de cálculo já utilizada por outras contribuições

67. A Constituição de 1988 manteve as contribuições previdenciárias em favor do SINPAS (Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social),



que gravam a folha de pagamento, assim como o PIS, na sua nova conceituação e finalidade, que recai sobre o faturamento das empresas (art. 239 da Constituição) e foi instituída pela Lei n.º 7.689 (art. 1.º) a contribuição social, prevista pela Constituição e especialmente pelo art. 56 do ADCT, que recai sobre o lucro das pessoas jurídicas. Exauriram-se, assim, as hipóteses de contribuições devidas pelas empresas ou pelos empregadores, com base no art. 195, I, que são como vimos, o faturamento, o lucro e a folha de pagamento.

68. Efetivamente, o faturamento, base de cálculo do PIS, e a receita bruta, base de cálculo do FINSOCIAL, se identificam, razão pela qual ocorre uma forma de bitributação vedada expressamente pelo art. 154, I da Constituição vigente, que se aplica às contribuições, *ex vi* do art. 195, § 4.º

69. Como bem esclarece a doutrina:

“A Constituição estabelece que no caso das contribuições sociais, quando outras fontes de capacidade contributiva que *não o faturamento, o lucro ou a folha de pagamentos, sejam acolhidas pelo legislador federal como hipóteses de incidência de contribuições sociais, há que se aplicar o regime constitucional do exercício da competência residual*. E segundo esse regime constitucional a União só pode instituir impostos novos mediante lei complementar; e ao fazê-lo não poderá invadir o campo de competência tributária privativo de Estados, Distrito Federal e Municípios, vedando-se, portanto, a dupla ou triplíce imposição e a cumulatividade.” (*Revista de Direito Tributário*, n.º 48, pág. 227).

D) *Conclusões quanto à extinção do FINSOCIAL como contribuição*

70. Diante da transitoriedade da manutenção do FINSOCIAL prevista pela própria Constituição e do fato de não preencher as condições necessárias para ser cobrado, sob a forma de contribuição, evidencia-se que a sua exigibilidade se extinguiu com a nova regulamentação legal da contribuição social referida e prevista no art. 56 do ADCT, conforme entendimento manso e pacífico da doutrina e, já agora, com repercussões em alguns julgados.

71. Neste sentido, pondera IVES GANDRA MARTINS, que:

“Entre as contribuições já existentes não se encontra o FINSOCIAL, cuja natureza o Supremo Tribunal Federal plasmou como de imposto, permanecendo como um tributo em extinção, posto que o art. 56 das Disposições Transitórias apenas o admite provisoriamente até o surgimento das contribuições sociais a que se refere o art. 195, I, no que diz respeito a cinco sextos de sua receita.

Sendo imposto e colocado apenas 1.º capítulo das Disposições Transitórias, não poderia ter sido alterado tanto pela Medida Provisória 22/86, quanto pela 38/89 (Lei n.º 7.738/89), que inclusive aumentou a sua alíquota. *Não tendo, como imposto, perfil no novo sistema, nem podendo ser criado pela competência residual da União, posto que tal competência não permite imposto cumulativo (com base de cálculo igual a do IPI e do ICMS no caso) e fato gerador idênticos aos impostos já existentes, tais alterações parecem-me inconstitucionais para tentar ressuscitar imposto em parte já extinto e em parte moribundo.*" (CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS, obra citada, vol. 6, pág. 130.)

72. As numerosas decisões judiciais que consideraram inconstitucional o aumento do FINSOCIAL e as outras, em número bem mais restrito, que, incidentalmente, afastaram, por completo, a sua aplicação, salientam que a Lei n.º 7.690, de 15-12-1988, funcionou como condição resolutória da exigibilidade do mencionado tributo e que, conseqüentemente, *é inconstitucional o art. 28 da Lei n.º 7.758/89, que modificou a sua alíquota.*

73. Neste sentido, a sentença proferida pela Juíza Dra. MARIA TERESA DE ALMEIDA ROSA CÂRCOMO LOBO no MS 89.0007224-2, afirma que:

*"A localização e o articulado do preceito não permitem conclusão outra que não seja a da transitoriedade do FINSOCIAL, cujo termo final será o do estabelecimento da contribuição social, consoante o disposto no art. 195. I.*

O segundo ponto a anotar é o de que o respeito aos mandamentos da nova Carta, em ordem a assegurar a sua efetividade, leva a repelir qualquer modificação do FINSOCIAL, seja na base de cálculo, seja na alíquota.

Trata-se de um imposto que não foi recebido no novo ordenamento jurídico, em cujo limiar se mantém por força do artigo 56 do ADCT, permanecendo como que sob condição resolutiva, insusceptível, portanto, de qualquer alteração.

*O art. 28 da Lei 7.758/89 é assim, visceralmente inconstitucional, na medida em que pretende revivescer uma exação não recebida no novo texto constitucional."*

74. No mesmo sentido, da inconstitucionalidade do FINSOCIAL, decidiu o Juiz Federal ROY REIS FRIEDE, da 5.ª Vara no Rio de Janeiro, no Mandado de Segurança n.º 89.0026527, impetrado pelo CITIBANK que o magistrado concedeu, em 12-9-90, com base no parecer do Ministério Público nos seguintes termos:

*"Têm razão as Impetrantes por ambos os fundamentos.*

Ainda que se pudesse admitir que na previsão legal da incidência sobre a receita da venda de serviços (Lei n.º 7.738/89, art. 28, acima transcrito) pudessem enquadrar-se as receitas das instituições financeiras, tal exação não se compatibilizaria com a delimitação constitucional expressa no art. 195, I, da Constituição, eis que a referida receita não é faturamento.

E, a caracterizar-se como outra fonte de custeio da seguridade social (art. 195, § 4.º da C.F.), sua instituição deveria obedecer ao disposto no art. 154, I, da mesma Constituição, ou seja, ser precedida de lei complementar, não ser cumulativa e não ter fato gerador, ou base de cálculo próprios dos impostos discriminados na Constituição.

Também com relação à majoração da alíquota e à aplicação do princípio da anterioridade, no caso a precedência de 90 (noventa) dias de que fala o art. 195, § 6.º, da Constituição, assiste também razão às Impetrantes, uma vez que a Medida Provisória n.º 63 foi rejeitada, e aprovado pelo Congresso Nacional, o Projeto de Lei de Conversão n.º 10/89 (fls. 48 e 49 dos autos), transformado na Lei n.º 7.787, de 30-6-1989, inclusive com redação diversa da que estava na Medida Provisória para a norma que trata da discutida majoração da alíquota do FINSOCIAL.

Quanto à alegação da Fazenda (fls. 58) de que a exigência do FINSOCIAL majorado só se daria em outubro de 1989, pois só então venceu o prazo para o respectivo recolhimento, não procede, evidentemente, pois a garantia constitucional da anterioridade, da mesma forma que a da irretroatividade da lei tributária, refere-se à ocorrência do fato gerador, único parâmetro válido na hipótese (C.F. art. 150, III, *a* e *b*) como bem demonstra a petição inicial.

Pelas razões expostas, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, opina pela *concessão da segurança*.

ISTO POSTO, na forma da fundamentação supra, concedo a segurança vindicada, consolidando a liminar deferida, no sentido de não mais serem compelidas a pagar a contribuição para o FINSOCIAL sobre suas receitas e rendas operacionais, nem sobre seu faturamento com base na Lei n.º 7.689/88."

75. Já vigente a Constituição de 1988, o Tribunal Federal de Recursos, antes de sua transformação em Superior Tribunal de Justiça, teve o ensejo de confirmar sentença de primeira instância que já, dentro da nova sistemática constitucional, reconhecia a natureza de imposto do FINSOCIAL.

CIAL. No Processo n.º 891019272, o acórdão do qual foi relator o Ministro ADHEMAR MACIEL teve a seguinte ementa:

**"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LIVROS. JORNALIS. PERIÓDICOS E PAPEL DESTINADO À SUA IMPRESSÃO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. FINSOCIAL. EMENTA:**

I — Tanto a Carta de 69 (art. 19, III, *d*) quanto a de 1988 (art. 150, VI, *d*) puseram um limite ao poder estatal de instituir imposto sobre livros, jornais, periódicos e papel destinado à impressão deles. Trata-se de imunidade tributária, uma vez que contemplada diretamente pela Lei Maior. Sua natureza é objetiva. O escopo da Constituição foi tornar a cultura mais acessível ao povo, com preços menores de tais mercadorias.

Como o FINSOCIAL é um "imposto", não se pode sequer falar que a receita bruta dos impetrantes, proveniente exclusivamente da venda das mercadorias imunes, configure um fato gerador nos termos do § 1.º do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 1.940/82.

II — Sentença confirmada. Remessa oficial conhecida, mas improvida."

*IV — Da inconstitucionalidade do FINSOCIAL concebido como imposto*

76. Evidenciaremos, agora, que, mesmo como imposto, o FINSOCIAL tornou-se incobrável em virtude das disposições legais atualmente vigentes.

77. O FINSOCIAL tem como fato gerador a obtenção de receitas pelas pessoas jurídicas prestadoras de serviços e vendedoras de mercadorias, independentemente da realização de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte, o que caracteriza tal tributo como imposto.

78. De acordo com o disposto no artigo 4.º do Código Tributário Nacional, a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevante para qualificá-la a denominação e demais características formais adotadas pela lei e/ou a destinação legal do produto de sua arrecadação.

79. Dessa forma, pouco importa a denominação adotada pelas leis que regem a cobrança do FINSOCIAL, que conceituam tal exação como contribuição. É igualmente irrelevante para a determinação da natureza jurídica da exação em questão a destinação proposta pela legislação ordinária que, de acordo com o disposto no Decreto-Lei n.º 1.940 (que criou o FINSOCIAL) foi inicialmente, o custeio de investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor. Posteriormente, a partir da promulgação da vigente

Carta Constitucional, o FINSOCIAL passou a ter a maior parte do valor arrecadado destinado temporariamente ao financiamento da seguridade social (artigo 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) e, após a edição da Lei n.º 7.787/90 (artigo 7.º, parágrafo único), foi integralmente destinado ao seu custeio.

80. A natureza jurídica de imposto do FINSOCIAL torna-se ainda mais evidente em razão do produto de arrecadação ser destinado aos cofres da União, através de arrecadação pelo Tesouro Nacional, via Receita Federal, não havendo qualquer previsão sobre o seu repasse para a seguridade social. Esse fato, por si só, inviabiliza completamente a conceituação pretendida pelas normas reguladoras do FINSOCIAL, que o definem como contribuição decorrente das hipóteses previstas no inciso I do artigo 195 da Constituição vigente (incidentes sobre o lucro, o faturamento e a folha de pagamentos, como parcela de recursos advindos dos empregadores para o custeio da seguridade social).

81. Ocorre que, como já foi dito anteriormente, já existem contribuições incidentes sobre o lucro (contribuição social), sobre o faturamento (PIS) e sobre a folha de pagamento (Previdência Social), sendo inadmissível haver mais de uma imposição tributária sobre a mesma hipótese de incidência, pois as contribuições previstas no inciso I do art. 195 da Constituição Federal são *numerus clausus*, não podendo haver superposição de contribuições.

82. Com efeito, a mesma hipótese de incidência (obtenção de receita) é o fato gerador de outra contribuição, para o Programa de Integração Social (PIS), criada pela Lei Complementar n.º 7, de 7 de setembro de 1970, e destinada, pela atual Constituição, ao financiamento da seguridade social. Por outro lado, poder-se-ia, também, alegar que a base de cálculo prevista nas normas que regem a cobrança do FINSOCIAL é idêntica à dos impostos que recaem sobre quem realiza venda de mercadorias ou prestação de serviços.

83. Dessa forma, a instituição do FINSOCIAL como imposto e a sua revalidação sob a égide da Constituição em vigor é totalmente inconstitucional, uma vez que a Lei Magna veda a instituição de outros impostos, além daqueles já previstos na própria Carta Constitucional, que:

a) sejam cumulativos; e

b) tenham base de cálculo ou fato gerador iguais aos já existentes, abrangendo tanto os impostos (art. 154), como as contribuições (art. 194, § 4.º).

84. A competência residual da União para instituir impostos não previstos na Constituição está, também, limitada pela exigência de lei complementar. O FINSOCIAL, por sua vez, foi instituído por decreto-lei e revalidado através de lei ordinária e é, evidentemente, cumulativo, uma vez que incide sobre um mesmo fato tributável por diversas vezes.

85. Assim sendo, o imposto travestido de contribuição, que é o FINSOCIAL, não atende a nenhum dos requisitos estabelecidos na Constituição para a instituição pela União Federal de impostos com base na competência residual, sendo, portanto, totalmente inconstitucional.

#### V — *Conclusões*

86. Sob o aspecto da legalidade, a cobrança do FINSOCIAL é questionada em razão de ter sido revalidada através de lei ordinária, inclusive com a alteração de alíquota e a fixação de nova base de cálculo para os contribuintes unicamente prestadores de serviços, o que conflita com as disposições da Constituição promulgada em 1988, uma vez que:

1. a exação em questão foi mantida apenas no Capítulo das Disposições Constitucionais Transitórias, provisoriamente, até a edição da Lei n.º 7.689, de 15 de dezembro de 1988, que complementou as disposições sobre o art. 195, I, da Constituição Federal, instituindo a contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas;

2. o FINSOCIAL não poderia ser enquadrado nas hipóteses de incidência da contribuição para financiamento da seguridade social, uma vez que, com a instituição da contribuição social sobre o lucro, todas essas hipóteses foram preenchidas;

3. não poderia também a referida exação ser considerada contribuição, tendo em vista que a gestão dos recursos apresentados pelo FINSOCIAL não é assegurada aos órgãos de administração da seguridade social;

4. a competência residual da União para instituir imposto não previsto na Constituição Federal não poderia respaldar a cobrança do FINSOCIAL, pelo fato de se tratar de tributo cumulativo e uma vez que a manutenção dessa exação foi realizada, através de leis ordinárias, com a manutenção de fato gerador e base de cálculo idênticos ao de outros tributos instituídos constitucionalmente.

87. Segundo algumas decisões judiciais, no entanto, o tributo em questão estaria integrado à nova Constituição pela aplicação do princípio de recepção, que consiste na manutenção das normas anteriores não conflitantes com o novo texto constitucional, mas, mesmo assim, não poderia ter havido aumento de sua alíquota.

88. O fundamento de tal princípio está insculpido no § 5.º do art. 34 das Disposições Transitórias, que dispõe:

“§ 5.º — Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §§ 3.º e 4.º.”

(Obs.: os §§ 3.º e 4.º tratam da edição e entrada em vigor de leis necessárias à aplicação do Sistema Tributário Nacional).

89. A recepção do direito anterior pressupõe a sua compatibilidade com a nova Constituição. No caso de conflito entre a lei antiga e a Constituição nova, não ocorre a inconstitucionalidade, mas a revogação do diploma legal, em virtude do conflito superveniente.

90. A contribuição ao FINSOCIAL que era considerada como um imposto válido na vigência da Emenda Constitucional n.º 1, não mais preenche as condições de validade diante do novo texto constitucional, que apenas admitiu a sua sobrevida por um curto período, decorrido o qual modificou o seu destino. O art. 56 transformou o FINSOCIAL numa simbiose temporária de contribuição e de imposto (5/6 de contribuição e 1/6 de imposto) até o advento da nova regulamentação da contribuição social. Com o surgimento desta, desaparece a sobrevida que o ADCT deu ao FINSOCIAL. Ocorrida a condição resolutiva, verifica-se que o FINSOCIAL não tem mais os requisitos constitucionais para sobreviver, nem como contribuição, nem como imposto, e a recepção o validou apenas temporariamente, tendo-se esgotado o período de recepção.

91. Mesmo que não se impugne a criação do FINSOCIAL por lei ordinária considerando o seu surgimento na vigência da Emenda Constitucional n.º 1, não há como deixar de reconhecer que a sua atual exigibilidade pressupõe três condições que inexistem no caso:

1. O caráter não-cumulativo — e o FINSOCIAL é cumulativo;
2. a inexistência de outro tributo ou contribuição que tenha a mesma base de cálculo, quando há contribuição e imposto com a mesma base de cálculo;
3. se entendemos que é contribuição — como deflui dos textos expressos da legislação posterior à Constituição de 1988 — a arrecadação não poderia ser feita pela Receita Federal, não bastando a indicação, na lei, de que os recursos se destinarão à seguridade social.

92. Pelo exposto, concluímos que o FINSOCIAL é inconstitucional e conseqüentemente, inexigível e que, a admitir *ad argumentandum* a sua recepção temporária e sobrevivência até a promulgação da nova Lei da Previdência Social, não poderiam as suas alíquotas sofrer aumento após a entrada em vigor da Constituição de 1988, tratando-se de um tributo bloqueado, e como tem entendido a jurisprudência.

# Flexibilização Laboral e Revisão Constitucional

ORLANDO TEIXEIRA DA COSTA

Ministro Vice-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho e Professor Titular aposentado da Universidade Federal do Pará

## SUMÁRIO

*1. Pressupostos do tema. 2. Opção concebida pela classe patronal. 3. A flexibilidade na Constituição. 4. Outras disposições constitucionais flexibilizáveis. 5. Necessidade de um tratamento diferenciado no Brasil. 6. Opções concorrentes. 7. Epílogo.*

### 1. Pressupostos do tema

Como o III Congresso Nacional de Magistrados do Trabalho pretende dar início a uma tarefa voltada para a revisão constitucional de 1995, sugeriram-me que a abordasse sob a ótica da *flexibilização laboral*, tendo em vista o interesse que os magistrados do trabalho vêm manifestando pela correta compreensão e pelo equilibrado senso de medida dessa doutrina que prepondera nas modernas economias de mercado, principalmente na Europa e América Setentrional.

A atualidade do tema escolhido pode ser confirmada não apenas pela numerosa literatura jurídica por ele gerada, como pelos certames científicos que sobre ele se têm debruçado.

Em substancioso artigo publicado na revista *Derecho Laboral*, sob o título de "Un Enfoque sobre la Flexibilización", o professor uruguaio

\* Conferência proferida na abertura do III CONAMAT — Congresso Nacional dos Magistrados do Trabalho, realizado de 26 a 29 de maio de 1992, em Recife, Pernambuco, que teve como homenageado o autor deste trabalho.



Américo Plá Rodriguez informa que, somente de setembro para outubro de 1989, foram realizados quatro importantes conclaves em que o tema da *flexibilidade* foi incluído como primeiro ponto da ordem do dia. Referindo-nos ao 8.º Congresso Mundial da Associação Internacional de Relações de Trabalho, realizado em Bruxelas, de 4 a 7 de setembro de 1989, cujo primeiro tema foi FLEXIBILIDADE DO MERCADO DE TRABALHO E NOVAS PAUTAS DE EMPREGO; ao 3.º Congresso Regional Europeu de Direito do Trabalho, que teve, como primeiro tema, AS TENDÊNCIAS DA DESREGULAMENTAÇÃO E SUAS INCIDÊNCIAS SOBRE A TEORIA DAS FONTES EM DIREITO DO TRABALHO e como quinto tema, A FLEXIBILIDADE DO TEMPO DE TRABALHO; às II Jornadas Nacionais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, em homenagem ao Professor Ernesto Krotoschin, que se realizaram na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires de 5 a 8 de setembro daquele ano, cujo primeiro tema foi *Flexibilidade*; ao Primeiro Congresso Internacional de Política Social, Laboral e Previdenciária, convocado pela Fundação de Altos Estudos Sociais, reunido de 2 a 4 de outubro de 1989, que teve como um dos temas A FLEXIBILIDADE LABORAL.

Em que pese à oportunidade da matéria, não nos devemos esquecer, já que vamos vincular esta exposição à revisão constitucional, que existem outras vertentes do Direito do Trabalho contemporâneo, que não podem e nem devem ser olvidadas, principalmente duas delas, pelo papel que desempenharam em seus países de origem, contribuindo para a reconstrução nacional, imposta pela guerra de que ambos participaram. Trata-se da doutrina sobre a tutela da personalidade moral do trabalhador, elaborada na Itália, principalmente pelos professores Gino Giugni e Federico Manzini, visando amenizar a proteção da integridade física do operário; e a experiência alemã, tentando transformar a natureza do vínculo jurídico pelo qual se preocupa o *Direito do Trabalho*, de uma relação subordinativa em uma relação coordenativa.

A primeira procurou aliviar os efeitos impostos pela adaptabilidade, enquanto a segunda antecedeu-a, para preparar os caminhos que haveriam de legitimar a convenção coletiva de trabalho, como instrumento de derrogação das normas inderrogáveis da legislação do trabalho, mediante uma participação mais efetiva do trabalhador nos destinos da empresa.

Por outro lado, não devemos omitir as circunstâncias que levaram a nossa Constituição vigente, com revisão programada para 1993, a ser uma Carta Política detalhista, como forma de atender às diversas correntes ideológicas que a empolgaram, mas que procurou, de qualquer maneira, institucionalizar uma democracia social em nosso País, ainda que prejudicada pela pesada herança de um regime autoritário que acreditava apenas nas soluções econômicas e ignorava completamente os problemas sociais.

Com esses pressupostos, partamos para a abordagem do tema: FLEXIBILIZAÇÃO LABORAL E REVISÃO CONSTITUCIONAL.

## 2. *Opção concebida pela classe patronal*

A oportunidade de um tema nos leva, por vezes, a aderir à sua doutrina antes que a nossa inteligência reflita sobre ele. Assim, como é moda falar ou usar da *flexibilidade*, muitos existem que, sem qualquer prévia postura crítica, se entusiasmam por ela, simplesmente porque foi adotada pelos países mais desenvolvidos do mundo. Será razoável, entretanto, este procedimento? — Entendemos que não e já diremos por quê.

Os fatos que estão marcando o advento de uma nova era para a humanidade são acontecimentos de origem econômica e de conseqüências predominantemente sócio-políticas. Nós todos estamos envolvidos pela voragem deles, como participantes de uma sociedade *em crise econômica* e também em pleno processo de transformação na sua maneira de produzir, com a *implantação de uma nova tecnologia*, ambas geradoras de inflação, recessão e desemprego.

Como se trata de uma situação que atinge, primordialmente, a produção, as classes produtoras tomaram a iniciativa da busca de uma solução e a encontraram, na substituição dos postulados tradicionais do *Direito do Trabalho*, que cresceu com base na restrição da liberdade contratual, mediante a limitação das possibilidades e opções do empregador, pela implantação de uma flexibilidade, que importa na recuperação das regalias e facilidades do patrão. Na síntese precisa de Plá Rodríguez, "o que era indisponível, rígido e inviolável, se converte em flexível e derogável". Ou, se quisermos ser ainda mais claros: o princípio básico informador de todo o *Direito do Trabalho*, que importava na proteção do economicamente fraco, é mitigado, quando não eliminado, para dar lugar a uma diminuição dos custos da mão de obra e a uma conseqüente diminuição dos riscos empresariais, mediante o incremento da rentabilidade.

Apegados aos seus interesses e somente a eles, a classe patronal vai conseguindo, paulatinamente, ressuscitar a *marchandage*, a liberação do tempo de trabalho, a eliminação da permanência no emprego, a fixação do salário mediante a recuperação da regra da oferta e da procura, passando por cima de todas as conquistas do direito laboral e sem nenhum respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador. Tudo isto à custa da afirmação de que o desemprego é produto da excessiva generosidade das regulamentações protetoras.

Será isto, entretanto, o desejável? Será esta a solução?

## 3. *A flexibilidade na Constituição*

Não devemos ser empedernidamente misoneístas e nem ingenuamente filoneístas, mormente ante a constatação de que o atual Texto Constitucional admitiu alguma flexibilização e de que estamos pensando na sua revisão.

sem o comprometimento da maior conquista dela, que foi, como já disse, a tentativa da implantação de uma democracia social no Brasil.

Sob alguns aspectos, a Constituição atual talvez possa ser qualificada de pródiga, mas, em relação ao *Direito do Trabalho*, o máximo que se pode dizer é que ela foi detalhista, talvez sem necessidade.

De qualquer maneira, insistindo um pouco mais nesta última perspectiva, foi ela também trabalhisticamente flexível, uma vez que permitiu que a flexibilidade se processasse, quanto a alguns aspectos laborais, sob tutela sindical.

O inciso VI do art. 7.º da Constituição consagrou o princípio, outrora apenas deduzível do art. 462 da Consolidação das Leis do Trabalho, da *irredutibilidade do salário*, permitida, entretanto, uma vez respeitado o mínimo legal e preservado o poder aquisitivo do trabalhador, que, sob tutela sindical, mediante o uso da convenção ou do acordo coletivo de trabalho, a redução do salário possa ser concertada pelas categorias profissionais e econômicas.

Reafirmando o postulado da *jornada diária de oito horas* e reduzindo o tempo semanal de trabalho para quarenta e quatro horas, o inciso XII do art. 7.º da Carta facultou a compensação de horários e a redução da jornada, sempre mediante tutela sindical, já que previsto, para tal, o emprego do acordo ou da convenção coletiva de trabalho.

No que diz respeito ao trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, previu a Lei Maior que ele fosse cumprido em jornadas de seis horas, mas possibilitou a negociação coletiva a respeito (inciso XIV do art. 7.º), o que importa na participação obrigatória dos sindicatos, tendo em vista a previsão do art. 8.º, inciso VI, do Texto fundamental. E como toda a negociação bem sucedida termina em acordo ou convenção coletiva, eis a possibilidade de transigência laboral.

Estas três regras consagram, nitidamente, a doutrina da flexibilidade laboral, sendo que de outros incisos do art. 7.º talvez se possa deduzir uma flexibilidade implícita, quando, por exemplo, o Texto constitucional alude ao repouso semanal remunerado, usando da expressão "*preferencialmente aos domingos*", como que admitindo que essa preferência possa ser alterada. É evidente que, se o for, te-lo-á que ser, preferencialmente, mediante tutela sindical.

Indaga-se, porém: — Esta flexibilidade deve ser mantida? Convém ser ampliada? Ou impõe-se a sua supressão?

#### 4. *Outras disposições constitucionais flexibilizáveis*

Dispositivos constitucionais existem que deveriam admitir a flexibilização de certos direitos laborais, por serem, por natureza, autonomamente negociáveis, ajustáveis e implementáveis.

Encontra-se neste caso, em primeiro lugar, o preceito sobre a participação nos lucros (inciso XI do art. 7.<sup>o</sup>). Ficou ele dependendo de regulamentação legal, quando o racional seria que a Constituição previsse a sua necessária implantação, possibilitando apenas que, através de convenção ou acordo coletivo de trabalho, se atendessem às proporções, peculiaridades, possibilidades e gênero de cada empresa e se previsse o modo pelo qual esta participação seria implementada e cumprida.

O tratamento genérico desta participação será de uma impropriedade absoluta, pois ela necessita ser compatível com a realidade de cada empresa em termos de capital, eficiência, produtividade, lucratividade e número de empregados.

O piso salarial previsto no inciso V do mesmo art. 7.<sup>o</sup> também é aconselhável que seja implementado por convenção ou acordo coletivo de trabalho e, conseqüentemente, mediante tutela sindical, pois embora esta possibilidade me pareça estar implícita no preceito, a ausência de uma referência constitucional explícita está adiando a implantação diversificada dos salários profissionais. E como este direito é daqueles que, nos termos da letra constitucional, deve ser "proporcional à extensão e à complexidade do trabalho", nada mais natural que esta extensão e complexidade sejam avaliadas, autonomamente, pelos interessados.

Ao invés de sobrecarregar o legislador ordinário, por que não atribuir, também, aos grupos interessados, a implementação do aviso prévio superior a trinta dias (art. 7.<sup>o</sup>, inciso XXI), para que seja resguardada a proporcionalidade em relação ao tempo de serviço?

A avaliação de uma remuneração compensatória pela realização de atividades penosas, insalubres ou perigosas pode ser muito mais apropriadamente realizada pelos interessados do que pelos legisladores. A lei, valendo-se de informações técnicas, deveria definir as atividades penosas,, insalubres ou perigosas, mas a fixação da sua remuneração adicional poderia depender da avaliação que, em cada situação concreta, viessem a fazer os interessados, pois também é impossível generalizar, por lei, condições que são necessariamente diferenciadas pela intensidade, tempo de exposição e recursos usados pelas empresas para amenizar os malefícios desses trabalhos incômodos (art. 7.<sup>o</sup>, inciso XXIII).

Fizemos esta enumeração apenas a título exemplificativo, para proporcionalizar o debate. Entretanto, muito se poderia acrescentar a este rol improvisado, usando criatividade e reflexão.

##### 5. *Necessidade de um tratamento diferenciado no Brasil*

O que dissemos até aqui permite concluir que a chamada flexibilidade laboral é um procedimento que consiste na derrogação consentida

de normas legais, em princípio inderrogáveis, mediante negociação coletiva e sob tutela sindical.

Nos países de elevado nível cultural e de sindicalismo autêntico e forte, onde é possível assegurar a equipolência da liberdade de estipulação entre trabalhadores e empresários, a flexibilidade laboral tem sido usada com frequência para adaptar o *Direito do Trabalho* aos novos tempos.

Esses países são, normalmente, os do chamado primeiro mundo, que se caracterizam como economias de mercado. No que diz respeito à nossa realidade, o importante é saber se esta adaptação tem condições de ser implementada, sem nenhuma restrição, em países como o Brasil, em que a pobreza absoluta, caracterizada pelas pessoas com rendimento inferior a um quarto do salário mínimo ou que vivem em famílias com rendimento menor a um salário mínimo (Hamilton Tolosa, do IPEA), correspondendo a 44 milhões e 800 mil indivíduos (dados de 1988); em que o sindicalismo só é forte nos grandes centros industriais; em que a diversificação é gritante entre as macro-regiões do Norte, Nordeste, Sudeste, Sul e Centro-Oeste. Será possível implantar aqui, repetimos, *sem nenhuma restrição*, a flexibilidade laboral?

*Entendemos que não.*

Uma coisa é sentar-se à mesa do banquete e dele participar, outra e servir-se apenas das migalhas que caem ao chão.

Se a situação no Brasil é internamente diferenciada, o tratamento também deve ser diferenciado. Se, em termos de renda *per capita*, 60% da nossa população têm padrão de vida semelhante ao de Angola (US\$500,00), por outro lado há quem disponha de uma renda *per capita* de US\$5.000,00 e viva próximo dos padrões da Espanha.

Ante esta realidade, insistimos, impõe-se um tratamento diferenciado.

Um executivo-empregado, de alto nível, não necessita de tutela sindical e, muito menos, legal. Ele pode se socorrer dos preceitos do direito comum, que estão à disposição de qualquer cidadão, não necessitando de nenhuma proteção especial. Pode, em certas circunstâncias, transigir e até renunciar, sem a perda do seu poder aquisitivo.

Um trabalhador *white collar*, pelo padrão de vida alcançado com a renda da sua atividade, tem condições de transigir dentro de certos limites, sem alterar significativamente a posição adquirida.

Mas um trabalhador comum, um obreiro de macacão (*blue collar*), mesmo que queira, não deve a lei permitir que ele transija e muito menos que ele renuncie, porque isso importaria, necessariamente, na diminuição do

seu poder aquisitivo já extremamente reduzido. Os princípios do Direito do Trabalho em relação a ele devem ser mantidos sem qualquer possibilidade de derrogação.

Como chegar, porém, a esse tratamento diferenciado em uma Constituição? Admito que, sem incidir em detalhes, é difícil. A legislação ordinária, no entanto, pode implementar este tratamento diferenciado.

## 6. *Opções concorrentes*

Conforme lembrei no início desta exposição, a flexibilidade laboral, como processo de adaptação do Direito do Trabalho às novas contingências mundiais, não constitui uma solução isolada, pois ela pode ser enriquecida ou amenizada, se escolhida como opção, por outros tipos de *tratamento, como os ocorridos na Itália e na outrora chamada Alemanha Ocidental*, que usaram, respectivamente, a tutela da personalidade moral do trabalhador e a experiência da substituição do vínculo laboral subordinativo por um tipo de relação coordenativa, como meios de aliviar ou de preparar a adaptabilidade.

Na Itália, ao mesmo tempo em que se flexibilizava, o Estatuto dos Trabalhadores imprimia limitações aos poderes de controle do empregador no que diz respeito ao uso de guardas privadas, à instalação de equipamentos audiovisuais, à proibição de indagações sobre opiniões, à liberdade de pensamento e ao direito ao estudo, como uma forma de tutelar a personalidade moral do trabalhador.

Esta tutela, como já afirmamos alhures, acabou por transfigurar o "status social", tanto do trabalhador como do patrão, pois aquele deixou de ser um ente inteiramente subordinado à vontade absoluta do empresário, para assumir um papel revestido de maior dignidade humana, enquanto este teve diminuído o seu poder de mando, em face das limitações criadas pela lei em relação ao seu desempenho.

Erigindo como princípio básico integrante da ordem jurídica e econômica, a participação do empregado nas condições econômicas e nas condições de trabalho, a Alemanha Ocidental, de até há pouco, transformou as relações de subordinação existentes no ambiente de trabalho, em relações de coordenação.

Isto foi obtido, principalmente, através da co-gestão, que importa não apenas na participação do trabalhador na condição e na organização do estabelecimento, como na superação da unilateralidade dos poderes de decisão e de direção do empregador. Ou seja, utilizando-nos da explicitação de Ruthers, "os empregados têm juntamente com os proprietários, como

membros participantes da empresa e do estabelecimento, efetiva participação nos processos decisórios". Previstas nas Constituições brasileiras de 1969 e 1988 a co-gestão ainda não foi implementada em nosso País pela legislação ordinária.

Tanto a terapêutica laboral italiana, como a co-gestão alemã foram obtidas através da lei, ou seja, através da tutela estatal. Esta intervenção estatal, no entanto, não obstou o surto de desenvolvimento por que passaram e ainda passam essas duas nações, em que pesem as transformações políticas por que passou a Alemanha ultimamente, com a sua unificação.

É preciso não ter medo da intervenção estatal nas relações de trabalho. O importante é ter um sistema econômico equilibrado. Se é preciso fomentar a livre empresa, isto não importa em que o Estado não intervenha sempre que necessário e conveniente ao país, ou seja, sempre que o interesse social o exija.

A liberdade nas relações de trabalho não pode ser empregada na mesma dose em todos os países, pois a sua fisionomia muda de um para o outro. O que é preciso, como advertiu certa vez Rafael Caldera, é "prevenir o erro de acreditar que haja algo como um sistema puro ou um modelo obrigatório".

É possível, que, em certos países, o *princípio da liberdade* deva prevalecer sobre o da *igualdade*, mas nos países em que um nível de vida satisfatório ainda não se generalizou, porque é privilégio de, apenas, um grupo limitado, há que incentivá-lo e de sobrepor-lo, por vezes, à proposta liberal.

## 7. Epílogo

Os interesses econômicos não devem impor o esquecimento dos princípios morais e jurídicos. O trabalhador é uma pessoa humana e deve ser respeitado e protegido enquanto não dispuser de um padrão de vida condizente com essa sua dignidade.

Por isto, sirvo-me, novamente, das palavras desse quase octogenário admirável que é o professor Rafael Caldera, para dizer e sobretudo lembrar "a subordinação dos interesses econômicos aos princípios morais e jurídicos. O homem, a pessoa humana, é valor maior, o fundamento, e o fim de toda a atividade econômica e social".

A revisão do texto constitucional deve subordinar-se a esses postulados. Se for indispensável, que se continue flexibilizando o *Direito do Trabalho* no texto da Lei Maior, mas que se preserve, sempre, a dignidade da pessoa humana do trabalhador.

# Constituição de 1988 — Servidor Público “Celetista” Concursado e Estabilidade

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA  
Juiz do TRT da 3ª Região. Aposentado.  
Professor da UFMG. Aposentado. Advogado  
em Belo Horizonte

1. Afigura-se-nos a hipótese da admissão de um empregado, por pessoa jurídica de direito público interno (Estado ou Município), pelo regime celetista, optante pelo FGTS e em que não se tenha ainda implantado o regime único. Tal servidor não alcançara cinco anos de serviço, ao tempo da promulgação da Constituição de 1988, porém dois anos ou três e até ininterruptos.

A questão, aparentemente e a “vol d’oiseaux” presta-se a enganos, o que impõe se proceda a ser examinada mais circunstancialmente.

2. Embora nós estejamos sob o quadro jurídico da Constituição Federal de 1988, o tratamento da hipótese não se abriga sob outros pressupostos que os anteriores, lineados na Carta de 1967, com a Emenda Constitucional de 17 de outubro de 1969.

Em realidade, e em última análise, o problema acaba por redundar-se na conceituação e eficácia do que se entenda por servidor público e sua bipartição ou não em funcionário: o regido pelo sistema estatutário e o contratado, ou seja, o chamado “celetista”.

Para que se situe a hipótese em sua correta exegese, a conduta do intérprete não poderá ser outra senão partir do princípio sistemático, por onde se desvendará (não apenas se *vislumbrará*) a realidade jurídica exposta na regra constitucional.

3. Como se advertiu, acima, cabe insistir, *a priori*, em que se o ente público não acionou ainda a previsão contida no art. 39, *caput*, da Carta de 1988, isto é, não instituiu o ali chamado *regime único*, há que se atentar, curialmente, que o preceito maior não é auto-aplicável nem o poderia ser,



dado o feixe de relações jurídicas que tal sistema pressupõe, entre direitos e deveres e — evidentemente —, seus efeitos vinculantes, formais e materiais.

Se não adotado o *regime único* — e nada há na Carta que o desautorize — observando-se, contudo, a quase irreal possibilidade exposta abaixo no n.º 3, prevalece, intocada, a chamada duplicidade de regimes, o celetista e o estatutário. E, a nível de sempre correta apreciação da hipótese, a própria Constituição continua abrigando-os, como se vê do art. 37, I, II e XVII, em que nitidamente se dá a dicotomia *cargo* e *emprego*, tomando-se a função como a inexistência de impositação específica ou específica conotação a um e outro, mas o suposto de exercício de atividade pessoal pública, vinculada à administração, com eficácia distribuída a nível seja de legitimação, seja de vedação (exemplifiquem-se: acumulação remunerada, competência, etc.). (Consultem-se as hipóteses abertas nos n.ºs II *in fine* e V, do citado art. 37).

Ao cuidar do instituto da estabilidade, a Constituição de 1988 alude, é verdade, a servidores, o que, para o leque dos efeitos em cada preceito contidos, já vem muito claramente exposto, p. ex., nos n.ºs V e VI (seja a preferibilidade, seja a associabilidade), do art. 37, no título da Seção II, do Capítulo VII (que provê a administração pública a nível operacional, em leque amplo), abarcando, descompromissadamente, os seus arts. 39, 40 e 41. Tal descompromisso depreende-se, com toda a perceptível lucidez, da Seção III, que trata dos militares, chamando-lhes, pelo art. 42, os “integrantes”, seja das Forças Armadas, seja das Polícias Militares dos Estados e dos Territórios. E o *quantum satis*.

4. Desde o instante em que a Constituição Federal previu e determinou a instituição de um regime único e planos de carreira para os servidores da administração pública, é curial que ela pressupôs a existência anterior de mais de um regime, o que é cediça verdade.

De fato, no sistema brasileiro, até então, eram correntes os regimes *estatutário* (funcionários públicos), o *celetista* (contratados) e o *tertium genus*, de voga em alguns Estados e até em Municípios, como feixe excepcional de relações jurídicas, segundo o Supremo Tribunal Federal, na fosca esteira do art. 106 da Carta de 1967, com a Emenda n.º 1, de 17 de outubro de 1969.

Ora, como o Município ou Estado não tenham ainda implantado o regime único, continuam eles mantendo a dualidade de regimes, a do estatu-

tário e a do "celetista", o que importa se situe, em um ou em outro, o servidor que para ele trabalhe.

Dentro da mesma perspectiva expandida do art. 59, *caput*, da Constituição Federal de 1988, cabe obtemperar que o preceito de seu art. 41 ou se dirige aos servidores agrupados já no regime único (hoje, predominantemente qualificados como *estatutários* ou *funcionários* e não contratados ou *celetistas* — cf. v. g. o excelente ANASTASIA, *Regime Jurídico Único do Servidor Público*. Belo Horizonte, Livraria Del Rey, 1990, esp. p. 87, n.º 5.1) ou, se não aprovado este, há de compatibilizar-se com as situações jurídicas anteriores, ainda não enfeixadas em um só sistema. E isto, a despeito do comando do art. 24, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias à Constituição da República, o qual como quê torna automático tal enfeixamento, a partir de 5 de abril de 1990 (Cf. ANASTASIA, *ob. cit.*, p. 86).

Sob tal e multifacetada ótica, cabe se estabeleçam certas premissas básicas, a fim de que se possa trazer uma conclusão à exposição ora desenvolvida e isto, porque a admissão de um *regime único* sem um corpo de normas que o preveja e o regulamente, acaba por induzir em cada unidade autônoma de administração pública, um difuso e incompleto e por dizer-se quase meramente principiológico conjunto de preceitos extraídos das normas básicas delineadas na Constituição Federal (arts. 37 a 41).

A admitir tal inoculação ou regência direta de preceito constitucional como se estrutura fosse de regime de pessoal de um município — manifesto absurdo jurídico dado o princípio da contenção e o da não-aplicabilidade imediata da norma constitucional e o da competência e o da autonomia residual do Município, tudo preservado na própria Constituição (por exemplo, art. 29, art. 50, art. 57, I, V, VII, VIII, IX, XXI, §§ 2.º e 3.º, art. 59, § 1.º, *et alii*) — se aprovado o servidor em concurso público (para os não-estabilizados) e tenha mais de dois anos de exercício e aprovado em concurso interno (para os estabilizados), convir-se-lhes-á na estabilidade (ANASTASIA, *ob. cit.*, p. 20).

Mas, aqui, já se argumenta sob o erivo do absurdo, como se o Constituinte se substituísse ao legislador municipal, em toda a regulação da relação jurídica com o servidor e até se pressupusessem direitos e deveres que não foram previstos na Constituição e, ao arbítrio de outrem, fossem tidos como existentes (cfr., em termos de atualidade e de terminologia aceitável, SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 2.ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982, pp. 54 e segs.).

Veja-se, mais e em aras à preservação constitucional da duplicidade de regimes, mesmo depois de outubro de 1988, o disposto no art. 38, I, II e III, que se obstina em distinguir, como vínculos admissivelmente vigorantes, os decorrentes de *cargo, emprego ou função*, o que ocorre, da mesma maneira, com o contido no art. 37, XVI (que cuida do instituto da acumulação remunerada), o qual timbra por acentuar o específico centro de vinculação jurídica nos *cargos públicos* com claramente extremá-los de *empregos e funções*, logo abaixo no n.º XVII.

5. Voltemos, todavia, ao campo de uma maior e mais precisa compatibilização jurídica, considerando-se ainda em vigor a duplicidade de regimes — o *estatutário* e o *celetista* —, para situar-se o servidor (ou os servidores), a que se refere a hipótese.

5.1. A interpretação, que neste tópico se perfilha, a gramatical e a lógica, torna-se, no caso, de uma relevância quase decisiva, dada a conotação termo-e-posição-jurídica (cfr. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 10.ª edição. Rio de Janeiro. 1988, pp. 121 e segs.).

Não há qualquer especiosidade ou mero e artificial preciosismo formal de argumentação, em sublinhar-se que, de início, o art. 41 da Constituição Federal menciona os servidores públicos *nomeados*, o que já implica, *ipso facto*, a existência de um instituto jurídico definido como forma de ingresso na Administração Pública, a que vai referenciar-se, logo de imediato, o *cargo*, estruturalmente implantado no sistema organizacional da entidade pública, de que advêm legitimações, competências, poderes e deveres previamente enunciados na lei que o previu e criou.

O princípio da formalidade e o da publicidade cobram, na *nomeação*, nitidez e exteriorização, onde se resguardam, com ênfase maior e inequivocamente, os princípios abrigados no art. 37, *caput*, em especial, os da *legalidade e da publicidade*, atentando-se a que a *impessoalidade* e a *moralidade* compatibilizam-se também no regime “celetista”, conquanto o ato *de contratar* (reservados densos respingos nos chamados contratos de adesão) afasta a força predominantemente unilateral e impessoal do *nomear*, como aquela que faz descer por sobre o sujeito nomeado uma estrutura imposta de direitos e deveres, a que a posse faz desencadear.

No admitir, que é a abertura da relação contratual, acha-se pressuposta, no momento da formação do contrato, a paridade negocial, a autonomia privada — a que desce a Administração Pública, embora se intercale na nego-

ciabilidade e em grande escala um quadro legal mínimo preenchendo os direitos e as obrigações básicas das partes. Leiam-se os arts. 1.º e especialmente 2.º da CLT, para que se corrobore o entendimento exposto.

A relevância emprestada, no plano da relação administrativa, seja ao ato da *nomeação*, seja à qualificação do posto a ser ocupado pelo *nomeado*, que é o *cargo*, explica-se no fato de situá-los, a ambos, (*nomeação e cargo*), o art. 41, *caput*. e seu § 1.º, como os pólos referenciais e identificadores da espécie de vínculo que faz gerar a estabilidade do servidor concursado e com mais de dois anos de exercício: o *estatutário*.

5.2. O aporte doutrinário, em torno das questões até aqui expostas, é de bastante significação para o que também contribuirão as decisões judiciais cimentadas, apanhadas por amostragem.

Não há a menor dúvida de que tanto o *cargo* quanto a *nomeação* atuam como os dois fluxos centrais para a qualificação do servidor como *funcionário*, já que ambos pressupõem uma rede de atos formais e operacionais que são os componentes do conjunto de direitos e deveres intitulado *estatuto* e que define o regime jurídico a que aquele funcionário público pertence.

Elucidativas são as passagens de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO:

“A noção de funcionário público, como delineada no direito brasileiro, é tributária da noção de cargo público. Não se pode entender o que é nem saber quem é funcionário sem antes compreender o que é cargo público.” (cf. *Apontamentos sobre agentes e órgãos públicos*, 1.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 15.)

E à frente, como natural seqüência, conceitua o *cargo*:

“E, pois, um complexo (ou um ponto, ou um termo), unitário e indivisível de competências, criado por lei, com número certo e designação própria concernente a funções da organização central do Estado.” (Ob. cit., p. 17.)

São unidades simples, indivisíveis e abstratas, criadas por lei, “com denominação própria e número certo” (ob. e pág. *supra* cit.), ao que insiste o ilustre administrativista:

“Menciona-se o requisito da criação por lei, dado que só o Legislativo tem poderes para criá-los, falecendo ao Executivo esta possibilidade” (idem, pág. 18).

Quando, acima, trouxemos o fundamento exegético da regra constitucional, em suas enunciações verbais e lógicas (ato de nomeação e ocupação de *cargo*), quiséramos significar que, no Direito brasileiro, os supostos de conceituação do que se deva entender por funcionário público hão de partir da fonte e da direção aberta na lei, no direito positivo. E mais autorizada lei que a constitucional não há.

Aliás, a tônica da captação da conformação legislativa ou do direito positivo para chegar-se à conceituação do que seja *funcionário público* — e isto em razão da diversidade de elaborações doutrinárias, especialmente as estrangeiras — não deixa de ser o melhor e mais seguro critério para dissociar o prestador de serviço público de qualquer outra figura congênere, o que, aliás, vem muito bem timbrado por CRETELLA JÚNIOR, que, depois de enunciar várias correntes colhidas ao direito alienígena, não chega a outra conclusão senão à por nós acima exposta (cf. JÚNIOR, José Cretella. *Tratado de Direito Administrativo*. 1.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1967. Vol. IV, pp. 88, n.º 42 e 89 e segs.).

Se a verdade é o que o funcionário público tem como supostos *sine qua non* a ocupação de um *cargo público criado por lei* e a *nomeação* pela autoridade competente (cf. CRETELLA JÚNIOR, com escora forte em TITO PRATES DA FONSECA, ob. e vols. cits., p. 87), essa *nomeação*, como ato formal de investidura, é, no dizer de MARCELLO CAETANO, o “mais importante modo de provimento” (cf. *Manual de Direito Administrativo*. 7.<sup>o</sup> ed., Lisboa. Coimbra Editora Ltda. 1965, p. 474, n.º 232), inclusive quanto à competência para efetua-la, que “há de ser expressamente conferida em lei” (ob. e p. cits.. Veja-se também MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 13.<sup>a</sup> ed., São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1987, pp 339/40).

Não discrepa, da abalizada opinião do tratadista português, a doutrina germânica, quando aponta a *nomeação* como um dos pressupostos da condição de *funcionários*, através da qual se legitima a pessoa-órgão para o exercício e a ocupação de um cargo público (cf. TUREGG, Kurt Egon von & KRAUS, Erwin. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. 4. Auflage. Berlin. W. Gruyte. 1962, s. 528-532).

WOLF, depois de minuciosamente expor a evolução da prestação do serviço público na Alemanha, sintoniza a bipartição de regimes na virada do século passado (*Jahrhundertwende*), quando principiaram a surgir, ao

lado dos funcionários de carreira (*die Berufsbeamten*), os empregados e os trabalhadores (*Angestellten und Arbeitern*) estatais (cfr. WOLF, Hans J. *Verwaltungsrecht*. 2. Auflage. München u. Berlin. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 1967. II Band, S. 375, ff. e ainda a p. 383, letra G.

Em perfeita consonância com os autores antes citados, insiste WOLF em acrescentar que a situação do funcionário somente pode ser modificada por pressupostos legais e formas legais (*darf nur unter gesetzlichen Voraussetzungen und in gesetzlichen Formen (...) vor verändert werden* — ob. vol. e p. cit., D). Disto decorre uma rede de direitos, deveres, legitimações e competências que compõem a especial relação jurídica do funcionário representada pelo chamado estatuto e que é o seu peculiar regime jurídico (cf., ademais, VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Contrato de Trabalho com o Estado*. São Paulo. Edições Ltr. 1975, pp. 137 a 144 e, apoiado em BIELSA, FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. México. Editorial Porrúa SA. 1958, pp. 208/9.

Vê-se, sem outro e maior esforço, que o servidor municipal se não investido, em forma legal, de cargo público, *por nomeação e posse*, se não inserido em uma especial rede de relações jurídico-públicas configuradas em um estatuto, o estatuto do funcionário público, não será ele senão um empregado contratado, cuja situação jurídica se rege pela CLT e legislação complementar, mormente a nível de demissibilidade, pelo sub-regime do FGTS que regula a espécie e os efeitos da rescisão do contrato de trabalho.

5.3. O que parece intrigar, em certa e insustentável corrente doutrinária (escassa) e jurisprudencial (salpicada) é que o fato de o servidor haver sido admitido através de *concurso público*, tal fato, apenas, e por si, induziria a natureza do vínculo, como se esta natureza decorresse da forma de recrutamento de pessoal em situações jurídicas para as quais, embora obrigatoriamente imposta a nível constitucional, não se atribui a força definidora da natureza do regime jurídico.

Ora, ainda que admitido por concurso público, mas, notoriamente, pelo regime contratual, e sob os efeitos rescisórios previstos na lei do FGTS, tal servidor não goza de estabilidade e a sua dispensa independe do tempo de casa ou de *exercício* de trabalho público e isto, porque o simples meio de recrutamento ou de seleção não tem o condão de ditar o regime jurídico a que será adscrito o prestador de serviços.

Como roteiro seguro, robustecida a tese aqui adotada, apontam-se arestos inúmeros, entre eles:

“A admissão sem concurso público revela irregularidade administrativa, não atraindo necessariamente a incidência das normas da Consolidação das Leis do Trabalho. *Não é o concurso, ou a falta dele, que atribui ao servidor o “status” de empregado ou de funcionário, mas sim o regime jurídico próprio que norteia a vida do trabalhador.* Em sendo a reclamante funcionário municipal estatutária, é incompetente a Justiça do Trabalho em razão da matéria. Por haver sido formulada a inicial com base na CLT, extingue-se o processo, sem julgamento do mérito.” — Proc. TRT-RO-4240/89. Rel. Juiz AROLDO PLÍNIO GONÇALVES. IN DJ-MG-4-5-90, pág. 57. (Grifo nosso.)

\* \* \*

“Regime estatutário. Prova. O regime estatutário prova-se pelo provimento do cargo público através da nomeação, posse e exercício feitos na forma da lei que o criou. Não satisfeitos tais requisitos aplica-se a Lei trabalhista. Ac. TRT 3.<sup>a</sup> Reg. 3.<sup>a</sup> T. (RO 5029/89), Rel. Juiz Antônio Alvares da Silva, DJ/MG 3-8-90, p. 88, “In BOMFIM, B. Calheiros & SANTOS, Silvério dos. Dicionário de Decisões Trabalhistas. 22.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro. Eds. Trabalhista, s/d, p. 683, Ementa n.º 4.780. No mesmo sentido, Ementa n.º 2.274, ob. cit., p. 315.

\* \* \*

“SERVIDOR CELETISTA ADMITIDO MEDIANTE CONCURSO. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. “O reclamado se reveste da forma de autarquia estadual, podendo adotar para regime do seu pessoal o da legislação trabalhista, em que o vínculo empregatício é de natureza contratual, equiparando-se a Administração ao empregador comum, sem quaisquer prerrogativas especiais.” (HELY LOPES MEIRELLES). Se tal acontece de um lado, por outro, como qualquer empregador comum, lhe é assegurado o direito de se valer das vantagens que o regime jurídico adotado possa lhe oferecer. E uma delas é justamente a de exercitar o direito de rescisão unilateral do contrato, fazendo-o através de uma declaração de vontade, e isento de justificar o

ato. Sua motivação única é a vontade. E sequer arranha o princípio da legalidade, pois trata-se de faculdade peculiar ao regime jurídico adotado." (Juíza DENISE ALVES HORTA). TRT-3.<sup>a</sup> Reg. Proc. RO-4499/89. 4.<sup>a</sup> T. Rel. Juiz Nilo Álvaro Soares. In *DJ-MG* 4-5-90, pág. 70.

\* \* \*

"O funcionário público rege-se por estatuto próprio, sendo a relação jurídica de direito administrativo, atuado o Estado com a *majestas*, que lhe é própria, quando trata com seus súditos.

O *status* de funcionário público só é adquirido se preenchidos os requisitos constitucionais e legais, dentre os quais a investidura mediante aprovação prévia em concurso público em *cargo público* criado por lei.

Já o servidor celetista é admitido para ocupar um *emprego público*, inexistindo-se maiores formalidades, mesmo porque a relação jurídica de emprego se configura desde que preenchidos os requisitos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho, independentemente da forma de contratação.

Nada obsta, todavia, que a admissão de servidor celetista se faça mediante concurso público, como ocorreu *in casu*. Ao contrário, a atitude da autarquia é louvável, devendo ser incentivada, pois atende ao princípio constitucional da moralidade administrativa, além de tornar transparente a administração pública, objetivo que deve ser buscado.

*Não será, porém, a admissão por concurso público que determinará o regime jurídico do servidor público.* Tampouco se transmutará em funcionário público o servidor desta forma admitido, se claro está que o seu regime jurídico é o celetista."

TRT RO-5029/90, 4.<sup>a</sup> T. pelo Juiz Nilo Álvaro Soares. *DJ-MG*, 8-11-91. (Ressaltamos trecho em grifo.)

\* \* \*

"Tratando-se de servidor sem a garantia da estabilidade, porquanto admitido sob o regime do FGTS, a dispensa é ato de livre *alvedrio* da administração, que responde, apenas, pelos encargos da mesma. *Sequer altera este posicionamento o fato de*



o ingresso ter ocorrido por meio de concurso. Recurso provido. Reclamatória improcedente.” — TFR. 2.<sup>a</sup> T. RO 6320. Rel. Min. WILLIAM PATTERSON. In BOMFIM, B. CALHEIROS & SANTOS, SILVÉRIO dos. Dicionário de Decisões Trabalhistas. 21.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro. Eds. Trabalhista, s/d, p. 248, Ementa n.º 1.708. (Ressaltamos trecho em grifo.)

\* \* \*

“Servidores públicos. Distinção entre funcionário público e empregado celetista do serviço público. Diferentes são as situações dos funcionários públicos e dos empregados em serviço público. Enquanto a relação que se estabelece para aquele é regida por um estatuto, que afasta qualquer acordo de vontades, esta nasce de um contrato com as limitações peculiares às relações com o Poder Público, mas com prevalência do seu caráter consensual. Os funcionários gozam da estabilidade prevista no art. 100 da Constituição, os empregados são amparados pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.” TFR-Proc. AMS-0095581. 3.<sup>a</sup> T. Rel. Min. CARLOS MADEIRA. In *DJU* 1.<sup>o</sup>-12-1985.

\* \* \*

“O art. 16 da Lei n.º 5.107/66 não assegura a concomitância da estabilidade e do regime do FGTS” — TST 2.<sup>a</sup> T. Proc. RR-2052/82. Rel. Min. PEDRO NATALI. In BOMFIM, B. CALHEIROS & SANTOS, SILVÉRIO dos. Dicionário de Decisões Trabalhistas. 19.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro. Eds. Trabalhista, s/d. p. 224, Ementa n.º 1.890.

6. Pelos fundamentos e subsídios acima expostos, concluímos que os servidores contratados pelo Poder Público, cuja situação se rege pela legislação trabalhista e são optantes pelo FGTS, ainda que admitidos por concurso, não gozam de estabilidade, mesmo com mais de dois anos de emprego, salvo tão-somente a hipótese do art. 19 do ADCT da Carta de 1988.

7. Com a regência do art. 39, da Constituição Federal de 1988, a duplicidade de regimes perdeu, prática e teoricamente o sentido, pois o que visou a Nova Carta foi exatamente eliminar qualquer forma ou espécie de exploração do trabalho humano pela administração pública. A igualização não foi o objetivo imediato e principal do preceito, o objetivo foi, isto sim, asse-

gurar a tutela jurídica a todos os trabalhadores estatais, que qualificamos, acima, como *servidores públicos*. O meio encontrado tomou a feição de uniformidade, ou seja, de igualdade de regimes.

Atendido o intento constitucional, pode parecer estejam tranqüilizadas as posições e as situações jurídicas relativas aos servidores estatais.

Todavia, há resíduos e desdobramentos, que abrigam abordagem, embora sucinta.

Sob o plano das relações materiais, o ingresso no serviço público está condicionado à submissão a concurso público, salvo para os cargos em comissão, como predispõe o art. 37, em seu n.º II, da Constituição Federal de 1988.

Há a considerar os servidores transeuntes, quais sejam, os que não tenham sido portadores dos pressupostos para a aquisição de estabilidade, nos termos do citado art. 19, do ADCT, mas que mantiveram o vínculo da prestação de serviços com a Administração quando da entrada em vigor da Constituição e na Administração permanecem.

O que se quer ressaltar que os servidores acima apontados, os transeuntes, não adquirem, por isto só, a estabilidade, mas para obterem-na devem sujeitar-se a concurso público e a sua subsunção no Regime Único passa a ser uma verdadeira *contradictio in adjectis* e se tornam ou funcionários *de fato* ou manifestamente irregulares. Pelo princípio da formalidade, que preside a formação da relação pública de trabalho, como a unificou o Direito Brasileiro — e pela Constituição Federal — a prática do “fato consumado” ou do “deixa estar para ver como é que fica” não tem a menor virtude de converter uma situação ilícita em uma relação jurídica regular. Tal prática pode, perfeitamente, ensejar uma ação popular, nos pressupostos da lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965 (cf. ROSAS, ROBERTO. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1983, pp. 129-130), para responsabilizar os agentes públicos coniventes.

8. Uma questão em aberto no sistema judiciário brasileiro diz respeito à competência para instruir e julgar as ações ou os dissídios entre funcionários públicos e a Administração.

Quer-se admitir que, com referência aos servidores estaduais e aos servidores municipais, a competência é da Justiça Comum, aplicando-se *a contrario* ou, melhor, especificamente, por exclusão, o art. 114, da Cons-

tuição Federal, pelo qual se colhe que a competência da Justiça do Trabalho está adscrita aos conflitos entre empregados e empregadores e aos conflitos coletivos armados entre as respectivas categorias.

Estranhamente, em seu art. 240, letra *e*, a Lei n.º 8.162, de 8 de janeiro de 1991 — que já modificou, em parte, a Lei n.º 8.112, de 11-12-1990, instituidora do regime único dos servidores federais — atribui à Justiça do Trabalho a competência para julgar os dissídios fundados em seus dispositivos, inclusive os coletivos.

Sucedê que a competência da Justiça do Trabalho está regulada, em termos estritos, pela Constituição, competência esta que não foi delegada a outra norma qualquer de hierarquia inferior, como a lei ordinária.

Como não podia deixar de acontecer, lavrou-se a dissensão e a ponto de dar-se plena vigência ao citado art. 240, letra *e* e não só contrariamente à própria regra contida no art. 114, da Constituição mas em franca ruptura com a harmonia e a estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, em distonia com a incompetência da Justiça do Trabalho relativamente aos servidores estaduais e municipais.

Talvez o impacto sofrido pelo legislador federal, que se emborcou no paradoxo, se deva ao problema dos dissídios coletivos, que atuam como *vis atractiva* ou polo de atração dos dissídios individuais, de servidores, dado o desaparelhamento orgânico da Justiça Federal para instruí-los e julgá-los, conflitos competencial este já objeto de decisões do então Tribunal Federal de Recursos, quando se afirmara que os sindicatos eram parte legítima para proporem dissídios coletivos, mas faltava à Justiça Federal competência (o então TRF) para conhecê-los e processá-los, sendo contraparte a União, as Autarquias Federais e as Empresas Públicas Federais.

Não se perfilha qualquer posição ideológica ou preconceitual contrária à competência da Justiça do Trabalho, em tais casos. O que causa a estranheza apontada é que a regra competencial que regula a hipótese está retida na Constituição e não é susceptível de alteração por lei ordinária. Salvo se perseverar-se em nomear o Estado *empregador* e, o servidor, *empregado*.

Continuamos com a mesma e anterior opinião já manifestada e segundo a qual a verdadeira e vigente Constituição Federal será aquela *construída* pelos Tribunais, mormente o Supremo Tribunal Federal.

# A Ordem Constitucional de 1988 e a Ordem Pública

ÁLVARO LAZZARINI

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Professor de Direito Administrativo na Polícia Militar do Estado de São Paulo (Academia de Polícia Militar do Barro Branco)

## SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Ordem pública e segurança pública.* 3. *Polícia administrativa e polícia judiciária, polícia de preservação da ordem pública e polícia de segurança.* 4. *Órgãos policiais na Constituição de 1988.* 5. *Conflitos de atribuições entre os órgãos policiais.* 6. *O Juizado de Instrução Criminal.* 7. *Conclusões.*

### 1 — *Introdução*

Atribui-se a Honoré de Balzac a afirmação de que “os governos passam, as sociedades morrem, *a polícia é eterna*”.<sup>1</sup> Ela o é porque, na realidade, as nações podem deixar de ter as suas forças armadas. Nunca, porém, podem prescindir de suas polícias, da sua força pública.<sup>2</sup>

---

\* Palestra no SEMINÁRIO SOBRE POLÍTICA E ESTRATÉGIA DE SEGURANÇA PÚBLICA, para o desenvolvimento do Sistema de Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, proferida no Auditório do Quartel do Comando Geral da Polícia Militar do Estado da Bahia, em Salvador (Bahia), no dia 9 de setembro de 1991.

1 *Super Interessante*. Ano 2, nº 5, maio de 1988, Ed. Abril, São Paulo, p. 82.

2 LAZZARINI, Alvaro *et alii*. *Direito Administrativo da Ordem Pública*, 2ª ed., 1987, Forense, Rio de Janeiro, p. 19.

A idéia de Estado, com efeito, é inseparável da idéia de polícia e o poder de polícia é o fundamento da ação de polícia, como afirma o grande administrativista brasileiro José Cretella Júnior, invocando a lição de RAFAEL BIELSA.<sup>3</sup>

As Polícias Militares Brasileiras, bem por isso, são exemplos vivos do que se afirmou, porque, de um modo geral, são mais do que sesquicentenárias, sem contar as suas origens portuguesas na Guarda Real de Polícia, vinda para o Brasil com a realeza, nos princípios do século XIX e da qual derivam não só as Polícias Militares do Brasil, como também, e em Portugal, a Guarda Nacional Republicana (GNR) que, com o dístico *Pela Lei e Pela Grei*, é a nobre herdeira das tradições dos *Corpos Militares de Polícia*, criados naquela nação.<sup>4</sup>

É, assim, cediço que, sendo inseparáveis as idéias de Estado e de Polícia, o fundamento da ação desta, a *ação de polícia*, será sempre o Poder de Polícia, na busca do *bem comum* que é missão primordial do Estado e de ninguém mais do que o Estado que, para tanto ele se constituiu. É missão a ser desenvolvida por meio de uma legislação adequada, instituições e serviços capazes de controlar, ajudar e regular as atividades privadas e individuais da vida nacional, fazendo-as convergir para o bem comum, pois, a segurança das pessoas e dos bens é o elemento básico das condições universais, fator absolutamente indispensável para o natural desenvolvimento da personalidade humana.<sup>5</sup> Lembremo-nos que deve estar garantida a convivência pacífica de todos os cidadãos de tal modo que o exercício dos direitos de cada um não se transforme em abuso e não ofenda, não impeça, não perturbe o exercício dos direitos alheios.<sup>6</sup>

Dai por que, como temos sustentado, a Polícia tem importância capital na realização do *bem comum*, cuja doutrina é destaque da Doutrina Social da Igreja. AGUSTIN A. GORDILLO, aliás, cuidando das relações da *Polícia com o bem comum*, observou que "promoción del bien común y prevención de peligros e perturbaciones que afectan al bien común no son, pues, términos disímiles ni mucho menos antitéticos: ambos significan exactamente lo mismo; el carácter que se imputa a la policía no tiene, pues,

---

3 CRETELLA JÚNIOR, José. "Conceituação do poder de polícia", *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo, nº 17, abril de 1985, p. 53.

4 LAZZARINI, Alvaro. "A Instituição Policial Paulista". *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, Lex Editora, São Paulo, v. 94, p. 10.

5 CRETELLA JÚNIOR, José. *Lições de Direito Administrativo*, José Bushatsky Editor, São Paulo, 2ª ed., 1972, p. 227.

6 CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, 1977, Forense, Rio de Janeiro, p. 335.

sentido”, porque. “al prevenir o reprimir, también (a Policía) promueve el bien común”.<sup>7</sup>

Para preservar o *bem comum*, em verdade, o Estado deve ter a sua Polícia, que não cogitará, tão-só, da sua segurança ou da segurança da comunidade como um todo, mas sim, e de modo especial, da proteção da garantia de cada pessoa, abrangendo o que se denomina de *segurança pública* o sentido coletivo e o sentido individual da proteção do Estado.

Daí insistirmos em dizer que o *Poder de Polícia*, que legitima o *poder da polícia* e a própria razão desta existir, é um conjunto de atribuições da Administração Pública, como poder público e indelegáveis aos particulares, tendentes ao controle dos direitos e liberdades das pessoas, naturais ou jurídicas, a ser inspirado nos ideais do bem comum, e incidentes não só sobre elas, como também em seus bens e atividades.

## 2 — *Ordem pública e segurança pública*

O estudo que ora é feito comporta examinar o que é *ordem pública* e o que é *segurança pública*.

Ambas as locuções, fique de início advertido, encerram conceitos jurídicos indeterminados.

Na *Enciclopedia Universal Ilustrada — Europeo/Americana*,<sup>8</sup> no verbete *orden*, dentre outros, encontramos o significado de que “El orden consiste en la acertada disposición de las cosas. El concepto de orden, por lo tanto, importa pluralidad real o ideal de seres, partes o propiedades”, razão de Santo Tomás, sob o aspecto teleológico, ter definido *orden* “diciendo que *es la recta disposición de las cosas a su fin*”, salientando-se após, que “Compréndese por esto que el orden público es la base fundamental de toda organización social y política. Cuando aquel falte, no puede existir el Derecho ni, por lo tanto, seguridad de las personas ni de la propiedad, con lo cual faltará la tranquilidad, la paz social, y la vida de los pueblos quedará a merced del más fuerte”.

JEAN RIVERO, porém, adverte não se poder confundir o sentido de ordem pública dado pelo direito privado com o sentido em matéria de polícia administrativa. As palavras são idênticas. Porém, ordem pública, no seu dizer, é coisa completamente diversa segundo diga respeito

7 GORDILLO, Augustin A. *Estudios de Derecho Administrativo*, Editora Perrot, Buenos Aires, 1963, pp. 17 e 30.

8 *Enciclopédia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Tomo XL, Espasa-Calpe, S. A., Madrid, Espanha, verbete *Orden*, pp. 119-195.

ao direito privado ou, então, ao direito público que é o que rege a polícia administrativa, malgrado ponto de vista em contrário de ilustres publicistas.<sup>9</sup>

A noção de *ordem pública* só pode ser nacional. Ela, reconhecida, é por demais incerta, porque varia no tempo e no espaço, de um para outro país e, até mesmo, em um determinado país de uma época para outra.<sup>10</sup> A noção de *ordem pública*, em verdade, é mais fácil de ser sentida do que definida e resulta, no dizer de Salvat, de um conjunto de princípios de ordem superior, políticos, econômicos, morais e algumas vezes religiosos, aos quais uma sociedade considera estreitamente vinculada à existência e conservação da organização social estabelecida. A noção obedece a um critério contingente, histórico e nacional.<sup>11</sup>

Atento às lições de Waline, Rivero, Paul Bernard e Vedel, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR anota que a noção de *ordem pública* é extremamente vaga e ampla, não se tratando apenas da manutenção material da ordem na rua, mas também da manutenção de uma certa ordem moral, o que é básico em direito administrativo, porque, como sustenta, a *ordem pública* é constituída por um mínimo de condições essenciais a uma vida social conveniente, formando-lhe o fundamento à segurança dos bens e das pessoas, à salubridade e à tranqüilidade, revestindo, finalmente, aspectos econômicos (luta contra monopólios, açambarcamento e a carestia) e, ainda, estéticos (proteção de lugares e de monumentos).<sup>12</sup>

LOUIS ROLLAND, ao cuidar da polícia *administrativa*, partindo de textos legais franceses, disse ter a polícia por objeto assegurar a boa ordem, isto é, a tranqüilidade pública, a segurança pública, a salubridade pública, concluindo por asseverar que assegurar a ordem pública é, em suma, assegurar essas três coisas, pois a ordem pública é tudo aquilo, nada mais do que aquilo.<sup>13</sup>

BLAISE KNAPP, por sua vez, assevera que a ordem pública compreende a ordem pública propriamente dita, a saúde, a segurança, a moralidade e a tranqüilidade públicas, assim como a boa-fé nos negócios.

---

9 RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*, tradução de Rogério Ehrhardt Soares, Livraria Almedina, Coimbra, Portugal, 1981, p. 480.

10 Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 14.658, de São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 219, p. 581.

11 Supremo Tribunal Federal, Sentença Estrangeira nº 1.023, da Suíça, *Revista dos Tribunais*, v. 148, p. 771.

12 CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de Direito Administrativo*, 3ª ed., 1978, Forense, verbete *Ordem Pública*, p. 370.

13 ROLLAND, Louis. *Précis de Droit Administratif*, 9ª ed., 1947, Librairie Dalloz, Paris, França, p. 399.

E, em seguida, acrescenta que a *ordem pública propriamente dita* é a ausência de desordem, de atos de violência contra as pessoas, os bens ou o próprio Estado.<sup>14</sup>

Por fim, e para não nos alongarmos ainda mais, deve ser colacionado que PAUL BERNARD, na sua clássica *La notion d'ordre public en Droit Administratif*, atesta ser tradicional o entendimento de que a ordem pública é a ausência de agitações, ausência de desordens (*l'absence de troubles*). noção essa que, aliás, como adverte, está se alargando, como parece consagrar a jurisprudência à vista dos três elementos citados por Louis Rolland, retro-indicados.<sup>15</sup>

Em suma, a ordem pública é uma situação de fato oposta à desordem, sendo, portanto, essencialmente de natureza material e exterior, como sustentou o citado Louis Rolland, invocando a autoridade científica de Hauriou.

Se vaga é a noção de *ordem pública*, não menos é a de *segurança pública*.

Fiel às lições retro indicadas, em especial à de Paul Bernard, temos entendido ser a *segurança pública* um aspecto da *ordem pública*, ao lado da *tranqüilidade* e da *salubridade públicas*.

A *ordem pública*, portanto, é efeito da causa *segurança pública*, como também, acrescentamos, é efeito da causa tranqüilidade pública ou, ainda, é efeito da causa salubridade pública. Cada um desses aspectos que Louis Rolland afirmou serem aspectos da *ordem pública* e teve o apoio incondicional de Paul Bernard, cada um deles é, por si só, a causa do efeito ordem pública, cada um deles tem por *objeto* assegurar a *ordem pública*.

O nosso entendimento do que seja *segurança pública* é ser ela o estado antidelitual, que resulta da observância dos preceitos tutelados pelos códigos penais comuns e pela lei das contravenções penais, com ações de polícia repressiva ou preventiva típicas,<sup>16</sup> afastando-se, assim, por meio de organizações próprias, de todo perigo, ou de todo mal que possa afetar a *ordem pública*, em prejuízo da vida, da liberdade ou dos direitos de propriedade das pessoas, limitando as liberdades individuais,

---

14 KNAPP, Blaise. *Précis de Droit Administratif*, Editions Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Suíça, 1980, p. 20.

15 BERNARD, Paul. *La notion d'ordre public en Droit Administratif*, 1962. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, França, pp. 12 e 25.

16 PESSOA, Mário. *O Direito da Segurança Nacional*, Biblioteca do Exército e Revista dos Tribunais/Editores, 1971, São Paulo, pp. 7 e ss.



estabelecendo que a liberdade de cada pessoa, mesmo em fazer aquilo que a lei não lhe veda, não pode ir além da liberdade assegurada aos demais, ofendendo-a.<sup>17</sup>

Em outras palavras, como afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *segurança pública* é o conjunto de processos, políticos e jurídicos, destinados a garantir a *ordem pública*, sendo esta o objeto daquela.<sup>18</sup>

### 3 — *Polícia administrativa, e polícia judiciária, polícia de preservação da ordem pública e polícia de segurança*

A dicotomia polícia *administrativa* e polícia *judiciária* tem gerado confusões no legislador e disputas entre duas instituições policiais de largas tradições: a denominada Polícia Civil e Polícia Militar.

Ambas, sabemos, são exteriorização de atividade tipicamente administrativa. A polícia *administrativa* é *preventiva*, regida pelas normas e princípios Jurídicos do Direito Administrativo, enquanto que a polícia *judiciária* é *repressiva*, exercendo uma *atividade tipicamente administrativa* de simples auxiliar da repressão criminal, que é exercida pela Justiça Criminal, pelo órgão competente, inclusive de outro Poder da Soberania do Estado que é o Poder Judiciário. Bem por isso a polícia judiciária é, embora manifestação da atividade administrativa do Estado, regida pelas normas e princípios de Direito Processual Penal.

O mesmo órgão policial, porém, pode ser eclético, porque age *preventiva* e *repressivamente*, ou seja, passa, necessária e automaticamente, da atividade policial preventiva para o exercício da atividade policial repressiva, dado que ocorreu ilícito que não conseguiu evitar. Há, então, a denominada *repressão imediata*.

Não é o rótulo do órgão policial que qualifica a atividade. O que a qualifica em polícia administrativa (preventiva) ou polícia judiciária (repressiva ou auxiliar) será, e isto sempre, a *atividade de polícia em si mesma desenvolvida*.

Isso está a demonstrar que a *linha de diferenciação* entre o que seja polícia administrativa (preventiva) e polícia judiciária (repressiva ou auxiliar) é bem precisa, porque sempre será a ocorrência ou não de um

17 DE PLACIDO e Silva. *Vocabulário Jurídico*, v. IV, 1ª ed., 1963, Forense, verbete *Segurança Pública*, p. 1.417.

18 FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo. "Revisão Doutrinária dos Conceitos de Ordem Pública e Segurança Pública", *Anais do III Congresso Brasileiro de Polícias Militares*, fevereiro/1987, Belo Horizonte, Ed. Barvalle, p. 49.

ilícito penal, conforme demonstramos em nosso "Direito Administrativo da Ordem Pública", à vista dos autores estrangeiros e nacionais que nele transcrevemos, como também em outros trabalhos, tendo essa nossa posição acolhida por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, no seu precioso *Direito Administrativo*, que acabou de editar, antes mesmo de conquistar, em renhida disputa, a cátedra titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no cargo vago deixado pelo festejado Professor José Cretella Júnior.<sup>19</sup>

Difícil, porém, é a distinção entre polícia *de segurança* e polícia *judiciária*. Seria esta polícia *de segurança*?

Diremos que não! JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, com efeito, após examinar as lições de Ranelletti, Guimarães Menegale concluiu que a polícia *de segurança* tem por objeto *prevenir* a criminalidade em relação à incolumidade pessoal, à propriedade, à tranqüilidade pública e social. Nela se incluem a polícia de roubos, a de estrangeiros, a do exercício de profissões.<sup>20</sup>

Esse o conceito de polícia *de segurança* que aceitamos, recordando o que dissemos anteriormente a respeito de *ordem pública* e de *segurança pública*, quando então consideramos *segurança pública* como um *estado antidelitual* que é aspecto ou elemento do conceito maior de *ordem pública*. A polícia *de segurança*, bem por isso, tem por *objeto prevenir a criminalidade*, nos moldes apontados por José Cretella Júnior.

CARLO CONSONNI FOLCIERI, por sua vez, no verbete *Polícia Judiciária*, que escreveu para o *Novíssimo Digesto Italiano*, distingue-a da polícia *de segurança*, porque, "enquanto compreensiva de toda atividade discricionária de prevenção no resguardo de qualquer lei limitadora da liberdade e penalmente sancionada, a polícia *em sentido lato* tem sempre caráter de atividade administrativa, pelo qual é pleonasticamente a qualificação de polícia administrativa, constantemente usada. Ao lado do esboçado conceito de polícia *administrativa*, em sentido genérico, deve-se ter presente um outro que se pode dizer da polícia *em sentido estrito* e que, compreendendo apenas a atividade de prevenção referente às leis administrativas sancionadas penalmente, divide-se em tantas partes quanto são as leis a que serve de atuação. *A principal das referidas partes é a polícia de segurança, orientada a proteger os bens supremos de ordem pública, da paz e da tranqüilidade social; considerada a sua importância preponderante entre os vários ramos da polícia administrativa muitas das*

19 DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, Editora Atlas, São Paulo, 1990, p. 90.

20 CRETELLA JÚNIOR, José. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 59, Edição Saraiva, 1981, verbete *Polícia Administrativa*, pp. 183-185.

suas normas contêm uma série de princípios gerais aplicáveis a qualquer outro ramo (polícia sanitária, polícia industrial, polícia comercial)", acrescentando, então, que a polícia de segurança tem por objeto "uma atribuição complexa geral e opera com uma vasta atividade de observação e de coerção para garantir a conservação do direito, dos bens e das instituições sociais. Ela é mantida pelo uso de meios de execução e opera com procedimentos e métodos dinâmicos e com amplos poderes discricionários, pois age para impedir a violação da ordem e da segurança pública. A polícia judiciária, ao invés, tendo finalidade específica atinente à reintegração do direito violado, desenvolve de regra atividade preordenada àquela do órgão jurisdicional e é vinculada no exercício das suas funções à observância das rígidas normas estabelecidas pela lei processual penal. A função de polícia judiciária que se concretiza em uma atividade voltada para a realização do escopo processual, bem que seja de natureza administrativa — não se pode, portanto, recusar uma qualificação processual. De fato a dita polícia é ligada à administração da justiça penal de modo a constituir uma direta emanção dela, indiscutivelmente coordenada à esfera jurisdicional".<sup>21</sup>

Por não compreender só a polícia de segurança, que é exercida pelas autoridades de segurança pública e está a garantir a preservação da ordem pública, sustenta Aldo M. Sandulli ser a polícia de segurança nada mais do que uma parte da polícia administrativa.<sup>22</sup>

Por isso tudo que entendemos, como o fizemos em o *Direito Administrativo da Ordem Pública* e outros trabalhos, ser a denominada polícia de preservação da Ordem Pública (de manutenção da Ordem Pública, na semântica constitucional anterior), de que é parte a polícia de segurança pública, exteriorização da polícia administrativa na exata medida em que previne a desordem, mantendo a ordem pública nas suas múltiplas facetas e procurando evitar a prática delituosa em sentido amplo (crimes e contravenções penais), no que se exercita a atividade de polícia de segurança pública. É, também, exteriorização de polícia judiciária, quando cuida da repressão delitual, como auxiliar da Justiça Criminal, sob regência das normas de Direito Processual Penal e, assim, controlada e fiscalizada pela autoridade judiciária competente, a que, sem que tenha natureza jurisdicional a sua atividade, deve fornecer, na repressão imediata, um primeiro material de averiguação e exame.

---

21 CONSONNI FOLCIERI, Carlo. *Novissimo Digesto Italiano*, v. XIII, verbete *Polícia Judiciária*, tradução do Desembargador Geraldo Arruda, *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, Lex Editora, v. 89, pp. 34-37.

22 M. SANDULLI, Aldo. *Manuale di Diritto Amministrativo*, XII ed., 1974, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, Itália, p. 675.

Dissemos em trabalho anterior sobre o mesmo tema<sup>23</sup> que o constituinte de 1988, no Título V da Constituição da República, que cuida “Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”, designou o seu Capítulo III, como o “Da Segurança Pública”, dela tratando no seu artigo 144. Em recente estudo produzido para os *Colóquios CONSTITUIÇÃO DE 1988/REVISÃO CONSTITUCIONAL DE 1993*, organizados pelo Instituto Tancredo Neves (Brasil) e Fundação Friedrich Naumann (Alemanha) e realizados em São Paulo de 9 a 19 de outubro de 1990 (fase Preliminar), estudo esse que tivemos oportunidade de reproduzi-lo na Academia de Polícia Militar do Estado de Minas Gerais,<sup>24</sup> demonstramos, porém, que a temática “Da Segurança Pública” não se limita ao só artigo 144 da Constituição da República, tendo, isto sim, implicações outras de ordem constitucional vigente e que, por motivos óbvios, ali tratadas, não comportam ser examinados nesta exposição limitada no tempo.

É possível, contudo, afirmar-se que o constituinte de 1988 procurou valorizar o principal aspecto ou elemento da *ordem pública*, qual seja, como já focalizado anteriormente, a *segurança pública*. Procurou, ainda, guardar a correta grandeza entre a *ordem pública* e a *segurança pública*, sendo esta exercida em função daquela, como seu aspecto, seu elemento, sua causa.

Lembremo-nos, a propósito, que *segurança pública* é conceito, como universalmente aceito, mais restrito do que o da *ordem pública*, esta a ser preservada pelas Polícias Militares (art. 144, § 5.º), às quais se atribuiu, além das atividades de polícia *de segurança* (ostensiva), as também referentes à *tranquilidade pública* e à *salubridade pública*.

O mesmo constituinte de 1988, aliás, deixou bem patente que a *segurança pública* é dever do Estado, razão de ser direito e igualmente responsabilidade de todos (art. 144, *caput*), dando, outrossim, dignidade constitucional a órgãos policiais até então inexistentes em termos constitucionais, como a Polícia Rodoviária Federal, a Polícia Ferroviária Federal e as Polícias Cíveis.

Em outras palavras, a Constituição da República de 1988 passou a prever que a *segurança pública*, como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144, *caput*), sendo um *estado antidelitual*, será

23 LAZZARINI, Alvaro. “Da segurança pública na Constituição de 1988”, *Revista de Informação Legislativa*, a. 26, n. 104, out./dez. 1989, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, pp. 233-236.

24 LAZZARINI, Alvaro. *Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas na Revisão Constitucional de 1993, O Alferes*, Academia de Polícia Militar da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, a. 8, nº 25, pp. 47-61.

exercida, na República Federativa do Brasil, pelas Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Cíveis, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, devendo ser lembradas, por assemelhação, as Guardas Municipais, porque integram a previsão do aludido Capítulo e art. 144, no seu § 8.º

Devemos observar, outrossim, que a *previsão constitucional é taxativa*, não podendo, portanto, ser criados outros órgãos policiais incumbidos da *segurança pública*, em quaisquer dos níveis estatais o que impede, por isso mesmo, que órgãos autárquicos ou paraestatais não previstos na norma constitucional exercitem atividades de *segurança pública*.

Observemos, também, que os Corpos de Bombeiros Militares, em princípio, não exercem atividades de *segurança pública*, por ser estas as que dizem respeito às infrações penais, com típicas ações policiais preventivas ou repressivas imediatas. A atividade-fim dos Corpos de Bombeiros Militares é a de prevenção e combate a incêndios, busca e salvamento e, agora, a de defesa civil, prevista no art. 144, § 5.º, final. Essa gama de atribuições do Corpo de Bombeiros Militares diz respeito, isto sim, à *tranquilidade pública* e à *salubridade pública*, ambas integrantes do conceito da *ordem pública*, aliás, como amplamente desenvolvemos no nosso "*Direito Administrativo e Prevenção de Incêndios*".<sup>25</sup>

A Constituição de 1988, ao que entendemos, tratou de distribuir corretamente as atribuições decorrentes do Poder de Polícia, embora apresente alguns senões, como a inusitada previsão constitucional de órgãos policiais incipientes, como a Polícia Rodoviária Federal e a Polícia Ferroviária Federal, cujas atividades melhor seriam absorvidas pelas polícias estaduais que são as verdadeiras responsáveis pela *segurança pública* no nosso sistema federativo que merece ser prestigiado.

Não previu, no entanto, órgão de *Polícia Fazendária*, importantíssimo para a conjuntura nacional nos denominados *crimes econômicos*, especialmente os conhecidos como do *colarinho branco*. Preferiu dar as atribuições, na órbita da União, à Polícia Federal, que, hipertrofiada na sua esfera de competência (art. 144, § 1.º), não tem condições humanas e materiais para atendê-la, em que pese o esforço dos seus integrantes, amparados por excelente esquema de *marketing*, em especial junto às emissoras de televisão.

Importante, em relação a tais órgãos, é deixar claro aos seus integrantes e ao povo que a ordem cronológica apresentada no art. 144 da Constituição da República, em absoluto, não indica um *escalonamento*

25 LAZZARINI, Alvaro. *Direito Administrativo e Prevenção de Incêndio*, O Aljeres, Academia de Polícia Militar da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 8, nº 27, out./dez. 1990, pp. 13-32.

*hierárquico*, que implicaria supremacia de um sobre o outro ou, ao inverso, subordinação de um para com o precedente na referida previsão do art. 144.

Nem há de se considerar que um deva coordenar as atividades do outro ou dos outros. Isso, na prática, implicaria em reconhecer supremacia do órgão coordenador sobre o coordenado.

Esses sete órgãos pertencem a entidades estatais diversas, como diversas são as linhas hierárquicas, quando pertencentes a uma mesma entidade estatal, tudo a demonstrar que cada um desses órgãos, a partir da Constituição da República, promulgada em 5 de outubro de 1988, tem esfera de competência muito bem definida no seu art. 144.

Bem por isso em razão de sua investidura no órgão policial a que pertença, os seus agentes públicos têm a correspondente *autoridade policial*, conforme tratamos, longamente, no nosso *Direito Administrativo da Ordem Pública*<sup>26</sup> e mais especificamente em trabalho sobre *Autoridade Policial do Policial Militar*.<sup>27</sup>

É na área de atuação sua e nos seus estritos limites *constitucionalmente previstos* (a Constituição de 1988, em tema de *segurança pública e ordem pública*, não recepcionou a legislação infraconstitucional anterior), que essas pessoas físicas, que operam em nome do Estado no desempenho da atividade policial, devem exercer o Poder de Polícia, que legitima a sua ação.

Aquele que entenda de exercer atribuição não decorrente da esfera de competência constitucional do órgão policial a que serve, ao certo, estará se havendo com *excesso de poder ou desvio de poder*, ou seja, com *abuso de autoridade*, sujeitando-se, pois, à responsabilidade criminal, civil e administrativa, na forma da lei.

Lembremos, a propósito, a inigualável lição de CAIO TÁCITO<sup>28</sup> no sentido de que "A primeira condição de legalidade é a competência do agente. *Não há, em direito administrativo, competência geral ou universal*: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício das atribuições do cargo. *Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador*".

26 LAZZARINI, Alvaro. *Obra e ed. cit.*, pp. 52 e ss.

27 LAZZARINI, Alvaro. *Autoridade Policial do Policial Militar, O Alferes*, Academia de Polícia Militar da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, Imprensa Oficial do Estado, Belo Horizonte, a. 5, abr./mai./jun./1987, v. 13, pp. 17-32.

28 TÁCITO, Caio. *O Abuso de Poder Administrativo no Brasil — Conceito e Remédios*, edição do Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, Rio de Janeiro, 1959, p. 27.

Bem por isso, e por exemplo, insofismavelmente, desde a vigência da Constituição de 1988, às Polícias Cíveis só compete o exercício de atividade de polícia *judiciária*, ou seja, as que se desenvolvem após a prática do ilícito penal e, mesmo assim, após a *repressão imediata* por parte do policial militar que, estando na atividade de polícia *ostensiva*, tipicamente preventiva (polícia *de segurança*) e, pois, polícia *administrativa*, necessária e automaticamente, diante da infração penal que não pode evitar, deve proceder à *repressão imediata*, tomando todas as providências elencadas no ordenamento processual para o tipo penal que, pelo menos em tese, tenha ocorrido.

Lembre-mo-nos que a *repressão imediata* pode ser exercida pelo policial militar, sem que haja violação da norma constitucional, porque, *quem tem a incumbência de preservar a ordem pública, tem o dever de restaurá-la, quando de sua violação*, sendo isso que o povo dele espera.

A partir dessas providências, que representam a *repressão imediata* da Polícia Militar (e que não pode ser considerada como *área cinzenta* ou de *intersecção de atribuições* dada a norma constitucional em exame), chega a forma e o momento da Polícia Civil atuar, pois a ocorrência criminal lhe será transmitida, cabendo-lhe, então a tarefa cartorária de sua formalização legal e investigatória de polícia *judiciária*, na apuração, ainda administrativa, da infração penal, exceto as militares (art. 144, § 4.º) e a de outros órgãos do Poder Público, uma vez que o *inquérito policial* nem sempre é necessário para instruir denúncia a ser oferecida pelo Ministério Público (cf., por exemplo, art. 33, parágrafo único, da vigente Lei Orgânica da Magistratura Nacional).

Isso quer dizer, na hipótese de que tratamos, que a atividade-fim da Polícia Civil ficou sendo só a polícia *judiciária*, nos estritos limites previstos no art. 144, § 4.º, da Constituição da República, não podendo e nem devendo, por isso, exercer aquela de polícia *administrativa*, nos melhores termos da doutrina nacional e estrangeira. O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, aliás, pela sua Colenda 1.ª Câmara Civil, tem deixado isso bem assente em tema de polícia *de trânsito*, que por ser tipicamente polícia *administrativa*, não mais pode ser exercida por ilustres autoridades de polícia civil, no Departamento Estadual de Trânsito — DETRAN.<sup>29</sup>

De outro lado, e ainda na exemplificação, às Polícias Militares, instituídas para o exercício da *polícia ostensiva e preservação da ordem pública* (art. 144, § 5.º), compete todo o universo policial, que não seja

---

<sup>29</sup> Acórdão unânime, em 26-2-1991, no julgamento da Apelação Cível nº 128.875-1, de São Paulo.

atribuição constitucional prevista para os demais seis órgãos elencados no mesmo art. 144 da Constituição da República vigente.

No tocante à *preservação da ordem pública*, com efeito, às Polícias Militares não só cabe o exercício da polícia *ostensiva*, cabendo-lhe também a *competência residual* de exercício de toda atividade policial de segurança pública não atribuída aos demais órgãos.

A competência ampla da Polícia Militar na *preservação da ordem pública*, engloba inclusive a competência específica dos demais órgãos policiais, no caso de falência operacional deles, à exemplo de suas greves ou outras causas, que os tornem inoperantes ou ainda incapazes de dar conta de suas atribuições, pois, a Polícia Militar é a verdadeira *força pública* da sociedade. Bem por isso as Polícias Militares constituem os órgãos de *preservação da ordem pública* para todo o universo da atividade policial em tema de *ordem pública* e, especificamente, da *segurança pública*. A *investigação policial militar preventiva*, aliás, é atribuição da Polícia Militar, conforme concluiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pela sua Colenda 4.<sup>a</sup> Câmara Criminal, ao referendar a missão que policial militar desenvolvia, em trajes civis, e que culminou na prisão de traficantes de entorpecentes. Na oportunidade, foi salientado que os policiais militares, para que se considerem sempre de serviço são instruídos e treinados e essa é a conduta que deles reclama a sociedade.<sup>30</sup>

##### 5 — *Conflitos de atribuições entre os órgãos policiais*

Os órgãos de comunicação social, não raras vezes, noticiam conflitos entre órgãos policiais, que denominam de *atrios entre as polícias*. Eles ocorrem, com certeza, da superposição de meios, dispersão de esforços, busca de notoriedade por policiais. Nas raízes da divergência, podemos encontrar objetivamente uma mistura de desconhecimento da lei, sentimentos corporativistas e até classistas, busca de publicidade pessoal e num ano eleitoral, inevitavelmente, fins políticos. Todos esses fatores, aliás, são perfeitamente contornáveis desde que haja firme decisão por parte das autoridades governamentais de fazer cumprir a Constituição de 1988, como tivemos oportunidade de examinar em recente trabalho a respeito de *A Constituição Federal de 1988 e as infrações penais militares*.<sup>31</sup>

30 Acórdão unânime, em 21-12-1987, na Apelação Criminal nº 58.497-3, de Itanhaém, *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, Lex Editora, 2º bimestre, mar./abr./1988, v. 111, p. 477.

31 LAZZARINI, Alvaro. "A Constituição Federal de 1988 e as infrações penais militares", *Revista de Informação Legislativa*, a. 27, n. 108, out./dez./1990, Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, pp. 147-154.



São, em verdade, os denominados *conflitos de atribuições internos* que, na arguta observação de JOSÉ CRETILLA JÚNIOR,<sup>32</sup> ocorrem a todo momento, com a “*luta ou choque de competência entre duas autoridades do mesmo Poder, em matéria administrativa. São — dois agentes públicos que se julgam competentes — conflito positivo de atribuição — ou se julgam incompetentes — conflito negativo de atribuição — para o desempenho de determinado serviço público ou para o exercício de certa função. Ou para a edição de ato administrativo. Cabe ao superior hierárquico desses dois funcionários de mesmo nível a resolução do conflito e isso em decorrência da hierarquia. Dirimindo imediatamente o conflito, cessa a disputa, porque o superior decidiu de plano a quem cabe a tarefa. Se os funcionários forem de níveis diferentes, sobe-se na escala hierárquica, até chegar-se ao superior comum aos dois e a este cabe dirimir o conflito de atribuição suscitado*”.

Do mesmo sentir, também, MÁRIO MASAGÃO quando assevera que “os conflitos de atribuições entre órgãos subordinados ao poder executivo são resolvidos pelo primeiro superior hierárquico comum aos conflitantes”,<sup>33</sup> obviamente observados os preceitos legais.

Cabe, pois, aos governantes (Governador ou Secretário da Segurança Pública) a vontade política de por cobro a qualquer *conflito de atribuição* entre os dois segmentos da polícia estadual. Para isso é que a Constituição de 1988, no seu art. 144, § 6.º, previu a subordinação aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios das polícias militares e corpos de bombeiros militares, juntamente com as polícias civis. Eles devem, portanto, assumir a responsabilidade perante o povo que os elegeram.

O *conflito de atribuição*, porém, complica-se quando os órgãos de entes estatais diversos, cabendo a solução, ao que entendemos, só ao Poder Judiciário se não se chegar a um entendimento e litígio houver.

O exemplo das Guardas Municipais é bem marcante, em especial agora após o II Congresso Nacional de Guardas Municipais, realizado nos dias 29 e 30 de agosto de 1991, na cidade de Americana, Estado de São Paulo, onde, após graves críticas às Polícias Militares, concluíram que é urgente a participação dos Municípios, com as suas Guardas, no combate à criminalidade, razão, inclusive, de criarem um Conselho Nacional das Guardas Municipais, tudo com apoio ao que consta da *Carta de Americana*,

---

32 CRETILLA JÚNIOR, José. “Conflito de Atribuições no Direito Administrativo”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 291, pp. 56-57.

33 MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 6ª ed., p. 321, nº 516, 1977.

datada de 30 de agosto de 1991, do "eminente Professor de Direito Administrativo, Dr. José Cretella Jr., ratificando seu parecer inédito sobre Guardas Municipais".<sup>34</sup>

Dito parecer, por ser inédito, não nos chegou às mãos. Caberia, porém, aos interessados (art. 5.º, XVII, XIX, XXI, LXXIII, da Constituição de 1988) ajuizar a ação judicial adequada para dizer da ilegalidade e/ou inconstitucionalidade das leis e atos administrativos que concretizem tal intenção das Guardas Municipais agora submetidas a um Conselho Nacional.

Temos salientado, em nossas preleções, que a boa doutrina tem entendido, *de modo uniforme*, que a *Constituição de 1988, apesar das investidas em contrário, não autoriza os Municípios a instituírem órgãos policiais de segurança*, pois as Guardas Municipais só podem ser destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações.<sup>35</sup> Isso equivale dizer que o Município não pode ter Guarda que substitua as atribuições da Polícia Militar, conforme afirma Toshio Mukai, entre outros.

Outro exemplo, e este grave, porque foi delegada parcela de Poder de Polícia a *entidade de direito privado* que invadiu, com apoio governamental paulista, atribuição indelegável da Polícia Militar do Estado de São Paulo na área do serviço de policiamento de trânsito. Em razão de convênio, empregados celetistas da Companhia de Engenharia de Tráfego — CET, uma sociedade de economia mista do Município de São Paulo, foram autorizados a autuarem veículos que trafegam pelas vias públicas, estando, até mesmo, a dirigir o tráfego desses veículos, devidamente uniformizados ("amarelinhos" ou "moças da zona azul").

O conflito de atribuições acaba de ser instalado perante o Poder Judiciário, através do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor —

---

34 *II Congresso Nacional de Guardas Municipais*. Americana, Estado de São Paulo, *Carta de Americana* e respectiva *Pauta de Trabalhos*, bem como *Estatuto do Conselho Nacional das Guardas Municipais*.

35 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª ed., 1990, Editora Revista dos Tribunais, p. 653; *idem*, *O Município na Constituição de 1988*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, p. 11; MUKAI, Toshio. *A Administração Pública na Nova Constituição Brasileira*, Editora Saraiva, São Paulo, 1ª ed., p. 42; GASPARINI, Diógenes. *Parecer oferecido à Fundação Faria Lima — CEPAM e em monografia* ainda inédita; FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo de. *Curso de Direito Administrativo*, Forense, Rio de Janeiro, 7ª ed., p. 358; BEZOS, Clovis. *Guarda Municipal, Cadernos de Direito Municipal*, *Parecer, Revista de Direito Público*, v. 78, p. 178; *Diário do Congresso Nacional*, terça-feira, 6 de novembro de 1990, Projeto de Lei nº 2.669-A, de 1989, pareceres, p. 11.656; LAZZARINI, Alvaro. "Da segurança pública na Constituição de 1988, *Revista de Informação Legislativa*, a. 26, n. 104, out./dez. 1989, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, p. 236.

IDECA, havendo forte resistência por alguns segmentos da sociedade paulista a respeito da validade dessas autuações.

No último dia 30 de agosto de 1991, aliás, fizemos publicar artigo, demonstrando que a autuação é ilegítima, pois, a CET, entidade paraestatal, é pessoa jurídica de direito privado, certo que Poder de Polícia só pode ser exercido pela Administração Pública, enquanto *poder público* e não como particular.<sup>36</sup> No mesmo sentido, aliás, em outubro de 1984, em *Semana de Estudos do Trânsito*, realizada em São Paulo, como expositor em Painel sobre “Do Poder de Polícia”, sustentamos a ilegitimidade de tal proceder pelos empregados da referida paraestatal,<sup>37</sup> havendo, até mesmo, parecer — isso proclamado e que serviu de fundamentação para decisão de 23 de abril de 1984 do Conselho Nacional de Trânsito — CONTRAN.

## 6 — O Juizado de Instrução Criminal

Quando se estuda a temática da *segurança pública* é importante salientar que o *Juizado de Instrução* é o necessário instrumento aperfeiçoador do ciclo da persecução criminal, embora não tenha sido contemplado na Constituição de 1988, conquanto previsto no art. 124 do Projeto de Constituição (A), da Comissão de Sistematização.

Queiram ou não, a Justiça Criminal integra o *Sistema de Segurança Pública*, devendo, pois, harmonizar-se com os interesses da sociedade e os do acusado.

O policial, bem por isso, deve levar o fato que atendeu, imediata e diretamente, ao Juiz Criminal competente, apresentando o acusado, a vítima, as testemunhas e tudo o mais que se torne útil à persecução criminal, já presentes o representante do Ministério Público e o advogado, podendo este ser o da confiança do acusado. É a aproximação da Justiça Criminal com o povo. É a pronta resposta do Estado à ação criminosa. É a certeza da punição pelo que de criminoso foi feito. Não se converterá o Juiz em policial. E o policial ficará na sua nobre e espinhosa atividade de prevenir a prática delitativa e investigar as infrações penais que, efetivamente, dependam de outras investigações, tudo para dar mais e necessária tranqüilidade e segurança pública. O *inquérito policial*, que atravanca a *polícia judiciária*, é fonte de corrupção, gerador de violências e fator

<sup>36</sup> LAZZARINI, Alvaro. *Trânsito — Multa de ‘amarelinhos’ não cabe no Estado de Direito*. Artigo publicado no caderno de “Justiça” de *O Estado de S. Paulo*, ed. de sexta-feira, 30 de agosto de 1991, p. 5.

<sup>37</sup> LAZZARINI, Alvaro. “Do Poder de Polícia”, *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, Lex Editora, v. 98, p. 23.

de descrença da população na Justiça Criminal. Com o Juizado de Instrução, também, haverá economia ao erário público, que não mais terá de suportar despesas dúplices, isto é, a do quase sempre desnecessário inquérito policial e a do sempre necessário processo legal. Basta este, sem necessidade daquele, como temos sustentado ao longo dos anos.<sup>38</sup>

A previsão dos *Juizados Especiais para o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo* (art. 98, I, da Constituição de 1988) não se confunde com a instituição dos *Juizados de Instrução*, embora tenha dado um importante passo para chegar-se a este, conforme examinamos em estudo nosso,<sup>39</sup> que acabou por converter-se em projeto de lei, apresentado pelo nobre Deputado Federal Gonzaga Patriota, de Pernambuco, projeto de lei esse que, reunido a outros, foi aprovado recentemente pela Câmara dos Deputados e está, agora, no Senado Federal, merecendo, no entanto, atenção da Polícia Militar brasileira para evitar-se a quebra do denominado *ciclo completo de polícia*, pois existem forças que tentam evitar que o policial encaminhe diretamente o caso para o Juiz Criminal competente, continuando, portanto, o estado de coisas que se verifica na atualidade de o policial sempre depender de um órgão intermediário entre ele e o juiz, ou seja, depender da autoridade policial civil.

## 7 — Conclusões

Com todas essas considerações, agora, cabe aguardar que o legislador, nos termos previstos no art. 144, § 7.º, da Constituição da República de 1988, discipline a contento a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades, evitando-se a superposição de atribuições, que levará a inevitáveis conflitos de competência, que desgastam o respeito às autoridades policiais e causam o descrédito dos órgãos policiais em prejuízo da segurança pública.

A proteção às pessoas físicas, ao povo, seus bens e atividades, só há de ser exercida pela Polícia Militar, como *polícia ostensiva, na preservação da ordem pública*, entendendo-se por *polícia ostensiva* a instituição policial que tenha o seu agente identificado de plano, na sua autoridade pública, simbolizada na farda, equipamento, armamento ou viatura.

---

38 LAZZARINI, Alvaro. "Juizado de Instrução", *Revista de Informação Legislativa*, a. 26, n. 101, jan./mar./1989, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, pp. 197-206.

39 LAZZARINI, Alvaro. "Juizados Especiais para o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo", *Revista de Processo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 15, nº 58, abr./jun./1990, pp. 99-109.

Quando falha essa proteção, a *repressão imediata* há de ser feita pela Polícia Militar, pois, quem tem o *poder* de preservar a ordem pública, tem o *dever* de restabelecê-la quando violada, como decorre da própria norma constitucional (art. 144, § 5.º), que tem supremacia sobre qualquer outra infra-constitucional.

Bem por isso à Polícia Civil só restam as atividades pós-repressão imediata, na apuração do caso em si, isto é, da infração penal cometida ou tentada, salvo as de natureza militar (art. 144, § 4.º) e aquelas outras em que, pelas prerrogativas funcionais das autoridades supremas do Estado, como os agentes políticos, escapam à sua esfera de competência. A atividade da Polícia Civil não se compadece com ações ostensivas, porque é de investigação, onde não tem sentido qualquer ostensividade.

As Guardas Municipais devem ficar nos estritos limites de sua competência constitucional, não se imiscuindo nas atividades próprias de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública e, muito menos, servindo a interesses próprios do exercício de polícia judiciária.

O Poder de Polícia, finalmente, só pode ser exercido pela Administração Pública, enquanto *poder público*, como tal não se considerando empresas privadas, embora ligadas ao ente estatal. A Constituição de 1988 não autoriza delegação de poder de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública a nenhuma entidade particular, isto é, a nenhuma pessoa jurídica de direito privado, como o são as paraestatais.

### *Bibliografia*

BALZAC, Honoré. Revista *Super Interessante*. Ano 2, nº 5, maio de 1988, Editora Abril, São Paulo.

BERNARD, Paul. *La notion d'ordre public en Droit Administratif*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1962, Paris, França.

BEZOS, Clóvis. *Guarda Municipal*. Cadernos de Direito Municipal, *Revista de Direito Público*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 78.

CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Forense, Rio de Janeiro, 1977.

CONGRESSO NACIONAL, Diário do. Edição, de 6-11-1990, 3ª-feira, Projeto de Lei nº 2.669-A, de 1989, Pareceres, p. 11.656.

CONSONI FOLCIERI, Carlo. "Polícia Judiciária". *Novíssimo Digesto Italiano*, v. XIII, verbete traduzido pelo Desembargador Geraldo Arruda, *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, Lex Editora, São Paulo, v. 89, pp. 34-37.

- CRETELLA JÚNIOR, José. "Conceituação do poder de polícia". *Revista dos Advogados*. São Paulo, nº 17, abril de 1985.
- . *Lições de Direito Administrativo*. José Bushatsky Editor, São Paulo, 2ª ed., 1972.
- . "Ordem Pública". *Dicionário de Direito Administrativo*, 3ª ed., 1978, Forense, Rio de Janeiro.
- . "Polícia Administrativa". *Enciclopédia SARAIVA de Direito*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1981, v. 59.
- . "Conflitos de Atribuições no Direito Administrativo". *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 291, pp. 56-57.
- DE PLÁCIDO E SILVA. "Segurança Pública". *Vocabulário Jurídico*, v. IV, 1ª ed., 1963, Forense, Rio de Janeiro.
- DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, Ed. Atlas. São Paulo, 1990.
- ENCICLOPÉDIA UNIVERSAL ILUSTRADA EUROPEO-AMERICANA. Tomo XL, Espasa-Calpe, S.A., Madrid, Espanha, verbete *Orden*.
- FIGUEIREDO MOREIRE NETO, Diogo de. "Revista Doutrnária dos Conceitos de Ordem Pública e Segurança Pública". *Anais do III Congresso Brasileiro de Polícias Militares*, fevereiro de 1987, Belo Horizonte, Ed. Barvalle.
- . *Curso de Direito Administrativo*. Forense, Rio de Janeiro, 7ª ed.
- GASPARINI, Diógenes. *Guarda Municipal*. Parecer, Fundação Faria Lima — CEPAN.
- GORDILHO, Agustin A. *Estudios de Derecho Administrativo*. Editora Perrot, Buenos Aires, Argentina.
- GUARDA MUNICIPAL. *Carta de Americana* (30-8-1991), Estado de São Paulo.
- GUARDA MUNICIPAL. *Pauta de Trabalhos do II Congresso Nacional de Guardas Municipais*, Americana, Estado de São Paulo, 29-30-8-1991.
- GUARDA MUNICIPAL. *Estatuto do Conselho Nacional das Guardas Municipais*, agosto de 1991.
- KNAPP, Blaise. *Précis de Droit Administratif*. Editions Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Suíça, 1980.
- LAZZARINI, Álvaro. "A Instituição Policial Paulista". *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, Lex Editora, São Paulo, v. 94.
- . "Da Segurança Pública na Constituição de 1988". *Revista de Informação Legislativa*, a. 26, n. 104, out./dez. 1989, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília.
- . "Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas na Revisão Constitucional de 1993". *Revista O Alferes*. Academia de Polícia Militar da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, a. 8, nº 25, pp. 47-61, Belo Horizonte.

- . "Direito Administrativo e Prevenção de Incêndio". *Revista O Alferes*, Academia de Polícia Militar da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, v. 8, nº 27, out./dez. 1990, pp. 13-32, Belo Horizonte.
- . "Autoridade Policial do Policial Militar". *Revista O Alferes*, Academia de Polícia Militar da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, a. 5, abr./maio./jun. 1987, v. 13, pp. 17-32, Imprensa Oficial do Estado, Belo Horizonte.
- . "A Constituição Federal de 1988 e as Infrações Penais Militares". *Revista de Informação Legislativa*, a. 27, n. 108, out./dez. 1990, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, pp. 147-154.
- . "Do Poder de Polícia". *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, Lex Editora, São Paulo, v. 98.
- . *Trânsito — Multa de 'amarelinho' não cabe no Estado de Direito*. Artigo em o caderno "Justiça" de *O Estado de S. Paulo*, edição de 6ª-feira, 30-8-1991, p. 15.
- . "Juizado de Instrução". *Revista de Informação Legislativa*, a. 26, n. 101, jan./mar. 1989, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, pp. 197-206.
- . "Juizados Especiais para o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo". *Revista de Processo — REPRO*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 15, nº 58, abr./jun. 1990, pp. 99-109.
- LAZZARINI, Alvaro *et alii*. *Direito Administrativo da Ordem Pública*. Forense, Rio de Janeiro, 2ª ed., 1987.
- M. SANDULLI, Aldo. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, Itália, XII ed. 1974.
- MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 6ª ed.
- MUKAI, Toshio. *A Administração Pública na Nova Constituição Brasileira*. Editora Saraiva, São Paulo, 1ª ed.
- PESSOA, Mário. *O Direito da Segurança Nacional*. Biblioteca do Exército e Revista dos Tribunais/Editores, 1971, São Paulo.
- RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares, Livraria Almedina, Coimbra, Portugal.
- ROLLAND, Louis. *Précis de Droit Administratif*. Librairie Dalloz, Paris, França.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 6ª ed., 1990.
- . *O Município na Constituição de 1988*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdão no Recurso Extraordinário nº 14.658, de São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 219, p. 581.
- . Acórdão na Sentença Estrangeira nº 1.023, da Suíça, *Revista dos Tribunais*, v. 148, p. 771.

# Município: Poder de Polícia sobre a Zona Costeira

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

1. Entre os bens da União, referidos no art. 20 da Constituição da República, encontram-se as praias marítimas (art. 20-IV), o mar territorial (art. 20-VI), os terrenos de marinha e seus acrescidos (art. 20-VII).

Cada um desses incisos corresponde à indicação física de objetos naturais indeterminados que integram o território nacional. Entretanto, o texto da Constituição, de *per si*, não basta para sabermos que tipo de domínio tem a União sobre esses bens. Assim, as definições quanto ao tipo de domínio que tem a União, sobre esses bens, hão de ser buscadas em sua natureza, uso e destinação, tal como reveladas nas leis e nos costumes.

Já o inciso I do referido art. 20 distingue-se nitidamente dos demais, ao enunciar que são bens da União “os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos”; a referência, aí, não é a objetos naturais, considerados fisicamente segundo seu gênero, mas a coisas determinadas, consideradas individualmente, como objeto de uma relação jurídica já existente; trata-se, assim, dos bens conhecidos como patrimoniais ou dominiais, tidos, pelo Poder Público, “como objeto de direito penal ou real” (art. 66-III, do C. Civil).

Tendo em vista a distinção acima, as praias marítimas (art. 20-IV), o mar territorial (art. 20-VI), os terrenos de marinha, e os acrescidos de marinha (art. 20-VII), classificam-se como bens de uso comum do povo, para os quais o Código Civil oferece definição denotativa (“os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças” — art. 66-I).

2. No sistema do Código Civil, o bem de uso comum do povo é tipo ou categoria de bem público, insuscetível de apropriação privada, reservado à utilização coletiva. Após a Constituição de 1988, desdobrou-se seu



significado em dupla acepção, passando-se a considerar também como de uso comum determinada forma de ser ou qualidade das coisas que repercutem no bem-estar geral, ainda que essas coisas se encontrem no domínio particular.<sup>1</sup> Desse ponto de vista, o uso comum do povo constitui restrição ao direito de propriedade.

Se os bens de uso comum do povo são indisponíveis, sua vantagem reduz-se ao uso e à fruição. Dizer que determinados bens de uso comum do povo são da União, significa que ela tem sua administração e fruição, no interesse do povo, e no que essa administração e fruição não colidir com o interesse do povo. O art. 225 da Constituição, já mencionado, é exemplo da partilha que se faz da responsabilidade pública, na democracia semi-direta (art. 1.º — parágrafo único da Constituição), entre o Poder Público e a coletividade. No tocante aos bens de uso comum do povo, acima referidos, a União tem portanto competência administrativa e competência legislativa, esta *exclusiva* quanto ao regime dos portos (art. 22-X da Constituição), à navegação marítima (id), à defesa marítima (art. 22-XXVIII), e *concorrente* quanto à pesca, fauna, conservação da natureza, proteção do meio ambiente, controle da poluição (art. 24-VI), proteção ao patrimônio turístico e paisagístico (art. 24-VII). Sob esse prisma teleológico é que se entende a competência legislativa da União, encartada no art. 48-V da Constituição.

3. O Decreto-Lei n.º 9.760, de 5-9-46, suficientemente conhecido, traz disciplina dos terrenos de marinha. É diploma que necessita urgente reformulação, conforme trataremos em outro espaço.

Já a Lei n.º 7.661, de 16-5-88, institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro. Essa lei considera, como ZONA COSTEIRA, “o espaço geográfico de interação do ar do mar e da terra, incluindo seus recursos renováveis ou não, abrangendo uma faixa marítima e outra terrestre...” (art. 2.º — parágrafo único); a mesma lei, classificando as praias como bens públicos de uso comum do povo, defini-as como “a área coberta e descoberta pelas águas, acrescida da faixa subsequente de material detrítico, tal como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde comece um outro ecossistema” (art. 10).<sup>2</sup>

Face ao sistema da Constituição de 1988, cabe ao intérprete verificar, no tocante a essas e outras leis nacionais, se — no caso de competência

---

1 Art. 225. “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 preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

2 A redação vem diretamente da Portomarinst nº 31-01-A, cujo item 1.1.7 repete.

exclusiva da União — elas se ajustam aos princípios acima aludidos; e, no caso de competência concorrente, se — sem se afastarem aqueles princípios — são *gerais* as normas que contêm (art. 24 — § 1.º da Constituição).

4. As praias marítimas, o mar territorial e os terrenos de marinha, embora sendo bens da União, localizam-se, não obstante, no território de *algum município*. Como parte desse território incluem-se no âmbito da autonomia municipal e da respectiva jurisdição. A população do município, titular não exclusiva do direito de uso dessas áreas, faz delas variado proveito, com objetivo econômico ou de lazer. Elas não se prestam apenas, e eventualmente, à circulação, mas também à urbanização (no caso principalmente dos terrenos de marinha, cujo uso pode ser cedido a particular). Aqui, o Município exerce seu poder de polícia como em qualquer outra área do seu território, disciplinando as edificações, o trânsito, a higiene, lançando tributos, fiscalizando e impondo sanções; os bens e atividades do próprio Estado-Membro e da União, existentes ou desenvolvidas nessas áreas — à parte a imunidade tributária — sujeitam-se ao poder de polícia local, conforme definido em lei.

Veja-se, a propósito, a lição de HELY LOPES MEIRELLES:

“A utilização dos terrenos de marinha, inclusive para edificações, *depende de autorização federal*. Mas, tratando-se de áreas urbanas ou urbanizáveis, as construções e atividades civis neles realizadas ficam sujeitas à regulamentação e à tributação municipal, como as demais realizações particulares. A reserva domínial da União visa, unicamente, a fins de defesa nacional, sem restringir a competência estadual e municipal na ordenação territorial e urbanística dos terrenos de marinha, quando utilizados por particular para fins civis.” (*Direito Administrativo Brasileiro*, 5.ª ed., p. 505).

Essa distinção ficou bem expressa em acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim resumido no voto do Relator, o então Desembargador ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça:

“... a utilização da faixa de marinha situada dentro dos *limites urbanos*, *quer quanto às edificações*, *quer quanto ao exercício de atividades comerciais, industriais ou profissionais*, objeto de prévio licenciamento da autoridade local, tal utilização sujeita-se ao poder de polícia do município, salvante, claro está, a utilização pela própria União ou pelo Estado, com base em seu direito de império. A praia, máxime se situada dentro dos limites urbanos,

é, como as ruas e praças, um logradouro público, um bem de uso comum do povo.” (*Revista de Direito Público*, 31/154.)

Os critérios que demarcam a competência do Município, no caso, são o do interesse local e o das funções sociais da cidade. Compete ao Município, entre outras atribuições que lhe são conferidas pela Constituição da República, “legislar sobre assuntos de interesse local” (art. 30-I), e “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber” (art. 30-II). O art. 182 da Constituição, por sua vez, incumbe ao Poder Público municipal executar a política do desenvolvimento urbano, tendo como objetivo “ordenar as funções sociais da cidade, e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

Assim, não se trata apenas, do ponto de vista da administração municipal, de exercer seu poder de polícia no que diz respeito à atividade de ambulantes, ou à prática de esportes na areia da praia; não se trata apenas de disciplinar a circulação, o trânsito, cuidar da higiene e da limpeza nessas áreas de uso comum do povo que são, simultaneamente, bens da União e logradouros municipais. Compete-lhe elaborar o planejamento mais amplo possível, e executar esse planejamento, abrangendo toda a sua área territorial, no que diz respeito às funções da cidade (morar, circular, trabalhar, estudar, divertir-se). O exercício de suas funções rotineiras, no que toca a essas áreas, não reclama qualquer tipo de autorização da União, como, por exemplo, as que dizem respeito à colocação de barracas, ou à retirada de areia da praia por parte da administração do município, para desobstruir canais ou calçadas, em pontos de acumulação desse material. Inexiste hierarquia, entre as pessoas internas de direito público, que entregue a umas, em detrimento de outras, a primazia de salvaguardar o interesse público. O Município, desse ponto de vista, não se presume menos qualificado do que a União. E o poder de fiscalização da União — principalmente quando se trata de providências comuns, ordinárias, ou rotineiras da administração municipal — não implica a necessidade de autorização ou licença prévia, caso a caso.

Mas assim como a União, para construir edifício ou obra em território municipal precisa submeter-se às normas edilícias, solicitando e obtendo alvará, também o Município necessita de autorização da União, quando o ato, atividade ou obra envolver interesses da navegação, das comunicações, da defesa nacional, da polícia de fronteiras.

Importa que, para o exercício do poder de polícia a nível municipal ou federal, para a concessão de alvarás, licenças, autorizações ou permisões, haja definição prévia do devido processo legal, e a fixação de prazos fatais para o exame e atendimento de requerimentos. A inexistência de normas, a inércia ou morosidade, a nível de uma das administrações, não pode ser de tal monta que represente, para a outra, embaraço ou impedimento ao exercício de sua competência.

Esses princípios valem, portanto, para todas as atividades desenvolvidas na zona costeira e faixa litorânea, ligadas à economia e ao lazer da população local, v.g. pesca e outras atividades extrativas, criatórios, viveiros ou fazendas marinhas, dragagem, construção de cais, molhes, atracadouros, trapiches, lançamento de aterro, construção de pontes, marinas, estaleiros, diques, oficinas de construção e reparos navais, prática de esportes náuticos mesmo com a utilização de veículos motorizados, tais como *jet-ski*.

A Portomarinst n.º 31-01-A, de 2 de dezembro de 1988 (da Diretoria de Portos e Costas do Ministério da Marinha), exige "parecer prévio" do Ministério da Marinha (o que corresponde a uma verdadeira autorização) "para as obras públicas ou particulares, que forem executadas nos seguintes locais: sob e sobre água; em terrenos de marinha e seus acrescidos; em terrenos marginais da União, dos Estados ou Municípios". Bem como para as "que possam vir a interferir com sinais visuais de auxílio à navegação", e que "se situarem nas zonas de influência das estações radiogoniométricas de alta frequência" (itens 1.1.1. e 1.1.2). O item 1.1.3, por sua vez, fundamenta a atuação administrativa do Ministério da Marinha, nesses casos, em eventuais prejuízos à segurança da navegação, à segurança nacional e aos interesses navais.

Na prática, existe uma tendência burocrática à exorbitância e multiplicação de exigências. A própria Portomarinst n.º 31-01-A, por exemplo, no caso de barracas de praia, inventa uma desnecessária cessão gratuita, pelo Serviço de Patrimônio da União, em benefício público, "das pequenas áreas necessárias à instalação das barracas, devendo o processo de cessão e os projetos de instalação serem submetidos à anuência do Ministério da Marinha".

É de todo conveniente, principalmente nos municípios litorâneos mais populosos, em que é maior a frequência dos casos, a criação de mecanismos e instâncias comuns, para administrar não só os possíveis conflitos administrativos, mas para evitar a duplicidade de procedimentos, quando se trata de interesses de particulares.

Por último, uma observação sobre áreas de acesso restrito, como instalações portuárias; o poder de polícia da administração do porto não inclui a proibição ou restrição do acesso, a essa área, da autoridade municipal, ou de servidores municipais no exercício de sua função; no que diz respeito ao acesso, cabe-lhe tão-só exigir a identificação dessas pessoas. Também não inclui a proibição de execução, pelo Município, de atividades de recepção a passageiros; de localização ou execução de terminais marítimos para desembarque e distribuição de passageiros. Integra a autonomia do município o direito de executar esses serviços, projetar e realizar essas obras, mediante mera comunicação, ressalvada à autoridade federal o poder de embargá-las, justificadamente, caso interfiram danosamente nas atividades sob sua supervisão; em qualquer hipótese, entretanto, não poderá existir

vedação absoluta — sem margem a alternativas — à atuação do Poder Público municipal.

Vale recordar a lição de Francisco Campos: “Implícita ou expressa, é consubstancial a regra de que nenhum dos poderes ou governos, de cuja associação se compõe sua unidade (o de regime federativo) deve interferir nas atividades legítimas do outro, nem por vias diretas oblíquas ou furtivas, poderá criar óbices, embaraços, tropeços ou empecilhos ao exercício das suas funções constitucionais e, sobretudo, onerar de qualquer maneira, diminuir ou destruir a eficácia dos meios ou instrumentos, necessários ou adequados à ação dos seus órgãos, na órbita constitucional de sua competência.” (*Direito Constitucional*, 1956, v. I, p. 19).

5. A oportunidade de elaboração das novas leis orgânicas municipais fez aflorar, nos municípios paulistas, o temário relativo ao mar e às praias, por algum tempo reprimido, em razão do centralismo. Assumido ainda com alguma timidez, o tema e suas variações são recorrentes nas leis orgânicas dos municípios litorâneos paulistas.

Os manguezais, as praias, os costões, as ilhas, as restingas, as áreas estuarinas (lei orgânica de Caraguatatuba), são considerados como áreas de preservação permanente, ou de proteção ambiental.

Assegura-se o acesso público às praias.

Dá-se, ao Município, a atribuição de preservar a *fauna e a flora marinhas* (lei orgânica de São Sebastião), de fomentar a atividade pesqueira e a maricultura.

Dentre esses municípios, é o de Ubatuba que, fugindo a uma enumeração casuística, alça a competência do município — no tocante à faixa litorânea — à definição de princípios gerais. Considerando o meio ambiente como o *bem maior do município* (art. 4.º - IV), determina que este, através de seu plano diretor de desenvolvimento integrado, estabeleça “diretrizes para o gerenciamento costeiro” (art. 175). E, no art. 176 de sua lei orgânica, proclama que “dentro de seu peculiar interesse é assegurada a autonomia do Município sobre os terrenos de marinha e o mar territorial, resguardada a competência do Estado e da União”.

Essas definições legais precisas tornam mais visível o que já se continha na distribuição constitucional de competências. Foi pena que a Assembléia Constituinte paulista não tenha aceito — fazendo incluir na Constituição do Estado — a emenda que lhe foi levada pelos municípios litorâneos paulistas, consistente no seguinte artigo: “A autonomia dos municípios litorâneos abrange a faixa marítima de influência na vida das respectivas populações em seus múltiplos aspectos, notadamente no que diz respeito à sua saúde, lazer e economia”.

# Direito Ambiental como Direito Econômico – Análise Crítica (\*)

PAULO DE BESSA ANTUNES  
Procurador da República e MsC em Direito  
pela PUC RJ

## SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *O conceito de direito econômico.* 2.1. *Noção geral.* 2.2. *O conceito de intervenção econômica.* 2.2.1. *Principais formas de intervenção econômica.* 2.2.2. *As normas de direito econômico na Constituição Federal.* 2.2.3. *A preservação do meio ambiente como princípio norteador da atividade econômica.* 3. *A inserção constitucional das normas de tutela ambiental.* 3.1. *Breve visão da relação entre os entes federados.* 3.2. *As Constituições anteriores à de 1988.* 3.3. *A Constituição de 1988.* 3.3.1. *Competência legislativa em matéria de direito econômico.* 3.3.2. *A competência legislativa em matéria ambiental.* 3.4. *O artigo 225 da Constituição Federal.* 4. *Natureza Econômica das normas de direito ambiental.* 4.1. *A legislação ambiental como instrumento de intervenção.* 5. *O conceito de desenvolvimento sustentado.* 5.1. *O desenvolvimento sustentado e a Constituição Brasileira.* 6. *O Direito em mutação.* 6.1. *O surgimento de novos direitos.* 6.2. *O meio ambiente como direito humano.* 7. *Conclusão.*

### 1 — *Introdução*

O trabalho que ora é apresentado tem por finalidade examinar as relações entre o direito ambiental e o direito econômico e, ao mesmo tempo, tentar extrair algumas conclusões referentes à contradição encontrada no texto da própria Constituição que afirma: “Todos têm direito ao meio

---

\* Aula proferida no curso de especialização em direito econômico da Faculdade Nacional de Direito, aos 13 de maio de 1992.

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 preservá-lo para as presentes e futuras gerações". (Const. Fed., art. 225), colocando-o na condição de direitos e deveres individuais e coletivos.

Esta contradição topológica entre alguns dos diversos artigos constitucionais que tratam dos diversos aspectos pertinentes ao meio ambiente é bastante curiosa e merece uma investigação. Infelizmente, a doutrina jurídica ainda não se preocupou o suficiente com a matéria. É tentando contribuir para a melhor compreensão do tema que o presente trabalho será desenvolvido.

## 2 — O conceito de direito econômico

### 2.1 — Noção geral

O direito econômico é um dos mais recentes ramos do conhecimento jurídico internacional e que, no Brasil, ainda não logrou firmar-se como um ramo autônomo do direito. Entretanto, é possível dizer-se que o direito econômico brasileiro teve início com a Carta de 1934, que já previa mecanismos de intervenção estatal na ordem econômica e financeira.<sup>1</sup> Através dos mecanismos institucionais propiciados pelo direito econômico é possível que o Estado fomente ações e condutas que terão por finalidade produzir um determinado resultado econômico e social concreto.

As atuações desenvolvidas pelo Estado poderão necessitar da criação de instrumentos de intervenção que poderão revestir-se da mais variada forma jurídica, indo desde recomendações e diretivas até a fundação de empresas e o deferimento de incentivos ou sanções fiscais as mais diferentes possíveis.

O direito econômico está contido na grande província jurídica do direito público. A característica mais marcante deste ramo do direito público é a interdisciplinaridade<sup>2</sup> que é facilmente constatável, tendo em vista o grande número de instrumento e áreas diversas que são submetidos às normas de direito econômico. Pode-se dizer que o direito econômico é uma espécie de polo, ao redor do qual circulam o direito tributário, o direito administrativo, o direito financeiro, o direito ambiental e inúmeros outros.

A doutrina entende que o direito econômico é de certa forma "o direito considerado em suas conseqüências econômicas" (Jacquemin e

---

1 Trata-se, em realidade, de intervenção positiva, pois as Cartas anteriores previam a intervenção por abstenção.

2 Tal característica informa todos os novos ramos do direito.

Schrams apud Moncada 1988, 9). Assim é porque para o direito econômico importa o resultado da sua atuação, isto é, as alterações da ordem econômica que resultam da adoção de determinadas medidas. É um direito de organização cujos objetivos finalísticos são muito claros.

Ainda que os aspectos e característica de direito público sejam muito evidentes no direito econômico, muitos autores possuem do mesmo uma visão privatista, como é o caso de SAVATIER para quem o direito econômico "tem por finalidade dirigir a vida econômica e em especial a produção e a circulação das riquezas" (apud Moncada 1988, 9). Entendo que o referido autor tem razão parcial em sua concepção, na medida em que o direito econômico utiliza-se, também, de algumas normas de direito privado para o atingimento de fins públicos, como é o exemplo da instituição de empresas públicas que são pessoas jurídicas de direito privado. Tais empresas, embora regidas por normas de direito privado, são importantes instrumentos de intervenção na economia, intervenção esta cuja finalidade é a consecução de um fim público.

## 2.2 — O conceito de intervenção econômica

A intervenção econômica é um tema que tem suscitado as mais diversas polémicas e, a maioria delas, completamente infundadas. Os arautos de um liberalismo econômico ultrapassado e incapaz de atender aos candentes reclamos sociais da atualidade sustentam-se em uma abstrata liberdade de mercado para rechaçar a presença reguladora e firme do Estado em muitos setores da economia, pregando uma desestatização aleatória e cujas conseqüências sociais são imprevisíveis. O Estado sempre se fez presente na economia e o seu afastamento é uma utopia despropositada. As teses neoliberais do Estado mínimo são uma falácia cujo sentido ideológico é o de retirar do Estado as suas responsabilidades sociais fundamentais. O que se deve fazer, hoje em dia, é estabelecer mecanismos de intervenção que respeitem realidades de mercado,<sup>3</sup> sobretudo as suas exigências.

Fato é que a intervenção do Estado no domínio econômico sempre existiu e o que se observa é que esta, historicamente, manifestou-se de forma diferenciada e qualitativamente diversa. A própria "não-intervenção" do liberalismo foi uma forma de intervenção pela aparente abstenção.

A intervenção distancia-se do poder de polícia, pois este diz respeito a uma atividade reguladora do Estado que se limita a proibir determinadas atividades, condutas ou comportamentos de particulares. A intervenção econômica é uma atividade do próprio Estado ou a determinação de que o particular aja em certo sentido.

---

3 A presença estatal é fundamental para o desenvolvimento dos chamados tigres asiáticos e do próprio Japão.



### 2.2.1 — *Principais formas de intervenção econômica*

Várias podem ser as formas de intervenção econômica utilizadas pelo Estado para o atingimento de metas fixadas para a economia. Eros Roberto Grau (1991, 136) aponta três modalidades principais: a) participação, absorção; b) direção; c) indução.

A participação e a absorção indicam que o Estado ou está atuando como agente econômico através de suas entidades criadas especificamente para tal fim, ou está atuando mediante a atividade de empresas que, por um motivo ou por outro, foram incorporadas ao patrimônio público.

Direção é o processo pelo qual o Estado dirige um determinado empreendimento econômico, assumindo as responsabilidades essenciais do mesmo.

Indução é um mecanismo pelo qual o Estado cria incentivos ou punições para a adoção de determinados comportamentos econômicos, ou cria condições favoráveis para que se desenvolvam empreendimentos privados em determinadas regiões, ou mesmo que determinadas atividades econômicas possam ser realizadas mediante medidas especiais de política econômica.

### 2.2.2 — *As normas de direito econômico na Constituição Federal*

As normas de direito econômico existentes na Constituição Federal são diversas e estão localizadas nos mais diferentes locais da Lei Fundamental, em especial nos artigos 170 e seguintes. Em nosso sistema constitucional positivo ficou determinado que a ordem econômica está “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...).”

Principiologicamente, a ordem econômica e financeira está alicerçada nos seguintes ditames: I — soberania nacional; II — propriedade privada; III — função social da propriedade; IV — livre concorrência; V — defesa do consumidor; VI — defesa do meio ambiente; VII — redução das desigualdades regionais e sociais; VIII — busca do pleno emprego; IX — tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Tal principiologia, a meu juízo, é confusa e pouca indicativa de um caminho a seguir, aliás tal confusão é fruto de um regulamentarismo que assolou a Constituinte e que a levou a tentar prever toda uma série de situações que são, com efeito, imprevisíveis. Os compromissos e contradições entre os diversos grupos que compunham a Assembléia Nacional Consti-

tuínte geraram uma estrutura de princípios que tenho por paradoxal. O exemplo que me parece mais flagrante é aquele que contempla, ao mesmo tempo, a livre concorrência com o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. Se há livre concorrência, não pode haver tratamento favorecido para quem quer que seja. Ao mesmo tempo, o regime de intervenção é contraditório com o da livre iniciativa. Na verdade não há livre iniciativa, quando o Estado exercita o seu poder de fiscalização e age na ordem econômica como instrumento de efetivação de uma política econômica. Parece-me que por livre iniciativa deve ser entendido a possibilidade do exercício de atividade econômica por parte daqueles que o desejem, dentro das condições especificadas em lei.

A própria inclusão do "respeito ao meio ambiente" como um dos princípios da atividade econômica e financeira, demonstra que a livre iniciativa é inexistente, pois o empresário, em tese, não pode agir contra-riamente aos interesses da preservação ambiental.

O artigo 174 e seu § 3.º refere-se diretamente ao meio ambiente quando trata da organização de cooperativas de garimpeiros que deverão levar em conta a proteção ao meio ambiente. Também no artigo 176 podem ser contempladas normas de natureza ambiental.

Os capítulos da política urbana (arts. 182/183) e da política agrícola e fundiária (arts. 184/191) guardam enorme proximidade com a matéria ambiental, sendo certo que a própria função social da propriedade ficou submetida à necessidade de preservação ambiental.

### 2.2.3 -- *A preservação do meio ambiente como princípio norteador da atividade econômica*

O desenvolvimento do capitalismo no Brasil sempre se fez de forma degradadora e poluidora, pois calcado na exportação de produtos primários e, mesmo quando foi iniciada a industrialização, esta se fez sem o cuidado de não agredir o meio ambiente.<sup>4</sup> Atualmente, verifica-se que existe uma nova forma de compreensão dos vínculos entre meio ambiente e atividade industrial. Como teriam se originado tais realidades? Esta é uma questão importante para que se possa entender os motivos que levaram à colocação da proteção do meio ambiente como um dos elementos orientadores da atividade econômica.

Penso que dois são os aspectos fundamentais a serem examinados para que se possa perceber o que verdadeiramente está por trás destas

---

<sup>4</sup> Neste aspecto não foi muito diferente do desenvolvimento capitalista internacional.

novas concepções. Inicialmente, deve ser dito que é possível constatar-se que as indústrias altamente poluidoras estão começando a migrar para os países do Terceiro Mundo, iniciando uma tendência de que naqueles países, a médio e longo prazo, somente permaneçam indústrias "limpas". Tal situação é possível de ser viabilizada, pois a indústria da informática e de outras tecnologias de ponta passam a desempenhar um papel muito mais relevante dentro da produção capitalista do que aquele desempenhado pela indústria tradicional; por outro lado, a internacionalização de economia que vem se realizando nos últimos dez ou quinze anos tem permitido que o controle dos lucros gerados pelas filiais das multinacionais não corram perigos nos países do Terceiro Mundo.

A reorganização do capitalismo que ocorre atualmente é uma verdadeira revolução tecnológica que foi propiciada pelo surgimento da microinformática e dos *personals computers*. Tal revolução é tão fantástica que destruiu "sem um tiro sequer todo o sistema do socialismo real," que, a partir da microinformática tornou-se incapaz de competir com o capitalismo e foi por este melancolicamente subjugado.

Acrescente-se a esta situação, o fato de que nos países do Primeiro Mundo, de há muito, existe um forte movimento de contestação às bases da organização social daquelas nações, contestação esta que foi se tornando mais e mais organizada e atuante. Em consequência desta realidade começaram a surgir agentes políticos diferentes que passaram a ser conhecidos como as *organizações não governamentais*, cuja força no cenário político é cada vez mais evidente. A contestação da legitimidade do sistema feita pelas ONGs tem feito com que este busque se transformar a fim de que seja capaz de perdurar e atender às novas demandas e circunstâncias nas quais se vê envolvido.

Some-se a isto o fato de que existem bases reais para uma preocupação com a proteção ambiental, pois alguns problemas ecológicos começam a tornar-se dramáticos e exigem uma rápida resposta de toda a coletividade planetária. Dentre estes problemas concretos é possível mencionar-se o do aquecimento global que é, certamente, um dos mais graves e com tendência a dominar todo o debate ecológico na década de 90.<sup>5</sup> Esta é uma problemática extremamente complexa, pois envolve toda uma série de opções estratégicas internacionais, cujas consequências ainda não podem ser bem avaliadas.

A questão que se coloca, contudo, é a de saber em que medida é possível conciliar-se o desenvolvimento econômico com a proteção do meio ambiente, e mais, até que ponto prevalece o interesse da proteção ambiental

---

<sup>5</sup> Veja-se, a propósito, o relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento *Nosso Futuro Comum*, Rio, 1988, FGV.

ou o interesse do desenvolvimento econômico? A pergunta se coloca, na medida em que as condições de vida das imensas legiões de miseráveis do Terceiro Mundo dificilmente percebem que as suas condições de vida são o produto e conseqüência de uma *determinada forma de desenvolvimento econômico* que produz como resultado previsível a pauperização e marginalização da imensa maioria da população do mundo.

A efetivação do princípio de proteção ao meio ambiente como princípio econômico implica, necessariamente, se for séria a intenção, em mudar o padrão de acumulação de capital, mudar o padrão e o conceito de desenvolvimento econômico, alterar as bases do regime.

É na busca de tais modificações que temos visto o surgimento de um imenso movimento de massas que se organiza em escala planetária.

### 5 — *A inserção constitucional das normas de tutela ambiental*

Devido às complexidades político-jurídico-administrativas que se colocam em um regime federativo, torna-se necessário que a abordagem do tema seja iniciada com uma rápida análise das relações institucionais entre os diversos entes integrantes da Federação Brasileira, sobretudo, naquilo que diz respeito às competências legislativas de cada um deles.

#### 5.1 — *Breve visão da relação entre os entes federados*

O Brasil, como se sabe, é uma república federativa formada pela União indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal (CF, artigo 1.º). Tal república é um estado democrático de direito, cujos fundamentos são: " 1 — a soberania; 2 — a cidadania; 3 — a dignidade da pessoa humana; 4 — os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; 5 — o pluralismo político. Estes fundamentos, impõem-se tanto ao Estado federal (União), como aos integrantes da Federação (Estados, Municípios e o Distrito Federal).

O Estado federal, que se constitui em um complexo entrelaçamento entre diversas esferas de poder político e de competências, precisa ser compreendido objetivamente, sob pena de que se transforme em simples somatório de administrações regionais, sem coordenação e unidade ou, ao contrário, na dissolução do regime federal em Estado unitário. É necessário que se recorra às raízes históricas do Estado federal brasileiro, cujas peculiaridades irão dar-lhe a tônica e marcar-lhe o papel. A Federação, no Brasil, é originária de um Estado centralizado, que se partiu em diversos Estados-Membros. O modelo é diverso, por exemplo, daquele que deu origem à Federação norte-americana. Nos Estados Unidos da América,

6 Tais fundamentos serão de fundamental importância para a adequada compreensão de nosso tema.

como se sabe, a federação constituiu-se pela aglomeração de comunidades que, até então, não possuíam maiores vínculos entre si.

Devido ao amplamente consolidado regime político democrático existente nos Estados Unidos e à imensa tradição jurídica daquele país, bem como à evidente influência das instituições americanas em nosso sistema federativo, não é desinteressante observar-se como se passa naquela nação a difícil convivência entre Estados e União. É certo, entretanto, que não é sem turbulências e modificações profundas que se desenvolve o federalismo americano, ora com proeminência da União, ora com maior prestígio para os Estados.

O fato marcante na federação é que os Estados-Membros se encontram em condição de igualdade entre si, isto é, nenhum Estado pode sobrepor-se aos demais. A União, esta sim, é que se encontra em posição de superioridade sobre os Estados-Membros. Os Estados-Membros, por autônomos, relacionam-se em condições de recíproca igualdade. A União é soberana e dotada de superioridade jurídica e política sobre os Estados, respeitadas as esferas de competência previstas na própria Constituição.<sup>7</sup> A esta complexa e delicada relação a doutrina jurídica denominou a SUPREMACIA DA UNIÃO, ou Supremacia DO GOVERNO FEDERAL. Assim é no direito norte-americano, por força do artigo VI da Constituição. Como lembra Bernard Schwartz “foi o princípio da supremacia nacional assim enunciado na Constituição americana que, por fim, assegurou o funcionamento efetivo do sistema federal estabelecido por ela”.<sup>8</sup> Na Constituição Brasileira, este sistema se encontra presente através do estabelecimento de competências exclusivas e privativas. Pelas competências, determinam-se as esferas de atribuição de cada um dos integrantes da Federação.

Por força da doutrina da supremacia da União, fica assegurado a esta o poder-dever de estabelecer normas gerais que deverão ser respeitadas pelos demais integrantes da Federação.

Observe-se, contudo, que o atual sistema de competências previsto na Lei Fundamental é extremamente centrífugo.

### 3.2 — *As Constituições anteriores à de 1988*

A Constituição Federal de 1988, ao longo de seu texto, possui várias menções expressas ao meio ambiente, bem como menções implícitas ao referido tema. Tal fato se constitui em novidade extremamente importante e cujas conseqüências para a proteção ambiental podem ser das mais favo-

<sup>7</sup> PINTO, Ferreira. *Comentários à Constituição Brasileira (1989)*, S.P., Saraiva, p. 29.

<sup>8</sup> SCHWARTZ, Bernard. *O Federalismo Norte-Americano Atual (1984)*, Rio, Forense universitária, pp. 19/20.

ráveis. Ao analisarmos as Cartas Políticas que antecederam à atualmente vigente, verificamos que houve uma verdadeira mudança de enfoque e, em decorrência disto, da abrangência da tutela jurídica proporcionada pela Lei Fundamental.

A Constituição de 1824 não continha nenhuma alusão à defesa da natureza e do meio ambiente, assim, como se viu, no regime monárquico, não foram adotadas quaisquer medidas constitucionais que pudessem significar uma tomada de posição em defesa da natureza e do meio ambiente.

A Constituição de 1891, inaugurando o Regime Republicano, embora não se referisse ao meio ambiente, continha, em seu interior, algumas poucas normas que diziam respeito à competência legislativa da União para tratar de minas e terras.<sup>9</sup>

Com a virada do século c. em especial, com as transformações políticas e econômicas ocorridas no mundo com o término da Primeira Grande Guerra e a própria Revolução de 30 fizeram com que a Constituição de 1934 contivesse, em seu interior, normas voltadas para uma regulamentação positiva da atividade econômica desenvolvida no Brasil, seja pela atuação estatal, seja pela normatização da iniciativa privada. Dentro deste contexto, o art. 5.º, inciso XIX, alínea j da referida Constituição atribuía à União competência para legislar sobre: “bens de domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e a sua exploração”. Fácil é observar que mediante a utilização dos vocábulos *riquezas do subsolo* e *exploração*, o constituinte pretendeu ver nas águas, florestas, na caça e na pesca elementos de valor econômico que estavam prontos a serem explorados com a finalidade de gerar recursos materiais e renda. A preocupação, portanto, não estava voltada para a defesa ambiental em si própria mas, ao contrário, para a racionalização, a partir da perspectiva de um determinado modelo de desenvolvimento capitalista dependente, e normatização da exploração de tais recursos naturais.

A Constituição de 1937, prosseguindo na trilha inaugurada pela Carta de 1934, também dispôs sobre a competência legislativa da União em relação a alguns recursos naturais, como deixa ver o seu artigo 16, inciso XIV, que afirmava competir privativamente à União legislar sobre: “os bens de domínio federal, minas, metalurgia, energia hidráulica, águas, florestas, caça e pesca e sua exploração.” Não houve qualquer mudança significativa em relação ao espírito que informou à Constituição precedente.

Já a Constituição de 1946 dispunha que competia à União legislar sobre: “riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia elétrica,

---

<sup>9</sup> Tratava-se, apenas, de uma menção genérica ao poder de legislar sobre recursos naturais e sua exploração.

florestas, caça e pesca”, conforme determinação contida no artigo 5.º, inciso XV, alínea *l*.

A Constituição de 1967 foi mais específica ao definir a competência legislativa da União para legislar sobre aquilo que modernamente é chamado de meio ambiente. Assim é que o artigo 8.º, inciso XVII alínea *h* e *i* dispunha ser da competência da União legislar sobre; “*h*) jazidas, minas e recursos minerais, metalurgia, florestas, caça e pesca; *i*) águas, energia elétrica (...)”

A Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, manteve os termos constantes na Carta de 1967. Não houve, assim grandes alterações nos Textos Constitucionais republicanos quanto ao tema ora enfocado.

Tal situação é perfeitamente compreensível, na medida em que a economia brasileira estava alicerçada, fundamentalmente, na exportação de produtos primários. Esta exportação se fazia, sobretudo, a partir da utilização intensiva dos recursos naturais, fossem estes nativos ou não (veja-se que o próprio café é uma planta de origem estrangeira e que para a sua implantação no Brasil demandou a destruição de imensas regiões e de mata nativa). A afirmativa é facilmente verificável se percebermos a enorme destruição de que foi vítima a mata atlântica que cobria todo o litoral brasileiro e que hoje não passa de uma tímida mostra daquilo que foi no passado. Igual raciocínio pode ser utilizado para compreender a situação resultante da atividade mineradora que vem se desenvolvendo no Brasil ao longo de alguns séculos, inicialmente na região sudeste (Ciclo do Ouro) e, hoje em dia, atingindo várias regiões do país, sobretudo, a região amazônica.

A inserção do Brasil na divisão internacional do trabalho, refletiu-se, inclusive, no ufanismo com que as elites brasileiras se referiam às belezas naturais, às florestas, acidentes geográficos e demais atributos da geografia, flora e fauna brasileiras. Ao conhecido ufanismo, correspondia uma atuação devastadora cujas conseqüências serão cobradas pelas gerações futuras. Vale ressaltar que o próprio Estado brasileiro, ao longo dos anos, propiciou recursos, meios e modos para que fosse viabilizado um modelo econômico que se pautou pelo privilegiamento da grande exploração de recursos naturais, quaisquer que fossem as suas origens. Ainda que, atualmente, seja utilizado um discurso mais “moderno”, a realidade da utilização predatória dos recursos naturais é, ainda, uma triste realidade vivida pelo Brasil.

É importante observar que mesmo durante os ciclos de industrialização não se verificou nenhuma forma de controle da poluição e da degradação ambiental. A industrialização do Brasil foi feita através da instalação de indústrias que nunca se pautaram pela adoção de medidas efetivas que pudessem impedir a degradação ambiental e a própria deterioração do nível

de vida e saúde das populações vizinhas das fábricas, bem como da saúde dos próprios operários das novas indústrias. O Rio Paraíba do Sul, a cidade de Cubatão e a baía de Guanabara são alguns, dentre muitos, exemplos que bem demonstram aquilo que acaba de ser afirmado.

### 5.5 — *A Constituição de 1988*

A Constituição Federal de 1988 surge em circunstâncias históricas bastante diferentes daquelas que se verificaram quando da elaboração das Cartas que a precederam. Em primeiro lugar, é fruto de uma transição política que envolveu vários grupos que desejavam o fim do regime militar. Ocorre que o fim do regime militar não significou a transferência do poder para setores efetivamente distintos daqueles que, até então, eram os titulares deste mesmo poder, criou-se, apenas, um governo civil mais liberal. Não significou, muito menos, uma democratização da vida econômica e social. A Constituinte foi um marco importante no compromisso firmado entre as várias classes para que se realizasse uma passagem do regime militar para um regime civil de corte conservador que a cada dia que se passa, guarda maiores semelhanças com os governos militares.<sup>10</sup> É importante observar que a própria Constituição já vem sendo alvo de ataques, constantes, dos segmentos conservadores insatisfeitos com alguns aspectos socialmente democratizantes que estão contidos na Lei Fundamental vigente.

Não obstante as dificuldades de sua elaboração e a grande presença de Constituintes conservadores que se reuniram no chamado “Centrão”, a Carta de 1988 logrou marcar alguns tentos importantes na estruturação de instituições que poderão desempenhar papéis fundamentais na efetiva democratização da sociedade brasileira e na construção de uma cidadania ativa que é a única forma apta a assegurar a efetiva existência de uma democracia.

Como já foi dito acima, a atual Constituição é fruto de circunstâncias históricas e sociais bastante diversa daquelas nas quais foram elaboradas as Cartas que a antecederam. No âmbito interno é expressão de uma transição política feita “por cima”, sob a direção das mesmas oligarquias que há centenas de anos dominam a política e a economia brasileiras. No âmbito das relações internacionais a Constituição está inserida dentro de um movimento de ampla reestruturação do capitalismo e da construção de uma “nova ordem econômica internacional”, na qual o tema meio ambiente desempenha um importantíssimo papel. Vale frisar que, já na década de 70, o Presidente Richard Nixon havia proclamado o ano inicial daquela década como o “ano do meio ambiente”; a importância de tal declaração é bastante óbvia, pois em 1972 realizou-se a Conferência de Estocolmo sobre o meio ambiente humano.

<sup>10</sup> A recente reforma ministerial é prova inequívoca da afirmação.



Fato é que, desde a Conferência de Estocolmo, o meio ambiente e a ecologia vêm tornando-se um assunto mais e mais freqüente na imprensa, nos Parlamentos e mesmo nas conversas familiares de todo o planeta. A Constituição de 1988 foi promulgada 16 anos após a primeira conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e, portanto, em meio a todo um debate de reformulação das relações do homem com a natureza, justificando-se, assim, os elementos pioneiros e vanguardísticos que ela contém naquilo que diz respeito à matéria que ora se examina neste trabalho.

Compreender a sistemática adotada pela Lei Fundamental é extraordinariamente importante para uma adequada percepção de como se faz a integração da proteção ambiental com o desenvolvimento econômico e para que se tenha uma exata dimensão do valor que é atribuído ao meio ambiente quando em comparação com valores de outra natureza, em especial valores econômicos.

É importante observar que as circunstâncias conjunturais que informaram a elaboração da Constituição de 1988 implicaram em um aprofundamento de determinados aspectos que eram implícitos nas Cartas anteriores. Em especial deve ser destacado o tratamento exaustivo que é dado aos *princípios gerais da atividade econômica*, previstos nos artigos 170 e seguintes da Lei Fundamental, tais princípios incluem a *defesa do meio ambiente*. Além desta menção principiológica existe um capítulo específico sobre o meio ambiente na Constituição e cujas características fundamentais serão observadas adiante.

Certamente o capítulo constitucional sobre o meio ambiente é um dos elementos de vanguarda contemplados pela Lei Maior. Em realidade, a nova Carta dispõe de toda uma série de normas jurídicas voltadas para o tema. O meio ambiente, pela atual Constituição, é tratado de maneira abrangente e sistemática.

### 3.3.1 — *Competência legislativa em matéria de direito econômico*

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 24, inciso I, que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal *legislar concorrentemente sobre direito econômico*. Esta é uma inovação trazida ao universo jurídico pela atual Constituição, vez que nas anteriores não havia uma menção expressa a este novo ramo do direito.

É interessante observar que, conforme veremos adiante (2.3.b), a competência para legislar sobre direito econômico é a mesma estabelecida para legislar sobre múltiplos aspectos da proteção ambiental que, igualmente, estão previstos no artigo 24 da CF. Entretanto, deve ser consignado que a menção ao direito econômico não é técnica, pois, em diversos inci-

dos do artigo 22 que trata da competência privativa da União, são referenciados elementos constitutivos daquilo que hoje é denominado direito econômico. Esta situação é potencialmente causadora de equívocos e confusões legislativos, sobretudo naquilo que diz respeito à intervenção na ordem econômica. A matéria contemplada no artigo 24 está submetida a um processo de exclusões ante a superveniência ou não de leis federais e estaduais que, parece-me, é extremamente confuso e de pouca utilidade para os elaboradores das leis e seus aplicadores. Mais à frente este sistema será visto com maiores detalhes.

### 3.3.2 — *A competência legislativa em matéria ambiental*

Em sede constitucional são encontráveis diversas referências ao meio ambiente. É possível arrolar-se as seguintes menções ao nosso assunto: art. 5.º, incisos XXIII, LXXI, LXXIII; art. 20, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI e §§ 1.º e 2.º; art. 21, incisos XIX, XX, XXIII alíneas *a*, *b* e *c*. XXV; art. 22, incisos IV, XII, XXVI; art. 25, incisos I, II, III, IV, VI, IX, XI; art. 24, VI, VII, VIII; art. 26, I, II, III, IV; art. 50, I, II, VIII; art. 45, § 2.º, IV e § 3.º; art. 49, XIV, XVI; art. 91; art. 129, III; art. 170; art. 174, §§ 3.º e 4.º; art. 176 e §§; art. 182 e §§; art. 186; art. 200, incisos VII e VIII; art. 216, inciso V e §§ 1.º, 3.º e 4.º; art. 225; art. 251; art. 252 e Ato das Disposições Constitucionais Transitórias artigos 43 e 44.

Este elenco de artigos constitucionais expressa normas de várias naturezas jurídicas. Existem normas de natureza processual, de natureza penal, de natureza econômica, de natureza sanitária, de natureza tutelar administrativa, além daquelas meramente atributivas de competência legislativa aos diversos entes políticos integrantes da Federação.

A matéria competencial envolve uma séria questão política, que é aquela que diz respeito à própria organização de Federação e ao modelo por esta adotado. Como sabemos, a tradição brasileira é a da centralização de poderes e não a da ampla pulverização dos poderes políticos entre os diversos componentes da Federação. A Carta de 1988 é uma tentativa de romper, minimamente, este sistema historicamente centralizado.

O artigo 22 da Constituição Federal estabelece que:

“Art. 22 — Compete privativamente à União legislar sobre:

.....  
IV — águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;  
.....

XII — jazidas, minas outros recursos minerais e metalurgia.”

O artigo 23 da Constituição determina que:

“Art. 23 — É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

.....

VI — proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII — preservar as florestas, a fauna e a flora;

.....

XI — registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios.”

Já o artigo 24 estabelece que:

“Art. 24 — Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

.....

VI — florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII — proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII — responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

Os parágrafos do artigo 24 determinam que:

“§ 1.º — No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2.º — A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3.º — Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4.º — A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”

Também o artigo 50 da CF apresenta algumas normas que podem ser compreendidas como atribuição de competência para que o Município legisle sobre matéria ambiental. Vejam-se os incisos I, II e VIII do artigo recém-mencionado.

#### 5.4 — O artigo 225 da Constituição Federal

O artigo 225 da Constituição Federal constitui o capítulo constitucional voltado para o meio ambiente. Tal capítulo encontra-se em uma posição contraditória no interior da Lei Fundamental, como se verá.

O tema meio ambiente, como se viu ao longo do presente trabalho, ocupa diversos locais da Constituição, inexistindo coerência ou lógica em sua distribuição ao longo do Texto Constitucional.<sup>11</sup> O artigo 255 está inserido no título da ordem social, assim como a comunicação social ou a previdência social . . . Este simples fato já é suficiente para que se perceba que, o meio ambiente está, no mínimo, desconfortável em tal localização. *Entretanto, qual seria topologicamente a localização correta do tema meio ambiente?*

A leitura do *caput* do artigo 225 demonstra que este se apresenta como direito de todos, isto porque a Lei Fundamental determina que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” que, nos termos da Constituição é um “bem de uso comum do povo”. Como já foi dito, o Constituinte não tem obrigação de utilizar termos técnicos em suas intervenções e nas normas que insere na Constituição. Embora a defesa do meio ambiente esteja relacionada naquilo que se chama de interesse difuso, e não de direito, o fato é que a nossa Lei Maior entendeu que o meio ambiente sadio é um bem que deve ser desfrutado por todos os cidadãos brasileiros e pelos estrangeiros que habitam permanentemente no Brasil.<sup>12</sup>

Ao que me parece, o meio ambiente, portanto, está, *ipso iure*, “qualificado como um direito de titularidade indefinida”, contudo, pertencente a toda a sociedade. Trata-se *de um direito* cujas características são diversas daquelas tradicionalmente atribuídas aos direitos em geral, pois “para a sua fruição” são estabelecidas obrigações não só para o Poder Público, mas *para o cidadão e para a coletividade que ficam expressamente incumbidos*

---

11 Cabe-nos buscar uma interpretação capaz de dar coerência ao sistema estabelecido pela Lei Maior.

12 Os interesses difusos expressam uma incapacidade do conceito tradicional de direito subjetivo dar resposta às novas demandas coletivas.

de colaborar para a boa preservação do meio ambiente. Estas circunstâncias, em minha opinião, acarretam que não se pode compreender a preservação do meio ambiente fora do contexto do artigo 5.º da Lei Fundamental, local no qual deveria estar inserido.

Mesmo que não se tratasse de inserir o capítulo do meio ambiente no artigo 5.º (direitos e deveres individuais e coletivos), nada impediria que este estivesse localizado no interior do título II (dos direitos e garantias fundamentais), como um capítulo próprio. Esta solução seria bastante aceitável, pois impediria que a proteção ao meio ambiente ficasse, como está, subordinada a critérios de política econômica que não se coadunam, muitas vezes, com os critérios de promoção da cidadania.

A tese que ora se defende encontra respaldoado em elementos existentes no próprio artigo 225 e, sobretudo, na principiologia que informa o direito ambiental. Dentre estes princípios é possível destacar o da participação popular na tomada de decisões quanto aos problemas ambientais, o do direito à informação em matéria ambiental, etc. A vantagem social seria evidente.

Adotando-se o critério acima sugerido, estaríamos avançando em direção à construção de uma sociedade efetivamente mais democrática e na qual a participação popular nas tomadas de decisões estaria, de fato, assegurada.

#### 4 — *Natureza econômica das normas de direito ambiental*

Tudo aquilo que tem sido visto até aqui demonstra que as normas de direito ambiental têm um notório caráter econômico. Tal realidade vem expressa nas próprias normas, não demandando análise mais aprofundada ou crítica.

A Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, que “dispõe sobre a Política Nacional do meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências”, está patentemente fundada em uma finalidade econômica. Assim é que o seu artigo 2.º determina:

“Art. 2.º — A Política Nacional do meio ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições de desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana (...).”

Os incisos do artigo recém-referido esabelecem uma principiologia, dentro da qual destacam-se, por seu caráter econômico, os princípios estabelecidos nos incisos II, III, V, VI e VII.

Os objetivos da política nacional do meio ambiente, fixados no artigo 4.º, deixam inequívoco o caráter econômico da lei à qual ora estou me referindo, senão vejamos:

“Art. 4.º — A Política Nacional do meio ambiente visará:

I — à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico;

II — à definição de áreas prioritárias de ação governamental, relativa à qualidade e ao equilíbrio ecológico, atendendo aos interesses da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

III — ao estabelecimento de critérios e padrões da qualidade ambiental e de normas relativas ao uso e manejo de recursos ambientais;

IV — ao desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais orientadas para o uso racional dos recursos ambientais;

V — à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico;

VI — à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida;

VII — à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.”<sup>13</sup>

O Anteprojeto da Consolidação das Leis Federais do Meio Ambiente,<sup>14</sup> embora sem alterar profundamente as concepções existentes na Lei n.º 6.958/81, apresenta algumas vantagens sobre o texto vigente, pois aproxima a concepção de desenvolvimento às necessidades concretas<sup>15</sup> dos seres humanos.

13 Tratando-se de um trabalho de natureza genérica, como é o presente, não cabe um aprofundamento maior dos aspectos envolvidos nas normas legais referidas aqui.

14 Publicado no *Diário Oficial* da União de 17 de fevereiro de 1992, suplemento ao nº 33, Seção I.

15 Esta é uma observação extremamente preliminar e que não implica em apoio ou reprovação ao anteprojeto que, aliás, teve a sua remessa ao Congresso suspensa para que seja realizado um exame mais profundo do mesmo pela sociedade.

#### 4.1 — *A legislação ambiental como instrumento de intervenção*

O direito econômico, como se viu, é fundamentalmente um instrumento de intervenção estatal na ordem econômica e financeira. O direito ambiental, que é direito econômico, não poderia ser diferente. Na qualidade de direito econômico, o direito do meio ambiente é dotado de instrumentos específicos que o capacitam a atuar na ordem econômica, de molde a configurar um determinado padrão de desenvolvimento. Tais instrumentos estão previstos tanto na Constituição Federal, como na legislação ordinária, merecendo destaque aqueles contidos na Lei n.º 6.938/81.

Em minha opinião, o mais importante instrumento de intervenção é o estudo prévio de impacto ambiental que tem por finalidade realizar um diagnóstico prévio das conseqüências ambientais de atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente. Embora previsto em sede constitucional, o estudo de impacto ambiental, ainda, não logrou atingir a eficiência desejada. Assim é porque existe todo um movimento articulado para desmoralizá-lo e tratá-lo como se este fosse um mecanismo que impedisse a realização do "progresso". Periodicamente são iniciadas campanhas com a finalidade de "abrandar" as exigências de estudo de impacto.

A importância fundamental dos estudos de impacto reside no fato que, pela sua correta realização, é possível antecipar-se conseqüências e impedir que estas efetivamente ocorram. É lógico que tal circunstância muitas vezes leva à proibição da realização de empreendimentos diversos, causando "prejuízos" "a empresários e grupos econômicos".

Outros instrumentos, importantes, de intervenção estão previstos na legislação ordinária e no próprio art. 225 da CF, merecendo destaque aqueles que dizem respeito ao zoneamento ambiental.

"É importante ressaltar que, por serem de ordem pública, as normas de direito ambiental têm aplicação imediata. Decorre daí que não podem ser opostos direitos adquiridos contra as normas ambientais, até porque, o nosso sistema jurídico não reconhece o direito de poluir."

#### 5 — *O conceito de desenvolvimento sustentado*

A partir da Conferência de Estocolmo, em 1972, iniciou-se um lento e firme processo de incorporação do tema meio ambiente no dia-a-dia das sociedades mais desenvolvidas e destas para o conjunto dos países do planeta. O meio ambiente incorporou-se, definitivamente, ao mundo moderno.

Diferentemente daquilo que ocorria no passado, a moderna visão do tema ecologia está associada a questões que transcendem os pássaros, tar-

tarugas e baleias. A questão moderna do meio ambiente está indissoluvelmente vinculada ao problema da melhor repartição da renda entre os diversos países, a melhoria das condições de vida das populações marginalizadas. O fato é que um subproduto cruel do desenvolvimento capitalista foi que o Norte industrializado, praticamente destruiu os seus recursos naturais e busca a todo transe impedir que o mesmo ocorra no Sul, temendo um colapso global. Por outro lado, este mesmo Norte adquire as matérias-primas do Terceiro Mundo pagando preços irrisórios, obrigando uma destruição mais acelerada para que os países pobres possam adquirir divisas para devolvê-las aos países ricos e bancos, sob forma de pagamento de dívida externa. Este círculo vicioso é, possivelmente, o maior problema ambiental vivido pela humanidade.

A Declaração de Estocolmo não logrou chegar a conclusões definitivas sobre o tema, perdendo-se em ambigüidades e em princípios excessivamente genéricos. Em meu entendimento dois fatores concorreram para que assim fosse: o primeiro foi o desinteresse dos países ricos em aprofundar as questões referentes à divisão internacional do trabalho e do preço dos produtos primários; o segundo foi causado pelos próprios países subdesenvolvidos que entendiam a proteção ambiental como uma forma de impedimento ao seu desenvolvimento. O impasse foi tão evidente que, somente 20 anos depois foi convocada nova conferência sobre o tema meio ambiente.

Neste interregno surgiu um novo conceito econômico que é o do *desenvolvimento sustentado*. Tal conceito ainda não foi suficientemente definido e tem dado margem às mais diferentes interpenetrações por parte de todos aqueles que se interessam pelo assunto.

O chamado relatório BRUNDTLAND<sup>16</sup> é o principal documento internacional voltado para a definição do desenvolvimento sustentado. Este relatório abrange questões bastante amplas que vão desde os problemas propriamente ambientais, até questões envolvendo a repartição de riquezas, o controle da natalidade e outras.

No referido relatório o desenvolvimento sustentado é definido como:

"(...) o desenvolvimento sustentável é um processo de transformação no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmoni-

---

16 A Primeira-Ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland, foi encarregada pela ONU de presidir a Comissão criada pela Assembléia Geral para redigir um relatório acerca das questões envolvendo os problemas ambientais do mundo, bem como propor soluções para tais problemas. O referido relatório foi publicado sob o título *Nosso Futuro Comum*.



zam e reforçam o potencial presente e futuro, a fim de atender às necessidades e aspirações humanas.”<sup>17</sup>

A definição, como toda definição surgida dentro de organismos internacionais, é pouco precisa e dá margem a diversas interpretações. Entretanto constituiu-se em importante passo para que o conceito pudesse ganhar fôlego e ser aprofundado em diversos fóruns.

Foi a partir do relatório BRUNDTLAND que diversas organizações não-governamentais tiveram espaço político para aprofundar os termos das proposições contidas naquele documento e avançar no sentido de dar mais consistência ao mesmo.

Mais recentemente, foi publicado o relatório *Cuidando do Planeta Terra — uma estratégia para o futuro da vida*<sup>18</sup> que avançou na definição do desenvolvimento sustentável, chegando a propor critérios para a definição do que seria uma sociedade sustentável e formulando elementos capazes de fornecer índices de sustentabilidade.

Parece-me, contudo, que o documento citado no parágrafo precedente, ainda que de relevantíssima importância, guarda ainda um certo compromisso com o oficialismo e visões ideológicas bastante influenciadas pela perspectiva dos países ricos.

Diferente é a postura assumida pelo *Worldwatch Institute*, nos documentos que tem oferecido à comunidade internacional.<sup>19</sup> No relatório referente ao ano de 1990, o problema da pobreza é atacado de maneira bastante dura. Percebe-se, pelas análises do *Worldwatch Institute* que a pobreza é alvo fácil para a poluição e a degradação ambiental de todas as maneiras. Ao analisar a situação dos EUA, afirma o relatório:

“Quanto mais pobre é o bairro, e mais escura a pele de seus residentes, maior é a probabilidade de haver por perto um depósito de lixo tóxico.”<sup>20</sup>

---

17 *Nosso Futuro Comum*, p. 43.

18 Relatório produzido pela União Internacional para a Conservação da Natureza — UICN; PNUMA — Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente — PNUMA e World Wildlife Fund. São Paulo, 1991.

19 O *Worldwatch Institute* publica anualmente um relatório crítico sobre as condições ambientais do mundo. Tais relatórios já se encontram publicados em português pela Editora Globo.

20 *Worldwatch Institute, Salve o Planeta — Qualidade de vida 1990* (1990), Rio de Janeiro, Globo, p. 188.

Ainda que se referindo à América do Norte, esta constatação é válida para qualquer país. O que ocorre é que os ricos geram muito mais poluição do que os pobres e, no entanto, "empurram" tal poluição para as vizinhanças dos pobres, inclusive exportando resíduos tóxicos para os países do Terceiro Mundo.

### 5.1 — O desenvolvimento sustentado e a Constituição Brasileira

É preciso efetuar uma interpretação da Constituição que seja capaz de fazê-la funcionar como o mais importante instrumento jurídico posto a disposição da sociedade para que esta possa alcançar os seus objetivos fundamentais. Ainda que o conceito de desenvolvimento sustentado não se tenha firmado de maneira clara, é fundamental que o mesmo seja apropriado por todos aqueles que têm preocupações reais com o meio ambiente e com o ser humano. A Constituição Brasileira, em minha opinião, possui elementos importantes e que merecem ser examinados com mais profundidade, sobretudo, do ponto de vista teleológico.

O sentido teleológico da Lei Fundamental brasileira pode ser extraído dos *princípios fundamentais* da Constituição. Em assim sendo, o art. 1.º da Lei Maior dispõe que são fundamentos da República Federativa do Brasil, dentre outros, a *cidadania* e a *dignidade da pessoa humana*. Já o art. 5.º da CF define como *objetivos fundamentais* da República Brasileira:

I — construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II — garantir o desenvolvimento nacional;

III — erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais."

Percebe-se, claramente, do conjunto de normas constitucionais recém-transcritas, que o homem está no centro das preocupações dos princípios fundamentais da Constituição Brasileira. E mais do que isto, a preocupação está centrada no desenvolvimento do ser humano. Este fato nos leva a concluir que a única interpretação juridicamente válida para as normas de direito ambiental contidas na Lei Fundamental é aquela que aponta para um conjunto de princípios com o objetivo de moldar o *desenvolvimento sustentado*.<sup>21</sup> Veja-se que os dispositivos constitucionais que nortearam a Lei Fundamental estão plenamente de acordo com os princípios de uma sociedade sustentável.

---

<sup>21</sup> Assim é porque não se pode atribuir conscientemente aos princípios fundamentais da República valor meramente exemplificativo, como pretende a doutrina conservadora.

Compreender tais princípios juridicamente é de grande importância, pois permite que, judicialmente, estes possam ser cobrados das autoridades que têm o dever de observá-los em suas atividades administrativas. A força obrigatória dos princípios constitucionais, ainda, encontra enorme resistência para ser aceita pela doutrina e mesmo pelo Poder Judiciário. Entretanto, parece-me essencial que se forme um vigoroso movimento de consciência jurídica para modificar esta situação que considero extremamente iníqua.

## 6 — O Direito em mutação

As novas realidades advindas com o aumento populacional, com a crise dos valores de uma sociedade individualista, com o aumento das demandas nacionais e internacionais, enfim com toda a conjuntura do final do século XX que, cada vez mais contrapõe ricos e pobres, seja na ordem interna, seja na ordem internacional, acarretaram a necessidade de transformações profundas no modelo jurídico herdado do século passado.

O direito individualista que se preocupava, apenas, com o indivíduo e com o individualismo era incapaz de dar resposta àquilo que Habermas chamou de crise de legitimidade. Contraditoriamente, verifica-se o surgimento de novos "direitos" que se afirmam a cada dia. Tais direitos, sobretudo, nas sociedades industrializadas do Primeiro Mundo afirmam-se como direitos à qualidade de vida, pretensão impensável nos marcos do direito do século XIX.

A perplexidade tomou conta de muitos juristas que não lograram perceber que estamos vivendo uma crise de modelo jurídico e não, propriamente, uma crise do direito em si. O fato é tanto mais verdadeiro, na medida em que é crescente o número de pessoas e associações que se dirigem ao Poder Judiciário visando obter proteção para aquilo que consideram como seus direitos, ainda que tais direitos não possam ser enquadrados nos antigos esquemas de direito privado ou mesmo público.

O fato de que as pessoas busquem os seus direitos é demonstrativo da *ânsia de participação e de exercício de cidadania*. Estes novos direitos dizem respeito à proteção de bens e valores que não são mensuráveis ou quantificáveis, tais como o meio ambiente, os valores estéticos, a defesa de minorias, de grupos de doentes, etc.

### 6.1 — O surgimento de novos direitos

Norberto Bobbio, o consagrado pensador italiano, afirma que vivemos uma "era dos direitos",<sup>22</sup> na qual as reivindicações sociais am-

---

22 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos* (1992), Rio, Campus.

pliam-se e buscam referenciais em uma nova positivação de aspirações formuladas por movimentos de massa.

Assim, o direito moderno começou a criar toda uma série de novas categorias jurídicas que podem ser conhecidas como interesses difusos. Tais interesses são extremamente fluídos e ainda, não encontram um conceito normativo preciso.<sup>23</sup> Esta imprecisão, no entanto, não impediu e não impede que, mais e mais, o Poder Judiciário seja buscado por aqueles que entendem terem "direitos" violados.

O conceito de interesses difusos traz uma importantíssima alteração no universo jurídico individualista que é o fim do sujeito de direito como o principal foco de atenção do direito. Este fato está vinculado à idéia de que os interesses difusos afirmam-se em oposição à dominialidade que, até então, davam a tônica da ordem jurídica.

Se observarmos, o *caput* do art. 225 da CF, veremos que dentro dos esquemas tradicionais não é possível compreender o meio ambiente como um "direito de todos", pois até agora a noção de direito, salvo algumas poucas exceções, estava vinculada à idéia da existência de uma relação material subjacente. A defesa dos interesses difusos, por não estar pautada em critérios de dominialidade, dispensa esta relação de direito material. O elemento que informa os interesses difusos é o da participação democrática na vida da sociedade e na tomada de decisão sobre os elementos constitutivos de seu padrão de vida.<sup>24</sup>

Ademais, começam a surgir "direitos econômicos" para a população que luta por ter uma maior participação na distribuição do bem-estar social. Desta forma, podemos entender o meio ambiente sadio como um direito econômico a ser usufruído por todos.

## 6.2 — *O meio ambiente como direito humano*

Os direitos humanos vêm se ampliando a cada dia que passa. Este fato é uma resposta que a sociedade vem dando ao fenômeno da massificação social e das dificuldades crescentes para que todos possam viver uma sadia qualidade de vida. Hoje já se fala em uma nova geração de direitos humanos que não se limitam àqueles fruíveis individualmente ou por grupos determinados, como foi o caso dos direitos individuais e dos direitos sociais.

---

<sup>23</sup> Nos países europeus já se tem avançado na formulação de um conceito dogmático de interesses difusos, sendo certo que a Corte de Contas Italiana tem dado grande contribuição ao tema.

<sup>24</sup> Veja, a propósito, ANTUNES, Paulo de Bessa, *Curso de Direito Ambiental* (1992), Rio, Renovar, 2ª ed.

Norberto Bobbio, ao referir-se ao problema dos direitos humanos de terceira geração, disse:

“O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.”<sup>25</sup>

O próprio Bobbio reconhece que já começam a surgir os direitos de quarta geração. A Constituição Brasileira, como se vê, está perfeitamente sintonizada com a tendência moderna de ampliar o rol de direitos que são deferidos aos cidadãos.

É preciso que se perceba que, embora dotado de forte conteúdo econômico, não se pode entender a natureza econômica do direito ambiental como um tipo de relação jurídica que privilegie à atividade produtiva em detrimento do padrão razoável de vida que deve ser assegurado aos seres humanos.

## 7 — Conclusão

Após toda a exposição que foi feita ao longo destas páginas impõe-se uma conclusão sobre aquilo que aqui foi desenvolvido. Parece-me ter restado evidente que o direito do meio ambiente ou direito ambiental é um direito econômico e, como tal, está profundamente vinculado às necessidades de um determinado padrão de desenvolvimento econômico. Ocorre que este fato tem sofrido enormes contestações populares que não mais aceitam que o seu padrão de vida e a própria sobrevivência da espécie humana estejam subordinados a interesses de corporações empresariais que visam única e exclusivamente os seus interesses.

A crise de legitimidade do sistema econômico predador e degradador começou a surtir efeitos dentro do próprio sistema, onde já se pode verificar empresas, empresários e governos com “preocupações ecológicas”.

Com o surgimento de novos direitos, que expressam as insatisfações e angústias de um novo período histórico, iniciou-se a construção de um novo ramo do direito voltado para o meio ambiente que é, certamente, o prolongamento dos tradicionais direitos humanos e que não pode ser destes afastados. O próprio direito econômico deve passar a ser visto como um “direito a novos direitos”, ou seja, como um meio de assegurar que os homens possam ter acesso a uma melhor repartição das riquezas, inclusive, daquelas ambientais.

É recomendável que a interpretação do direito ambiental se faça considerando-o como um prolongamento dos direitos humanos e que os seus evidentes aspectos econômicos sejam compreendidos, como um instrumento capaz de fazê-lo assegurar uma melhor qualidade de vida à população.

<sup>25</sup> *Op. cit.*, p. 6.

# Aspectos Penais: Direito Penal Econômico / Direito Econômico Penal

Análise à Legislação Atinente aos  
Delitos contra a Economia Popular e o CDC

IANE JANSEN DRUMOND

## SUMÁRIO

1. *Próambulo — Direito Penal Econômico / Direito Econômico Penal.* 2. *Direito Penal Geral / Direito Penal Econômico.* 3. *Norma Penal / Justiça.* 4. *Alguns exemplos de delitos econômicos.* 5. *Direito Penal Econômico.* 6. *Bem Jurídico / Violação do bem jurídico = crime.* 7. *CDC — Enfoque constitucional.* 8. *Conceito — Propriedade — Consumidor — Fornecedor — Produto — Serviço.*

### *Direito Penal Econômico/Direito Econômico Penal*

O direito romano nos ensina que a princípio não havia diferenciação entre a área penal e civil... Eram tratados como crimes tanto as infrações pertinentes a uma área quanto a outra... Já a designação delito era específica à área penal.

Existem tratadistas diversos que classificam os delitos em naturais e/ou artificiais... Os chamados delitos naturais se referiam a infrações penais em sua essência; lesadoras ou ameaçadoras de lesão aos direitos fundamentais do homem; entre eles sua vida. Já os artificiais, chamados todas as construções legais que por imposição do direito positivo atacariam bens juridicamente protegidos e assim classificados pela lei...

A defesa do consumidor está como divisor de águas enquadrada nestes dois campos a nosso ver.

Isto se explica pelo tratamento dado aos delitos econômicos, e outra área que seria de proteção individual e/ou coletiva englobando as esferas cíveis, comerciais e econômicas da ciência jurídica...

Assim como nos ensina Rudolf Von Ihering, não existe direito sem a sua efetiva fiscalização, sem o seu controle do cumprimento do hipotético categórico; tão pouco existe a força sem sua salvaguarda legal, o que seria o arbítrio. E em assim sendo “a vida e a liberdade só a merece aquele que sem cessar tem de conquistá-la...”

As cominações legais atinentes a vinculações à política econômica, a educacionais, fiscalização de mídia, de controle de qualidade poderiam ser enquadradas numa esfera digamos administrativa... Já a classificação delitual, oponível *erga omnes* — esfera penal não teria contudo sua efetiva vigência sem os conceitos e desenvolvimento da área econômica do direito.

A proteção buscada legalmente na classificação dos delitos econômicos é a da vida, no seu sentido da tipicidade/antijuridicidade do elemento subjetivo do injusto — dolo/culpa. Quer como lesão dos bens juridicamente protegidos, quer aos bens juridicamente ameaçados.

O direito econômico trata deste âmbito individual-coletivo de proteção e serve-se inclusive de áreas delimitadas pelo desenvolvimento do direito — esfera privada/esfera pública...

As recomendações e controles a que o CDC estipula somente fiscalização e/ou pena pecuniária, multa, trata-se sem dúvida do poder potestativo do Estado... O é também a implantação de sua política econômica e a do princípio de economicidade — a linha de maior vantagem a ser alcançada por toda e qualquer sociedade, em qualquer lugar do mundo, e em determinada época de sua evolução.

Já a efetivação desta política econômica, este mediador de interesses juridicamente protegidos na área jurídica econômica se dá pelo preceituado na área econômica-penal.

De que adiantariam dispositivos legais regulando preços, metragem de produtos, qualidade sem uma apenação àqueles que descumprissem estes preceitos.

Já analisamos em itens deste trabalho a parte regulamentar e institucional do consumo; bem como fizemos referência àquelas leis, portarias, etc., que regulariam este princípio...

O CDC atualmente muito debatido e para entrar em vigência num futuro próximo, é a boa-nova; não assim tão nova, mas aguardada de há muito. O tratamento positivo de todas estas implicações jurídicas/econômicas/comunicação em si só não resolverá o problema, mas ter-se-á caminhado um pouco nesta estrada da obtenção de uma melhor qualidade de vida à coletividade, e ao indivíduo desta integrante.

“... Tanto no direito penal geral como no direito penal econômico temos a ver com a ofensa a verdadeiros bens jurídicos: só que os daquele se relacionam com o livre desenvolvimento da personalidade de cada homem como tal, enquanto os deste se relacionam com a actuação da personalidade do homem enquanto fenómeno social, em comunidade e em dependência recíproca dela. Desta forma, de resto se ligam uns à ordem de valores ao ordenamento axiológico que preside à Constituição democrática do Estado, simplesmente enquanto os bens jurídicos do direito penal geral se devam considerar concretização dos valores constitucionais ligados aos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos, os bens jurídicos do direito penal econômico surgem como concretização dos valores ligados aos direitos sociais e à organização econômica contidos ou pressupostos na Constituição — idem, p. 32.

Em suma, e como, em parte, sugere Grosso, o Direito Penal primitivo mostra, de um lado, radical e absorvente ação dos elementos religiosos e sacros, e de outro, com a projeção do respectivo desembaraço, o delinear-se, apenas da distinção entre o público e o privado fundamental, em Direito Romano para estabelecer-se a diferença entre delitos privados e crimes públicos” — Grosso, Giuseppe — *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, Torino, 1965, 5.<sup>a</sup> edição, *apud* Tucci, Rogério Lauria — *Lineamentos do Processo Penal Romano*, SP, Bushatsky, 1976, p. 16.

Numa “colocação realista, verificamos que a ciência do direito penal se apresenta contraditória em si mesma, pois, se de um lado busca o desenvolvimento interno de seus institutos para proporcionar uma aplicação mais justa de suas normas (Welzel, ob. cit.) de outro estará sempre a serviço de fins calcados na base sócio-econômica. A norma penal só poderá alcançar aplicação justa, quando o próprio Direito Penal deixar de existir (juntamente com o Estado) como ordenamento coativo, subordinado aos interesses de classe. Está claro, entretanto, que uma relativa justiça pode ser obtida através do emprego de limitações sensíveis ao poder repressivo e sua substituição por um sistema preventivo subordinado aos interesses da coletividade...” — Wessels, Johannes — *Direito Penal (parte geral) — Aspectos fundamentais*. Tradução Juarez Tavares, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1976, p. 4.

O tratamento penal dos delitos econômicos de há muito são de grande interesse jurídico.

Por exemplo: “Tradicionalmente refere-se aos artifícios de um comerciante arguto para vender algumas mercadorias sem saída ou indesejáveis, condicionando a entrega de outros produtos de qualidade à aquisição daquelas. Por outro lado, às vezes, o comprador adquire um lote de mercadorias que, apesar de um teste de amostragem, pode conter (e o adquirente sabe disso) alguns objetos ou peças defeituosas, mas que se compreendem no risco da compra. Em ambos os casos, diz-se que os objetos ou



mercadorias foram “tomados na compra”. Em Direito Penal a expressão passou a significar um “aceite do risco”, um “tolerar”, um “resignar-se” ou uma “conformação” do autor para com determinado acontecimento típico.

Contra ela se fala, e com razão, que pode conduzir muitas vezes a flagrante injustiça, considerando alguns casos de culpa consciente como de dolo eventual. Melhor seria uma fórmula que caracterizasse o dolo eventual com base na vontade e não segundo critérios normativos do julgador. Esta fórmula deveria partir dos elementos do dolo eventual, como unidade dialética, ou seja, da possibilidade de ocorrência do acontecimento típico, segundo a representação do autor, e da decisão deste em atuar (assim, também Roxin), embora reconhecesse as condições objetivas dessa ocorrência. Em qualquer caso, porém, a decisão de agir deveria ser lastreada pela comprovação efetiva da vontade do agente. Do contrário estaríamos mediante um critério puramente objetivo-formal, dando guarida, ainda que indiretamente, à superada teoria do dolo presumido. . . . “NT *apud* Wessels, Johannes — *Direito Penal — Parte Geral (Aspectos Fundamentais)* — ob. cit., p. 53.

Existem movimentos visando ao alargamento “da punição ao chamado *vorfeld* (âmbito pré-delitual) com crime de perigo abstrato ou concreto que, por outro lado, implicaria um perigoso alargamento do direito penal e em que se afastaria a responsabilidade pela informação e cautela na celebração dos contratos para os gestores e administradores das empresas” — Correia, Eduardo — *Notas Críticas à Penalização de Atividades Econômicas, Direito Penal Econômico* — Ciclo de Estudos, 1.ª Edição, Coimbra, 1985, p. 13.

“... O Direito Penal Econômico é, por natureza, conjuntural e pontual. Assim é que a situação de conjuntura em que se desenvolvem os negócios... guerra, depressão econômica, etc., podem fortalecer os estímulos sociais relativos à tendência para descrever novos delitos.” — *Idem*, p. 14.

Exige-se o “respeito da dignidade do homem — primordial nos quadros do pensamento próprio do Estado de Direito democrático —, a aplicação de uma pena deve supor, sempre e sem alternativa, um elemento ético de censura pessoal do facto ao seu agente. Por isso à culpa não tem sempre de corresponder a pena, mas só quando esta se revelar ao mesmo tempo socialmente necessária. Mas já não é legítima a aplicação da pena se não existir a culpa, como não é legítima a aplicação daquela em medida superior à medida desta. Neste sentido podendo continuar a afirmar-se que a culpa constitui um dos fundamentos irrenunciáveis da aplicação de qualquer pena”. — Dias, Jorge de Figueiredo — *Breves Considerações Sobre o Fundamento, o Sentido e a Aplicação das Penas em Direito Penal Econômico* — *idem* anterior, p. 30/31.

“... Tanto no direito penal geral como no direito penal económico temos a ver com a ofensa a verdadeiros bens jurídicos: só que os daquele se relacionam com o livre desenvolvimento da personalidade de cada homem como tal, enquanto os destes se relacionam com a actuação da personalidade do homem enquanto fenómeno social, em comunidades e em dependência recíproca dela. Desta forma, de resto, se ligam uns e outros à ordem de valores, ao ordenamento axiológico que preside à Constituição democrática do Estado; simplesmente, enquanto os bens jurídicos do direito penal geral se devem considerar concretização dos valores constitucionais ligados aos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos, os bens jurídicos do direito penal económico surgem como concretização dos valores ligados aos direitos sociais e à organização económica contidos ou pressupostos na Constituição.” — *Idem*, p. 32.

“As infrações do direito penal económico dizem respeito, diferentemente, a verdadeiros bens jurídicos e a valores jurídico-constitucionais de natureza económico-social, sendo portanto axiologicamente significativas. A censura da culpa está, pois, nelas justificada.” — Dias, Jorge de Figueiredo, *Breves Considerações Sobre o Fundamento, o Sentido e a Aplicação das Penas em Direito Penal Económico* — Centro de Estudos Judiciários, Ciclo de Estudos, Coimbra, 1985, p. 35.

Como nos ensina H. H. Jeascheck — *Tratado de Derecho Penal* — Barcelo Bosch, 1981, vol. I; e J. BAUMAN, *Grundbegriffe und System des Strafrechts*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1979, *apud* Andrade, Manuel da Costa — *A Nova Lei dos Crimes Contra a Economia* (Dec.-Lei n.º 26/84, de 20 de janeiro) à *Luz do Conceito de “Bem Jurídico”* — *ob. cit.*, anterior à p. 74: “O bem jurídico constitui o ponto de partida e a idéia que preside à formação do tipo” — Sendo “o crime”, em primeira linha, lesão de um bem jurídico e só complementarmente a violação de um dever jurídico, mas não o contrário”.

Na mesma obra citada, à p. 78, faz referência a F. Von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1905: “A função do direito penal consiste na proteção de interesses humanos vitais e na salvaguarda das condições historicamente necessárias ao funcionamento e sobrevivência de uma dada ordem nacional. A pena é considerada como forma de proteção do bem jurídico, uma criação e uma função estadual-social. Nestes termos, o conceito de bem jurídico terá de ter uma referência necessariamente pré-jurídica, porquanto, acentua, o conteúdo material anti-social do ilícito — é o independente da sua justa valoração por parte do legislador. A norma jurídica encontra-o, não o cria”.

São bens jurídicos “a ordem económica e os seus múltiplos subsistemas, *v.g.* a concorrência, a estabilidade dos preços, o abastecimento regular do mercado de certos produtos, a confiança na autenticidade e genuinidade

dos produtos que percorrem os circuitos comerciais, etc. É um desafio, aliás, que não parece estar para além das forças do direito penal, apesar de tudo e sempre uma realidade cultural, capaz por isso de preservar a identidade própria e a identidade dos seus instrumentos teóricos, por sobre a dispersão do mundo oferecido ao Homem, ou do mundo construído pelo Homem". — *Idem*, p. 83.

"De um lado está o "espaço dos interesses vitais econômico-sociais" que definem o crime contra a economia e surgem: "em primeira linha como interesses do Estado na manutenção da sua capacidade de intervenção necessária à prossecução das suas tarefas e interesses, que se podem identificar com o interesse na salvaguarda e manutenção da ordenação criada pelo próprio Estado para a economia no seu conjunto ou nos seus ramos específicos, e, em seguida linha, como interesses dos cidadãos, individualmente considerados, numa participação racional e adequada à sua subsistência, nos bens de consumo e no desenvolvimento de uma actividade correspondentemente à sua vontade de realização profissional e econômica." — Ed. Schmidt, *Das neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, Tubingen; J.C. Mohr, 1950, pp. 20 e ss *apud idem*, 89.

Para Michael Marx "os objetos só se tornam bens jurídicos através do seu valor para o desenvolvimento pessoal do homem". A isto se contrapõe Tiedemann que o fato de o Homem aparecer como referência necessária e última de todo o direito não colide com a intervenção do direito penal expressamente para salvaguardar a integridade de instituições, sistemas, funções, meios, etc., da vida econômica moderna. como bens jurídicos autônomos e não apenas como campos avançados da tutela dos bens jurídicos cunhados pelo direito penal clássico. — *Apud idem*, p. 90.

Como escreveu Gérard Farjat "parece que a especificidade do direito econômico é mais aparente em direito penal que nos outros ramos do direito, sendo freqüentemente a partir de uma reflexão do direito penal econômico que os autores concluíram pela autonomia do próprio direito econômico", acrescentando: "o direito penal econômico é indiscutivelmente marcado pela finalidade econômica e, nesta medida, surgem características técnicas que são características gerais do direito econômico. O caráter instrumentalista do direito econômico é notável: a sanção penal verdadeiramente mais não é do que uma ameaça — a incitação negativa. A deslegalização e a desjuridização, que aparecem exigidas pela natureza econômica das normas, são igualmente muito sensíveis. Os penalistas não poderiam deixar de ser atingidos por estes aspectos que são particularmente heréticos num ramo de direito onde uma das exigências do direito — a segurança é particularmente imperativa." — *Droit Economique*, PUF, págs. 51/52, Jacquemin e Schrans, ob. cit., págs. 120 e ss., *apud Rocha*, Manuel Antônio Lopes — *A responsabilidade penal das pessoas colectivas — novas perspectivas — O Direito Penal Econômico*, ob. cit., p. 180.

# ÍNDICE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

## TÍTULO I

### DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

#### CAPÍTULO I

##### *Disposições Gerais*

(arts. 1.º a 3.º)

(Definição consumidor/fornecedor/produto/serviço)

#### CAPÍTULO II

##### *Da Política Nacional de Relações de Consumo*

(arts. 4.º e 5.º)

#### CAPÍTULO III

##### *Dos Direitos Básicos do Consumidor*

(arts. 6.º e 7.º)

#### CAPÍTULO IV

##### *Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos*

(arts. 8.º a 11)

#### SEÇÃO I

Da Proteção à Saúde e Segurança

#### SEÇÃO II

Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço

(arts. 12 a 17)

#### SEÇÃO III

Da Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço

(arts. 18 a 25)

#### SEÇÃO IV

Da Decadência e da Prescrição

(arts. 26 e 27)

## SEÇÃO V

Da Desconsideração da Personalidade Jurídica  
(art. 28)

## CAPÍTULO V

*Das Práticas Comerciais*

### SEÇÃO I

Das Disposições Gerais  
(art. 29)

### SEÇÃO II

Da Oferta  
(arts. 30 a 35)

### SEÇÃO III

Da Publicidade  
(arts. 36 a 38)

### SEÇÃO IV

Das Práticas Abusivas  
(arts. 39 a 41)

### SEÇÃO V

Da Cobrança de Dívidas  
(art. 42)

### SEÇÃO VI

Dos Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores  
(arts. 43 a 45)

## CAPÍTULO VI

*Da Proteção Contratual*

### SEÇÃO I

Disposições Gerais  
(arts. 46 a 50)

## SEÇÃO II

Das Cláusulas Abusivas  
(arts. 51 a 53)

## SEÇÃO III

Dos Contratos de Adesão  
(art. 54)

## CAPÍTULO VII

*Das Sanções Administrativas*  
(arts. 55 a 60)

## TÍTULO II

DAS INFRACÕES PENAIS  
(arts. 61 a 80)

## TÍTULO III

DA DEFESA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO

### CAPÍTULO I

*Disposições Gerais*  
(arts. 81 a 90)

### CAPÍTULO II

*Das Ações Coletivas para Defesa de Interesses Individuais Homogêneos*  
(art. 9.º a 10, p. 7)

### CAPÍTULO III

*Das Ações de Responsabilidade do Fornecedor de Produtos e Serviços*  
(arts. 101 e 102, p. 7)

### CAPÍTULO IV

*Da Coisa Julgada*  
(arts. 103 e 104, p. 7)

## TÍTULO IV

DO SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR  
(arts. 105 e 106, pp. 7/8)

## TÍTULO V

### DA CONVENÇÃO COLETIVA DE CONSUMO

(arts. 107 e 108, p. 8)

## TÍTULO VI

### DISPOSIÇÕES FINAIS

(arts. 109 a 119, p. 8)

#### *Código de Defesa do Consumidor — CDC*

Após anos de discussão de anteprojetos de lei tramitando na Câmara e no Senado em apartado, peças estas de autoria dos nossos parlamentares, foi em 11-9-90 apresentado à aprovação no Congresso Nacional a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção dos consumidores e dá outras providências com 39 vetos apresentados pelo Exmo. Sr. Presidente da República Fernando Collor.

A lei apresentada desta forma contém 119 artigos, capítulos e foi publicada no *DO* de 12-9-90.

Algumas reflexões sobre temas abordados pelo CDC — Código de Defesa do Consumidor — merecem ser tecidas...

O Capítulo I do CDC traz-nos definições como nos anteprojetos apresentados de consumidor, fornecedor, produto e serviço; mais adiante no Capítulo II trata da Política Nacional das Relações de Consumo e no Capítulo III Dos Direitos Básicos do Consumidor.

A Lei n.º 8.078, de 11-9-90, tem sua natureza jurídica de lei complementar à Constituição Federal...

“É ato normativo previsto pela Constituição.” — Filho, Manoel Gonçalves Ferreira — *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, 14.ª edição, 1985, p. 208.

Conforme nos ensina Pontes de Miranda, “é de se sustentar, portanto, que a lei complementar é um *tertium genus* interposto, na hierarquia dos atos normativos, entre a lei ordinária (e os atos que têm a mesma força que esta — a lei delegada) e a Constituição (e suas emendas)” — *Idem*, p. 209.

Sob o ponto de vista constitucional o CDC se embasa nos princípios gerais constitucionais dos direitos fundamentais e os da Ordem Econômica, arts. 5.º n.º XXXII, e 170, V da CF.

Discordamos, permissa vênia do nobre Professor Fábio Konder Comparato, quando em palestra proferida na Faculdade de Direito — UFMG,

em 30-8-90 no Seminário de Estudos Jurídicos expôs ser a defesa do consumidor afimiente aos direitos fundamentais independentemente de lei complementar, colocando a defesa do consumidor abaixo dos princípios gerais constitucionais e a ilegitimidade ativa das Associações dos Consumidores em argüir diretamente a inconstitucionalidade de lei, legítima ela é; só que pelo processo legal constitucional subordinada à iniciativa do órgão da Procuradoria Geral da República cuja declaração lhe pertence.

Assim, como lei complementar, o Código de Defesa do Consumidor passou a integrar todo o sistema constitucional vigente e como norma de direito positivo, obrigatória e fundamental não só defende o exercício da cidadania em sua essência, mas sobretudo, impõe graves sanções a quem lhe conspurca este direito transformando-se num depositário ao qual se socorrem todos aqueles que no dia-a-dia lutam pela subsistência.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *ob. cit.*, pág. 210, a lei complementar que passou a integrar a Constituição Federal vigente, promulgada em 5 de outubro de 1988, integrava um elenco de matérias sujeitas à disciplina de leis complementares, fato que infelizmente não se concretizou até a presente data por desleixo do Congresso Nacional. Embora enuncie a Constituição Federal "claramente em muitos de seus dispositivos a edição de leis que irão complementá-la". Como matéria de fundamental importância inúmeras questões básicas têm sido relegadas a um segundo plano inaceitável, tornando até "capenga" a Carta Magna pois, harmonicamente inexistente um conjunto de leis para concretizar sua vigência dando-lhe plena e integral observância.

Em que pese ter sido usual o entendimento de que o Presidente da República como Chefe do Poder Executivo, possa vetar total ou parcialmente dispositivos de uma lei complementar, em boa doutrina como acentua Pontes de Miranda *apud* Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *in ob. cit.*, p. 211, dispositivos desta natureza emergentes da própria constituição, não podendo ultrapassar seus limites como norma apenas regulamentadora não pode ser passível de veto do Executivo. Aperfeiçoando-se "pela aprovação no Congresso, disso resulta não caber, relativamente a esse ato normativo nem a sanção nem o veto." — *Idem*.

Como solução brasileira a situação das leis complementares se assemelha muito aos decretos-leis, hoje Medidas Provisórias para solucionar questões iminentes e de alto interesse político ao arripio da doutrina e da Jurisprudência. Expedientes políticos têm sido usados no chamado Regime Democrático desnaturando o conceito da lei como *norma agendi* plena, absoluta e obrigatória. Mistifica-se nestes expedientes uma tramitação espúria dando-se viciadamente até a presente data a supremacia do Poder Executivo sobre o Legislativo, contrariando Montesquieu, com a convicção imperdoável deste último, que se submete passivamente suas convicções em troca dos interesses políticos de momento...



Para Eros Roberto Grau, em *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica), SP, Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 252, a defesa do consumidor constitui um dos princípios da ordem econômica, é "princípio constitucional impositivo (Canotilho) a cumprir dupla função, como o instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado. No último sentido, assume a feição de diretriz (Dworkin) — norma objetivo — dotada de caráter constitucional conformador justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas". Segundo o mesmo autor a defesa dos direitos do consumidor é regra, e não princípio, tendo a CF consagrado como um direito constitucional fundamental — *idem*, p. 253.

A tramitação da lei complementar segue os dispositivos dos arts. 59, 61, 65, 66 e 68 da CF, isto é, a partir da iniciativa de qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, Senado Federal ou Congresso Nacional, ou Presidente da República, STF, Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República ou aos cidadãos na forma da lei, após discussão no legislativo por uma das casas, com revisão da outra; e envio a sanção e/ou veto do Presidente da República... Sem vetos e com a sanção do Chefe do Executivo entrará em vigor após a *vacatio legis*. Com vetos parciais e/ou totais necessária maioria absoluta do Congresso para derrubar os mesmos; ou ainda após 30 dias sem pronunciamento do Congresso entrará em vigor a lei após a *vacatio legis*...

É importante ter-se em mente um tratamento conferido à propriedade "como bem que associado à consideração da forma de repartição do produto econômico, como determinante da compostura das instituições jurídicas e sociais de conformidade com as quais se realiza o modo de produção". — *Idem*, p. 200.

Para nosso CDC, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final... Podemos interrogar com Cristian Dorémus et Gilbert Sautray, *Consommateur ou consommés? Le Seuil*, 1973, p. 8. *Problèmes Economiques (Sélection Hebdomadaire de textes économiques — le numéro: / 3F*.

Segundo José Geraldo Brito Filomeno e Antônio Hermem de Vasconcelos e Benjamin do MP de SP em JUSTITIA (órgão do MP de SP) — Anais do VI Congresso Nacional do MP — 47 (131-A):58-78, setembro 1985: "Consumidor é o adquirente ou usuário que utiliza, para fins não profissionais, produtos ou serviços colocados à sua disposição tanto por comerciantes como por particulares que exercitem a produção ou distribuição de bens de consumo, ou até mesmo, pelo Estado". — P. 73.

Inovação é a Lei n.º 8.078 ter trazido definições como esta, pois em muitos países não existe definição precisa sobre tal na lei... Não existem assim um Código específico para defesa dos direitos dos consu-

midores mas sim tratamento em áreas de direito diferentes; o que veremos mais adiante ao analisarmos a doutrina estrangeira...

*Fornecedor*, segundo o CDC, é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvam atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços... É o empresário quer público, quer da iniciativa privada...

*Produto* é qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial...

*Serviço* é toda atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista...

A Política Nacional das Relações de Consumo trata do fato econômico Consumo... Os bens jurídicos a serem protegidos são a dignidade, a saúde, a segurança do consumidor...

Com relação aos interesses econômicos dos titulares dos mesmos, entendemos só ser possível seguindo-se uma linha de maior vantagem da economicidade, haja visto a gama altamente heterogêna de sujeitos ativos que tenha se buscado tutelar...

A melhoria da qualidade de vida e a satisfação das necessidades dos consumidores entendemos na busca da realização dos princípios básicos da Magna Carta, que a nosso ver, se aproximam do Welfare State... (*vide* reflexões sobre o Plano Brasil Novo).

O art. 4.º do CDC dá as diretrizes da Política Nacional de Consumo, entendendo-se o consumidor como sujeito a tutela do Estado — o mais fraco na relação de consumo...

#### *Direitos Básicos do Consumidor*

Os bens jurídicos tutelados pelo CDC são a vida, a saúde e segurança e crime de perigo, isto é, atividade com produtos e/ou serviços perigosos ou nocivos...

Isto se efetivará com a devida fiscalização dos organismos controladores de saúde e via informação a toda coletividade de consumidores...

A educação à comunidade com relação ao consumo dos bens e serviços colocados em mercado também é preocupação do CDC, constando no elenco dos direitos básicos e se tornará realidade com uma efetiva política nacional de consumo...

Assim justifica-se a observância de uma publicidade seria e adequada e os cumprimentos do acordado entre consumidores e fornecedores via contrato...

Deve-se buscar separada e conjuntamente a "obtenção dos princípios fundamentais ao direito à saúde, à segurança e aos legítimos interesses econômicos". — Segade, José Antônio Gomez, Notas sobre el derecho de información del consumidor — *Revista del Derecho Industrial* — Septiembre — Diciembre, 1962, ano 4, n.º 12, Ediciones Depalma, Buenos Aires, pág. 510.

O renomado professor catedrático de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho Santiago de Compostela, Galicia, España, no citado artigo, retrata o direito à informação como "o reconocimiento y regulación de los derechos fundamentales del consumidor, implican que, para la protección eficaz y el ejercicio efectivo de los mismos, se necesitan unos derechos instrumentales sin los cuales resultaría ilusoria la protección y garantía de tales derechos fundamentales. Unos de estos derechos instrumentales, posiblemente el más importante, es el derecho de información". — *Idem*, pp. 510/511.

"É um direito geral, derivado de um direito subjetivo." — *Idem*, p. 511.

Ter-se-á atenção à publicidade apresentada, bem como ao da regulação dos preços dos bens e serviços oferecidos... No item informação ter-se-á também a orientação aos danos causados aos consumidores...

São obrigados a prestar informações sobre os bens, serviços e/ou produtos, "os empresários, como protagonistas da atividade profissional, sendo aqueles que estão obrigados prioritariamente a ministrar informação" — *idem*, p. 518; a Administração Pública e por último as Associações de consumidores...

"Os destinatários à informação são os titulares do direito à informação — consumidores e usuários —, cuja saúde, segurança e interesse econômico podem resultar lesões pela ausência ou defeitos da informação." — *Idem*, p. 522.

As sanções deverão ser administrativas e/ou penais, conforme se apresente o caso concreto como preceituam os arts. 36 a 38; 39 a 41 e/ou arts. 55 a 59 — Sanções Administrativas e/ou arts. 61 a 80 — Infrações Penais do CDC do Brasil.

A fiscalização de cláusulas contratuais está presente nos direitos básicos dos consumidores (art. 6.º, V CDCC/C arts. 54 CDC); não se revogando os dispositivos nas leis substantivas civis ou comerciais.

As medidas instrumentais de defesa dos interesses dos consumidores apresentam-se em capítulo próprio do CDC, arts. 81 a 90 — fase judicial. . .

A inversão do ônus da prova (art. 5.º, VIII do CDC) é “uma tendência internacional no sentido de uma responsabilidade extracontratual dos produtos não fundada na culpa. Na maioria dos Estados norte-americanos, essa responsabilidade estrita do produtor está hoje consagrada pelos tribunais, o que por certo não é alheio à consideração de que o produtor se poderá assegurar contra os riscos de exploração, incluindo os prêmios no custo da exploração, para o efeito da fixação dos preços. Noutros países, os Tribunais compreenderam que podiam alcançar o mesmo resultado no quadro da tradicional responsabilidade por culpa designadamente através de um agravamento da exigência de cuidado e da facilitação da prova e, recentemente na Alemanha, mesmo da inversão do ônus da prova da culpa: sustenta-se que quando o dano é causado por um defeito que se situa na esfera de atuação do produtor, este terá de fazer a prova (difícilíssima) de que não teve culpa; além disso, devo provar, nos termos do § 851,1.S.2, BGB, que nenhum dos empregados a que seja atribuível o defeito agiu culposamente. Desse modo, encontramos, como a Europa, nos casos de exploração, perto do reconhecimento de fato e de direito da responsabilidade estrita do produtor, defendida já por grande número de autores. . .” — Hippel, Eiken Von, “Defesa do Consumidor”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Instituto de Informação Jurídica do Estado do RS — RPGE, Porto Alegre, 10 (26): 11-54, 1980, p. 14.

O Professor Dr. Eiken Von Hippel, em artigo citado, analisa: “A fiscalização administrativa, sobretudo quanto a víveres e medicamentos, os quais se vão tornando extensivos também a outros produtos, visto que o direito civil não garante suficientemente a defesa do consumidor perante produtos defeituosos e perigosos.” — Ob. cit., p. 16. Tudo isto na efetivação de uma política nacional de consumo, “uma vez que a concorrência é o melhor amigo do consumidor, devia-se, por fim, tentar inserir a legislação sobre os cartéis, de âmbito limitado do domínio da concorrência e sujeitá-la à política a este respeitante, examinar continuamente a adoção de medidas que protejam a classe média contra abusos, controlar mais eficazmente o abuso de recomendação de preços, melhorar as hipóteses de fiscalização da fusão e verificar a possibilidade de uma descaracterização” — idem p. 28.

“A defesa dos preços excessivos é fundamentalmente conseguida pelo legislador, não de modo direto — através da proibição do açambarcamento ou da fixação de limites para preços ou lucros — mas, de forma indireta: cuidando da conservação e fomento da concorrência, procura, assim, evitar preços exagerados e prestações de má qualidade da parte dos fornecedores. Satisfazem de modo especial este objetivo o regime jurídico dos cartéis e os esforços para uma melhor transparência de mercado e esclarecimento dos consumidores.” — Idem, p. 26.

## Sanções Administrativas

“As sanções administrativas são, por exemplo, multas, interdições, cassações de licenças, etc., aos comerciantes, industriais e produtores que vierem a causar danos aos consumidores”. — Carazza, Roque Antônio, “Responsabilidade Administrativa por lesão ao consumidor — competência estadual para disciplinar a matéria” — *Vox Legis* — Repositório autorizado da Jurisprudência do STF — Registrado sob o n.º 003/79 — ANO XIX, Volume 223, julho-1987, SP, p. 02.

“O comércio *lato sensu*, em nosso País, deve desenvolver-se num clima de liberdade, graças se por mais não fosse a vários dispositivos constitucionais que o favoreçam. Esta liberdade, todavia, não pode se erigir em causa de subversão da ordem e do equilíbrio jurídico.

Assim como os privilégios do Estado não podem ser absolutos, tampouco podem sê-los os direitos dos comerciantes industriais e produtores. Daí admitir-se que a atividade destes últimos venham a sofrer, validamente, restrições, por parte do Estado, em benefício dos interesses coletivos (poder de polícia).

Os vários fatores lícitos e ilícitos, que concorrem para a realização do processo econômico (a inflação, a falta de mercadorias, a especulação financeira, a adulteração do peso, e do tipo dos bens postos em comércio, sua venda acima das tabelas oficiais, etc.), além de prejudicarem o consumidor, produzem graves perturbações na ordem pública e vulneram valores consagrados.” — *Idem*, p. 2.

## Concorrência

Como nos ensina o nobre professor da Universidade Católica de Louvain Marcel Fontaine em artigo publicado na *Revue Trimestrielle de Droit Commercial* — Tome XXVII, Année 1974, “La protection du consommateur en droit civil et droit commercial belges” pág. 215 “en termes économiques, c’est l’une des conditions de la concurrence parfaite, la transparence du marché, qui est ici en jeu. L’indication des prix permet au consommateur de comparer les conditions faites par les différents ofrants”.

Esta transparência engloba a denominação e composição de produtos; a difusão da informação ao público consumidor e a fiscalização de preços.

No que tange à denominação e composição dos produtos o citado autor no mesmo artigo em apreço diz textualmente: “Le consommateur ne doit pas seulement être informé du prix et du poids (ou de la capacité) de la marchandise achetée; il doit encore savoir ce qu’il achète. Le langage courant a donné des noms aux différents biens offerts sur le mar-

ché. On ne peut admettre qu'un bien (par exemple, le verre) soit vendu sous le nom d'un autre bien (par exemple, le cristal). En outre, la protection du consommateur peut appeler une définition plus rigoureuse de certains biens que celle du langage courant (il y a & est & cristal &)... C'est pourquoi l'article 12 de la loi sur les pratiques du commerce permet au Roi, en vue d'assurer la loyauté des transactions commerciales &, de prendre une série de mesures relatives à la dénomination des produits, par exemple fixer certaines conditions de composition et de qualité, interdire l'emploi de certaines dénominations ou au contraire en imposer l'usage, réglementer l'étiquetage, imposer l'adjonction aux dénominations de certaines explications, voire imposer l'obligation de fournir les indications essentielles relatives aux produits au mois dans la ou les langues dont la loi prévoit l'emploi dans la région." — Idem, pp. 216/217.

"Le consommateur est plus directement concerné par les régimes du prix normal et du prix maximum, car il s'agit ici d'obligations relatives aux prix pratiqués sur le marché, résultant de la loi (prix normal) ou d'un arrêté (prix maximum), et pénalement sanctionnés. Bien que l'esprit de la réglementation soit avant tout d'exercer une pression sur le niveau général des prix, le consommateur isolé peut y trouver une voie de recours. Sur le plan pénal, tout préjudicié peut y trouver une voie de recours. Sur le plan pénal, tout préjudicié peut porter plainte contre un vendeur en infraction. Sur le plan civil, la vente à un prix supérieur au prix normal ou au prix maximum est illicite, donc nulle." — Idem, p. 220.

### *Direito Comparado*

A realidade norte-americana é muito mais voltada para a prevenção que para a repressão... A análise da *Revista de Comércio Exterior* n.º 63, novembro/dezembro, 1981, a legislação de proteção ao consumidor naquele país tem caráter educativo e em menor escala preocupa-se com as sanções ou punições aos comerciantes e profissionais da área de prestação de serviços... As medidas judiciais são, via de regra, aplicadas através de ação judicial... Consumer's Education Office, Food and Drug Administration, Consumer Product Safety Commission, são órgãos públicos que cuidam de promover e educar o consumidor, fiscalizar produtos comestíveis, cosméticos e farmacêuticos e de segurança dos produtos comercializados...

Em Portugal, a Lei n.º 29/81, de 22 de agosto de 1981, é o atual CDC daquele país-irmão.

Publicada no B. L. E. — *Boletín de Legislación Extranjera*, 1-October, 1981 (Nueva Epoca) — Cortes Generales — Servicio de Estudios, pp. 45 e seguintes, define consumidor (art. 2.º da Lei 29/81) como "todo aquele a quem sejam fornecidos bens ou serviços destinados ao seu uso privado por pessoa singular ou colectiva que exerça, com caráter profis-

sional, uma atividade econômica". Deprendemos daí que não é o usuário final como entendido pelo nosso CDC brasileiro.

Os artigos 3.º, 4.º, e 5.º definem os direitos básicos do consumidor, as proibições do fornecimento de bens ou serviços (quem firmam as condições de saúde e segurança do usuário); e a Prevenção Genérica de riscos (também atinentes à segurança dos bens colocados em mercado)...

As garantias contratuais e a regulamentação de cláusulas abusivas é regulado no artigo 7.º muito assemelhado ao nosso CDC...

A regulamentação da publicidade está inserta no artigo 9.º como direito a ser garantido pelo Estado; que no artigo 10 assegura a proteção judicial ao consumidor "direito à isenção de preparos nos processos em que pretenda obter reparação de perdas e danos emergentes de factos ilícitos que violem regras constantes da presente lei..."; sendo o MP interveniente principal nas acções cíveis tendentes à tutela dos interesses colectivos dos consumidores"...

A legitimação das Associações de Consumidores está assegurado nos arts. 11 e 12 da referida lei... Regulando inclusive à estrutura e o funcionamento de tais mecanismos...

Também a existência do Instituto Nacional de Defesa do Consumidor está regulamentada nos arts. 15 e ss do CDC português.

Na América Latina temos legislação no mesmo sentido na Venezuela — *Boletim n.º 5* — Instituto de Derecho Comparado, Mayo, 1976, Caracas — Venezuela — Ministerio de Justicia. Consultoria Jurídica...

Os artigos 1.º e 2.º regulam o objetivo a ser alcançado pela legislação posta e os órgãos públicos a quem compete a fiscalização para cumprimento da vontade da lei...

Trata nos arts. 7.º e ss da Publicidade Comercial e Industrial e no art. 11 das condições de fiscalização dos contratos consumidores/fornecedores... A fiscalização dos produtos está tratada nos arts. 12 e ss e a educação do consumidor tratada no art. 28, item 8.º...

Os arts. 33 a 42 tratam dos aspectos penais e o art. 43 a final da proteção judicial, administrativa...

Na Venezuela, a estruturação, o objeto e o funcionamento das Associações dos Consumidores "Juntas de Consumidores" é regulada pelo Dec. n.º 1.561, de 11 de maio de 1976.

Na Colômbia, a Lei n.º 73, de 3-12-81, que é genérica regula a matéria, possuindo 4 artigos e 9 subitens no artigo 1.º A lei em apreço trata da regulação administrativa/comercial e penal da matéria, bem como

identifica os organismos responsáveis pela fiscalização de seu cumprimento.

Em artigo "Les Codes de Procédure Civile Français et Hellénique que face à l'accès du consommateur à la justice", escrito por Vassili Christianos, publicado na *Revue Internationale de droit comparé* — Onzième année, n.º 2, Avril/Juin, faz uma análise da legislação francesa e grega sobre consumidor.

Na França, foi a partir de 1972 sistematizada matéria do consumidor, enquanto na Grécia o tratamento dado foi o do Código Civil. Em 1974, a Constituição Helênica buscou assegurar a proteção aos consumidores e nos anos 1985-1987 "le renforcement de la protection du consommateur constitue un objectif fondamental du Plan", *ob. cit.*, p. 405. O Código Comercial inclusive deste país trata de consumidores. . .

"É importante frisar com o Professor Jean Calais-Auloy que não adiantará elaborar-se regras sobre consumidores, se forem letra morta, posto que há a possibilidade de o consumidor ter acesso à Justiça. *Idem*, p. 406. Tendo como "objetivos prioritários a outorga ao consumidor de uma proteção judicial e parajudicial rápida, eficaz e barata". — *Idem*.

"É necessário, conforme nos ensinam os professores Mauro Capelletti e Garth, distinguir no movimento de acesso à Justiça, a ajuda judiciária aos pobres; a proteção aos interesses difusos e a regulamentação dos conflitos por outros métodos que não os recursos aos Tribunais." — *Idem*, p. 408.

Sendo comum à França e à Grécia a arbitragem e a conciliação para resolver-se os problemas acerca do consumidor.

Nos ensina Jean Derruppé, professeur à la Fac de Droit de Bordeaux, "Le Contrôle des Pratiques illégales et irrégulières, au regard de la Politique de Protection des consommateurs, en *Revue internationale de droit comparé*, Trente-huitième année, n.º 2, Avril/Juin, 1986 — CNRS — Centre Français de Droit Comparé, que em 1984 foi elaborado o Código do Consumidor na França e publicado em 1985 por "Rapports Officiels" — *Documentation Français*. . . Um trabalho de Roubier faz a distinção clássica entre os 5 tipos principais de concorrência desleal: a confusão, a negligência e a desorganização. A primeira refere-se à confiança do consumidor burlada pela marca, alvarás, modelos, etc. . . A segunda modalidade refere-se à publicidade tendenciosa; e a última à divulgação de segredos, incitação a greve, ou ameaças à clientela numa propaganda mentirosa e abusiva onde a deslealdade não é tão evidente". — *Idem*, p. 412.

São formas de publicidade danosa:

a) a publicidade enganosa como a que induz a erro o público a quem se endereça;



b) a publicidade perigosa a que é suscetível de colocar em risco a saúde e a segurança das pessoas;

c) a publicidade clandestina que é dissimulada, sem informação objetiva." — Idem, p. 416.

Na França, existem várias associações ou sociedades de proteção aos consumidores; v.g., Union Fédérale des Consommateurs criada em 1981, cujo objetivo é a organização dos consumidores individualmente; compondo-se das associações familiares, das associações cooperativas, sindicais, etc. As Associações sindicais criaram em 1969 a Organização Geral de Consumidores e o Instituto Nacional do Consumo; sendo objetivos da União Federal dos Consumidores o desenvolvimento de testes comparativos de produtos e a publicação e/ou divulgação dos resultados; o desenvolvimento pela UFC das associações individuais de consumidores e a representação dos consumidores frente aos diferentes órgãos estatais ou paraestatais...

São metas a serem alcançadas pelo Instituto Nacional do Consumo pelo Dec. de sua criação em 1967 um centro de laboratório, um escritório de informação, e um centro de pesquisa com o fito de melhorar a qualidade dos produtos e o aprimoramento dos métodos comerciais...

O INC seria responsável por toda a informação preventiva sobre consumidor e consumo. Os organismos de controle (parte repressiva) consistiriam no Comitê Nacional de Consumo (CNC); no Serviço de Repressão às Fraudes e ao Controle da Qualidade; da Direção da Polícia Econômica e a Repressão às Fraudes e à Direção Geral de Comércio Interior de Preços...

O CNC é um organismo consultivo e de intercâmbio entre os consumidores e o Poder Público... Informação, etiquetagem, publicidade, educação do consumidor estão a cargo deste órgão que apresenta trabalhos ligados a Planos Governamentais a serem desenvolvidos...

O Serviço de Repressão às Fraudes e ao Controle de Qualidade é ligado ao Ministério da Agricultura e consiste na perícia técnica laboratorial da higiene e segurança dos produtos colocados em mercado.

A Polícia Econômica se ocupa da repressão às fraudes, subordinada ao Ministério do Interior. Preços ilícitos, mercado negro, falcaturas, falsidades, são suas circunscrições... É ela que controla os pesos e medidas dos comerciantes...

A Direção Geral de Comércio Interior e de Preços é ligada aos Ministérios da Economia e das Finanças e compreende um escritório de informação e de proteção de consumidores, sendo o canal entre os organismos da administração e dos consumidores... A DGCIP se ocupa da

repartição das subvenções, participa da preparação das regulamentações, coordena e colabora com as emissoras de TV e participa da Comissão de Controle à Publicidade...

Os dados dos produtos corretos devidamente divulgados pela propaganda são de extrema importância, e estariam em um dado de grande relevo. Isto é, a experiência mostra que os fabricantes não conhecem suficientemente o produto que fabricam, não dando a composição dos seus produtos, nem medidas mínimas de saúde e segurança, como a temperatura a que devem ser mantidos ou da desinfecção dos locais a serem mantidos... — Gausseil, Alain — Laboratoire Cooperatif d'Analyses et de Recherches (Septembre 1973), p. 15, Problemes Economiques, 3F, n.º 52, Paris.

Na Argentina, a questão consumidor/consumo tem merecido muita reflexão, principalmente no que tange à responsabilidade pelos danos e prejuízos causados durante a configuração da relação de consumo. Naquele país “a única possibilidade de acionar por danos e prejuízos fora do contrato, seria ter-se alguma disposição legal, que autorize a invocar a responsabilidade extracontratual”. — Alsina, Jorge Bustamante — “Responsabilidad Civil por productos e elaborados con particular referencia al derecho argentino” — Revista de Direito Civil, imobiliário e empresarial, Ano 5, Abril/Junho, 1979 — p. 55. Numa sociedade de consumo ou de consumismo “há que se ter a possibilidade de acumular ações para se chegar ao fabricante vendedor primitivo diretamente, sobre a base de uma ação contratual fundada na Teoria de que cada venda sucessiva implica correspondentemente numa cessão de direitos de acionar a coisa vendida”. — Planiol, Ripert, Hamel — *Traité pratique et theorique de droit civil français* — *apud* Alsina, Jorge Bustamante — *ob. cit.*, p. 55.

A jurisprudência francesa julgou inclusive em 19 de agosto de 1970 CP Paris, 4vII — 1970, Gatz. du Pal — Corte de Paris, declarando recentemente em caso de danos causados por um produto farmacêutico, “que a responsabilidade do fabricante não podia ser outra que não a delitual”. — *Idem*, a inversão do ônus da prova também foi adotada na Argentina.

Depreendemos que a proteção à saúde e à segurança dos consumidores deve sempre ser interpretada e aplicada a mecanismos judiciais ou parajudiciais de controle publicitário; e de segurança tutelada dos contratos e relações comerciais e/ou de consumo... Esta fiscalização nas relações de consumo implica em matéria bastante analisada pelas áreas cíveis e criminais, o da responsabilidade. O CDC adotou a responsabilidade solidária do fabricante/produzidor/construtor... Se no prazo de 30 dias o vício do produto não for sanado, é facultado ao consumidor a troca do produto, o estorno do já pago e/ou abatimento proporcional do preço. Isto se aplica com relação aos bens/produtos e serviços, e a responsabilidade é a objetiva...

Prazos para exercício do direito são de 30 dias para bens e serviços não-duráveis; 90 dias para duráveis, contando-se o prazo da entrega da coisa... Interrompendo o prazo a reclamação formulada; a instauração de inquérito civil não obstando a cumulação em até 5 anos na ação de perdas e danos...

Na *Revue de Droit Pénal et de Criminologia* — Cinquante — Quatrieme année (1973-1974), n.º 7, Avril 1974, Raymond Screvens (Professeur aux Universités des Bruxelles) tece alguns comentários em seu artigo "Aspectos Penais da Proteção do Consumidor"... Esta terminologia é adotada no Canadá — Professor Lubin Lilkoff (Ottawa), por Alfred Devreux — assistant à l'université Libre de Bruxelles e pelo professor Jean-Claude Soyer da Universidade de Direito, Economia e Ciências Sociais de Paris.

"O controle de Economia do Canadá definiu consumidor como o utilizador de bens e serviços finais que a economia produz. O professor Lubin Lilkoff admite o direito do consumidor se caracterizar com o fundamento que a proteção do contratante não comercial com um que o seja." — P. 641.

"Conclui em consequência que o consumidor será o adquirente de produto sem intenção lucrativa." — Idem.

"O aspecto penal da proteção ao consumidor se caracteriza pelo fato das sanções penais serem destinadas a afirmar o respeito às regras editadas. Pouco importa que os dispositivos sejam considerados como sendo de natureza penal pura ou de direito civil especial provido de penalidades" — idem, p. 645.

Em 14 de julho de 1971 foi editada lei penal aplicável às práticas comerciais... "Sans sous — estimer leur importance, il n'est pas possible de faire éta des textes légaux relatif aux denrées alimentaires. Ils intéressent cependant le consommateur en ce qu'ils ont pour but de protéger la santé. Mais ils débordent de faire l'objet d'une rencontre internationale, de préférence multidisciplinaires car, malgré leur foisonnement, il s'avèrent plus d'une fois insuffisants" — idem, p. 649.

"La loi sur les aliments et drogues qui remonte au 1er Janvier 1875 mais a été adaptée pour une protection plus efficace du consommateur contre les produits dangereux et contre la publicité trompeuse et la fraude dans l'emploi ou la vente d'aliments, drogues, cosmétiques, instruments thérapeutiques." — Idem, p. 650.

"Tant en France qu'en Belgique, la recherche et la constatation des infractions sont confiées aux organes ordinaires, les officiers de police judiciaire, mais en outre, plus d'une fois, à des services spécialisés dépendant directement des administrations compétentes: ceux-ci bénéficient par-

fois de pouvoirs exorbitants du droit commun, notamment en matière de perquisitions qui, suivant des textes légaux français et l'arrêté-loi belge du 22 Janvier 1945, peuvent être effectués de manière beaucoup plus large et être notamment pratiqués la nuit. En Belgique la loi du 15 Juillet 1971 ne prévoit toutefois plus cette exception." -- Idem, pp. 655. 654.

São sanções penais impostas pela lei belga o confisco, o fechamento do estabelecimento, etc. "Parmi ces sanctions développement de certaines sanctions de droit commun s'adaptant aux situations spécifiques: confiscation plus étendue (notamment des bénéfices illicites), publicité des décisions et, pour le cas plus graves, interdictions professionnelles. Tant le professeur Lilkoff que le professeur Soyser insistent sur la nécessité de concentrer les efforts sur des lois de moralisation commerciale, visant à procurer principalement une concurrence effective et une information loyale au profit du consommateur. Pour rendre le consommateur plus conscient ou préconise, en outre, des mesures préventives, comme une information adéquate par des organismes de consommateurs vigilants." Idem, 656.

#### Capítulo VI — *Da Proteção Contratual*

É protegido o contrato que regula as relações de consumo, consumidor/fornecedor. Vedada a inserção de cláusulas, facultando o direito de desistência do contrato com prazo de 7 dias pelo consumidor. São vedadas também cláusulas denominadas abusivas, ou seja, que subtraíam ao consumidor opção de reembolso da quantia paga, modifiquem ou exonerem a responsabilidade do fornecedor pelo produto, bem ou serviço objeto do contrato; transfiram a responsabilidade à outrem; cláusulas nulas de pleno direito. Mantida a inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Admite-se a arbitragem, revogação unilateral do contrato pelo fornecedor, sendo vedadas quaisquer outras cláusulas contratuais em desacordo com o CDC e as leis substantivas e adjetivas de direito privado.

É privativo do consumidor, ou a entidade que o representar requerer ao MP ação anulatória ou de nulidade de cláusulas contratuais abusivas. Deprendemos que são legítimas intervenientes ou substitutos processuais as Associações de Consumidores, portanto, para interposição ou defesa dos direitos coletivos. É o direito do consumidor a informação das condições de existência em contrato a prazo, crediário ou afins... Aplicam-se também estes requisitos com relação aos consórcios.

O professor Fábio Konder Comparato em artigo "A Responsabilidade do Produtor em recente anteprojeto de lei no Brasil -- Comparação com o Direito Alemão", na Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro — Ano XXV, n.º 65, julho/setembro 1986 — *Revista dos Tribunais* analisa a responsabilidade do produtor que no Brasil "é tipicamente derivada de uma atividade, sendo o produtor responsável

aquele que produz para o mercado, isto é, no quadro da economia monetária de troca, seja como fabricante (produtor industrial de 1.º Grau), construtor (logicamente por empreitada), ou montador de bens móveis” — pp. 112, 113.

“Os danos indenizáveis que atinjam a saúde, a integridade corporal ou o patrimônio transferem-se da vítima a seus herdeiros, é a chamada legitimação extraordinária...” — idem, p. 113.

“... Há ainda a previsão de defeitos na construção, montagem ou acondicionamento dos produtos. Já na hipótese de construção refere-se a empreitada de fabricação de bem imóvel sob encomenda. Não abrange, portanto, a construção de edifícios ou obras de arte permanentemente fixadas no solo. Quanto à montagem, ela difere da construção porque consiste, unicamente, na reunião de peças acabadas para formar um novo produto. O montador puro e simples, não é fabricante. Por último, o defeito de acondicionamento foi destacado do defeito de fabricação propriamente dito, porque em certas hipóteses (produtos perecíveis ou medicamentos, p. ex.) o acondicionamento, que pode, aliás ser feito por pessoa diversa do fabricante, é questão tão importante quanto a própria fabricação em si.” — Idem, p. 114.

“... Seguindo a tendência universal nessa matéria, o anteprojeto adotou o sistema da culpa presumida do produtor, com a inversão do ônus processual da prova. O produtor só se exime de responsabilidade se conseguir demonstrar que o dano é imputável exclusivamente, à culpa da vítima ou de terceiro. Persiste a compensação de culpas, para o efeito de reduzir a indenização devida pelo produtor. É o produtor que deverá provar a culpa alheia exclusiva ou assimilável ao caso fortuito ou força maior.” — Idem, ob. cit., p. 114.

Cabe ao juiz a apreciação deste tópico; que reconhecendo “que o produto danoso tinha alta periculosidade e que o produtor se houve com grave negligência ou imperícia ao aceitar o projeto industrial, ou ao fabricar, montar ou acondicionar o produto condenará o réu ao pagamento de uma multa de alto valor pecuniário”.

“... A responsabilidade civil retoma aí a sua primitiva função de pena privada, de acordo, aliás, com a tendência já manifestada em várias legislações.” — Idem, ob. cit., p. 114.

É necessária a defesa dos interesses públicos individuais e aos interesses sociais; tendo sido instituída em muitos países a “class action”. visam dentre outras modalidades à proteção ao indivíduo ou grupo de indivíduos... No Brasil temos o “Mandado de Segurança e no México o Juízo de Amparo” — Sznick, Valdir — “Ombudsman Ministério Público — Defensor Público na Constituição”. *Revista Trimestral de Jurisprudên-*

*cia dos Estados*, ano 12, novembro 1988, vol. 58, Editora Jurid Vellenich Ltda., SP, pp. 10/12.

A experiência sueca já engloba o controle das cláusulas abusivas através do Ombudsman... Há controle judicial e parajudicial... Isto se explica porque foi detectado não ser o primeiro um "mecanismo muito eficiente de controle de cláusulas abusivas. A decisão judicial, normalmente, está limitada ao litúgio em questão. Logo, mesmo quando uma cláusula é declarada inválida em um caso, não há nada que impeça o mesmo produtor ou outro de continuar a usar cláusulas idênticas em contratos futuros. Se certas cláusulas são conhecidas como inválidas ou de provável extirpação pelos Tribunais, é possível que as partes que elaborem o contrato de adesão não as utilizem". — D. Edling, Axel — *Cláusulas contratuais abusivas* — Trad. Antônio Hermen V. Benjamin.

Existe ainda, segundo o citado autor no artigo em apreço um Tribunal de Mercado, "onde o Ombudsman do consumidor tem legitimidade processual, caso não se decida buscar a prestação jurisdicional, então entidades privadas de consumidores podem fazê-lo..." — idem, ob. cit., pp. 8/9 — *Revista dos Tribunais*, ano 77, março, 1988, vol. 629, Fascículo I — Cível.

### *Contratos de adesão*

O CDC no art. 54 define os contratos de adesão como aquele contrato cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo... Redigido em boa redação, com cláusulas bem explicadas e de fácil entendimento a pessoa de mediana compreensão!

A temática contrato de adesão é de primazia do direito civil, das obrigações e contratos... Temas sempre atuais e que sempre perseguiram os civilistas são a liberdade e a igualdade entre os contratantes!

"A experiência jurídica deste século tem mostrado, porém, que a liberdade e a igualdade no contrato são conceitos mais formais do que reais, e que as exigências da economia liberal, tendente à concentração, à acumulação de capital e ao consumo de massa, têm conduzido ao surgimento de um novo tipo de contrato, cujo conteúdo é fixado unilateralmente, limitando-se em parte a aderir às cláusulas padronizadas que a outra estabeleceu sem a tradicional e prévia discussão. É o chamado contrato de adesão, *standard* — *verträgen*, *standard contract*, na doutrina francesa, na doutrina alemã e anglo-saxônica, contratos esses que resultam da adesão pelos interessados — adquirentes a cláusulas gerais estabelecidas de modo unilateral e preponderante". — Neto, Francisco dos Santos Amaral, "As cláusulas contratuais gerais, a proteção ao consumidor e a lei portuguesa sobre a ma-

téria”, *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, abril/junho, 1988, ano 25, n.º 98 — p. 236.

Dois pontos importantes se colocam pela utilização dos contratos de adesão, “o da eficácia jurídica deste novo processo de contratação e o da tutela da parte mais fraca, o contraente aderente, integrando-se numa problemática muito maior e atualíssima, que é a da proteção ao consumidor de produtos finais, a parte desprovida de liberdade de escolha na prática diuturna dos contratos de massa” — *idem*, *ob. cit.*, anterior, p. 237.

Não podemos, pois, entender os contratos de adesão, dissociados das cláusulas contratuais — fora, responsabilidade, prazos de prescrição e decadência das cláusulas contratuais abusivas, do direito de informação, das relações contratuais e/ou a proteção jurídica do consumidor!

Corre-se o risco de uma “utilização originária formadora de cartéis ou monopólios, com as empresas predisponentes dominando o mercado, ou, ainda, o desfavorecimento da parte mais fraca, que é o consumidor, tudo isto podendo ser evitado ou diminuído por um controle efetivo do Estado sobre a criação, validade e eficácia de tais cláusulas. Os abusos decorrem não da própria natureza das cláusulas contratuais gerais, mas de sua indevida utilização” — *idem*, *ant.*, *ob. cit.*, p. 241, *apud* Garcia, Amigo — *Condiciones Generales de los Contratos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1964, p. 27.

Em Israel, Lei n.º 5.725, de 1964, a matéria foi muito bem tratada; “rejeitando-se a denominação contrato de adesão e se estabelecendo duas espécies de controle: preventivo, realizado administrativamente por uma comissão especial de 3 membros, nomeada pelo Ministro da Justiça, cumprindo-lhe examinar, aprovando ou não, o texto das cláusulas contratuais gerais, desde que solicitado pela empresa interessada na aprovação do regulamento, e um controle *a posteriori*, em que os Tribunais têm o poder especial de rever as cláusulas dos contratos uniformes mediante provocação do cliente prejudicado. O controle judicial independe da prévia aprovação administrativa e pode levar à anulação ou modificação da cláusula objeto de controvérsia” — *idem*, *ant.*, *ob. cit.*, p. 244.

O controle das cláusulas contratuais gerais faz-se administrativamente (Ombudsman, Direito General of Fair Trading Office...); pelo Legislativo (França — Lei n.º 78/23 de 10-1-78); e/ou judicial (invalidação de cláusulas abusivas)!!!

“A proteção ao consumidor é um tema de grande importância no direito contemporâneo, refletindo a preocupação da ordem jurídica com a defesa da parte mais fraca nos contratos, constatada a desigualdade material entre as partes do contrato. As organizações das fontes produtoras, a publicidade, a capacidade de racionalização operacional, como ocorre no caso de con-

centração de empresas torna os fornecedores de bens e serviços muito mais fortes do que os consumidores dos produtos finais, fazendo nascer a crença na necessidade de reconhecimento dos direitos do consumidor, como o "direito à segurança, à informação, à escolha, a ser ouvido". Dentre os vários problemas que são objeto da defesa do consumidor, os mais importantes são o da sua defesa contra produtos defeituosos e de perigo, a defesa contra a publicidade enganosa, a defesa contra preços muito elevados e a consagração dos direitos individuais do consumidor." — Idem, ant., ob. cit., p. 244.

No Brasil, é o Poder Judiciário que tem exercido este controle, com "base na boa-fé e nos princípios da ordem pública, sendo certa, porém, a conveniência da necessidade de uma lei específica que discipline a matéria". Idem, ant., ob. cit., p. 252.

### Concorrência

Em artigo — "Constituição e Livre Iniciativa", da *Revista Rumos ao Desenvolvimento* — Associação Brasileira de Instituições Financeiras e Desenvolvimento, ano XIV, n.º 82, março/abril 1990, Paulo Cândido Teixeira, pp. 25 a 27, analisa a concorrência na realidade brasileira frente à ordem constitucional vigente! Conclui o citado advogado e economista que é "imperativo constitucional, a liberdade de iniciativa, como um direito fundamental do homem, está vinculada a pressupostos de ordem econômica que são: a Justiça Social pela qual todos nós somos responsáveis, pois somos responsáveis pela realização das estruturas sociais que permitem aos membros de uma comunidade atingir níveis de vida dignos; e o desenvolvimento nacional ao qual subordinam-se o direito individual aos interesses maiores que são os interesses da coletividade.

... "O Direito com suas normas constituídas de sanção e coação, dosa e disciplina a economia, como a comporta, gradua o escoamento da água represada segundo as necessidades e conveniências" — p. 27, ob. cit., ant.

### Da Defesa do Consumidor em Juízo

Sob o Título III e Capítulo II e englobando os artigos 81 a 90 é a matéria tratada no CDC ... O CDC assegura a defesa dos direitos dos consumidores; quer difusos — os transindividuais de natureza indivisível com titulares indeterminados e ligados por circunstâncias de fato; os coletivos — os direitos transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si com a parte contrária por uma relação jurídica base; e os interesses individuais homogêneos — decorridos de origem comum!

Não nos pareceu técnico este arrolamento conceitual, apesar de didático... Tem-se em mente a proteção da massa consumidora não identi-



cável numa relação de consumo; ou ainda identificável e solidariamente entendida como sujeição passiva... com qualquer nomenclatura adotada e assegurada a sua defesa, quer individualmente ou em conjuncto...

### *Direitos Difusos*

Infelizmente vetados pelo Presidente da República os artigos que trariam a efetivação de uma maior fiscalização nas relações de consumo a nível local; o que de certa forma fragiliza a efetivação deste controle e fiscalização, no que compreende a competência concorrente do MP, União, Estados, Municípios e Distrito Federal e/ou entidades, associações que estejam a frente da defesa dos direitos da massa de consumidores em todo Brasil!

Cabimento de ação de perdas e danos e total manutenção dos expedientes civis e processuais cíveis foram mantidos... Ao MP incumbe processar via Inquérito Civil o que desrespeitar aos dispositivos constantes no CDC.

### *Das Ações de Responsabilidade do Fornecedor*

Cabimento de ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços com o foro da ação sendo o domicílio do autor; e do litisconsórcio ativo e passivo...

Deve-se entender em conjunto ao já analisado no item Responsabilidade pelo fato do produto e do serviço neste trabalho...

Depreende-se que é mantido no Brasil o controle judicial sobre a matéria...

### *Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*

Os artigos 105 e 106 do CDC nos trazem a estrutura e as atribuições dos órgãos integrantes deste Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Estruturalmente o SND é composto dos órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e das entidades privadas de defesa do consumidor... Sendo competência do Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, da Secretaria Nacional de Direito Econômico — MJ a coordenação política do SND e o planejamento, orientação, informação e fiscalização das relações de consumo...

Poderá solicitar à Polícia Judiciária a instauração de Inquérito Policial para apuração de delito contra os consumidores; bem como celebrar convênios com este fito...

Caberá também destes órgãos ao MP para fins de adoção de medidas processuais no âmbito das atribuições do *paquet*...

## *Disposições Transitórias*

— Arts. 109 a 119

Dúvida art. 113 §§ 5.º e 6.º

Kelsen, Hans, "Théorie Pure du Droit", Être et Penser — Cahiers de Philosophie (Introduction a la Science du droit) Traduit de l'allemand par Henri Thévenaz, Juin 1953, Édition de la baconnière — Neuchatel, Suisse.

E sobre a norma jurídica em seu sentido puro? Como nos ensina o v. Professor Hans Kelsen, ob. cit., ant., p. 19, "Le crime n'est pas la cause de la punition, la sanction n'est pas l'effet de l'acte illicite. La relation qui existe entre les deux faits résult d'une norme prescrivant ou autorisant une condinte déterminée. Cette norme est elle-même le seus attaché à un ou plusieurs actes que des hommes out accomplis dans l'espace et dans le témps et qu'on appelle coutume, loi, arrêt judiciaire ou acte administratif.

Un acte illicita est suivi d'une sanction parce qu'une norme créée par un acte juridique (au seus d'acte créateur de droit), prescrit ou autorise l'application d'une sanction quand un acte illicite a été commis".

Perguntamo-nos a esta altura do trabalho se o direito é um juízo de valores ou a avaliação de fatos... Nosso mestre positivista mais uma vez nos esclarece: "Toute norme est l'expression d'une valeur, d'une valeur morales s'il s'agit d'une norme morale, d'une valeur juridique s'il s'agit d'une norme juridique. Si l'on constante que la conduite d'un individu correspond ou ne correspond pas à une norme positive, ou émet un jugement de valeur, mais un tel jugement ne diffère pas essentiellement d'une constatation de fait (ou jugement de réalité), car il se rapporte à une norme positive et par elle au fait qui l'a créée." Idem, ob. cit., p. 20.

... "L'imputation relie donc deux comportements humains, l'acte illicite et la sanction... La science du droit ne vise-t-elle pas à donner une explications causale des comportements humains auxqueels le normes juridiques s'appliquent." Idem, ob. cit., p. 21.

... "On reconnâite que son contenu varie selon les époques et que le droit positif est un phénomène conditionaré par des circonstances de temps et de lieu. Mais l'idée d'une valeur juridique absoluc n'a pas complètement disparu. Elle subsiste dans l'idée morale de justice, que la science juridique positiviste n'a pas abandonnée. Bien que le droit soit nettement distingué de la justice, ces deux notions restent liés par des fils plus ou moins visibles. Un ordre étatique positif, enugne-t-on, ne peut appartenir au domaine du droit que s'il fait une certaine place à l'idée de justice, soit en réalisant un minimum moral, soit en s'efforçant, même de façon insuffisante, d'être un droit équitabele et juste. Le droit positif doit donc répondre, dans une mesure simodereste soit-elle, à l'idée de droit".

...“Cette théorie suffisait dans le temps relativement calmes où la bourgeoisie avait consolidé son pouvoir et où régnait un certain équilibre social. Sans doute la science du droit ne tirait pas toutes les conséquences du principe positiviste auquel elle adhère officiellement, mais elle s’en inspirait cependant dans une très large mesure.” — *Idem*, *ob. cit.*, p. 58.

Depreendemos que o direito positivo nacional é uma representação ético-jurídico-social de uma determinada sociedade num determinado grau de civilização! A afinação ou a positividade do direito penal quer pela apreciação segundo a doutrina de valores e/ou de fato social, representa sim a preocupação neste momento histórico de um povo o que será considerado ato ilícito, bem como sua respectiva e conseqüente sanção...

Os delitos econômicos enquadram-se, pois, nesta identidade com retribuição jurídica na esfera penal (delitos); na esfera administrativa (infrações administrativas); e/ou da área civil/comercial...

Além do direito posto, há que se observar a vontade do ser humano, na determinação de sua conduta determinismo/livre arbítrio: “La notion fondamentale du droit est la liberté, soit la possibilité de se déterminer soi-même. L’homme est sujet du droit parce qu’il a cette possibilité, parce qu’il a une volonté”. — *Idem*, *ob. cit.*, p. 97.

Jeanet, Fernand-Charles — “Le Code des Prix et les principes fondamentaux du droit penal classique” (Essai sur la répression de l’infraction à la discipline économique), Éditions Domat — Montchrestien, Daltoz Éd., 1943, Paris.

... “Le juge pouvait choisir entre l’amende et la prison, qu’il pouvait, éventuellement, interdire ou délinquant l’exercice de sa profession ou fermer un fonds de commerce: c’est une peine éliminatoire qui remplit ici même fonction qu’ailleurs la relégation.” — *Ob. cit.*, *ant.*, p. 63.

... “Le delit est avant tout en délit matériel, c’est tout d’abord le trouble économique qu’il faut prévenir!

... La Legislation des prix contribue ainsi pour sa part au double mouvement contemporain de restriction des mesures d’indulgence et de renforcement des circonstance aggravantes et plus particulièrement de la récidive.” — *Idem*, *ob. cit.*, p. 64.

“La loi française du 21 Octobre 1940 fait de la majoration illicite un délit matériel, brutalement sanctionné, sans établir les gradations qui peut-être s’imposeraient et qui, d’ailleurs, seraient tout à fait compatibles avec la discipline économique.

On concevrait fort bien un premier degré de répression pour le délit purement matériel; un second degré de répression pour le délit intentionnel;

un troisième degré pour le délit motivé par la cupidité. Une distinction devait en outre être faite selon que l'infraction commise dénote ou non l'habitude chez le délinquant. La discrimination de ces diverses hypothèses constituerait un guide très utile pour le juge, elle permettrait une répression plus nuancée et mieux adaptée aux variétés multiples du délit de majoration illicite". — *Idem*, ob. cit., p. 68.

... "Mais les retouques apportées au système classique de l'individualisation de la peine révèlent aussi un autre aspect du problème de politique criminelle engendré par la législation des prix; le législateur a voulu s'assurer que le juge ne se soustrairait pas à l'impératif de sévérité contenu dans la loi; il a voulu subordonner la répression judiciaire à la conception administrative de la discipline économique. Cet aspect de la question est infiniment délicat, tant par les difficultés pratiques qu'il engendre que par les questions de principe qu'il soulève: c'est ce dont on se rendra encore mieux compte en examinant la procédure particulière à la répression du délit de majoration illicite." — *Idem*, ob. cit., p. 75.

... "Le législateur satisfait ainsi à un double désir: celui de renforcer la discipline économique en concentrant entre les mains du Contrôle Economique le pouvoir de commander, de contrôler et de punir. Et celui de renforcer l'autorité politique du pouvoir central: la loi du 28 Juin 1941. qui permet au Préfet de procéder à l'internement administratif des délinquants en matière de prix et de ravitaillement, la loi du 31 Décembre 1942 qui permet de déférer les délinquants du Tribunal spécial des agressions nocturnes..." — *Idem*, ob. cit., p. 78.

"En effet, l'administration du Contrôle Economique est libre de substituer des sanctions administratives aux peines judiciaires." — *Idem*, ob. cit., p. 101.

"Mais c'est surtout le caractère d'infraction à la discipline économique qui forme le ciment essentiel des règles particulières contenues dans cette loi, traversée par le souffle autoritaire: le principe de légalité subsiste, mais chaque loi n'est qu'un ordre que les dirigeants sont appelés à modifier pour agir sur les événements, la fonction législative étant aujourd'hui subordonnée à la fonction gouvernementale; le principe de la personnalité des peines est respecté, mais la société est comme une hiérarchie et chaque échelon est responsable devant l'échelon supérieur des fautes de l'échelon inférieur; le principe de l'individualisation de la peine est respecté, mais il ne doit pas servir à éluder les prescriptions impératives qu'empporte la discipline économique." — *Idem*, ob. cit., p. 107.

"Cette distinction est justifiée par le caractère profond de l'infraction économique; tantôt délit artificiel qui ne mérite qu'une sanction automatique, purement intimidante, non infamante ne peccetur et tantôt délit naturel, délit astucieux dénotant une mentalité anti-sociale, qui mérite une sanction infamante, quia peccatum." — *Idem*, ob. cit., p. 110/111.

## Capítulo VII — Das Sanções Administrativas

### Arts. 55 a 60 — CDC

A competência para aplicação de sanções administrativas é concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, com relação à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços...

São elencadas pelo CDC as infrações administrativas taxativamente, e sem prejuízo da aplicação judicial pertinente: apreensão de produto; multa, inutilização de produto; cassação de registro; proibição de fabricação de produto; suspensão temporária de atividade; revogação de concessão ou permissão de uso; cassação de licença de estabelecimento ou atividade; intervenção administrativa; e imposição de contra-propaganda...

A pena administrativa de multa será adequada às circunstâncias da infração administrativa e a do agente...

As outras penas administrativas de apreensão, inutilização de produto, proibição de fabricação, suspensão e revogação de concessão ou permissão de uso, etc., serão concedidas ampla defesa (contencioso administrativo)...

No direito francês cabe reincidência e quase-reincidência em caso de infrações administrativas. E no direito brasileiro?

### Título II — Das Infrações Penais

O CDC dispõe das infrações penais puníveis além das previstas no CP Brasileiro...

Pune-se o delito omissivo de se omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produto (embalagens, envólucros, recipientes ou publicidade) pena: detenção de 6 meses a 2 anos e multa... Admite-se a forma culposa... Também pune-se este crime se a periculosidade e/ou nocividade é posterior à colocação no mercado do produto. Mesma pena!

#### *Das Infrações Penais*

(Art. 61 a 80 — CDC)

Capitulação legal como delito econômico as omissões, delito omissivo próprio e/ou impróprio com apenação de detenção...

Constitui delito omissivo impróprio "omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade". (Art. 63, CDC.)

Constitui delito omissivo próprio o capitulado no art. 64, CDC: "Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento *seja posterior* à sua colocação em mercado."

... “Em muitos tipos penais, elementos constitutivos do crime estão implícitos, exigindo, desse modo, uma investigação especial. E quanto a outras fontes de deveres jurídicos, que vão além das palavras descritivas da lei penal, exigindo juízos de valorização, deve-se lembrar, igualmente, que existem, em muitos tipos penais, elementos constitutivos do crime de natureza valorativa. A questão básica, fundamental, portanto, não está na própria essência, da omissão imprópria, mas no modo que deve ser ela disciplinada pelo direito penal.” — Luna, Everardo da Cunha, “Capítulos de Direito Penal” (Parte Geral com observações à Nova Parte Geral do Código Penal), Saraiva, SP, 1985, págs. 165/166).

“Sendo o fato omissivo uma manifestação da vontade, o elemento subjetivo da omissão é a própria vontade. Desse modo, temos: 1) a manifestação da vontade como elemento objetivo da omissão; e 2) a vontade manifestada como elemento subjetivo da omissão. O elemento subjetivo da ação e o elemento subjetivo da omissão, portanto, enraizam-se na vontade do homem. Tanto na ação como na omissão, presente está a consciência e presente a vontade.” — Idem, ob. cit., ant., pág. 168.

“Por conseqüência, no dolo, na culpa, na culpabilidade e na consciência da antijuridicidade, os princípios fundamentais são os mesmos para a ação e para a omissão.” — Idem, ob. cit., pág. 168.

“É admissível a participação por omissão em crime da ação ou de omissão.” — Idem, ob. cit., ant., p. 168.

“Nos crimes de periclitacão da vida ou da saúde, o bem jurídico que assume a ‘direção dogmática’ é a segurança da vida ou da saúde, figurando a vida e a saúde como bens jurídicos dirigidos, em que pese a que o bem fundante (Segurança) seja, na hierarquia dos valores, inferior ao bem fundado (vida ou saúde).” — Idem, ob. cit., ant., pág. 131, *apud* Lema, Estrutura Jurídica, cit., p. 115.

O art. 65 do CDC integra o rol de crimes contra a Organização e o Trabalho, com apenação em detenção...

E o art. 66 do CDC constitui delito de falsidade de informações, com detenção determinada... Este tipo aceito pelo CDC forma culposos com pena diminuída...

Os arts. 67, 69, 72 e 73 tratam da propaganda enganosa; todos com pena de detenção...

Alguns artigos têm natureza cível com penalidades penais — Art. 72 e 74 — Detenção...

E o art. 71 a grosso modo se identifica com o exercício arbitrário das próprias razões...

O art. 76 taxativamente enumera as circunstâncias agravantes dos delitos econômicos retratados pelo CDC — cometimento do ilícito em época de crise econômica ou calamidade; resultado de dano individual e/ou coletivo; dissimulação da natureza ilícita do procedimento; ou com autor do ilícito funcionário público ou pessoa de condição sócio-econômica superior na seleção de consumo (fornecedor); contra incapazes plenos ou parciais...

As penalidades impostas são a detenção cumulativa ou alternativa à pena de multa, além da interdição temporária de direitos; publicação em imprensa sobre fatos da condenação; e/ou a prestação de serviços à comunidade...

Concessão de fiança pela autoridade policial e/ou judicial com base no BTN ou o que lhe substitua como índice...

A pena de detenção é a mais branda integrante das privativas de liberdade. "O condenado à pena de detenção é sempre um delinqüente que praticou fatos delituosos de menor gravidade". — Marques, José Frederico, *Curso de Direito Penal*, Saraiva, SP, 1956, pág. 140.

Sendo autorizada a substituição da detenção pela multa (CP) nos casos que a lei assim preveja (lei adjetiva)... "Não cabendo concessão de *sourcis* nos crimes contra a economia popular". — Idem, ob. cit., ant., pp. 140/141.

"A multa é pena criminal, embora atinja o patrimônio do delinqüente. A pena pecuniária do direito penal distingue-se da pena pecuniária administrativa, pelo fato de ser sempre conversível em meio aflitivo pessoal... Nisto reside a principal diferença entre a pena pecuniária e as sanções administrativas." — Idem, ob. cit., ant., p. 150.

A legitimidade ativa processual compete ao Ministério Público; às Pessoas Jurídicas de Direito Público; às Associações e/ou entidades públicas ou privadas com esta finalidade, etc., cabendo ação penal subsidiária se inerte o órgão ministerial!

Política de incentivo à criação e desenvolvimento de Associações representativas, retrata claramente o fortalecimento da massa difusa de titulares de direitos e sem mobilização frente a massificação de mídia e do consumismo.

Outras disposições do art. 4.º dizem respeito ao intervencionismo do Estado no livre mercado para fim de equilibrar as relações de consumo (incisos — d — III, IV, V, VI, VIII), referindo-se ao controle e fiscalização dos bens e produtos colocados em mercado.

Art. 5.º Atuação do Executivo nas relações de consumo por seus delegados e órgãos a este assemelhados...

## *Interesses difusos*

O tema é bastante importante, haja vista a diferenciação e conceituação adotada pelo CDC...

A doutrina do interesse jurídico ou juridicamente protegido, tese do direito privado e de toda Teoria Geral do Direito gera conseqüências em todos os ramos da ciência jurídica...

Após pesquisa doutrinária realizada onde constatamos edições esgotadas de livros com tema tão atualmente tratado, principalmente no estudo da Lei Federal n.º 7.343, de 24-7-85 (ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direito de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico)...

A análise realizada pelo Prof. Rodolfo de Camargo Mancuso — Interesses Difusos (conceito e legitimação para agir) — SP, *Revista dos Tribunais*, 1988, norteou nossas reflexões sobre a temática!!

Para o citado autor na obra referida às págs. 12/15 "o interesse é un avantage d'ordre pécuniaire ou moral" — Henri Capitant, *Vocabulário Jurídico*, verbete interés (trad. espanhola); sendo que "o interesse interliga uma pessoa a um bem de vida, em virtude de um determinado valor que um bem possa representar para aquela pessoa. A nota comum é sempre a busca de uma situação de vantagem, que faz exsurgir um interesse na posse ou fruição daquela situação. Mesmo o interesse "processual" não foge a esse núcleo comum: ele é reconhecido quando o processo se revela útil e necessário à obtenção de certa posição de vantagem, inalcançável de outro modo".

Segundo este autor, as associações constituem uma reunião de pessoas tendo em comum atividades e fins de benefícios coincidentes a serem alcançados... As associações não são um mero aglomerado de indivíduos, mas "uma concentração de interesses individuais, que correspondem à uma outra realidade, quais sejam a dos interesses coletivos" — Audenet. J. — *apud* Mancuso em ob. cit., p. 49...

Na proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos, em "A Tutela dos Interesses Difusos" — obra coletiva coordenada por Ada Pellegrini Grenover às pp. 98/99, *apud* Mancuso em ob. cit., p. 59: existem 03 planos de interesses plurisubjetivos; o 1.º alberga situações como a do condomínio "pro indiviso", o litisconsórcio; o 2.º compreende situações que apresentam uma relação-base, legitimando cada um dos integrantes a postular, em nome próprio, direitos concernentes ao grupo; o terceiro plano é formado por interesses que, sendo "comuns a uma coletividade de pessoas", não repousam necessariamente sobre uma relação-base, sobre um vínculo jurídico definido que as congregue. A tais interesses por último referidos, o autor anota que a doutrina italiana os vem chamando



“coletivos” ou “difusos” — (A ação popular do direito brasileiro, como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos, Temas de Direito Processual, pp. 110 e s.)

A *Enciclopédia Saraiva de Direito* v. 45, Nota 4, p. 414, v. 16, p. 401 identifica “os interesses coletivos quando existe um grupo de pessoas, com interesses comuns que só seriam comunitariamente perseguíveis, ao passo que o interesse difuso não se caracterizaria por qualquer momento associativo.” — Interesses difusos, ob. cit., Mancuso à p. 59.

“Os interesses difusos apresentam as seguintes notas básicas: indeterminação dos sujeitos; indivisibilidade do objeto; intensa conflituosidade; duração efêmera, contingencial.” — Mancuso em ob. cit. ant., p. 64.

Mais adiante, na referida obra à pág. 61, diz textualmente que “o interesse é sempre uma relação entre uma pessoa e um bem (quod inter est.), no caso dos interesses difusos essa relação é super ou meta individual, isto é, ela se estabelece entre uma certa coletividade, como sujeito, e um dado bem de vida “difuso”, como objeto”.

“... Os interesses difusos situam-se assim, no “extremo oposto” dos direitos subjetivos, visto que estes apresentam como nota básica o “poder de exigir”, exercitável por seu titular, contra ou face de outrem, tendo por objeto certo bem de vida.”

As Associações de Defesa do Consumidor “têm poder de agir em nome do interesse coletivo que elas representam, desde que: a) seja respeitado o princípio da especialidade, isto é, a pertinência entre o objeto da ação e os fins estatutários da associação; b) seja feita a prova de que o interesse coletivo em questão se contém dentro dos limites de atuação da associação, de sorte a não se confundir com o interesse geral, cuja tutela incumbe ao Ministério Público” — Mancuso, ob. cit., p. 127.

### *Conclusão*

Segundo os ensinamentos de E.B. Pasukanis — A Teoria Geral do Direito e o Marxismo, Trad./apres. e notas de Paulo Bessa, Ed. Renovar, RJ, 1989, o direito penal é garantido na ordem jurídica embasado na noção de propriedade privada; assim sendo, derivado de um contrato entre os cidadãos e o Estado!!! “As condutas moralmente reprováveis passam a ser penalmente reconhecidas quando implicam em um certo nível de ferimento à ordem econômica.” — Ob. cit., pág. XIX — Apresentação.

“A responsabilidade no Direito Penal é pessoal, não passando, em tese, da pessoa do delinquentes — princípio este que foi alçado ao nível de preceito constitucional — os conceitos de dolo e culpa são, destarte, derivados dos conceitos aplicados ao Direito em Geral e, em especial, vinculam-se à vontade juridicamente válida. Daí decorre que só há delito

imputável a alguém quando, na ação deste alguém, possa ser encontrado um componente psicológico bastante preciso: a volição. Justifica-se, conseqüentemente, a exclusão daqueles que não sejam senhores de sua vontade do campo de incidência da norma penal, exclusão esta que, por igual, é feita de tais indivíduos do círculo daqueles que podem contratar validamente.” — *Idem*, ob. cit., pp. XX e XXI.

Conforme nos ensina P. I. Stucka, apud Pasukanis, E. B. in ob. cit. ant., p. 53: “O direito, enquanto sistema particular de relações sociais, caracteriza-se, segundo ele, pelo fato de que assenta-se sobre a violência organizada, isto é, estatal, de uma classe. Naturalmente já conhecida esta opinião, mas continuo a sustentar, depois de uma segunda explicação, que, em um sistema de relações correspondentes aos interesses da classe dominante, erigida sobre a violência, podem e devem ser extraídos os momentos que dão fundamentação material ao desenvolvimento da forma jurídica.”

“... Tanto o valor quanto o direito de propriedade são enquadrados por um único e mesmo fenômeno: pela circulação dos produtos transformados em mercadoria. A propriedade jurídica nasce, não porque veio à idéia dos homens se atribuírem reciprocamente tal qualidade jurídica, mas porque eles não podem trocar mercadorias sem vestirem a máscara jurídica. O poder ilimitado de dispor da coisa nada mais é do que o reflexo da circulação ilimitada das mercadorias.” — *Idem*, ob. cit. ant., p. 98.

“A livre concorrência, a liberdade de propriedade privada, a igualdade de direitos no mercado, e a garantia da existência da classe unicamente como tal, criavam uma nova forma de poder estatal, a democracia, que faz uma classe ascender coletivamente ao poder.” — I. P. Podvo-locky, *Marksestskaia Scoriia prava*, op. cit., 1923, p. 55, apud Pasukanis, E. B. em ob. cit., p. 117.

### *Bibliografia*

PEDRAZZI, Cesare e Costa, Paulo José Jr. *Tratado de Direito Penal Econômico* (Dir. Penal das Sociedades Anônimas). Editora Revista dos Tribunais Ltda., SP, 1973.

SOYER, Jean Claude. *Droit Penal et Procedure Penale*. Quatrième édition, 1976, Paris, L. G. D. J. (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence).

TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do Processo Penal Romano*. SP Bus-hatsky, 1976.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal* (Parte Geral) — *Aspectos Fundamentais*. Tradução Juarez Tavares. Sérgio Antônio Fabris Editora, Porto Alegre, 1976.

CORREIA, Eduardo e outros... *Direito Penal Econômico*. Ciclo de Estudos, 1ª ed., Coimbra, 1985.

- FERREIRA, Manoel Gonçalves Filho.** *Curso de Direito Constitucional*. Editora Saraiva, 14ª ed., SP, 1985.
- GRAU, Eros Roberto.** *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. SP, Editora dos Tribunais, 1990.
- DORÉMUS, Cristian et SAUTRAY, Gilbert.** *Consommateur ou consommés? Le Senil, 1973 — Problèmes Économiques (Selection Hebdomadaire de textes économiques, 3 F, Paris)*.
- SEGADE, José Antônio Gomez.** Notas sobre el derecho de información del consumidor. *Revista del Derecho Industrial*. Septiembre-Diciembre, 1962, Ediciones Dipalma, Buenos Aires.
- HIPPEL, Eiken Von.** Defesa do Consumidor. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*. Instituto de Informação do Estado do RS, RPGE, Porto Alegre, 1980.
- CARAZZA, Roque Antônio.** Responsabilidade Administrativa por lesão ao consumidor — Competência estadual para disciplinar a matéria. *Voz Legis*, Repositório autorizado da jurisprudência do STF, vol. 223, SP, 1987.
- FONTAINE, Marcel.** La Protection du consommateurs en droit civil et en droit commercial belges. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, Tome XXVII, Année 1974.
- COMPARATO, Fábio Konder.** A Responsabilidade do Produto em recente anteprojeto de lei no Brasil — Comparação com o Direito Alemão. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, Ano XXV, nº 63, julho/setembro, 1986 — Revista dos Tribunais.
- SZNICK, Valdir.** Ombudsman Ministério Público — Defensor Público na Constituição. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, ano 12, nov./1988, vol. 58, Editora Vellenich Ltda., SP.
- AXEL, D. Edling.** *Cláusulas Contratuais Abusivas*. Trad. Antônio Hermes V. Benjamin.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo.** *Interesses Difusos (Conceito e legitimação para agir)*. Revista dos Tribunais, SP, 1988.
- PASUKANIS, Eugeny Broneslanoreich.** *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Trad. apres. e notas Paulo Bessa, RJ, 1989, Ed. Renovar.
- B. L. E.** (Boletín de Legislación Extranjera). L-October, 1981, Coimbra — Cortes Generales. Serviços de Estudios.
- Boletim nº 5.* Instituto de Direito Comparado. Maio, 1976, Caracas-Venezuela, Ministério de Justicia, Consultoria Jurídica.
- DERRUPPÉ, Jean.** Le Contrôle des Pratiques illégales et irrégulières, au regard de la Politique de Protection des consommateurs. *Revue Internationale de Droit Comparé*. 38<sup>e</sup> Aimé, nº 2, Avril, Juin, 1966 — CNRS — Centre Français de Droit Comparé, Paris.
- GAUSSEL, Alain.** Laboratoire Cooperatif d'Analyses et de Recherches. (Septembre 1973) — Problèmes Économiques, 3F, nº 52, Paris.
- ALSENA, Jorge Bustamante.** Responsabilidade civil por produtos elaborados con particular referencia al derecho argentino. *Revista de Direito Civil, Imobiliário e Empresarial*, Ano 3, Abril/Junho, 1977.
- SCREVENS, Raymond.** Aspectos Penais da Proteção ao Consumidor. *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*. 1973/1974, nº 7, Avril 1974.

# Economia de Mercado e Repressão ao Abuso do Poder Econômico

JOSÉ MATIAS PEREIRA

Analista de Planejamento e Orçamento do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento (economista do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada — IPEA) e Mestre pela Universidade de Brasília — UnB. Exerce atualmente o mandato de Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE, do Ministério da Justiça.

A proteção à livre concorrência torna-se cada vez mais necessária nos países de economias complexas. No Brasil a opção por uma economia livre (ou de livre mercado) vem permitindo que esse assunto seja debatido, com grande intensidade. Essa discussão decorre da importância (comprovada pelos países desenvolvidos) da livre concorrência entre empresas, visto que através dessa liberdade de atuação e comércio é que se obtém, na ponta, a melhoria da qualidade e nos preços dos produtos fabricados no país.

E para tratar da questão da proteção ao abuso do poder econômico, torna-se necessário focar a forma de atuação de determinadas organizações que interferem de maneira inescrupulosa no funcionamento do mercado. Esse fenômeno de formação de grupos e concentração no capitalismo moderno se apresenta de várias maneiras. Destacam-se entre eles os trustes e os cartéis, sobre os quais tratarei a seguir.

Do agrupamento sólido de empresas de um mesmo setor, sob direção única, de forma a se comporem para fazer prevalecer os seus interesses, nasceu o denominado *truste* (da palavra "trustee", da língua inglesa, que designa a pessoa que administra bens de propriedade de outrem). Essas organizações surgiram nos Estados Unidos da América, no final do século XIX, o mais conhecido deles foi o truste do petróleo. Por serem os principais compradores do petróleo bruto, influíam de forma decisiva no preço da matéria-prima, ao mesmo tempo em que sendo os principais refinadores, impunham o preço de venda do produto refinado. Da resistência dos fornecedores de matéria-prima e dos consumidores norte-americanos (que se tornaram dependentes de um poderoso intermediário, de quem já não podiam prescindir, pelo monopólio que se estabeleceu no mercado, dominado pelo truste), nasceu a lei antitruste (*Sher-*

*man Act*) daquele país, votada em 1890, por iniciativa do Senador Sherman.

Deve-se ressaltar que aquele dispositivo legal norte-americano, em seu artigo 1.º, declarava ilegal todo contrato, combinação em forma de truste ou noutra forma, conspiração que limitasse a livre atividade ou o livre comércio entre os Estados ou com as nações estrangeiras. Apesar dessa legislação repressiva, o objetivo de extinguir totalmente os trustes nos Estados Unidos não foi alcançado, visto que aquelas empresas abandonaram a forma inicial, passando a operar como sociedade anônima comum, aniquilando os concorrentes mais fracos, através do processo de fusões das diferentes sociedades.

Esse processo de absorção das empresas menores pelas grandes organizações é alcançado também pela instituição da *holding*, pelo qual uma companhia detém a maioria das ações de diversas sociedades que, de forma aparente, conservam sua autonomia jurídica, mas, na realidade, são orientadas e dirigidas por uma só companhia, que designa os diretores e administradores das diversas empresas a ela (*holding*) subordinadas.

O cartel, por outro lado, apresenta-se de maneira inversa à do truste, ou seja, representa um acordo, um ajuste, uma convenção, de empresas independentes, que mantém, mesmo com o acordo, sua independência administrativa e financeira. Visam os empresários agrupados em cartel obter condições mais vantajosas na compra de matéria-prima ou dominação de mercados consumidores, eliminando, dessa maneira, o processo normal de concorrência.

Em síntese, o fenômeno da concentração industrial e financeira é uma característica do truste. Por sua vez o cartel tem como objetivo principal eliminar ou diminuir a concorrência e conseguir o monopólio em determinado setor da atividade econômica.

Pode-se afirmar, portanto, que, no ponto de vista do consumidor, os cartéis representam um inconveniente perigoso, visto que, em tese, podem fixar os preços no patamar que desejarem (obtendo assim lucros elevados para os componentes do cartel). Para os trabalhadores essas ligações também representam uma ameaça, pela possibilidade de ajustarem tetos salariais e o eventual cadastramento em um banco de dados, de empregados indesejáveis, dificultando a obtenção de emprego para esses operários.

Vale observar que para os trabalhadores, a ação dos trustes e cartéis é atenuada com a organização em sindicatos fortes. Os consumidores, porém, não possuem a mesma possibilidade de se organizar para enfrentarem essas associações espúrias, sofrendo assim as consequências do abuso do poder econômico. Decorre daí a necessidade da legislação repressiva, que não deve, entretanto, representar um fator de entrave ao desenvolvimento econômico, mas, sim, um instrumento que permita a repressão de eventuais abusos praticados contra a livre concorrência.

Com base nessa realidade deve ser observada a importância da aplicação das leis de defesa da concorrência, nas quais estão definidas as diversas formas de abuso de poder econômico, tipificando as situações ou ações de domínio de mercado, eliminação de concorrência e aumento arbitrário de lucros, e que não sendo coibidas, afetam de forma grave a economia do país.

Após essas considerações, passarei, a seguir, a analisar a importância da forma de atuação do órgão encarregado de julgar os abusos do poder econômico no Brasil.

Parece-me oportuno destacar inicialmente que ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE compete julgar os abusos de poder econômico nos diversos mercados nacionais, visando à preservação da livre concorrência entre as empresas, beneficiando, em última instância, os consumidores e usuários dos produtos ou serviços oferecidos (respaldado pelas Leis n.ºs 4.157/62 e 8.158/91, que definem o abuso do poder econômico e a proteção à livre concorrência). Essa competência legal coloca o CADE na posição de um verdadeiro Tribunal Administrativo de Defesa Econômica.

Nesse contexto deve-se observar que os mecanismos constitucionais que caracterizam o Estado de Direito têm o objetivo de defender o indivíduo dos abusos do poder, especialmente os do poder econômico. A igualdade, tal como entendida pela doutrina liberal, é igualdade na liberdade, o que significa que não se deve permitir que o mercado seja perturbado ou afetado, em especial os seus mecanismos de formação de preços, de livre concorrência, da liberdade de iniciativa ou dos princípios constitucionais da ordem econômica.

Dentro desse enfoque, é que me parece deve ser entendida a existência e filosofia de atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE em nosso País. Ou seja, instituição que visa assegurar o bom funcionamento da economia de mercado, impedindo que o abuso do poder econômico venha a se constituir em agressão aos princípios de equidade que devem nortear o sistema da livre iniciativa.

Na busca de coibir eventuais abusos, o CADE termina por trabalhar com parâmetros éticos e julgamentos de valor. Embora defendam alguns estudiosos do assunto que nada deve interferir no andamento do mercado, que venha a ferir sua soberania, por vezes, sobretudo na moderna economia, tornou-se imprescindível contar com um órgão apto a decidir sobre o conceito do que vem a ser abuso econômico, apurando e propondo medidas que visem corrigir essas anomalias de comportamento nos diversos setores da economia.

O campo de atuação do CADE no Brasil reveste-se de certos aspectos especiais que convém destacar. Refiro-me a situações monopolísticas ou oligopolísticas geradas pelo próprio estágio do nosso processo de desenvolvimento. A fiscalização da concorrência nesse estágio carece de uma

maior atenção, visto que nele costuma ocorrer uma maior incidência de abusos do poder econômico.

É bastante perceptível que os países em vias de desenvolvimento utilizam tecnologia oriunda de nações desenvolvidas. Estas, de um lado, têm os mercados internos significativos e, de outro, desfrutam de lugar garantido para seus produtos no mercado internacional. Esses amplos mercados, aliados ao fato de que a produção em grande escala facilita a introdução de inovações tecnológicas, fazem com que o tamanho mínimo das unidades produtivas tenda a aumentar constantemente.

Como resultado dessa realidade, notadamente nos setores modernos, ocorre um descompasso entre a dimensão do mercado interno dos países menos desenvolvidos e o tamanho das unidades produtivas que desejam criar com base na tecnologia atualizada, importada, na sua maioria. Em casos de países menores, esse descompasso inviabiliza o investimento, surgindo, assim, sério obstáculo a todo o processo de desenvolvimento. Nos países de maior porte, como o Brasil, o investimento revela-se viável, mas a instalação de uma ou poucas unidades é suficiente para atender a todo o mercado interno. Multiplicam-se, assim, situações oligopolísticas, virtuais monopólios, como são os casos das indústrias automobilística e de medicamentos, entre outros.

É importante observar, em princípio, que essas situações não são procuradas pelas empresas, mas impostas pela tendência mundial de concentração e pelo estágio de desenvolvimento dos países em questão. A solução desses problemas está intimamente ligada ao sucesso das suas respectivas políticas de desenvolvimento econômico, que poderá torná-los competitivos nos mercados interno e externo.

O papel do CADE é, no caso, extremamente sensível. Ele não pode, de um lado, criar obstáculo a tais situações, porque isso poderia impedir a consolidação ou a implantação de importantes setores econômicos, nem, de outro, aceitar que elas sejam aproveitadas para manobras espúrias. A regra para o caso será a de não combater indiscriminadamente o oligopólio ou o monopólio, mas de coibir seu abuso. Existe, obviamente, também responsabilidade por parte das empresas que, nesses setores, devem ser particularmente escrupulosas no que se refere à não-interferência ao funcionamento do mercado livre.

Em síntese, se a concorrência não é protegida e o mercado passa a ser dominado por poucos, sem que haja fiscalização governamental, a tendência é o aumento dos preços das mercadorias, a queda da qualidade dos produtos (com a conseqüente redução de alternativas de compra) e a estagnação tecnológica. Não existindo a competitividade (que obriga ao aperfeiçoamento dos processos de fabricação, através de pesquisas e uso de novas tecnologias, bem como da adoção de métodos produtivos e administrativos mais eficazes), perde o País a capacidade de inserir-se a competir no mercado internacional.

# A Proteção Indiscriminada ao “Software” e os Riscos da Invenção

JULIO CESAR DO PRADO LEITE  
Advogado

Constituiu-se em Massachussets, nos Estados Unidos, por direta influência de professores de famosa universidade local, uma Liga para Liberdade de Programação que, entre outros objetivos, luta pela alteração da legislação da matéria naquele país, de modo a que não se acolha mais a patente integral e os direitos autorais sobre os produtos de *software*.

A Liga não se opõe ao registro de programas individuais para efeito de direitos autorais e a sua patente, mas rebela-se contra os privilégios que toquem a procedimentos de *software* que sejam naturais matrizes para o desenvolvimento de pesquisas no ramo.

O assunto é interessantíssimo e, por seu lado pragmático, transborda, sem dúvida nenhuma, para o campo jurídico.

Com efeito, toda a tessitura problemática nasce de que o *software* é um ramo de conhecimento técnico que está sempre em desenvolvimento. Esse desenvolvimento continuado e ininterrupto é mesmo uma característica do *software*.

Ora, em qualquer das pesquisas sobre a matéria está-se sempre a partir de um ponto já conseguido. Se a base estiver presa necessariamente a um direito exclusivo de uso que pode ser cedido onerosamente, toda a atividade inovadora fica presa a um custo adicional que poderá inviabili-



zar a divulgação dos novos resultados das pesquisas, exatamente porque apoiados em pontos a que chegaram outros pesquisadores individuados ou companhias já garantidos uns e outros pela proteção de patente ou pelo direito autoral.

Curiosamente, é de se notar que desde a década de 60 sustentava-se nos Estados Unidos em debates abertos que o *Copyright Office* — entidade federal — não deveria registrar o *software*, em razão da matéria. Argüíase que a fonte do programa (a linguagem natural usada pelo programador quando escreveu o programa) não podia ser susceptível de registro. Cerrado debate travou-se no tocante à forma binária do programa, particularmente quando incorporada no código-objeto, isto é, transformada na linguagem mecânica. Duvidou-se que também pudesse ter proteção pela via do direito autoral.

Em 1980, porém, essas questões desapareceram porque o Ato Regulador do *Copyright* foi modificado por lei federal exatamente para consagrar o entendimento de que o direito autoral seria hábil para cobrir os programas de computador.

A nova disposição legal tornou claro que o original código-fonte, escrito em linguagem natural, refletia a autoria; que o programa, consistente na lógica e no desenho do *software*, é a sua expressão e que todas as formas de *software* — das quais uma versão do programa — possam ser produzidas ou comunicadas com a ajuda de uma máquina, tornaram-se cópias susceptíveis de proteção. À sua vez, não foi tranqüila a proteção de patente do *software* na grande nação do Norte. Os primeiros pedidos, também na década de 60, foram rejeitados. A Suprema Corte, porém, admitiu o registro de patente do *software* e, com isso, tornou sem efeito o que decidira anteriormente o Registro de Patentes.

A Suprema Corte, contrariando o que argüíam os tecnocratas do Executivo, entendeu que o uso de fórmulas matemáticas e algoritmos, por si só, não elidiria a possibilidade da patente. Os técnicos governamentais pensavam exatamente em sentido contrário por não considerarem viável patentear-se fórmulas matemática ou uso de algoritmos.

Em decorrência, têm-se que hoje, nos Estados Unidos, o *software* pode ser protegido pelas leis estaduais que lastreiam a proteção do “segre-

do do negócio”, pelo direito autoral e, ainda, pelo regime do registro de patente.

Passados alguns anos, porém, retorna a matéria a debate. Agora, não sobre a possibilidade de se assegurar garantia e proteção ao direito autoral e de invenção. Não se contesta que tais direitos devem ser protegidos. Argui-se por novas observações e pelo decorrer do processo de desenvolvimento cibernético que será imprescindível sejam alcançados novos progressos tecnológicos de desfrute útil a todo campo em causa. Tudo está, como já referido, preso ao risco de que a invenção ou a reinvenção se apoiariam exatamente em dispositivo ou esquema pertencentes a fórmulas já registradas.

Em artigo recente a Revista *Communications of the ACM*, January, 1992, sob o título “Contra as Patentes de *Software*”, comenta as dificuldades em causa. Refere:

“Um sistema com centenas de milhares de componentes pode usar centenas de técnicas que poderão ser patenteadas. Cada patente custará, forçosamente, milhares de dólares. Passar por todos os pontos de perigo poderia facilmente custar cerca de um milhão de dólares. O que significa um custo maior que a elaboração de todo um programa.

Os ônus não param aí. As aplicações de patentes são trabalhadas por advogados. Um programador sem acompanhamento legal especializado, vendo uma patente pode não acreditar que o programa que elaborou esteja ou não a violar o direito de terceiro, do qual dita patente seja derivado.

Mas a Corte Federal pode entender diferentemente . . . Torna-se, pois, necessário fazer ouvir os consultores de patentes, em cada fase de desenvolvimento do programa.

Todavia, isto somente reduz o risco mas não o elimina. Torna-se necessário ter uma previsão de caixa para a eventualidade de uma demanda jurídica.

Ora, tais custos não podem nem ser previstos nem suportados por firmas individuais ou companhias de pequeno porte.”

“A patente de *software*, conclui o artigo, coloca um fim nos empreendedores que se ocupam do mesmo processo.”

Nos Estados Unidos, o registro garante ao inventor dezessete anos de privilégio. Ora, tal espaço de tempo é muito longo para um ramo de conhecimento que ocupa milhares de cabeças pensantes e que evolui em velocidade vertiginosa.

Se a invenção recair sobre peça protegida, e de cujo uso não abra mão o seu inventor, toda uma máquina resta paralisada, sendo de notar, aliás, que necessariamente o detentor da invenção não prossegue na elaboração e desenvolvimento de patamares superiores de pesquisa e formulação.

É certo que nada protege os programadores do uso acidental de técnica já patenteada.

O pior perigo está em se verificar depois de se desenvolver um programa por inteiro e sob rota preestabelecida, que ele se apoiou involuntariamente em uma ou várias patentes. Dir-se-ia que se deve fazer previamente uma busca de patentes no campo que se vai operar. Mas isso se torna oneroso em demasia, por tempo e dinheiro — pois a busca em si mesma é muito cara.

O que se pretende, pois, é que a verificação da lealdade se restrinja ao objetivo do programa montado e a sua destinação específica por onde se fizesse constatar, de modo iniludível, que não se cogitou de apropriação de qualquer obra de terceiro.

De toda forma, fica muito claro que no campo cibernético é, fora de dúvida, que no referente ao *hardware* o mecanismo da patente não sofre contestação; mas no tocante ao *software* é preciso cuidar no dispor sobre a matéria, de modo a que não se estiole a criação e abra-se a fornalha voraz das grandes corporações para impedir o nascimento e desenvolvimento de novas empresas e mesmo de novas invenções.

Já a Constituição Brasileira determina que a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Essa é a letra expressa do item XXIX do art. 5.<sup>o</sup> do Diploma Maior. Por ele se infere, de logo, que a proteção em causa é em si mesmo temporária e essa garantia individual deve ser concertânea com as exigências do desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Ao mesmo tempo, a Carta Magna assegura ao autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

É preciso convir que um sistema de *software* é muito mais fácil de conceber que um sistema de *hardware* com um mesmo número de componentes. O custo entre um e outro difere substancialmente. Qual a diferença? É simples: um sistema *hardware* necessita ser desenhado usando componentes reais de custo variável entre eles. Em contraste, um programa de computador é constituído a partir de objetos matemáticos ideais cujo conhecimento é definido e não modelado por aproximações, por regras abstratas.

Isso não significa, é claro, que não sejam incrivelmente complexos os programas de computação. Tem ele, possivelmente, mais "peças" que as utilizadas na imaginação e confecção de um computador, cada vez com oferta de maior operacionalidade.

O perigo de reter-se o *software* sob reserva de uso mediante patente consiste, como parece claro, em que por interesses comerciais e mercadológicos, pode-se reter um dispositivo que tenha janelas aptas a entrar o vento livre da invenção.

Pode, em conseqüência, uma empresa reter um programa desenhado por outra concorrente se ela vier a se apoiar exatamente no dado conhecido, publicizado e posto sob garantia.

Veja-se, com clareza, que a questão levantada pela Liga não toca ao programa como um todo. Esse deve continuar sendo garantido pelo prazo legal estipulado. Mas não é certo que um módulo por ele usado

seja tamponado, de modo a não poder valer como resposta para outro programa bem distinto e inconfundível.

O pior perigo da proteção indeterminada que contemple todo o programa ou parte dele está em que as grandes empresas estarão bem armadas para impedir o surgimento de novas companhias, que principiarão modestas mas cujo trabalho bem organizado poderia levá-las a rápido desenvolvimento.

Em outras palavras, pode-se ter que é preciso rever a idéia básica de proteção do *software* sob pena de as novas inventivas ou mesmo a livre iniciativa ficarem mutiladas prejudicando o mercado concorrencial e a liberdade de invenção que garante a democracia na concepção e desenvolvimento do *software*.

O problema nos chega, aqui no Brasil, com intensidade.

Foi grande o nosso progresso em todo o campo cibernético. Tanto no *hardware* quanto no *software*. Se o primeiro encontra-se, ainda, muito preso às modificações tecnológicas alienígenas, o *software* está alcançando aqui uma sensível velocidade de liberação.

Essa liberação, que significa invenção e progresso, pode, no entanto, ser sustada subitamente se as forças das grandes corporações cercarem as partes de seus programas genéricos ou específicos de garantias legais contra o pretenso uso abusivo.

Forçosamente, as pesquisas que se processem aqui em direção ao novo, necessariamente, hão de apoiar-se no que já foi feito nos países pioneiros. Mas essa circunstância não pode e não deve tolher, pelo custo ou mesmo pela proibição, a pesquisa pura que venha a se estratificar em prática nova e susceptível de constituir um avanço sobre o qual se poderá apoiar novos sistemas, com resultados científicos e pragmáticos, ponderáveis e postos à disposição da nossa economia ou mesmo da economia internacional no ramo sob enfoque.

A nossa legislação deve cogitar da hipótese e as autoridades estarem vigilantes para que, segundo o previsto no Texto Constitucional, a proteção às criações e à propriedade das marcas sintonize com o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

# Usucapião Coletivo

DALMO DE ABREU DALLARI

1. O fenômeno da urbanização da vida social, consistente na transferência de grandes contingentes de população do campo para a cidade, é uma das características do mundo na segunda metade do século XX. O Brasil não ficou imune a esse movimento migratório, bastando assinalar que ao se iniciar a década de sessenta a maior parte da população brasileira vivia na zona rural e ao terminar a década a maioria já estava vivendo nas cidades.

Esse fato acarretou conseqüências sociais, políticas e jurídicas muito sérias, exigindo o reexame não só da legislação relacionada com o uso das cidades mas também de conceitos jurídicos tradicionais, estabelecidos em outras circunstâncias e inadequados ou insuficientes para a nova realidade. Isso vem ocorrendo de modo muito agudo com o uso do solo urbano, afetando a situação de áreas públicas e privadas, sobretudo daquelas sem ocupação efetiva.

Reflexo desse fenômeno é o surgimento do princípio constitucional da "função social da propriedade", que introduz nova *qualidade* no direito de propriedade, ficando este incompatível com a ociosidade dos imóveis e com seu aproveitamento insuficiente do ponto de vista dos interesses sociais. De acordo com essa nova concepção, o proprietário já não tem o direito de não usar, não vigorando mais o conceito de propriedade como direito absoluto.

Ao mesmo tempo e como parte desse processo jurídico-social, a ocupação de áreas ociosas por grupos de famílias pobres passou a ser frequente. Tendo necessidade de moradia, como toda pessoa humana, mas sem qualquer possibilidade de comprar ou alugar um imóvel, ainda que

muito modesto, muitos grupos familiares unem-se a outros em situação semelhante e ocupam uma área que não esteja sendo utilizada. Essas pessoas agem solidariamente, conscientes de que só conseguirão manter a posse da área se continuarem juntas depois de conseguir concretizar a ocupação. A pobreza e os riscos comuns contribuem para acentuar a solidariedade e a comunhão de interesses.

Essa é uma situação nova para o direito brasileiro, evidentemente não prevista quando se concluiu a elaboração do Código Civil, em 1916. A par disso, é importante lembrar que a Constituição, hierarquicamente superior ao Código em termos de direito positivo, condicionou o direito de propriedade ao cumprimento de uma função social. E não há como negar que a posse por um grupo de famílias pobres, com efetiva utilização da área para assegurar direitos fundamentais que a Constituição atribui a todas as pessoas, está mais ajustada aos preceitos constitucionais do que a proteção dos interesses de quem é formalmente proprietário mas deixa o imóvel ocioso, sem qualquer utilização.

Não existindo ainda uma legislação específica, disciplinando a posse do ocupante informal coletivo, é necessário recorrer aos princípios e normas fundamentais, conciliando também os conceitos tradicionais com os preceitos já positivados e as novas situações de fato, para resolver os conflitos. A rigor, não se pode falar que no caso existe lacuna legislativa, pois mesmo as situações novas podem ser enquadradas legalmente, por via de interpretação e aplicação analógica. O ponto de partida para a realização dessa tarefa deverá ser o próprio Código Civil, na parte em que trata do usucapião.

2. A posse de imóvel, dentro de certas circunstâncias, pode ser um meio para que o possuidor se torne proprietário. Isso está previsto no artigo 550 do Código Civil Brasileiro, que tem o seguinte enunciado:

“Aquele que, por vinte anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título de boa-fé, que, em tal caso, se presume; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis.”

E de acordo com o art. 551, esse prazo pode ser reduzido para dez anos se o possuidor tiver justo título de boa-fé e se aquele que for proprietário do imóvel residir no próprio município de sua localização, sendo de quinze anos o prazo se residir fora do município.

Uma importante inovação, que interessa muito ao caso em exame, foi introduzida pelo artigo 185 da nova Constituição Brasileira. De acordo com esse artigo:

“Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.”

Esse dispositivo poderá ser invocado nos casos de ocupação urbana, para estabelecer moradia, desde que cada ocupante ou família não tenha a posse ideal de mais do que duzentos e cinquenta metros quadrados.

Segundo SILVIO RODRIGUES, “através do usucapião o legislador permite que determinada situação de fato, que, sem ser molestada, se alongou por um intervalo de tempo determinado na lei se transforme em situação de direito” (*Direito Civil*, vol. 5, p. 104). Por esse modo, observa o mesmo autor, se empresta base jurídica a meras situações de fato consolidando a propriedade e estimulando a paz social (ob. cit., p. 105).

Numa visão mais ampla, pode-se dizer que o usucapião tem por objetivo dar um título jurídico para regularizar a ocupação de uma área em situação de abandono, por quem dela necessita ou lhe dá utilidade social. A posse de uma área, em tais circunstâncias, não decorre de um direito formalmente reconhecido, mas já contém um princípio de direito, gozando em si mesma de proteção jurídica e podendo servir de base ao estabelecimento de um novo direito.

Como bem assinala EBERT CHAMOUN, “a posse é um estado de fato apenas no sentido de prescindir da existência de um título jurídico: há um direito à proteção da posse sem que a posse esteja fundada em direito” (in *Exposição de Motivos de Esboço ao Anteprojeto de Código Civil*).

Nas modernas Constituições vem sendo dada ênfase cada vez maior à significação jurídica da destinação efetiva e imediata do imóvel, ao contrário da orientação positivista que atribuía valor absoluto ao título formal e abstrato sem indagar da situação concreta. O crescimento das populações, a necessidade de aumentar a produção de alimentos, a trágica situação em que vivem milhões de pessoas amontoadas ou completamente desabrigadas nas grandes cidades, tudo isso exige que se dê à terra, urbana ou rural, a utilização mais conveniente às necessidades das sociedades humanas.



A nova Constituição Brasileira adotou essa orientação, ao dispor no artigo 5.º, inciso XXIII, que “a propriedade atenderá a sua função social”. E pelo artigo 170 reforçou a exigência de cumprimento da função social, estabelecendo que a função social da propriedade é princípio da ordem econômica, cuja obediência se impõe para que todos tenham assegurada existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Assim, pois, a posse de um imóvel, que já recebia proteção e tinha efeitos jurídicos reconhecidos desde o advento do Código Civil, ganhou maior significação com a Constituição Brasileira de 1988. Através do usucapião, figura jurídica de antiga tradição, tem-se o meio legal para corrigir a prática anti-social de abandonar porções de terra, negando-lhes a função social que hoje é reconhecida e exigida pela Constituição. Desse modo não se afronta o direito de propriedade, pelo contrário, ele é reforçado e valorizado através de sua vinculação imediata ao atendimento das necessidades fundamentais dos indivíduos e grupos familiares que integram a sociedade.

Agora, mais do que antes, o simples título de propriedade passa para plano secundário quando o proprietário deixa a área em estado de abandono, sem cumprir sua necessária função social. E quando este objetivo passa a ser cumprido através da posse, existe um fator a mais, de extrema relevância, favorecendo o usucapião.

3. A posse de um imóvel pode ser obtida e mantida em comum, por duas ou mais pessoas. Quando um grupo de pessoas ou de famílias, agindo conjuntamente, passa a ocupar uma área que se ache em estado de abandono, sem que sofra qualquer oposição, está configurada uma posse comum ou coletiva, posse jurídica que a doutrina consagrou com a designação de *composse*.

Tal situação já está prevista no Código Civil Brasileiro, em seu artigo 488, que assim dispõe:

“Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa ou estiverem no gozo do mesmo direito, poderá cada uma exercer sobre o objeto comum atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores.”

Comentando esse dispositivo, SÍLVIO RODRIGUES observa que “a *composse* está para a posse assim como o condomínio está para o domínio”. E acrescenta, enfaticamente, que “nada impede que tais poderes sejam exercidos simultaneamente por mais de um possuidor, desde que o exercício

por parte de um consorte não impeça o exercício por parte de outro” (*ob. cit.*, pp. 26/27).

Num estudo sobre o assunto, muito bem fundamentado na doutrina e na jurisprudência, CARLOS ROBERTO GONÇALVES faz observações muito precisas sobre o exercício dos direitos dos compossuidores:

“Cada possuidor, assim, terá posse sobre partes ideais da coisa, exercendo-a de modo que não se exclua igual direito por parte de cada um dos comunheiros e não embarace o seu exercício. Assim, se um compossuidor impedir o exercício da posse comum de um terreno, o compossuidor prejudicado poderá reagir até por meio do desforço imediato. Ou, se não for mais possível, poderá recorrer às ações possessórias.” (*Direito das Coisas*, p. 44)

Por tudo isso fica evidente que a posse conjunta ou coletiva, por duas ou mais pessoas, é em tudo igual à que se exerce por uma só pessoa, quanto à proteção e exercício dos direitos possessórios e às suas decorrências. As únicas limitações se referem às relações entre os próprios compossuidores, cada um sendo obrigado a respeitar os direitos correspondentes à parte ideal dos demais, no direito de posse havido em comum. Todos são possuidores de todo, tendo partes ideais, o que não impede que cada um pratique, na área possuída em comum, atos de seu interesse exclusivo imediato, usando para isso uma parte determinada da área de posse coletiva.

Desse modo, tudo o que a legislação dispõe sobre o usucapião, como efeito da posse mantida por uma pessoa, vale igualmente para a com posse, quando um grupo de pessoas obtém e mantém, conjuntamente, a posse prolongada de um imóvel, sem interrupção nem oposição.

Matéria dessa natureza já foi objeto de apreciação judicial, tendo o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através da 6.<sup>a</sup> Câmara Civil, fixado orientação clara e segura, em acórdão de 16 de março de 1969, que tem a seguinte ementa:

“Nada impede que compossuidores invoquem o usucapião ordinário, uma vez que a alegação de um não exclui os outros compossuidores (art. 488 do CC).” (Acórdão publicado na *RT* 406/140-141 e reproduzido por RUBENS LIMONGI FRANÇA in *Jurisprudência do Usucapião*, p. 15).

Como se verifica muito claramente, havendo a com posse, com os requisitos exigidos para a configuração da posse e suas decorrências, nada impede que se peça, pelas vias judiciais comuns, o *usucapião coletivo*, em favor de todos os compossuidores. O caminho processual, como já esclareceu

a Suprema Corte paulista, é o do usucapião ordinário, só variando o fato de haver uma pluralidade de autores e, conforme o caso, o tempo de permanência na posse, como já foi observado de início.

4. Um aspecto importante para o usucapião coletivo é a caracterização da posse comum ou comosse.

Nos últimos anos, em conseqüência da formação dos grandes aglomerados urbanos e dos tremendos desníveis econômico-sociais, com grande número de desempregados e de subempregados, muitas famílias encontram obstáculos, que pelos meios tradicionais são intransponíveis, para satisfação de sua necessidade fundamental de moradia. E, como vem acontecendo no Brasil e em muitos outros países, a especulação econômica torna inviável a compra e até mesmo o aluguel de uma casa por muitos assalariados de baixa renda ou subempregados, ao mesmo tempo em que, especialmente nas grandes cidades, muitas áreas permanecem ociosas, sem qualquer utilização, em estado de abandono.

Foi por esses motivos e por inspiração de situações como essas, que são de amplo conhecimento público, que o Constituinte brasileiro criou mais uma hipótese de usucapião. Foi por isso que a Constituição consagrou a possibilidade de usucapião de área urbana após cinco anos de posse, para moradia, como dispõe o artigo 183 já referido.

Tem sido mais ou menos freqüente a ocupação de uma área em desuso por um grupo de famílias, cujos membros tomam posse do imóvel ou de parte dele e convencionam a manutenção da posse em comum, embora cada família se fixe numa parte do imóvel.

Tal situação foi lembrada, com bastante precisão, por CARLOS ROBERTO GONÇALVES, que a ela assim se refere:

“Poderão, porém, os compossuidores estabelecer uma divisão de fato, para utilização pacífica do direito de cada um, surgindo, assim, a posse *pro-divisa*. Se houver abuso de parte de algum deles, o prejudicado poderá recorrer aos interditos possessórios contra o outro compossuidor. *Em relação a terceiros, procedem os compossuidores como se fossem um único sujeito.*” (Ob. cit., p. 44.)

É óbvio e irrecusável que entre esses terceiros se incluam também aqueles que, tendo um título de propriedade, abandonaram o imóvel.

Na realidade, quando tomam posse de uma área em conjunto, para terem moradia, os possuidores habitualmente convencionam que o uso do

todo será comum, estabelecendo passagens exclusivas dos compositores e não de uso comum do povo e reservando algumas partes para equipamentos de interesse comum, como sanitários, locais para lavagem e secagem de roupas etc. E a fixação de um local preciso para abrigo de cada família não exclui a hipótese de remanejamentos, quando conveniente para o conjunto dos ocupantes, mantendo-se a ocupação do todo em comum.

Foi exatamente considerando situações como essa, visando à disciplina legal de situações sociais concretamente existentes, que a Constituição Brasileira de 1988 previu, no citado artigo 183, a hipótese de usucapião, que JOSÉ AFONSO DA SILVA denomina "usucapião pró-moradia". É oportuno, aliás, transcrever as ponderações desse eminente publicista, que assessorou permanentemente a Assembléia Nacional Constituinte, durante todo o tempo de sua duração, e conhece bem a origem do dispositivo, tendo condições privilegiadas para avaliá-lo corretamente:

"Com as normas dos artigos 182 e 183 a Constituição fundamenta a doutrina segundo a qual a propriedade urbana é formada e condicionada pelo direito urbanístico a fim de cumprir sua função social específica: realizar as chamadas funções urbanísticas de propiciar *habitação* (moradia), condições adequadas de *trabalho, recreação* e de *circulação* humana." (Os grifos são do próprio autor) (In *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5.<sup>a</sup> ed., 1989, p. 684.)

Evidentemente, o Constituinte que foi sensível ao problema tinha pleno conhecimento de que nesses casos sempre se tem uma posse coletiva. É importante ressaltar esse ponto, para evitar interpretações equivocadas, excessivamente restritivas, que tirariam a razão de ser do próprio dispositivo constitucional. Assim, por exemplo, seria absurda a interpretação que recusasse a possibilidade de usucapião coletivo porque o artigo 183 usa a expressão "aquele que possui" ou porque diz que o título será concedido "ao homem ou à mulher". Na realidade, é de bom senso, e o espírito e a finalidade do dispositivo o exigem, que se entenda que a expressão "aquele que possui" não implica "possuir sozinho". Quem possui em comum, o compossuidor, pode ser referido como "aquele que possui", assim como o condômino estará incluído nos dispositivos legais que fizerem referência àquele que for proprietário.

No caso do artigo 183 da Constituição, pode-se afirmar, com absoluta segurança, que o Constituinte sabia que a posse urbana para moradia é sempre coletiva, sendo extremamente raras as exceções. Estas, por sua

raridade e por sua pequena expressão social, não justificariam uma disposição constitucional inovadora. Assim, portanto, sem qualquer sombra de dúvida, o artigo 183 da Constituição Brasileira permite que se use o caminho tradicional do usucapião para, tendo por base a posse comum, se obter o usucapião coletivo.

5. Finalmente, tendo em conta as disposições da Constituição e do Código Civil, bem como as diretrizes doutrinárias e jurisprudenciais, **podem-se fixar** os requisitos para o usucapião coletivo *pro-moradia*. É o que se passa a fazer:

a. os requerentes devem estar na posse de área urbana, ininterruptamente e sem oposição, usando-a para moradia;

b. a posse deve ser de todos, ao mesmo tempo, sobre toda a área, caracterizando uma composses, mesmo que se tenha convencionado que cada família ocupe uma parte determinada, que poderá variar se o interesse do conjunto dos compossuidores o exigir;

c. a posse deve estar sendo mantida por todos com *animo domini*, ou seja, com a vontade de serem reconhecidos como donos, e que, conforme bem esclarece LUIZ EDSON FACHIN, em excelente monografia sobre "A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea", não se confunde com a *opinio domini*, que seria a convicção de já serem donos por algum título formal (*ob. cit.*, p. 43);

d. o tempo de composses deve ser de, no mínimo, cinco anos, como dispõe o artigo 183 da Constituição, sendo mais dilatado o prazo como dispõe o Código Civil, se não estiverem presentes todos os requisitos para o usucapião previsto no artigo 183;

e. a parte ideal de cada compossuidor não pode ser superior a duzentos e cinquenta metros quadrados;

f. os compossuidores podem pleitear o usucapião coletivo, numa única ação, valendo-se do mesmo processo de usucapião ordinário;

g. obtido o usucapião, os compossuidores tornam-se condôminos, podendo registrar o título formal de domínio, assim obtido, no Registro de Imóveis respectivo;

h. uma entidade associativa legalmente constituída e com personalidade jurídica, da qual os compossuidores façam parte e que tenha recebido destes expressa autorização, poderá ingressar em juízo representando os compossuidores na ação de usucapião, conforme prevê o artigo 5.º, inciso XXI, da Constituição.

# Evolução Histórica do Direito Internacional

CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO  
Advogado em São Paulo

## SUMÁRIO

1. *Observações propedêuticas.* 2. *Idade Antiga. (4.000 a.C. — 476 d.C.).* 2.1. *Resenha histórica.* 2.1.1. *Período pré-clássico.* 2.1.2. *Período clássico.* 2.1.2.1. *Grécia.* 2.1.2.2. *Roma.* 2.2. *Contribuição.* 3. *Idade Média (476 d.C. — 1453 d.C.).* 3.1. *Resenha histórica.* 3.2. *Contribuição.* 4. *Idade Moderna (1453 d.C. — 1789 d.C.).* 4.1. *Da Queda de Constantinopla (1453 d.C.) à Paz de Westphalia (1648 d.C.)* 4.1.1. *Resenha histórica.* 4.1.2. *Contribuição.* 4.2. *Da Paz de Westphalia (1648 d.C.) à Revolução Francesa (1789 d.C.).* 4.2.1. *Resenha histórica.* 4.2.2. *Contribuição.* 5. *Idade Contemporânea (1789 d.C. — nossos dias).* 5.1. *Da Revolução Francesa (1789 d.C.) ao fim da Primeira Guerra Mundial (1918 d.C.).* 5.1.1. *Resenha histórica.* 5.1.2. *Contribuição.* 5.2. *Do fim da Primeira Guerra Mundial (1918 d.C.) ao início da Segunda Guerra Mundial (1939 d.C.).* 5.2.1. *Resenha histórica.* 5.2.2. *Contribuição.* 5.3. *Do início da Segunda Guerra Mundial (1939) a nossos dias.* 5.3.1. *Resenha histórica.* 5.3.2. *Contribuição.* 6. *Conclusões.* 7. *Bibliografia.*

### 1. *Observações propedêuticas*

Desmantela-se a União Soviética. O homem domina a tecnologia, conquistando o espaço cósmico. Reunificam-se as duas Alemanhas. Preparam-se os países pertencentes à Comunidade Econômica Européia para abolir as fronteiras que os separam uns dos outros em 1992. Aumenta, mais e mais, a preocupação com o equilíbrio ecológico do planeta. Enfim, depara-se ao homem, na atualidade, um panorama de inovações e transformações de alcance internacional. Assim, mais do que nunca, avulta

— como desde já se percebe — a importância do Direito Internacional Público, também chamado de Direito das Gentes, ou, simplesmente, de Direito Internacional, o qual é o ramo da Ciência Jurídica que é aplicado — abstraindo-se dos ordenamentos jurídicos internos de cada país — justamente no âmbito da comunidade internacional. Contudo, analisar o Direito Internacional apenas nos tempos atuais é esquecer que o presente é fruto do passado; dessa forma, impõe-se um estudo que possibilite uma visão de conjunto, integrada, deste novo, mas importante, setor da Ciência do Direito.

Para a inteligência das razões dos rumos que o Direito Internacional tomou no passado, e tem tomado recentemente, há que se considerá-lo dentro da própria História. Ora, esta é, na perfeita definição do historiador francês March Bloch (1886/1944), a “ciência dos homens no tempo”, ou seja, o ramo do conhecimento voltado para a perquirição do desenrolar dos fatos humanos ao longo dos tempos. Em última instância, é a História preocupada com o estudo da própria experiência humana, a qual é, por sua vez, aquilo com lastro em que se pode avaliar o Direito. Afinal, este é produto da sociedade: *ubi societas, ibi jus*.

Como os grandes períodos históricos comportam muitas divisões diferentes, as opções neste estudo provêm da Historiografia tradicional, por ser já consagrada e por basear-se em acontecimentos históricos de ampla significação para o mundo ocidental, do qual nosso País faz parte. Relativamente às subdivisões dos períodos, foram elas feitas de maneira a ressaltar a contribuição dos mesmos para o Direito Internacional.

Finalmente, não se pode deixar de mencionar que os períodos em que este trabalho foi dividido não devem ser considerados isoladamente, mas dentro de um contexto global, que é a própria história. Os fatos sucedem-se, no tempo, de forma encadeada, não se podendo afirmar que cada fase histórica seja um compartimento estanque, apartado dos demais.

## 2. Idade Antiga (4.000 a.C. — 476 d.C.)

### 2.1. Resenha histórica

#### 2.1.1. Período pré-clássico

Este período foi caracterizado, basicamente, pela presença de dois elementos fundamentais: a religiosidade e a rígida centralização político-administrativa. Isto quer dizer que, neste período, as sociedades não admitiam quaisquer divisões territoriais ou funcionais em seu interior e que existia uma profunda relação entre o poder político e a divindade. É importante mencionar que a mescla do humano e do divino ocorria de duas formas distintas: a) em certos casos, o governo era unipessoal e o governante era considerado um representante do poder divino, confundindo-se, às vezes, com a própria divindade; b) em outros casos, o poder do governante era limitado pela divindade, cujo veículo era a classe sacerdotal.

Exemplo altamente ilustrativo deste período foi o Egito. Ora, a organização política do Reino das Duas Terras se assentou na força política do faraó. Historiadores modernos há que defendem que o absolutismo faraônico foi o que permitiu o florescimento da civilização egípcia, que logrou sobreviver por mais de trinta e dois séculos (de 3.500 a.C. a 30 a.C., aproximadamente). Segundo tais estudiosos, a concentração de poderes nas mãos de uma única pessoa — o faraó — possibilitou a realização de grandes obras públicas, tais como os canais de irrigação e os templos religiosos. Ademais, não se deve esquecer que o poder do faraó encontrava embasamento na religião — era o faraó considerado a encarnação do próprio deus Hórus.

### 2.1.2. *Período clássico*

#### 2.1.2.1. *Grécia*

Não forjaram os gregos, durante todo o tempo em que foram independentes, a plena unidade política. A Grécia nada mais foi do que um aglomerado de várias Cidades-Estados, ou seja, de cidades que gozavam de franca autonomia política, pois o objetivo, naquela época, era a auto-suficiência; realmente, afirmou Aristóteles que a sociedade constituída por diversos burgos formava uma cidade completa, com todos os meios de abastecer-se por si. Tão marcante foi esta característica que, mesmo quando uma cidade conquistava outra, não se observava a integração de vencedores e vencidos em uma ordem comum. Como exemplo, cite-se a Liga de Delos, por meio da qual Atenas submeteu as outras cidades a ela aliadas, impondo-lhes tributos e exterminando as que ousaram dela desligar-se. (Aliás, a sucessão de lutas fratricidas é que determinou a dominação dos gregos por outros povos.)

Duas foram as cidades que, no contexto da história grega, mais sobressaíram: Atenas e Esparta, profundamente diferentes. Atenas foi um importantíssimo centro comercial, artístico e cultural, estando ligados a ela nomes como Fídias, Péricles e Sócrates. Nesta "polis" é que se realizou a primeira experiência democrática da história. Por sua vez, Esparta foi caracterizada por rigidez política, xenofobia e militarismo.

#### 2.1.2.2. *Roma*

De fundamental relevância esta quadra da história, pois o legado de Roma para a formação da civilização ocidental foi imensa. Efetivamente, os romanos deixaram-nos, entre outras contribuições, o seu direito e o conceito de ordem.

Lograram os romanos realizar, de certa forma, o sonho de Alexandre Magno, legendário rei da Macedônia: uniram, sob a mesma autoridade, o Oriente e o Ocidente. De fato, quando do seu apogeu, o Império Romano estendia-se da Bretanha à Mesopotâmia, bem como do Norte da África aos limites com a Germânia, determinados, basicamente, pelos rios Reno e



Danúbio. A conquista romana, entretanto, demandou um longo período de tempo, não tendo obedecido, absolutamente, a um planejamento prévio. Assim, por exemplo, só para consolidarem sua dominação sobre a Península Itálica, os romanos necessitaram nada menos do que aproximadamente duzentos anos.

Uma das mais importantes peculiaridades da organização romana era a sua base familiar; há até quem sustente que a *civitas* resultou da união de grupos familiares (*gens*). Como supremos governantes havia os magistrados, tendo sido reservadas, durante muito tempo, as principais magistraturas (como o consulado e a pretura) às famílias patrícias. Gradativamente, em lenta evolução, outra camada social (a dos plebeus) foi adquirindo e ampliando direitos — sobretudo através das famosas Revoltas da Plebe (494 a.C. — 287 a.C.), primeiros exemplos de greves sociais da história —, sem que, até ao final, desaparecessem a base familiar e a ascendência de uma nobreza tradicional. A par disso, acrescenta-se que só nos últimos tempos, quando já despontava a monarquia absoluta, isto é, quando o governante (imperador) começava a ser considerado *dominus et deus*, é que Roma pretendia realizar a integração jurídica dos povos subjugados, mas, mesmo assim, procurando manter um sólido núcleo de poder político, a fim de que se lhe garantisse a ascendência. Precisamente, deu-se isso no ano de 212 d.C., quando o Imperador Caracala concedeu a naturalização a todos os habitantes do Império, com exceção dos peregrinos deditícios, que, perante o ordenamento romano, eram os que menos direitos possuíam. Tal concessão da nacionalidade romana, realizada por edito imperial, teve os seguintes escopos: a) politicamente, a unificação do Império; b) em termos religiosos, o aumento dos adoradores dos deuses de Roma; c) em termos fiscais, o pagamento obrigatório, pelos peregrinos, de impostos nas sucessões; d) socialmente, a facilitação e a simplificação das decisões judiciais, em questões de Estado e capacidade das pessoas. As conseqüências do edito em tela foram assaz importantes: a) o direito romano passou a aplicar-se a praticamente todos os habitantes do Império, tendo perdido seu caráter pessoal e assumido caráter territorial; b) iniciou-se uma fase de transição, dinamizada pelo Edito de Milão (313 d.C.), através do qual Constantino assegurou a liberdade religiosa no Império, tendo desaparecido, paulatinamente, por influência do cristianismo, a noção de superioridade romana, base da unidade territorial, e o próprio modelo escravista, sustentáculo da economia.

O Império Romano, a partir do século III d.C., começou a revelar sinais de decadência generalizada. Debilitado militarmente pelas invasões e saques dos bárbaros, enfraquecido economicamente por profundas crises e galopante inflação, degenerado moralmente e corroído pela anarquia política, definitivamente desabou sob o jugo dos hérulos, chefiados por Odoacro, o qual, com um golpe, destituiu o último imperador do Ocidente, Rômulo Augústulo (476 d.C.). Começou, então, novo ciclo histórico: a Idade Média (476 — 1453).

## 2.2. Contribuição

A Idade Antiga deu os primeiros subsídios para o surgimento, como disciplina jurídica autônoma, do Direito Internacional Público, a despeito do fato de ter sido um período bastante turbulento, marcado por muitas guerras de conquista e de extermínio.

Aí é que se vão encontrar os mais antigos tratados de que se tem notícia, como, *exempli gratia*, o celebrado entre o Reino de Lagash e a cidade de Umma (3.100 a.C.) e o subscrito pelo Faraó Ramsés II e o Rei dos Hititas, Katusil III, sobre cooperação militar mútua (? 1291 a.C.).

Outrossim, já nesta quadra da história se praticava a diplomacia, em que estão subentendidas as idéias de negociação, ausência de estado de beligerância e imunidade. Da atividade diplomática serviram-se os egípcios, assírios, judeus, persas, gregos e romanos, devendo-se dar, contudo, ênfase maior a estes dois últimos povos.

Consistia a diplomacia, então, no envio de negociadores para o exame de questão precisa: tratados de paz, ou de aliança, solução de litígios, ou de conflitos armados, e acordos comerciais, por exemplo. Ademais, era circunscrita a diplomacia, espacial e temporalmente, por causa das deficiências dos meios de comunicação.

A título de ilustração, consigne-se que o negociador helênico devia reunir as condições de fidelidade ao seu dever, boa memória, honestidade, audácia, eloquência e habilidade. Quanto ao negociador romano, precisava ele ter o domínio da palavra, das letras, da arte, da eloquência e da representação.

## 3. Idade Média (476 d.C. — 1453 d.C.)

### 3.1. Resenha histórica

Entendida, por alguns, como a "longa noite de mil anos" e, por outros, como um extraordinário período de criação, resultou a Idade Média do lento processo de conjugação das influências básicas dos romanos, bárbaros e árabes.

Podiam-se encontrar já nas declinantes instituições romanas, a partir do século III d.C., vários elementos que contribuíram para a estruturação do período medieval, como, por exemplo, o instituto do colonato e as "villas".

Quanto aos bárbaros (hérulos, ostrogodos, visigodos, suevos, alamanos, vândalos, anglos, saxões, francos, lombardos, hunos, etc.), quebraram eles a rígida e bem definida ordem romana, substituindo-a pela idéia de revolução. Formaram reinos frágeis e, geralmente, de existência conturbada e efêmera.

Por sua vez, os árabes dominaram, por um bom tempo, o Mar Mediterrâneo, tendo feito constantes incursões nas costas da Europa, espalhado o medo e estimulado a fuga para o campo, a ponto de, na época, ter Ibn Kaldhun, historiador árabe (1332 — 1406), afirmado: “Os cristãos não conseguem fazer flutuar no Mediterrâneo nem uma tábua”. Em cerca de apenas um século, erigiram um império territorialmente superior ao dos romanos, chegando a anexar, inclusive, praticamente toda a Península Ibérica. Além disso, deixaram precioso legado cultural — afinal, foram os introdutores, na Europa, do uso da bússola e da pólvora — descobertas pelos chineses —, de novas técnicas de navegação e do cultivo da laranja.

Os principais elementos definidores da estruturação medieval foram: o cristianismo e o feudalismo. O cristianismo foi verdadeiramente a base da aspiração à universalidade. Superando a concepção que considerava valerem os homens diferentemente, de acordo com a origem respectiva, trouxe a afirmação da igualdade de todos perante Deus. Neste passo, é importante assinalar o papel fundamental que exerceu a Igreja Católica, que, com fulcro no ascetismo religioso do povo, na concepção estática do mundo e no fato de ser, na época, uma instituição bem organizada, se tornou a mais poderosa senhora feudal da Europa, contando, inclusive, com exércitos próprios. No que tange ao feudalismo, foi ele o modo de organização estrutural da Idade Média, apoiando-se: a) socialmente, na existência de três camadas rígidas, ou estamentos (nobreza, clero e povo); b) economicamente, nos bens de raiz (grandes lotes de terra, ou feudos); c) politicamente, na descentralização — ora, tinha o senhor feudal amplos poderes em seu território e o rei, “suserano dos suseranos”, apenas uma autoridade nominal; d) juridicamente, nas relações de suserania e vassalagem e no fenômeno da repartição da propriedade em domínio eminente e domínio útil.

Entretanto, lenta e continuamente, diversos fatores foram solapando os alicerces que sustentavam toda a estrutura medieval. Dentre eles, citem-se os precipuos: a) o reaquecimento das trocas e do comércio, tudo a partir das repúblicas independentes do Norte da Itália (como Veneza, Gênova, Pisa, Amalfi e Gaeta); b) o surgimento de uma classe de comerciantes, a burguesia (“habitantes dos burgos”); c) a superpopulação dos feudos; d) a ocorrência de excedentes agrícolas, em algumas épocas; e) a eclosão de longos conflitos armados, como a Guerra dos Cem Anos, entre França e Inglaterra (1.337 — 1453); f) a devastação causada pelas epidemias e pestes (*verbi gratia*, a Peste Negra, que durou de 1346 a 1356 e ceifou cerca de um terço da população européia); g) o desaparecimento de muitos nobres, devido às Cruzadas; h) a fuga, para as cidades, de servos, bem como de nobres que, por causa do princípio da primogenitura, se viram excluídos do processo sucessório.

Com a degeneração do panorama feudal e das relações servis, começou a surgir, a pouco e pouco, um novo sistema econômico: o capitalismo

mercantil, ou mercantilismo, alicerçado na força ascendente da burguesia. Foi esta nova classe social que deu grande apoio ao rei, que, com o progressivo esfacelamento do feudalismo, foi recobrando o poder e o domínio sobre as terras até então governadas, de fato, pelos senhores feudais. *Estabeleceu-se, assim, um mútuo auxílio entre rei e burguesia: esta passou a receber daquele apoio político e cargos administrativos; aquele teve desta grande ajuda financeira.* Tal aliança foi, no crepúsculo da Idade Média, de extrema relevância, pois com base nela é que foi debilitado, até à agonia, o poder dos nobres e, por extensão, foi desintegrado o sistema feudal, e que surgiram as condições favoráveis para a realização das grandes navegações e para o advento do Estado,

Com a tomada de Constantinopla — último reduto do outrora vasta e poderoso Império Romano do Oriente — pelos turcos otomanos (1453), terminou a Idade Média. Teve início, então, a Idade Moderna (1453 — 1789).

### 3.2. *Contribuição*

A mais notável contribuição da Idade Média foi o desenvolvimento da concepção da unidade do gênero humano, a partir da obra dos grandes pensadores cristãos da época. Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino, os quais reiteraram a mensagem já deixada por Jesus Cristo, pelos apóstolos (como São Mateus, São João e São Pedro) e por São Paulo. Pode-se afirmar que o cristianismo foi o embasamento cultural do Direito Internacional Público, por pregar a igualdade de todos e a fraternidade universal.

## 4. *Idade Moderna (1453 d.C. — 1789 d.C.)*

### 4.1. *Da Queda de Constantinopla (1453 d.C.) à Paz de Westphalia (1648 d.C.)*

#### 4.1.1. *Resenha histórica*

A união entre rei e burguesia é o que explica, em grande parte, as mudanças estruturais ocorridas nesta fase da história. Com supedâneo nela, por exemplo, fortaleceu-se o poder real, tendo-se construído as monarquias nacionais, que apresentaram os seguintes caracteres gerais: a) unificação interna da moeda, dos pesos e medidas; b) uniformização do mercado consumidor interno; c) superação da cavalaria pelo exército regular nacional; d) agrupamento de pessoas com mesma língua e mesmos costumes; delimitação de fronteiras; f) centralização político-administrativa.

Com a derrocada do feudalismo, passou a imperar o mercantilismo, baseado nos seguintes elementos: a) colonialismo, isto é, conquista de territórios de ultramar para aquisição de matéria-prima e venda de produtos manufaturados; b) metalismo, quer dizer, acumulação de riqueza sob a

forma de metais e pedras preciosas (entesouramento); c) protecionismo, ou seja, criação de barreiras alfandegárias para os produtos importados de outros países; d) balança comercial favorável, *id est*, saldo positivo na atividade de importação e exportação (superávit).

Como se percebe, tudo isto explica o porquê das grandes navegações. Acresça-se, outrossim, que a tomada de Constantinopla, importante entreposto comercial, causou o encarecimento das especiarias levadas do Oriente para a Europa. Devido a vários fatores, como a localização geográfica estratégica (proximidade do Oceano Atlântico), Portugal e Espanha lançaram-se ao mar. Disso resultaram, por exemplo, a descoberta da América (1492) — que gerou a necessidade de definir-se a natureza das relações entre os colonizadores (portugueses e espanhóis) e os índios, e concorreu para que se tornasse ainda mais nítido o fato de que o ser humano participa de uma comunidade internacional —, a chegada de Vasco da Gama às Índias (1498) e o descobrimento do Brasil (1500). Não se pode deixar de mencionar a assinatura do Tratado de Tordesilhas (1493), cujo objetivo foi a divisão, entre Portugal e Espanha, das novas terras descobertas. As navegações transformaram estes dois países nas maiores potências do mundo, uma vez que carregaram para eles grande quantidade de riquezas. Este período de prosperidade, porém, não durou muito tempo: vários fatores, entre os quais avulta o não-investimento, na manufatura, do capital acumulado, levaram à sangria de recursos, a qual acabou por tornar Portugal e Espanha economicamente dependentes das novas potências: França, Inglaterra e Holanda.

No campo da cultura, ocorreu o Renascimento, que contou com figuras como Leonardo da Vinci, Rafael, Michelângelo, Petrarca, Rabelais e Miguel de Cervantes, e que representou um retorno aos moldes de beleza greco-romanos (clássicos).

Ademais, registre-se também a ruptura representada pela Reforma, que desfechou um profundo golpe no domínio religioso da Igreja Católica, que, sentindo-se ameaçada, reagiu com a chamada “Contra-Reforma”, buscando aproximar-se dos monarcas para compensar as perdas sofridas.

#### 4.1.2. *Contribuição*

Este período teve grande importância, pois nele é que surgiu o Direito Internacional Público como disciplina autônoma, em virtude, mormente, das obras de Francisco de Vitória (1486 — 1546), Francisco Suarez (1548 — 1617), Alberico Gentili (1551 — 1608) e Hugo Grócio (1583 — 1645).

Primeiro catedrático em Teologia pela Universidade de Salamanca e defensor ferrenho das idéias de Santo Tomás de Aquino, Francisco de Vitória analisou, sob o prisma filosófico-teológico, a chegada dos espanhóis à América. Segundo ele, as relações entre os indígenas e os colonizadores

devia ser regida por um direito que conviesse a toda a humanidade, o "Direito das Gentes". Os ensinamentos deste grande teólogo foram compilados no livro *Relectiones Theologicae* (1557).

Francisco Suarez, em seu tratado *De Legibus ac Deo Legislatore* (1613), defendeu pertencerem as cidades independentes, as repúblicas e os reinos, a um conjunto maior, o gênero humano, regulado, consoante ele, por direito especial.

Desligado da perspectiva filosófico-teológica, Alberico Gentili estudou detidamente a questão das imunidades diplomáticas, sob o prisma puramente jurídico, em seu livro *De Legationibus* (1538).

Contudo, sem qualquer sombra de dúvida, o mais importante vulto desta época foi o jurista holandês Hugo Grócio. Foi ele quem escreveu a primeira obra sistemática e geral sobre o Direito Internacional Público, *De Jure Belli ac Pacis* (1625), em que ele tratou do reconhecimento e da observância de normas que, conquanto pertencentes à comunidade global, eram, para ele, necessárias à solução de problemas de cada Estado. Hugo Grócio, portanto, foi o fundador do Direito Internacional Público como ramo autônomo da Ciência do Direito.

Sua obra foi tão marcante que influenciou o Congresso de Westphalia, que encerrou a Guerra dos Trinta Anos (1618 — 1648).

#### 4.2. *Da Paz de Westphalia (1648) à Revolução Francesa (1789)*

##### 4.2.1. *Resenha histórica*

O Tratado de Westphalia (1648) pôs termo, como já se disse, à Guerra dos Trinta Anos, conflito político-religioso que, suscitado pelo antagonismo entre católicos e protestantes e pelas ambições da Áustria, teve como conseqüências a ascensão da França ao posto de maior potência da Europa continental, a independência da Holanda e o estilhaçamento do Sacro Império Romano-Germânico.

O que mais fortemente caracterizou este período foi uma crescente concentração de poderes nas mãos do rei. Este ajudara a burguesia, até um certo tempo, a erguer-se, mas passou a obstaculizar a ascensão dela, o que, em parte, é explicado pelo fato de ter-se aproximado da nobreza — com a concessão de pensões e subsídios — e da Igreja Católica. Assim, a burguesia promoveu um amplo movimento cultural, o Iluminismo, por meio do qual combateu o absolutismo dos reis e o próprio clericalismo. O triunfo da burguesia realizou-se, definitivamente, na Revolução Francesa, com a derrubada do Antigo Regime (1789) e a eliminação dos últimos resquícios feudais (como certos impostos medievais até então em vigor). Longe de ter-se circunscrito ao território da França, a Revolução Francesa repercutiu universalmente, tendo difundido as idéias individualistas do Iluminismo, baseadas na igualdade, na liberdade e na fraternidade

(*liberté, égalité, fraternité*), e influído na independência das colônias da América (entre elas o Brasil).

Com a Revolução Francesa, apagaram-se as luzes da Idade Moderna, tendo começado novo período histórico: a Idade Contemporânea (1789 a nossos dias).

#### 4.2.2. *Contribuição*

O Tratado de Westphalia inspirou-se nas idéias de Hugo Grócio, tendo sido um verdadeiro marco histórico, porquanto com ele nasceram os conceitos de Estado e soberania. O sistema internacional, após a Paz de Westphalia, passou a compor-se de Estados independentes e soberanos, juridicamente iguais entre si. Novo princípio basilar de paz, o do equilíbrio entre os Estados, instaurou-se.

Com referência à soberania, frise-se que, a partir do século XVI, ela começou a receber tratamento teórico. A primeira obra teórica sobre soberania foi *Les Six Livres de la République* (1576), de Jean Bodin. Nesta famosa obra, Bodin afirmou ser a soberania um poder absoluto e perpétuo — ilimitada e sem tempo certo de duração. A estas características outros autores, posteriormente, somaram a inalienabilidade. Já nos últimos estertores da Idade Moderna, em 1762, foi publicada a obra *Do Contrato Social*, na qual seu autor, Jean Jacques Rousseau, demonstrou a indivisibilidade da soberania.

Por fim, várias obras específicas de Direito Internacional Público foram publicadas no período em cogitação, tais como: *Fundamenta juris nature et gentium* (1705), de Christian Tomasius e *Jus Gentium* (1749), de Christian Wolff.

### 5. *Idade Contemporânea (1789 — nossos dias)*

#### 5.1. *Da Revolução Francesa (1789 d.C.) ao fim da Primeira Guerra (1918 d.C.)*

##### 5.1.1. *Resenha histórica*

Com a ascensão política de Napoleão Bonaparte, terminou a Revolução Francesa (1799). Napoleão sagrou-se Imperador da França (1804), devendo-se a ele o início do movimento de codificação — aprovaram-se, entre outros, o Código Civil Francês (1804) e o Código Comercial Francês (1807) — e o conceito de nação. Ademais, Napoleão, por meio de guerras de conquista, começou a ampliar o território da França, tendo anexado, por exemplo, a Áustria. Contudo, a constante rebeldia dos submetidos, o fracasso do “bloqueio continental” (contra a Inglaterra) e a derrota fragorosa do exército francês na Rússia puseram por água abaixo o sonho napoleônico: construir a “Grande França”. Napoleão foi deposto e exilado. Conseguiu escapar do exílio, retornou à França, foi reconduzido

ao poder sob as aclamações do povo, mas definitivamente fracassou na Batalha de Waterloo, na Bélgica, diante de Lord Wellington (1815). Novamente exilado, morreu em 1821, esquecido.

Derrotado Napoleão, organizou-se o Congresso de Viena (1815), para a reestruturação do mapa político europeu. Chegou-se até ao estabelecimento de uma aliança militar, a Santa Aliança, que logo malogrou. A influência das decisões tomadas no Congresso de Viena se fez sentir até 1850. Neste ano e, mais tarde, no ano de 1848, eclodiram as chamadas "Revoluções Liberais", por meio das quais a burguesia definitivamente se impôs, tendo-se observado a derrocada das monarquias absolutistas e a difusão do sistema parlamentarista de governo e do constitucionalismo.

Fenômeno de amplíssimo alcance que se consolidou no período em tela foi a Revolução Industrial. Iniciada na Inglaterra, em virtude, mormente, da abundância de capital, de tecnologia e mão-de-obra que este país reunia, espalhou-se para outros países da Europa e do resto do mundo. A industrialização gerou a necessidade de mercados fornecedores de matérias-primas, bem como de consumidores de produtos industrializados. Deu-se início, assim, a uma nova corrida colonialista, durante a qual a Inglaterra e a França construíram os maiores impérios coloniais do mundo: o do primeiro país atingiu a extensão máxima de 24 milhões de quilômetros quadrados e o do segundo, a de 9,6 milhões de quilômetros quadrados. Disputaram-se, basicamente, terras da África e da Ásia.

Chegou ao seu termo, em 1871, o processo de unificação da Itália e o da Alemanha — até então divididas em reinos, principados, cidades e ducados independentes —, com base no nacionalismo. Após tais processos, lançaram-se também estes dois países, impelidos pelo motor da industrialização, à conquista de colônias.

Ademais, o fim do século XIX assistiu à ascensão dos Estados Unidos, que, por volta de 1895, já eram considerados a maior potência industrial do globo.

Já na alvorada do século XX, o panorama mundial encontrava-se tenso. A disputa de mercados foi levando as relações entre as potências européias, a pouco e pouco, ao desgaste. A Europa assemelhava-se a um barril de pólvora prestes a explodir. Infelizmente, ele explodiu; a causa imediata fora o assassinato, por um estudante, do Arquiduque Francisco Ferdinando, herdeiro do trono austríaco, quando em visita oficial à Bósnia, uma província da Sérvia (1914). Irrompia, assim, a primeira grande conflagração mundial, alimentada, basicamente, por dois blocos de países: a Tríplice Aliança, da qual participavam o Império Alemão (2.<sup>o</sup> Reich), o Império Austro-Húngaro e o Reino da Itália (que, em 1915, retirou seu apoio), e a Tríplice "Entente", composta por Inglaterra, França e Rússia. Após quatro anos de combates, que contaram, aliás, a partir de 1917, com a participação dos EUA, acabou a guerra com a rendição da Alemanha.



nha e seus aliados (1918). Por fim, foi deposto o *Kaiser* alemão, esfacelou-se o Império Austro-Húngaro e foi derrubado o *czar* russo pelos socialistas (1917), tendo-se instaurado, em 1922, a União Soviética.

### 5.1.2. Contribuição

Diferentemente do período anterior, em que se pôde observar o auge dos Estados soberanos, este período foi marcado por um esforço de institucionalização da ordem internacional.

Assim, por exemplo, realizou-se, em 1815, o Congresso de Viena, que, apesar de imbuído de um intuito de associação orgânica de Estados, efetivamente não vingou.

Outrossim, durante este período, o Direito Internacional Público viu-se robustecido no que se refere à positivação. Realizaram-se conferências internacionais de vulto, dentre as quais se destacaram: a) a Primeira Conferência de Paz de Haia (1899), em que se criou a Corte Permanente de Arbitragem, para se dirimirem controvérsias entre os Estados interessados, e em que se assinaram convenções sobre guerra terrestre e humanização da guerra; b) a Segunda Conferência de Paz de Haia (1907), na qual o Brasil foi representado pelo conspícuo baiano Rui Barbosa, que defendeu a igualdade entre os Estados de maneira tão brilhante e erudita que lhe foi atribuído o epíteto “Águia de Haia”, e na qual se celebraram convenções sobre abertura de hostilidades de guerra, sobre direitos e deveres dos países neutros e sobre limitação do uso da força para cobrança de dívidas dos Estados, entre outras matérias.

Ganhou especial relevo, ademais, a arbitragem como solução de conflitos internacionais.

Com a expansão imperialista da Europa na América, África e Ásia, surgiu a tendência de considerar-se o Direito Internacional Público como destinado a reger exclusivamente as relações entre os Estados europeus. Ora, nisto estava embutida a idéia, nutrida pelos europeus, de que só a Europa era civilizada. Esta concepção foi sendo alterada paulatinamente, em virtude da independência das colônias européias na América (como o Brasil), da organização destes novos países independentes (os EUA, “e.g.”, emergiram como grande potência industrial) e da própria atuação de juristas, inclusive brasileiros.

Finalmente, mencione-se que houve importante produção científica neste período. Citem-se, *verbi gratia*, as obras seguintes: *Digest of International Law* (1906), de J. B. Moore, *Traité de Droit International Public* (1922 — 1926), de Paul Fauchille, e *Evolução do Direito Internacional* (1908), de João Cabral.

### 5.2. Do Fim da Primeira Guerra Mundial (1918 d.C.) ao início da Segunda Guerra Mundial (1939 d.C.)

### 5.2.1. *Resenha histórica*

Este período foi deveras conturbado, prenhe de crises político-sócio-econômicas.

As humilhantes condições impostas à Alemanha acabaram por nela provocar uma crise de seriíssimas proporções.

A Itália, a despeito de ter-se afastado da Tríplice Aliança e lutado bravamente ao lado da "Entente Cordiale", não obteve qualquer benefício material por isto.

Além disso, os Estados Unidos, impossibilitados de exportar, em larga escala, os produtos confeccionados durante a guerra, basicamente por causa do reerguimento econômico-industrial da Europa, foram envolvidos por uma crise de superprodução de gigantescas proporções, que acabou abalando profundamente a economia mundial.

Todo este quadro problemático fortaleceu concepções políticas de ultra-direita, como o nazismo e o fascismo, surgidos para se poder fazer frente ao socialismo, altamente atraente para as camadas pobres, as mais atingidas pelos corolários destas crises: inflação, desemprego, etc. Originaram-se, por conseguinte, os regimes totalitários, como o de Hitler, na Alemanha, e o de Mussolini, na Itália. Enfim, preparou-se o terreno para a eclosão da Segunda Grande Guerra (1939 — 1945).

### 5.2.2. *Contribuição*

Assinaram-se os tratados de paz que puseram termo, oficialmente, à primeira Guerra Mundial. Foram eles: a) o de Versalhes, com a Alemanha; b) o de Saint Germain, com a Áustria; c) o de Neuilly, com a Bulgária; d) o de Trianon, com a Hungria. Mercê destes tratados, constituiu-se a Sociedade das Nações, a primeira organização internacional de vocação universal. Seu escopo era o de garantir a paz no mundo. Instituiu a Corte Permanente de Justiça Internacional, em Haia (1920). Contudo, não logrou êxito; há até quem considere que sua inoperância foi um dos fatores determinantes da Segunda Guerra Mundial.

Entre os grandes doutrinadores deste período, mencionem-se Hans Kelsen (1881 — 1972), Santi Romano (1885 — 1947) e Max Huber (1874 — 1960).

## 5.3. *Do Início da Segunda Guerra Mundial (1939 d.C.) a nossos dias*

### 5.3.1. *Resenha histórica*

Em 1.º de setembro de 1939, Hitler invadiu a Polônia. Em resposta, Inglaterra e França, aliadas da Polônia, aos 3 de setembro, declararam guerra à Alemanha. Eclodiu, assim, a Segunda Guerra Mundial, um dos mais horrendos conflitos a que a humanidade já assistiu. Teve como pro-

tagonistas dois grupos de países: o dos Aliados, do qual participavam os EUA, a Inglaterra e a França, e o do Eixo, composto pela Alemanha, pela Itália e pelo Japão. Acabou de forma trágica: com o lançamento de duas bombas atômicas, uma sobre Hiroshima e outra sobre Nagasaki. O saldo das hostilidades foi abominável: foram gastos cerca de 1,5 trilhão de dólares; faleceram aproximadamente 50 milhões de pessoas; os países europeus e o Japão foram arrasados, despontando como superpotências os EUA e a URSS; foi a Alemanha partida em duas: República Federal da Alemanha, com capital em Bonn, e República Democrática Alemã, com capital em Berlim Oriental.

A Segunda Guerra mudou radicalmente os destinos do homem, em todos os aspectos.

Dividiu-se o mundo em dois grandes blocos: o capitalista, sob a égide dos Estados Unidos, e o socialista, sob a hegemonia da URSS. Formou-se também o bloco dos não-alinhados, cujos componentes, em última análise, acabaram por aproximar-se mais de um ou de outro dos blocos mencionados.

Instaurou-se a chamada "Guerra Fria", que teve por base as disputas e rivalidades entre os EUA e a URSS e que gerou um novo e preocupante clima de tensão, uma desenfreada corrida armamentista e uma constante ingerência das duas superpotências na vida de outros povos. Chegou-se mesmo a cogitar da possibilidade de ocorrência de uma terceira guerra mundial.

Por outro lado, os antigos impérios coloniais europeus começaram a desintegrar-se. Um a uma, as antigas colônias na África e Ásia libertaram-se do jugo das metrópoles européias, geralmente por meio de conflitos armados. A título de ilustração, podem ser citadas a sangrenta independência do Quênia, em virtude da atuação do grupo dos "mau-mau" e a guerra de independência da Indochina, liderada por Ho-Chi-Min. O cenário internacional passou a ser povoado de diversos novos Estados.

Nunca o homem progrediu tanto como nos últimos tempos. Naves não-tripuladas singram o espaço infinito. Satélites artificiais giram em torno do planeta, facilitando enormemente as comunicações. A Medicina tem conquistado vitórias atrás de vitórias. A Eletrônica e a Cibernética abrem novas perspectivas para o futuro. Os meios de transporte e comunicação têm-se desenvolvido tanto, que nenhum país do mundo se acha completamente isolado dos demais. Os computadores revolucionam as concepções do conhecimento humano, estando presentes em quase todas as atividades humanas, direta ou indiretamente. Mais e mais tem o homem penetrado nos segredos do átomo, da matéria e da própria energia.

Nosso planeta tem sido palco de choques armados locais e regionais, como a Guerra do Vietnã, a Guerra da Coreia, a Guerra dos Seis Dias,

as lutas entre facções religiosas no Líbano e a Guerra Irã-Iraque, sem se falar da escalada terrorista.

Graves crises têm afetado, de tempos em tempos, o bom andamento da economia mundial, como, por exemplo, as provocadas pela alta dos preços do petróleo, em 1973 e 1980.

Têm-se robustecido as grandes companhias multinacionais, ou transnacionais.

A partir da década de 1980, os rumos da história têm-se alterado bastante, com a afirmação, no quadro político e econômico, de novas forças.

Devido principalmente à atuação do líder soviético Gorbachev e de Ronald Reagan, Presidente dos EUA de 1980 a 1989, mudou o diálogo entre as duas superpotências, o que permitiu uma aproximação maior entre o Leste e o Oeste e tornou factível um efetivo plano de desarmamento.

A URSS procurou abrir-se politicamente, através da chamada "perestroika"; rompeu-se o monopólio de poder do Partido Comunista Soviético, o que permitiu o aparecimento de novas forças políticas em território da URSS. Esta abertura, porém, provocou a fragmentação total do país.

Praticamente todos os regimes comunistas do Leste Europeu ruíram solapados por fortes movimentos populares. O próprio Muro de Berlim, símbolo da divisão do mundo, foi demolido, tendo sido seus pedaços leiloados.

Outrossim, não se pode mais aceitar, hoje, a bipolarização política, porquanto há países que, como a China, reconhecidamente passaram a exercer papel de destaque no quadro político mundial.

No campo econômico, novas forças ganharam espaço, como, por exemplo, o Japão e o Mercado Comum Europeu, exemplos de recuperação industrial.

A própria consciência do homem, em geral, transformou-se deveras, surgindo movimentos a favor da valorização da mulher, de respeito aos direitos humanos e de proteção da ecologia.

### 5.3.2. *Contribuição*

Apesar do ceticismo demonstrado, durante as duas guerras mundiais (em virtude das crises e problemas pela humanidade enfrentados neste período), com relação ao Direito Internacional, tem cabido ao labor doutrinário e ao próprio relacionamento entre os Estados a reafirmação da existência e da efetividade deste ramo da Ciência Jurídica.

Assim, tem-se publicado livros de peso sobre o assunto, tais como: *Natureza Jurídica do Mar* (1943), de Breno Machado Vieira Cavalcanti; *Curso de Direito Internacional Público* (1968), de Celso Albuquerque Mello; e *Direito e Relações Internacionais* (1971), de Vicente Marotta Rangel.

Ademais, grande número de novos Estados soberanos se constituíram a partir do movimento de descolonização da Ásia e da África, o que provocou o aumento da comunidade internacional e das próprias relações intergovernamentais.

O entrelaçamento dos povos, devido, em grande parte, à facilidade dos meios de comunicação e transporte, tem gerado conseqüências mui importantes, tais como: *a*) a assinatura de vários documentos intergovernamentais (por exemplo, a Carta do Atlântico, de 1941, assinada pelos EUA e pela Grã-Bretanha); *b*) o surgimento de várias organizações internacionais, entre as quais se destacam a ONU (que abrange todos os países, excetuada a Suíça), o MCE e a CECA; *c*) a celebração, cada vez mais constante, de tratados internacionais, dentre os quais pode ser citado o Tratado de Itaipu, entre Brasil e Paraguai, para a construção da usina hidrelétrica homônima.

As conquistas e inovações tecnológicas, por sua vez, têm também exigido a intervenção do Direito Internacional Público, o que pode ser comprovado pela assinatura, em 1967, de significativo tratado sobre exploração e uso dos espaços cósmicos, sobre a Lua e demais corpos celestes.

Tem o Direito Internacional Público assumido crescente preocupação com o homem e com o próprio meio ambiente, o que se infere com lastro, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), na Convenção para a prevenção da poluição do mar por hidrocarbonetos (1954), na Convenção de Genebra sobre Alto Mar (1958) e na Convenção sobre Responsabilidade Civil no Âmbito do Transporte Marítimo de Material Nuclear (1971).

Finalmente, mencione-se o Tribunal de Nuremberg, criado após a Segunda Guerra Mundial, o qual julgou crimes praticados durante este conflito, efetivando a responsabilização de pessoas físicas no âmbito internacional.

## 6. Conclusões

Apesar de o Direito Internacional Público ser considerado um ramo relativamente novel da grande árvore que é a Ciência Jurídica, suas mais distantes origens positivamente confirmadas remontam à Idade Antiga, com os primeiros tratados e a atividade diplomática, se bem que autores haja que sustentam a possibilidade de tais origens se localizarem em fases ainda anteriores.

Para que o Direito Internacional Público assumisse um caráter definitivamente científico e autônomo, com princípios norteadores próprios, contribuíram decisivamente: *a)* a influência da filosofia cristã, que trouxe a idéia de unidade do gênero humano; *b)* o descobrimento da América, fruto das grandes navegações, por ter criado a necessidade de definir-se a natureza das relações entre os colonizadores (portugueses e espanhóis) e os índios, e ter tornado ainda mais visível a existência de uma comunidade internacional; *c)* a obra de quatro grandes escritores, a saber, Francisco de Vitória, Francisco Suarez, Alberico Gentili e, principalmente, Hugo Grócio (in "De Jure Belli ac Pacis", 1625). Desde então, a respeito do Direito Internacional Público têm sido escritas numerosas obras de vulto.

Com a celebração do Tratado de Westphalia (1648), inspirado, aliás, na obra de Hugo Grócio, originaram-se dois conceitos fundamentais: o de Estado e o de soberania. A partir daí, inaugurou-se um período de coexistência, fundado no equilíbrio de Estados absolutamente soberanos, limitando-se o Direito Internacional Público à regência das relações entre eles.

Entretanto, com o tempo, o relacionamento entre os Estados sofreu paulatinas modificações, passando da política de mera coexistência para a de colaboração, o que se comprova com a celebração, cada vez mais freqüente, de tratados, e com o surgimento de diversas organizações e associações internacionais. (Tudo isto revela a própria relativização do conceito de soberania.)

Não se pode pensar, porém, que toda esta evolução se tem dado de maneira linear, uniforme. Muito pelo contrário: foi caracterizada por idas e vindas, altos e baixos. Exemplificativamente, mencione-se que, no correr do século XVI, o Direito Internacional Público foi analisado e considerado sob a luz do jusnaturalismo e, dos séculos XVII ao XIX, sob o prisma da concepção positivista, da qual derivou, diga-se de passagem, o eurocentrismo, já versado neste estudo. Outrossim, não se pode esquecer do ceticismo reinante no período entre as duas guerras mundiais.

Assim, o que se percebe, apesar de regressos em certas fases históricas, é a tendência progressiva de reconhecimento e ampliação do Direito Internacional Público, em todos os sentidos, podendo ser ele hoje definido como sendo o complexo de normas que regem, além dos direitos e deveres internacionais dos Estados, os das entidades a eles análogas, das organizações internacionais, dos homens e da própria humanidade.

Acreditamos que seja o Direito Internacional Público o grande instrumento de que o homem poderá utilizar-se, doravante, para regulamentar e controlar as conseqüências negativas, no âmbito internacional, do progresso e da tecnologia — por exemplo, a poluição dos mares, ou da atmosfera terrestre.

Por fim, como produto da própria atividade humana, o Direito Internacional Público vai ser influenciado por todas as transformações por que o homem está passando na fase atual e irá passar no futuro.

## 7. *Bibliografia*

- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*, São Paulo, Saraiva, 1972.
- BLOCH, G. *La République Romaine, Conflits Politiques et Sociaux*, Paris, 1913.
- BURY, J. B. e outros. *The Cambridge Medieval History*, Cambridge, 1911-1936.
- CROUZET, Maurice. *História geral das civilizações*, São Paulo, Difel, 17v.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, São Paulo, Saraiva, 1977.
- DELUMEAU, Jean. *La civilisation de la Renaissance*, Paris, Fayard, 1967.  
———. *La Reforma*. Barcelona, Labor, 1967.
- DROZ, Jacques. *Les causes de la Première Guerre Mondiale*, Paris, Seuil, 1973.
- FRANCO JR., Hilário. *O feudalismo*, São Paulo, Brasiliense, 1983.
- GALBRAITH, J. K. *O novo Estado industrial*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1969.
- HALPHEN, L. e SAGNAC, Ph. *Peuples et civilisation*, Paris, PUF, s.d.
- LLANES, Oscar B. *Direito Internacional Público: instrumento das relações internacionais*, Brasília, Horizonte, 1979.
- LUZZATTO, Gino. *Storia economica dell'Età Moderna e Contemporanea*, Pádua, Cedam, 1955.
- MEULEAU, M. *Le Monde Antique*, Paris, 1965.
- NUSSBAUM, Arthur. *Historia del Derecho Internacional*, Madri, Editorial Revista de Derecho Privado, tradução de Francisco Javier Osset.
- RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971.
- RÉMOND, René. *O Antigo Regime e a Revolução (1750-1815)*, São Paulo, Cultrix, 1976.  
———. *O século XIX (1815-1914)*, São Paulo, Cultrix, 1976.  
———. *O século XX (de 1914 aos nossos dias)*, São Paulo, Cultrix, 1976.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*, Ed. Cultrix, 1971.
- TAYLOR, A. J. *A Segunda Guerra Mundial*, Rio de Janeiro, Zahar, 1963.
- THOMSON, David. *História mundial (1914-1950)*, México, Fondo de Cultura Económico, 1959.

# A Evolução do Direito Internacional Fluvial

NORMA BREDA  
Mestre em Direito pela UFSC

## SUMÁRIO

1. *A evolução do Direito Internacional Fluvial.* 2. *Da antigüidade ao Congresso de Viena.* 3. *Do Congresso de Viena à Convenção de Barcelona.* 4. *Da Convenção de Barcelona à época contemporânea.* 5. *Conclusão.*

### 1. *A evolução do Direito Internacional Fluvial*

As questões relativas aos direitos sobre a água são essenciais em toda forma de organização humana e, em conseqüência, consubstanciais aos problemas do modelo mais complexo de estruturação política que conhecemos sob a forma de Estado.<sup>1</sup> As águas não respeitam as fronteiras estabelecidas pelo homem. A mobilidade, que é uma característica primordial deste recurso natural, remete-nos à complexidade de tudo que concerne à sua utilização, administração e conservação na esfera internacional.

---

1 "Os direitos sobre a água têm sido objeto da preocupação do Estado desde a sua mais precoce forma de organização. A luz das mais recentes pesquisas, não é exagerado afirmar que nos seis últimos séculos toda organização do Estado tem origem nos direitos sobre a água." BERBER, F. J. *Rivers in international law*. London, Steven and Sons; New York, Oceana Publications, 1959. p. 1.



Assim é que as águas de curso internacional sempre foram objeto importante das relações internacionais. As convenções concluídas sobre a matéria são numerosas, mas as controvérsias que delas resultam aparecem com muita frequência.

Algumas observações introdutórias, de caráter metodológico, fazem-se necessárias. Primeiramente, cabe precisar que procuraremos, no presente artigo, seguir cronologicamente a evolução do direito internacional fluvial, mencionando as referências históricas mais citadas pela doutrina. Estas referências serão dadas de maneira a situá-las no contexto da criação de determinadas normas de direito, da formação do pensamento doutrinal e da jurisprudência. Estimamos que as condições históricas, geográficas, políticas e econômicas devem ser levadas em conta para compreender-se o conteúdo do direito. Assim, sem a pretensão de sermos exaustivos, procuraremos problematizar o conteúdo do direito internacional fluvial.

Desta forma, examinaremos o desenvolvimento do direito internacional fluvial desde a antigüidade até a época contemporânea. Para fazê-lo, demoramo-nos mais longamente no período que vai do Congresso de Viena, de 1815, até a época imediatamente posterior à Conferência de Barcelona, de 1921. Sobre as Nações Unidas e o período que segue sua criação, abordaremos somente aspectos mais genéricos. A multiplicação do aproveitamento da água, os numerosos documentos elaborados por organismos intergovernamentais visando à regulamentação de seu uso, assim como os diversos regimes particulares adotados recentemente justificariam um estudo específico.

## 2. *Da antigüidade ao Congresso de Viena*

A história mostra que os rios sempre tiveram um papel muito importante, seja como vias de comunicação e de comércio, seja para a utilização doméstica e agrícola nos territórios que eles banham. "As primeiras civilizações brilhantes são civilizações fluviais; os rios foram o berço dessas civilizações".<sup>2</sup>

Com efeito, na antigüidade, várias civilizações se desenvolveram na margem de grandes rios. Estas civilizações se diferenciam dos modos de vida primitivos pelo domínio de técnicas agrícolas engenhosas (técnicas de irrigação e de drenagem) que representam um passo decisivo na organização do meio ambiente. Assim foi o caso da Mesopotâmia que, quatro

---

<sup>2</sup> COLLIARD, Claude-Albert. "Evolution et aspects actuels, du régime juridique des fleuves internationaux." *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*. V. 125, 1968, p. 345.

mil anos antes da era cristã, desenvolveu-se em uma região banhada pelos rios Tigre e Eufrates. Da mesma forma, no Egito, à mesma época, o Nilo engendrou o desenvolvimento de uma grande civilização. Mais tarde, no Extremo Oriente, outras civilizações, igualmente notáveis, apareceram nos vales do Indus e do rio Amarelo.

À época do império romano, reconhecia-se aos rios uma grande importância. O direito romano distingue dois tipos de rios: os *FLUMINA PERENNIA*, que correm regularmente entre duas margens, e os *FLUMINA TORRENTIA*, que têm uma existência precária. Segundo as "Institutas", os *FLUMINA PERENNIA*, mesmo quando não navegáveis, são considerados como *RES COMMUNIS*. Desta forma, os romanos assimilavam a água corrente ao ar e ao mar, que são comuns a todos, não podendo, portanto, ser monopolizados. A liberdade de navegação foi, pela primeira vez expressamente mencionada pelo direito romano, que previa que a navegação dos rios perenes seria livre e exercida sob a vigilância do Estado, percebendo este imposto sobre as mercadorias transportadas.<sup>3</sup>

Na Idade Média, após as grandes invasões, as vias fluviais adquirem grande importância em razão da falta de segurança das vias terrestres. Com o aparecimento do feudalismo, os rios passam ao domínio de cada soberano local, que os considera como uma verdadeira propriedade. Esta época é marcada pelos entraves ao transporte fluvial, sujeito a toda sorte de restrições e embaraços fiscais. Podemos caracterizá-la por dois traços: monopólio e fiscalização.<sup>4</sup> O bloqueio de algumas vias fluviais chegou a ser previsto por alguns tratados, dos quais o mais conhecido é o Tratado de Westfália, assinado em Münster em 30 de janeiro de 1648. Este tratado reconheceu aos Países Baixos o direito de fechar o rio Escalda, provocando a decadência de Antuérpia que, cabe lembrar, era a capital econômica do Ocidente no século XV.

No início do século XVII, Grotius anuncia sua teoria sobre a liberdade do uso inocente dos rios, em sua obra *De jure belli ac pacis*. Esta

---

3 A propósito da influência do direito romano sobre o direito internacional fluvial, ver as interessantes observações de WINIARSKI, Bohdan. "Principes généraux du droit fluvial international". *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. V. 45, 1933, pp. 107-118. O autor afirma que "o direito romano (...) não é nem uma fonte de direito internacional, nem a base jurídica da navegação em território estrangeiro. As verdadeiras teorias, que baseiam no direito natural o direito à navegação dos rios, nós as encontraremos em Grotius e seus continuadores." O direito fluvial romano, explica o autor, era um direito privado por excelência, direito feito por e para os cidadãos do império, não se conhecendo quase nada sobre a navegação estrangeira nos limites do império romano.

4 ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public*. Paris, Sirey, 1980. IV, V, p. 486.

teoria defende o direito natural de todas as nações de fazer uso inocente, segundo suas necessidades, das coisas que pertencem aos outros. É considerado inocente o uso que não causa aos proprietários incômodos nem perdas. Como as coisas que não se esgotam são susceptíveis de uso inocente, os rios, no que diz respeito à navegação, são objeto deste uso.

Pode-se dizer que a teoria do direito de passagem inocente marítima e fluvial não foi além do campo teórico até o final do século XVIII. Em todo o caso, é interessante notar que mesmo se o Tratado de Westfália representa, como já dissemos, a aplicação extrema dos entraves à navegação fluvial, comum na época, ele significa também uma mudança na história do direito internacional fluvial por outras razões: "Pela primeira vez realiza-se um congresso para resolver-se questões internacionais e que, ao lado de tratados com objeto político, (realizam-se) tratados com objeto econômico. Deve-se notar ainda que as idéias de Grotius, segundo as quais existiria, fundada na solidariedade de interesses, uma sociedade de Estados, sociedade que suporia entre seus membros, independentemente de toda relação contratual, uma reciprocidade de direitos e deveres; estas idéias (entram na prática pela primeira vez." Com efeito, no começo do século XVII, uma novidade aparece: "as questões relativas à navegação em rios não (são) mais inteiramente abandonadas à decisão do soberano territorial, mas (são), às vezes, objeto de entendimentos convencionais entre os Estados ribeirinhos. Para que se entre em acordo sobre a utilização internacional dos rios, estas convenções entram para a prática do direito internacional. Raros no começo, estes entendimentos se tornarão cada vez mais numerosos".<sup>5</sup>

Durante o período imediatamente anterior à Revolução Francesa, a navegação internacional continua a sofrer vários entraves. Dois fatores são os principais responsáveis por esta situação: a rivalidade política entre potências (fator de ordem internacional) e a política fiscal (fator de ordem interna). Um fato típico desse período é a confirmação do Tratado de Westfália por vários acordos durante todo o século XVIII.

Com a Revolução Francesa assiste-se ao triunfo das idéias liberais. Pelo decreto de 16 de novembro de 1792, emanado do Conselho Executivo Provisório da Convenção, ordena-se ao comando das tropas francesas na Bélgica a garantia da liberdade de navegação em toda a extensão do rio Mosa e do Escalda, e proclama-se que "os cursos dos rios são propriedade comum e inalienável de todos os povos, assim como todos os recantos por eles banhados".

---

<sup>5</sup> CORTHESEY, Fernand. *Étude de la Convention de Barcelone sur le régime juridique des voies navigables d'intérêt international*. Paris, Rousseau, 1927, pp. 13/4.

O decreto de 1792 pode ser considerado como a "primeira carta sobre a liberdade de navegação contemporânea".<sup>6</sup> Há que se notar que, mesmo contemplando diretamente determinados rios, a significação deste decreto ultrapassa os limites territoriais sobre os quais ele se aplicava. Em nome do direito natural, do direito à liberdade, o decreto proclama o direito de todos os ribeirinhos de se comunicar com o mar e suprime os entraves à navegação. Estas medidas foram aplicadas ao Escalda e ao Mosa pelo Tratado de Haia, de 16 de maio de 1795; ao Reno pelo Tratado de Campo Formio, de 18 de outubro de 1797 e, em seguida, pela Convenção de Paris, de 15 de agosto de 1804.

É interessante lembrar ainda que, anteriormente à França proclamar a liberdade de navegação sobre os rios acima referidos, os Estados Unidos reclamaram a livre navegação sobre o rio Mississipi. Em ambos os casos o fundamento jurídico foi o direito natural, e sobre este fato, afirma VAN EYSINGA tratar-se, nos dois casos, de "legitimar a política americana e francesa face ao direito positivo da época, e os autores que expõem o direito natural, os Grotius, os Pufendorff, etc."<sup>7</sup>

Com exceção da Declaração Francesa de 1792, podemos observar que, até aqui, sempre se aborda a navegação internacional de maneira fragmentária. Desta forma, há que se fazer uma referência ao Tratado de Paris de 1814, já que, em seu artigo 5.º, estabelece que a navegação sobre o Reno e todos os demais rios europeus estaria aberta a todas as nações. E mais: este artigo afirma que dever-se-á, a partir de então, estudar a questão de um ponto de vista abrangente, ou seja, com um enfoque europeu. Finalmente, é este artigo que servirá de base ao estatuto jurídico geral elaborado pelo Congresso de Viena.

### 3. *Do Congresso de Viena à Convenção de Barcelona*

No que diz respeito à liberdade de navegação, ao Congresso de Viena de 1815 coube duas importantes tarefas: elaborar um estatuto para o Reno e fixar dispositivos gerais a serem aplicados a todos os rios internacionais. Os artigos 108 até o 117 do Ato de Viena, de 9 de junho de 1815, considerado este como a primeira verdadeira carta dos princípios da navegação internacional, afirmam a necessidade de um entendimento entre as "potências separadas ou atravessadas por um mesmo rio navegável" (artigo 8, Ato de Viena). Em outras palavras: estes artigos têm como objetivo regulamentar as questões concernentes ao exercício da navegação e de acabar com os abusos fiscais e as barreiras alfandegárias. São contemplados os rios navegáveis, que deverão ser considerados como propriedade comum

6 ENGHELHARDT. *Du régime conventionnel del fleuves internationaux*. Paris, 1879, p. 23, citado por CORTHESEY, Fernand. *Op. cit.*, p. 16.

7 EYSINGA, W. J. M. Van. *Les Eleuves et canaux internationaux*. Cours professé à l'Académie de Droit International, en Juillet 1923. Leyde, Biblioteca Visseriana, 1924, p. 129.

dos Estados que eles margeiam. Estes Estados exercerão em conjunto a soberania sobre os rios. Caso desejem abrir a navegação a todas as nações, deverão os Estados ribeirinhos engajarem-se em conjunto com vistas a este fim. Ou seja, não se fala em igualdade de condições entre Estados ribeirinhos e não-ribeirinhos.

O artigo 109 do Ato de Viena de 1815 estabelece limites ao exercício dos direitos dos Estados ribeirinhos, prevendo que a navegação contemplada pelo artigo 108 (dos rios navegáveis que atravessam vários Estados) não poderá ser proibida a ninguém a pretexto de questões comerciais. No mesmo sentido, o protocolo do Ato de Viena não autoriza os países ribeirinhos a monopolizar, entre eles, a navegação do rio que os atravessa. Concluindo, podemos dizer que, com relação à comunidade de países beneficiários da liberdade de navegação, o Ato de Viena prevê, no mínimo, a concorrência parcial dos países que não fazem parte da referida comunidade.

No Ato de Viena tem origem a distinção entre rios contíguos e rios sucessivos; os primeiros servindo de limite entre os Estados, enquanto que os últimos correm sobre territórios submetidos a diferentes soberanias (artigo 1.º, XVI — Anexo).

As oito potências européias signatárias do Ato de Viena estabeleceram entre elas um *pactum de contrahendo*, ou seja, princípios que têm somente um valor de diretivas, que deverão ser confirmadas por convenções especiais. “Em numerosos casos, as disposições de 1815 foram letra-morta e, ainda assim, concorda-se geralmente em dar-lhe um grande valor prático”.<sup>8</sup> Menos conhecidos, seus anexos, destinados a regulamentar a navegação sobre os rios Neckar, Meno, Moselo, Mosa, Escalda e o Reno, tiveram uma aplicação prática muito mais evidente. Quanto a estes rios, o Congresso previu a criação de uma comissão para sua administração, com vistas a desenvolver a navegação e o comércio. A comissão do Reno, cujo estatuto foi internacionalizado, tinha um caráter essencialmente deliberativo. Dela participavam os Estados ribeirinhos do Reno.<sup>9</sup>

No final da Guerra da Criméia, através do Tratado de Paris, de 30 de março de 1856, as potências européias ribeirinhas e não-ribeirinhas do Danúbio se tornaram garantidoras da livre navegação neste rio. Com o objetivo de colocar em prática as disposições do artigo 15 do Tratado de Paris — desenterrar a foz do Danúbio —, seus signatários decidiram criar a “Comissão Européia”. Esta comissão, diversamente da comissão

---

<sup>8</sup> WINIARSKI, Bohdan. Op. cit., p. 8.

<sup>9</sup> Os princípios do Ato de Viena são colocados em prática pela Convenção de Mayenne, de 30 de março de 1831, que criou a “Comissão Central do Reno”. A Convenção de Mannheim, de 17 de outubro de 1868, confirma as regras estabelecidas anteriormente.

estabelecida pelo Congresso de Viena, era também formada por Estados não-ribeirinhos.

Como o Tratado de Paris de 1856, o Tratado de Berlim de 1885, evocará o princípio de liberdade de navegação estabelecido pelo Congresso de Viena, para estendê-la a outros rios. O Tratado de Berlim propõe-se a estabelecer a liberdade de navegação sobre o rio Congo e o rio Niger, de uma forma muito ampla, ou seja, beneficiando a todas as nações e contemplando todos os afluentes navegáveis e canais naturais. Assegura-se também a liberdade de transporte sobre as estradas de ferro construídas para completar as partes não-navegáveis dos referidos rios. Os navios de guerra são admitidos, tanto em tempo de paz, como em tempo de guerra.

Se considerarmos o Ato de Navegação sobre o Congo (Capítulo 4 do Ato Geral de Berlim de 1885) como uma expressão de uma tendência à internacionalização da liberdade de navegação vigente no século XIX, devemos notar, a exemplo de VAN EYSINGA, que “ela deve ser entendida como uma grande tentativa, feita em comum acordo pelas diplomacias alemã e francesa, para conduzir, por via pacífica, a corrida à colonização, à caça ao último território sem dono (!). Isto deveria ser conseguido através de uma internacionalização tão completa que a questão de saber se um pedaço da África Central seria inglês, português ou francês, perderia sentido prático... Na Conferência do Congo reinava um espírito muito progressista...” (*sic!*).<sup>10</sup>

Ainda com relação ao Ato de Berlim: os Estados signatários se engajam, no caso de guerra, a conservarem neutra a região do rio Congo. E finalmente, podemos dizer que suas disposições não foram jamais aplicadas e que a comissão de navegação prevista pelo Ato nunca pôde ser constituída.

No continente americano, a questão da liberdade de navegação fluvial apresenta aspectos distintos das questões que se colocam na Europa e na África. A Europa desta época experimenta uma intensa densidade populacional, um grande desenvolvimento das vias de comunicação e da industrialização, enquanto que na África ocorre a corrida às colônias, como já mencionamos. O que os países da América, já independentes, guardam de comum com os países da África é que a maior parte de seus grandes rios atravessa imensas regiões sem população, indústrias ou meios de comunicação.

Assim, por razões que são próprias ao continente americano, vê-se que os acordos de direito internacional fluvial são concluídos separadamente pelos Estados limítrofes de cada rio e que os decretos sobre a

---

10 EYSINGA, Q. J. M. Van. *Evolution du droit fluvial international du Congrès de Vienne au Traité de Versailles, 1815-1919*. Leyde, Sijhoff, s.d. pp. 17-8.

matéria emanam dos respectivos Estados. Estes atos, geralmente, tornaram a navegação livre somente para os Estados ribeirinhos. Excepcionalmente, a livre navegação de rios internacionais abrangeu outros Estados. A Primeira Conferência Pan-Americana, de 1889, tentou, através de uma recomendação, elaborar disposições gerais em matéria de navegação fluvial somente para os Estados ribeirinhos.<sup>11</sup>

Ainda algumas observações sobre a liberdade de navegação internacional em rios nacionais que correm no interior de um só Estado: esta liberdade, enquanto princípio de direito internacional fluvial, nunca existiu no século XIX. Os tratados particulares que encontramos na Europa, na América ou na África e que admitiram esta liberdade, fizeram-no sob pressão ou por interesse.<sup>12</sup> Foi geralmente através de tratados de comércio e navegação que estas concessões foram feitas, assimilando aos nacionais os cidadãos vindos de países determinados pela convenções.

#### 4. *Da Convenção de Barcelona à época contemporânea*

Da mesma forma que o Congresso de Viena, o Tratado de Versalhes de 1919 realiza-se num período de pós-guerra, onde se ressentia a necessidade de dar uma nova regulamentação à vida internacional. Com este fim, a Conferência de Paz, de 1919, pretendeu inaugurar um novo período na evolução do direito internacional fluvial. No entanto, enquanto o Congresso de Viena chegou a elaborar regras de direito fluvial geral para os rios internacionais (rios que separam ou atravessam diversos Estados), isto

---

11 No continente americano, várias convenções foram concluídas no século XIX, reconhecendo a liberdade de navegação aos Estados ribeirinhos e, excepcionalmente, aos não-ribeirinhos: em 1828, entre o Brasil e as Províncias Unidas do Prata; em 1842, entre a Venezuela e a Nova Granada; em 1848, entre o México e os Estados Unidos; em 1851, entre o Brasil e o Uruguai; em 1854 e 1871, entre a Inglaterra e os Estados Unidos; em 1856, entre o Brasil e a Argentina; em 1858 e 1863, entre o Brasil e o Peru; em 1859, 1867, 1887 e 1896, entre o Brasil e a Venezuela; em 1867, 1887 e 1896, entre o Brasil e a Bolívia; em 1906, entre a Colômbia e o Equador.

Os tratados que abriram a navegação a todas as nações foram: em 1853, entre a Argentina, os Estados Unidos, a França e a Inglaterra; em 1858, entre a Bolívia e os Estados Unidos; em 1865, entre a Bolívia, a Colômbia, o Equador, o Peru, El Salvador e Venezuela; em 1872, entre o Brasil e o Paraguai; em 1876, entre a Argentina e o Paraguai; e em 1908, entre o Brasil e a Colômbia.

Finalmente, os decretos, emanados de determinados Estados, abrindo a navegação de seus rios nacionais a todas as nações, sem exceção: em 1852, a Nova Granada e a Argentina; em 1853, o Uruguai e o Equador; em 1858, a Bolívia; em 1866 e 1867, o Brasil; em 1868, o Peru.

12 A esse respeito afirma BONFILS, Henry. *Manuel de droit international public*. 7ª ed. Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1914, p. 355, que "em consequência de reclamações da Inglaterra, da França e dos Estados Unidos, o Imperador do Brasil, pelo decreto de 1º de outubro de 1867, abre aos navios de comércio de todas as nações, a navegação do Amazonas, do São Francisco e do Tocantins".

não aconteceu em 1919. Na ocasião, concluiu-se acordos de paz que continham um regime particular para certas vias navegáveis internacionais. Teve-se que deixar para mais tarde uma revisão geral, prevendo-se, para isto, uma conferência especial (artigo 338 do Tratado de Versalhes) a realizar-se sob os auspícios da Liga das Nações.

No que se refere ao regime particular de rios internacionais estabelecidos em 1919, foram contemplados os seguintes rios: o Reno, o Elba, o Oder, o Niemen (artigo 332 do Tratado de Versalhes) e o Danúbio (artigo 290 a 305 do Tratado de Saint-Germain). Relativamente a esta categoria especial de rios, diz CORTHESEY que “mesmo formando uma exceção, ela não significa uma derrogação das estipulações do Congresso de Viena. O princípio de internacionalização está formalmente consagrado. [Os rios visados por este regime jurídico serão administrados por uma comissão internacional]. Em definitivo, somente nesta comissão, ou mais exatamente, na ‘composição’ desta comissão residirá a especialidade desta categoria” E, continua o autor: “Nós sabemos, com efeito, que uma das características desta comissão internacional é a de reunir em seu interior, ao lado dos delegados dos Estados ribeirinhos, os delegados dos Estados não-ribeirinhos, representando os interesses gerais da comunidade, não somente ribeirinha, mas internacional”. Para CORTHESEY, este regime especial de internacionalização de determinados rios, previsto pelo Tratado de Paz de 1919, traduz um espírito bem mais abrangente do que o do Congresso de Viena.<sup>13</sup>

Seria interessante confrontar as observações acima ao que diz VAN EYSINGA que, criticando o tratamento diferenciado de rios específicos, explica que “quando observamos que nenhum destes rios está situado em países que não possam entretê-los tecnicamente e financeiramente — como era o caso da Turquia para a foz do Danúbio — e que, ainda por cima, estes rios não correm através de terras desconhecidas, habitadas por negros [...], como era o caso, em 1885, da maior parte do curso do Congo, parece claro que o fato de instituir comissões internacionais para os rios alemães internacionais se explica somente pelo desejo de preponderância política sobre estes rios. Esta suposição quase se transforma em certeza quando consideramos que, à exceção da comissão para o Oder, os países não-ribeirinhos, nas comissões fluviais, são todos potências da Entente. Isto significa que as comissões serão menos internacionalizadas que ententizadas”. Continuando, o autor critica o sistema de voto nas comissões, onde um Estado pode ter mais votos que o outro. Estas comissões fluviais, diz VAN EYSINGA, “tornaram-se servidões políticas para os Estados interessados”.<sup>14</sup>

---

13 CORTHESEY, Fernand. *Op. cit.*, pp. 83-4.

14 EYSINGA, W. J. M. Van. *Evolution du droit fluvial international du Congrès de Vienne au Traité Versailles, 1815-1919. Op. cit.*, pp. 21-2.



Assim, a Conferência de Paz de 1919 teve que se restringir a inserir nos tratados o que era necessário do ponto de vista político e deixar a uma conferência futura o trabalho de formular novas bases para o direito internacional fluvial. Esta conferência especial — Conferência de Comunicações e de Trânsito — realizou-se em Barcelona em 1921.

A Conferência de Barcelona, contando com a participação de 41 países, estabeleceu um novo regime fluvial internacional, contido em três instrumentos jurídicos datados de 20 de abril de 1921: uma Convenção (formal e procedural), um Estatuto (estabelecendo um regime para as vias navegáveis de interesse internacional) e um Protocolo adicional (ampliando as obrigações dos países ribeirinhos que aceitassem submeterem-se ao novo regime).

A Conferência de Barcelona traz novidades. Os tratados de paz da Primeira Guerra Mundial falavam de “rios declarados internacionais”, internacionalizando, como vimos, certas vias fluviais internacionais dos países derrotados. Em 1921, uma nova expressão é introduzida “vias navegáveis de interesse internacional”. O que se pretende é estender o princípio da livre navegação a todas as vias fluviais navegáveis, tanto internacionais, como nacionais (reservando-se ao Estado interessado o direito de aceitar ou não o caráter internacional dos últimos), e englobar os afluentes navegáveis. Foge-se da abordagem puramente geográfica para privilegiar o aspecto funcional.

Relativamente à utilização dos rios, conforme a maioria dos casos precedentes, o regime de Barcelona não engloba os navios de guerra nem certos navios a eles assimilados. A navegação continua a ter prioridade sobre os outros usos. Pode-se mesmo afirmar que esta prioridade atinge seu ponto máximo com a Convenção de Barcelona. Os aspectos jurídicos da navegação internacional são apreciados em detalhe.<sup>15</sup> Somente em casos muito particulares, uma via navegável, de importância internacional, poderá ser excluída do uso por um dos Estados ribeirinhos — se a navegação é muito pouco desenvolvida ou se o Estado prova que seu interesse econômico é manifestamente superior à navegação (artigo 10, § 6 do Estatuto).

Mesmo considerando a assinatura da Convenção de Barcelona de 1921 como o apogeu do desenvolvimento do direito internacional fluvial de navegação, devemos lembrar que, alguns anos anteriormente, certas convenções internacionais, relativas ao aproveitamento de energia hidroelétrica, já haviam sido assinadas. É o caso, por exemplo, da Convenção de Berna,

---

<sup>15</sup> CAUBET, Christian Guy. “Le barrage d’Itaipu et le droit international fluvial.” *These de Droit. (Doctorat d’Etat). Université des Sciences Sociales de Toulouse (Toulouse I), 1983, p. 41.*

de 4 de outubro de 1913, entre a França e a Itália, para o rio Roya. Mais tarde, confirmando esta tendência à diversificação do uso dos rios, uma convenção multilateral sobre o aproveitamento da energia hidráulica foi assinada em Genebra, em 1923.

Quanto à questão do uso dos rios, CORTHESEY lembra que a "via navegável pode servir atualmente [1927] a usos industriais. O problema se coloca então de saber em que caso a livre navegação poderá sofrer uma restrição ou até mesmo ser suprimida. Se, por exemplo, a via navegável pode ser utilizada mais economicamente na produção de energia elétrica, interditar-se-á esta utilização em nome da liberdade de navegação e, nesta hipótese, obrigar-se-á os Estados ribeirinhos a investir em trabalhos caros de melhoramento, onde a oportunidade de tais trabalhos não se conceberia? A prioridade absoluta da navegação, como em 1815, não pode, portanto, ser sempre observada".<sup>16</sup>

À Convenção de Barcelona, de 1921 e à Convenção de Genebra, de 1923, podemos comparar, pelo seu aspecto multilateral, a Declaração da União Pan-Americana, formulada em Montevideo em 1933, por ocasião da Sétima Conferência dos Estados Americanos. Esta declaração faz referência à "utilização de rios internacionais para fins industriais e agrícolas", e não somente ao aproveitamento hidroelétrico, como era o caso da Convenção de Genebra. Ela consagra o princípio de prioridade à navegação sobre os outros usos e fala da exigência de uma cooperação entre os Estados ribeirinhos para a utilização de águas não marítimas.

Quanto à jurisprudência internacional do período que vai até a extinção da Liga das Nações e que trata de questões fluviais, devemos notar que encontramos um número muito limitado de decisões. Existem duas decisões importantes da Corte Permanente de Justiça Internacional. Na primeira, a Corte, através de uma sentença datada de 16 de setembro de 1929, julgou, a propósito de um conflito entre a Polônia e as potências representadas na Comissão do Oder, que a expressão "rio internacional" deve ser compreendida como extensiva a todo o sistema fluvial, compreendendo os afluentes nacionais.

A outra sentença, de 28 de junho de 1957, diz respeito ao aproveitamento das águas do Mosa, discutido pelos governos da Bélgica e Holanda. A questão era a de se saber se determinadas obras realizadas pelos dois países eram compatíveis com as disposições de um tratado de 1863. A Corte concluiu que, no que diz respeito ao rio em questão, "cada Estado é livre para modificar seu curso, de ampliar ou transformar e até mesmo aumentar a vazão com o auxílio de novas canalizações desde que o desvio

16 CORTHESEY, Fernand, *Op. cit.*, p. 59.

das águas do afluente visado pelo tratado e sua vazão não sejam modificados”.

O regime de Barcelona somente entrou em vigor em 1939, para 21 Estados, dos quais 15 eram europeus. “Às vezes criticado pela doutrina por seu caráter abstrato e pelo excesso de internacionalização, ele foi, de fato, pouco aplicado (...). Mas o inconveniente é mínimo já que todos os rios importantes têm um estatuto convencional particular”.<sup>17</sup>

Depois da Segunda Guerra Mundial, contrariamente ao que aconteceu em 1815 e 1919, as Nações Unidas não se ocuparam imediatamente dos problemas do direito internacional fluvial. Somente em 1974, a Carta dos Direitos e Obrigações Econômicas dos Estados estipulou: “na exploração de recursos naturais comuns a dois ou vários países, cada Estado deve cooperar, tendo como base um sistema de informações e de consultas prévias, a fim de assegurar a exploração ótima dos recursos sem provocar prejuízo ao interesse legítimo dos outros Estados”.<sup>18</sup>

E ainda: 1974 é o ano em que a Comissão de Direito Internacional começará a tentar estipular certas regras gerais sobre o direito relativo

---

17 ROUSSEAU, Charles. *Op. cit.*, p. 492.

No que diz respeito a estes regimes *ad hoc*, podemos citar alguns rios ou bacias hidrográficas que são objeto de um regime de importância maior:

a) o Mekong: administrado pelo “Comitê Internacional do Mekong”. Criado em 1957 pelos quatro países ribeirinhos da Bacia inferior do Mekong — Cambodja, Vietname, Tailândia e Laos —, o Comitê concluiu um acordo multilateral estabelecendo obrigações internacionais;

b) o Nilo: foi objeto de um acordo entre o Egito e o Sudão, datado de 8 de novembro de 1959. Pelo acordo, o Sudão aceitou a construção da barragem de Assuam, em troca do aumento do volume de água para a irrigação;

c) o Indus: o tratado relativo à utilização do Indus, assinado em 19 de setembro de 1960, sob os auspícios do BIRD, contém regras sobre a divisão técnica das águas entre as partes, a cooperação bilateral e a solução de litígios;

d) Bacia do Prata: formada pelos cinco países que fazem parte do sistema hídrico formado pelo Rio da Prata (Argentina, Bolívia, Brasil, Paraguai e Uruguai). Os instrumentos jurídicos que deram origem ao sistema são: a Declaração de Buenos Aires (1967) e a Declaração de Santa Cruz de la Sierra (1968). Em 23 de abril de 1969 foi assinado o Tratado da Bacia do Prata, dando forma definitiva ao sistema. Este tratado estabeleceu como objetivo a cooperação entre seus signatários, visando à harmonização do aproveitamento dos recursos da bacia;

e) a Bacia Amazônica: o Tratado de Cooperação Amazônica, assinado em 3 de julho de 1978, pelos oito países que têm interesses na região amazônica (Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela), fixa como objetivos comuns: a proteção do ecossistema amazônico, a pesquisa científica regional, a liberdade de navegação, a utilização racional dos recursos hídricos e a complementariedade das atividades desenvolvidas.

18 Assemblée Générale des Nations Unies. Charte des droits et devoirs économiques des Etats. Résolution 3281 (XXIX). New York. 12-12-1974.

aos usos dos cursos de água internacionais a fins diversos da navegação. Assim como no caso da Conferência de Barcelona de 1921, os resultados obtidos até o momento indicam mais o desenvolvimento da cooperação internacional do que a base de um estatuto único.

Em 1977, a Conferência das Nações Unidas sobre a Água adotou o Plano de Ação de Mar del Plata, que contém um grande número de recomendações relativas ao aproveitamento de “recursos d’água compartilhados.”

No que se refere à doutrina, no final dos anos 1950, a expressão “bacia de drenagem internacional” foi proposta por estudos feitos pela Associação de Direito Internacional (ADI). Esta expressão visaria englobar a totalidade dos cursos d’água e seus afluentes ou dos lagos ou o lago/rio, as águas de superfície e as águas subterrâneas. Mais tarde, em 1966, o artigo 2 das Regras de Helsinque, adotado pela ADI, estipulou que se deveria compreender a expressão “bacia de drenagem internacional” como “uma região geográfica que se estende a dois ou mais Estados e que é determinada pelos limites da área de alimentação do sistema de águas, incluindo-se as águas de superfície e as águas subterrâneas, que correm para a foz”.

## 5. Conclusão

O direito internacional fluvial é muito representativo da história das relações internacionais. Estudar sua evolução significa estudar as transformações da vida internacional, já que este ramo do direito concretiza, de forma privilegiada, as concepções políticas tidas como legítimas durante épocas diversas. Da mesma forma, ele responde às necessidades de regulamentação dos crescentes usos da água, graças ao desenvolvimento econômico e às novas possibilidades técnicas criadas pelo homem.

A afirmação de que o direito internacional fluvial é, sobretudo, direito de navegação internacional, pode ser mantida até o momento da Convenção de Barcelona, em 1921, que marca o apogeu deste uso. Com efeito, “o que nós poderíamos chamar de prioridade do interesse econômico mais importante é um dado constante do direito internacional fluvial. E o fato de que o fundamento da liberdade de navegação [...] é a liberdade de comércio, é essencial para explicar que esta liberdade tenha sido objeto de cuidados tão intensos para desenvolvê-la e preservá-la na Europa — assim como justificá-la em outros lugares”.<sup>19</sup>

Neste sentido, há que se sublinhar então que, se o Ato Final do Congresso de Viena de 1815 e os atos internacionais posteriores consagram

19 CAUBET, Christian Guy. *Op. cit.*, pp. 18-9.

a liberdade de navegação e se esforçam por garanti-la a um número crescente de Estados, de toda forma, a liberdade de navegação garantida é de natureza comercial. Esforça-se para eliminar todos os obstáculos ao livre intercâmbio.

Mas, o que acontece se a navegação não é o uso mais rentável economicamente? Aí, novos problemas aparecem e complicam a questão da prioridade da navegação. A Convenção de Genebra de 1923, relativa ao aproveitamento de forças hidráulicas, expressa esta tendência à diversificação dos usos da água e a necessidade de estar-se preparado para situações novas.

Assim, a prioridade do interesse econômico mais importante, por muito tempo sinônimo da liberdade de navegação, esteve sempre presente na evolução do direito internacional fluvial. Esta evolução aconteceu no sentido de alargar-se a extensão territorial das regras incorporadas nos tratados. No século XIX, a Ata Final do Congresso de Viena faz referência às "vias fluviais navegáveis que separam ou atravessam diversos Estados", fórmula reutilizada por vários instrumentos jurídicos. A Convenção de Barcelona, de 1921, adota a noção de "via navegável de interesse internacional", visando englobar os cursos d'água nacionais e internacionais. Deixa-se de lado a abordagem geográfica para pensar-se em critério funcional.

O direito internacional fluvial nos mostra o fenômeno do alargamento da cena internacional, com a participação de novos atores. No século XIX, tratava-se de um direito que afirmava a hegemonia das potências européias, o que demonstraram os acordos de Viena, assim como aqueles que o seguem. No século XX, assistiremos a uma mudança importante quanto à participação dos Estados. Ainda que a paz de Versalhes exprima claramente as necessidades políticas da época (exclusão dos vencidos da Primeira Guerra Mundial), ela testemunha também uma nova concepção de vida internacional, onde novos atores participarão do debate sobre a utilização internacional da água.

E, finalmente, o alargamento da comunidade internacional, com a descolonização dos anos 1960 e 1979, engendrará um novo fenômeno: a tendência a resolver-se as questões relativas aos direitos sobre a água através de regimes particulares. Não se está mais à época de Viena, onde alguns Estados podiam monopolizar a regulamentação destas questões ao invés dos Estados diretamente interessados. O reconhecimento da igualdade jurídica entre os Estados traz consigo uma particularização das soluções, que deverão ser elaboradas pela comunidade de Estados diretamente envolvidos. Parec-nos que estas soluções permitem, sobremaneira, de responder às questões próprias ao lugar onde aparecem.

# Os Vínculos entre o Direito Internacional Público e os Sistemas Internos

HEBER ARBUET VIGNALI

Professor Titular de Direito Internacional Público na Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade da República Uruguiaia

e

JEAN MICHEL ARRIGUI

Professor de Direito Internacional Público na Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade da República Uruguiaia

O acórdão da Suprema Corte de Justiça, n.º 25, de 20 de junho de 1990, trata da aplicação, no âmbito interno, de normas do Direito do Trabalho consagradas em acordos internacionais ratificados pela República.

Sem entrar na análise dos problemas específicos do caso decidido, que são típicos do Direito do Trabalho, nem tampouco no problema concreto da validade das Convenções Coletivas da Organização Internacional do Trabalho (OIT) no âmbito interno,<sup>1</sup> problema compartilhado por aquela especialidade e pelo Direito Internacional, os fundamentos do acórdão sugerem alguns comentários acerca da posição jurídico-internacional que adota.

Sob este aspecto, o acórdão se ocupa de duas questões importantes na época atual: o problema das relações entre o Direito interno e o Direito Internacional Público é o problema da determinação da hierarquia en-

---

\* O presente texto e a tradução portuguesa de artigo publicado pelos autores na Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, junio-julio 1990, n. 37, pp. 76 a 85.

1 A respeito ver: Jean Michel ARRIGUI: "Convenção 95 OIT e Lei n.º 14.490. Um conflito entre Direito Internacional e Direito Interno. Em *Revista de Direito Laboral*, t. XXVI, n.º 132, 1983.

tre ambos. E no nosso entender não o faz com a necessária atualidade na exposição dos fatos, nem das correntes doutrinárias com referência ao Direito Internacional Público.

Com relação ao primeiro problema, resumindo a posição moderna, PASTOR RIDRUEJO<sup>2</sup> diz que sua importância deriva do fato de que a eficácia real do Direito Internacional, e, por conseguinte, de que exista uma ordem internacional e, por fim, se obtenha paz e segurança "... depende, em grande parte, da fidelidade com que os Direitos nacionais se ajustem às normas internacionais e lhes dêem eficácia... É essencial, nesse sentido, que o Direito nacional facilite o cumprimento do Direito Internacional e, mais ainda, em caso de conflito, o Direito do Estado não seja obstáculo à observância das normas internacionais". E para ressaltar essa importância cita a teoria do desdobramento funcional de SCHELLE.<sup>3</sup> A atração deste tema acentuou-se como consequência de que o Direito Internacional Público já não se limita exclusivamente a regular as relações entre os Estados e distribuir as competências entre eles, mas tende ainda "... ao desenvolvimento dos povos e indivíduos, o qual exige cooperação em muitas matérias que antes exclusivamente os Estados assumiam, e se regulavam pelos Direitos internos", em consequência "... as possibilidades de conflito são maiores hoje do que no passado, e o Direito Internacional precisa, mais do que nunca, apoiar-se nos Direitos nacionais."<sup>4</sup>

Quanto ao primeiro assunto, que estamos abordando, o acórdão da Suprema Corte de Justiça, ao tratá-lo nos seus fundamentos, vincula-o, de certa forma, a uma antiga questão: a polêmica que se trava nos anos 30 entre monistas e dualistas.<sup>5</sup>

Na solução do problema das relações entre o Direito interno e o Direito Internacional, a importância que antigamente se atribuía à adoção de uma posição monista ou dualista não mais interessa, pois o desenvolvimento de ambas as teses demonstrou que se pode ser monista ou dualista e sustentar a primazia da ordem interna ou da ordem internacional, e porque geralmente tanto monistas como dualistas, além das correntes coordenadoras e normalmente a prática dos Estados, aceitam pacificamen-

---

2 RIDRUEJO, José Pastor. *Curso de Direito Internacional Público e Organizações Internacionais*. Barcelona, 1986.

3 SCHELLE, George. *Cours du Droit International Public*. Paris, 1977/78.

4 RIDRUEJO, Pastor. Ob. cit.

5 Atualmente soma-se à contraposição dualismo-monismo uma terceira corrente — basicamente monista — integrada pelas denominadas "correntes coordenadoras", que sustentam a coordenação de ambos os sistemas a partir de normas superiores a ambas: as do Direito Natural. Inscreve-se neste grupo a moderna doutrina espanhola: MIAJA DE LA MUELA — 1965 —, AGUILAR NAVARRO — 1977 —, TRUYOL Y SIERRA — 1977 —, HERRERO RUBIO — 1966 —, incluindo também VERDROSS na sua última posição — 1966.

te a primazia do Direito Internacional Público.<sup>6</sup> Atualmente se pode divergir, sustentando que ambos os ordenamentos jurídicos constituem um todo único (monistas) ou que são diferentes (dualistas) ou que são coordenáveis, mas serão divergenciais filosófico-jurídicos que, no estado atual do Direito Internacional Público, continuam sua trajetória quando se trata de resolver se este se aplica automaticamente no âmbito interno ou se, para esse efeito, há necessidade de algum tipo de procedimento prévio e qual seria, mas que não é decisiva para resolver o problema da supremacia de uma ou de outra ordem.

Como é natural, o Direito Internacional Público positivo não toma partido na querela monismo-dualismo, e relega ao direito interno a decisão de como e mediante quais procedimentos o Direito Internacional Público é recebido no âmbito interno, mas ninguém discute sua aplicação e obrigatoriedade.<sup>7</sup> O Direito Internacional Público positivo, ao contrário, consagra, fora de qualquer dúvida, a preeminência deste sistema sobre os direitos internos em caso de conflito.<sup>8</sup> Quanto à doutrina, os monistas conferem preeminência à ordem jurídica internacional por muitos argumentos, mas, de resto, concordam em que este deve primar por ser único, pois do contrário qual dos múltiplos ordenamentos jurídicos internos primaria? Os dualistas chegam à mesma conclusão por outros argumentos e seguindo uma linha de raciocínio diferente: não se chega à supremacia da ordem jurídica internacional por uma concatenação de ordenamentos, e sim pelo princípio do dever de honrar o compromisso (*pacta sunt servanda*) própria do Direito: se o Estado como totalidade, em função do atributo da soberania é quem determina a ordem jurídica interna, sem possibilidade de qualquer condicionamento, e se este mesmo Estado em sua totalidade é quem, no exercício da sua independência, decidiu não se isolar, mas entrar em relações com os demais, e, para isso, aceita livremente regras estabelecidas em comum, torna-se evidente que, atendendo à essência de qualquer ordem jurídica e elementar, este Estado deve cumprir de boa-fé os compromissos que livre e voluntariamente contraiu, e deve executá-los no seu âmbito interno. As teorias coordenadoras sustentam a primazia da ordem jurídica internacional com base em normas superiores a ambos: as do Direito natural.

---

6 Para compreender esta evolução e suas conseqüências é importante ter muito claras as características próprias dos dois sistemas: ambos jurídicos, porém um deles, o internacional, com uma estrutura de coordenação, enquanto o outro, o interno, possui a de subordinação. Cf. Heber ARBUET VIGNALI: "Crise, realidade e perspectivas do Direito Internacional", em Curso de Direito Nacional do Comitê Jurídico Interamericano. Washington, 1982.

7 Tal como mais adiante se expõe.

8 Art. 27 da Convenção de Viena, de 1968, sobre Direito dos Tratados — vigente no Uruguai —; art. 4º do Projeto da Comissão de Dto. Internacional das NN.UU. sobre Responsabilidade Internacional dos Estados. Jurisprudência internacional uniforme: CPJI, Série A, n. 1; Série B, n. 17; Série B, n. 15; Reports 1988.



Quando mencionamos a forma como o Estado atua, dissemos que o faz "na sua totalidade", e esta asserção precisa ser esclarecida. Nos fundamentos da sentença n.º 25 diz-se que uma lei posterior pode (e portanto seria legítimo fazê-lo) derrogar as normas de um tratado, pois, do contrário, se "... violaria a Constituição, art. 85, pars. 1 e 3, posto que, aprovado um tratado, nosso Parlamento ficaria impedido de editar códigos ou leis que não coincidissem plenamente com aquele e de derrogar as anteriores sobre a matéria, o que é totalmente inaceitável. Sem prejuízo das responsabilidades que a República deverá assumir na ordem internacional por violar acordos celebrados com outros países". E anteriormente, nos mesmos considerandos, declarava-se que, nos casos de colisão entre tratado e lei, os tribunais internos davam preferência à lei e, assim, o Estado se tornava responsável no âmbito internacional, sendo "... evidente que o juiz nacional dará preferência à norma constitucional com relação à internacional".

Desse modo, introduzem-se no raciocínio dois paralogismos finos e sutis de difícil percepção.<sup>9</sup> Quando o Estado assume um compromisso internacional, quem se obriga é o Soberano, a Nação, toda a Comunidade que integra o Estado: sua população e suas autoridades (poder estatal) assentadas no seu território. Só que, por razões práticas, não atuam em conjunto, e a representação exterior recai primordialmente em certos órgãos do Poder Executivo. Nos trâmites da aprovação de um tratado, o nosso sistema constitucional determina que o Poder Executivo realize as negociações e, após, proceda à ratificação ou depósito, que o Poder Legislativo, antes disso, aprove ou desaprove o que foi concluído e que o Poder Judiciário e os cidadãos do país, individualmente considerados, não participem desses trâmites; mas, embora não fosse prático, poderia ter-se estabelecido o contrário. De qualquer modo, quem se obrigaria seria sempre o Estado, como ente único. Não é possível desdobrar os diversos poderes que integram o Estado e introduzir o sofisma que leve a pensar que uns atuam cerceando os poderes dos outros, porque se atuam dessa maneira para se obrigarem internacionalmente, a Nação assim o quis ao outorgar-se seu regime constitucional. Quando se trocam ou depositam as ratificações, é o Poder Executivo que atua, mas juridicamente é o Estado, o Soberano, o nosso País, a Nação, nela incluídos todos os seus poderes e cidadãos, que no seu conjunto, se comprometem, se empenham a sua palavra de cumprir estritamente as regras pactuadas livremente para o bem comum. Constitui, portanto, um paralogismo introduzir a idéia de que viola a Constituição porque, ao aprovar o tratado, uns órgãos (os do Poder Executivo) obrigam outros (os do Poder Legislativo), cerceando as suas atribuições. Na realidade, a Nação soberana, ao aprovar a sua Constituição, estabeleceu uma forma de assumir compromissos internacionais, e estes, uma vez assumidos de acordo com as regras do regime constitucional vigente, obrigam todos os habitantes e Poderes do Estado, no

9 VAZ FERREIRA, Carlos. *Lógica Viva*. Montevideo, 1946.

nosso entendimento diretamente, sem necessidade de “transformação”, mas, nesta hipótese, ou caso se entenda que é preciso “transformá-los”, sempre sem possibilidade de serem ignorados por qualquer órgão, salvo quando abertamente se viole a norma constitucional.

O outro paralogismo apóia-se numa errônea e caprichosa interpretação do pensamento de Eduardo JIMENEZ de ARECHAGA, e consiste em induzir a pensar que a nossa ordem interna, conforme esse autor, admite que, no âmbito interno, uma lei posterior viole o compromisso internacional assumido mediante um tratado, deixando de fazer fé à palavra, desde que se tenham recursos suficientes e se esteja disposto a indenizar os prejuízos causados no âmbito internacional, levando a aceitar esse procedimento como legítimo. No nosso entender, não é esse o pensamento do citado autor, o qual, se for lido em toda a sua extensão, se compreende que, a partir da postura realista, que sempre o caracterizou, limita-se a dizer que a ordem internacional *sempre* prima sobre a interna, e tanto é verdade que, quando o legislador, violando a própria ordem jurídica interna, modifica um tratado por uma lei posterior e, após, um órgão judiciário não é capaz de superar a contradição, harmonizando as normas, e faz prevalecer a interna sobre a internacional, esta atitude afinal se repara na ordem jurídica internacional mediante a condenação do Estado infrator. Mas esta situação é a patológica: como se violou o Direito Internacional ao se violar o tratado, e como os juízes internos não restabeleceram a ordem jurídica, senão que, por erro, mantiveram a irregularidade, a única reconstituição possível do direito não reconhecido encontra-se no âmbito internacional, e neste se concretiza através do instituto da responsabilidade.

Sob outro ponto de vista deve considerar-se que se encaramos o problema a partir do enfoque do Direito Comparado, chegaremos, também, à idêntica conclusão.

No seu considerando IV, parágrafo *d*, a Carte afirma que “cumpre compartilhar da tese de que a lei anterior ao tratado, incompatível com este, pressupõe a sua derrogação”, e acrescenta que “esta tese é unânime na jurisprudência dos juízes internos de todos os países”. Para tanto, fundamenta-se nos trabalhos que publicaram Justino JIMENEZ de ARECHAGA (1946), Eduardo JIMENEZ de ARECHAGA (1949) e Bernardo SUPERVIELLE (1948). E isso era então considerado certo. Hoje, ao contrário, a jurisprudência se alterou profundamente, e, muito pelo contrário do que afirma o acórdão, uma ampla corrente reconhece a superioridade hierárquica do tratado.

Assim, em uma breve retrospectiva:

*a*) Na Holanda, a partir de 1954, tanto a Constituição (especialmente depois da sua revisão de 1983) como a sua jurisprudência reconhecem a supremacia do tratado sobre a lei.

b) O mesmo ocorre a partir de um acórdão da Corte de Apelação de Bruxelas, de 1971, bascando-se nas conclusões do Procurador-Geral (caso "Fromagerie Franco-Suisse Le Ski").<sup>10</sup>

c) Na Itália, após longa discussão, o princípio foi admitido pelo Tribunal Constitucional, em 1984 (caso "Granfal").

d) Em França, a jurisprudência está dividida. Enquanto o Tribunal de Cassação sustenta a primazia do tratado (caso "Cafes Jacques Vabre"), o Conselho de Estado — em que pesem às críticas recebidas — persiste na posição tradicional, mantendo uma atitude contrária à primazia do Direito Internacional sobre a lei posterior.<sup>11</sup>

e) Na Espanha, também parece não haver dúvidas, e na sentença de 1982 o Supremo Tribunal proclamou claramente a primazia dos tratados.<sup>12</sup>

f) Tanto nos Estados Unidos como na Inglaterra, se bem que sempre se sustentou a superioridade do costume internacional, o mesmo não aconteceu em relação aos tratados. Esta última tendência começa, entretanto, a ser revertida no segundo dos referidos Estados, posteriormente ao seu ingresso nas Comunidades Européias.<sup>13</sup>

g) No Brasil, desde 1941, apontam-se acórdãos do Supremo Tribunal Federal, em que se declara que um tratado se aplica na ordem interna, em que pese existir uma lei posterior contrária.<sup>14</sup>

h) Na Argentina, ao revés, a Corte Suprema coloca o tratado e a lei no mesmo plano e, portanto, aplica a lei posterior (caso "S.A. Martin e Cia. Ltda.>").<sup>15</sup>

i) Finalmente, em nosso país, desde 1941, a Corte sustenta a primazia do costume internacional sobre o tratado.<sup>16</sup> No tocante à oposição entre um tratado e uma lei posterior, e salvo algumas exceções,<sup>17</sup> a Corte reiterou que "apesar de não se ter consagrado a prelação dos tratados internacionais, estes também prevaleceriam sobre qualquer outra norma na-

---

10 LOUIS, Jean-Victor. *O Ordenamento Jurídico Comunitário*, Bruxelas, 1986.

11 CARREAU, Dominique. *Droit International*, 2ª ed., Paris, 1988, p. 458.

12 BROTONS, Antonio Ramiro. *Direito Internacional Público*, Tomo II, Madrid, 1987, p. 347.

13 WALLACE, Rebecca. "International Law", Londres, 1986, p. 34.

14 ALBUQUERQUE DE MELLO, Celso. *Curso de Direito Internacional Público*, 8ª edição, Tomo I, Rio de Janeiro, 1986, p. 81.

15 PODESTA COSTA y RUDA. *Direito Internacional Público*, Tomo I, Buenos Aires, 1979, p. 44.

16 "L. J. U.", t. 2, 1941, caso n. 523.

17 ARRIGUI, Jean Michel. *Op. cit.*

cional contrária — ainda que fosse posterior — pois estes — que são a fonte mais importante do Direito Internacional — possuem uma eficácia superior à da lei interna dos Estados signatários; pelo que, no caso de conflito entre um e outro, prevalecerá o tratado.<sup>18</sup>

Por tudo isso, parece ficar claro que não é possível afirmar que a tese da supremacia do Direito interno seja unânime na jurisprudência dos juízes internos. Muito pelo contrário, tudo parece indicar que ela perde terreno rapidamente, acelerada na Europa pelos movimentos de integração.

O direito evolui, o Direito Internacional fê-lo com passos agigantados nos últimos quarenta anos: aparecimento de novos sujeitos, de novas fontes, de novos objetos. A multiplicidade de acordos internacionais — bilaterais e multilaterais — a participação dos Estados em numerosos organismos internacionais ficaria seriamente em perigo se apenas tivesse como sanção a responsabilidade internacional e não obtivesse efetivo cumprimento na ordem interna.

A nossa jurisprudência — particularmente a da Suprema Corte de Justiça —, mesmo com vacilações, tinha mantido uma posição concorde com estas exigências. Sem embargo, a afirmação feita no início desta nota pode pressupor uma marcha a ré, que esperamos seja revertida.

Não é necessário que nos detenhamos na jurisprudência dos Tribunais internacionais. Eles sempre sustentaram a primazia do Direito Internacional, e o mesmo ocorre com as disposições da ordem jurídica internacional (artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969).

No plano da doutrina internacionalista, após superada a antiga discussão entre monistas e dualistas, e unânime a corrente que defende a supremacia do Direito Internacional.<sup>19</sup>

Na ordem jurídica interna temos uma ampla gama de soluções constitucionais: desde aqueles Estados que estabelecem a superioridade do tratado sobre a lei (caso da Rep. Federal da Alemanha), aqueles que parecem querer afirmar a sua igualdade com a lei (caso dos EE.UU.), até aqueles que nada dizem a respeito (caso do nosso país).<sup>20</sup> A nossa Constituição (artigos 85, n.º 7 e 168, n.º 20) fixa as etapas que se devem cumprir para a ratificação de um tratado (assinatura pelo Poder Executivo,

18 "Repertório de Acórdãos da Corte de Justiça 1978-1979", Anuário do Ministério da Justiça, t. 2, vol. 2, p. 118.

19 Ver, p. ex., VIRALLY, Michel: "Sur un point aux anes: les rapports entre Droit International et Droits Internes", em *Melanges Henri Rolin*, Paris, 1964.

20 VIEIRA, Manuel A. *Projeção do Direito Internacional nas Constituições Nacionais*, Montevideo, 1983, p. 62.

aprovação parlamentar, ratificação pelo Poder Executivo),<sup>21</sup> sem que isso suponha adesão do nosso país à doutrina da transformação do tratado em lei<sup>22</sup> e, portanto, sem que isso suponha considerar tratado e lei como de similar natureza e hierarquia.

O acórdão aqui analisado merece mais alguns comentários, que deixaremos simplesmente esboçados, logo entrando em considerações precisas sobre o caso concreto em questão.

Devemos recordar que, se a norma de Direito Internacional é superior à lei interna, esta pode modificar um tratado quando o autorize o Direito Internacional. E assim que a Constituição da OIT prevê em seu artigo 19, n.º 8, que “em nenhum caso a adoção de uma convenção . . . ou a ratificação de uma convenção por um membro deverá ser considerado como se afetasse toda lei, toda sentença, todo costume ou todo acordo que assegurem aos trabalhadores condições mais favoráveis do que as previstas na convenção ou na recomendação.”<sup>23</sup>

A convenção n.º 98 — que é uma norma de Direito Internacional ratificada pelo nosso país — estabelece em seu art. 1 que “os trabalhadores deverão gozar de adequada proteção contra todo ato de discriminação tendente a ofender a liberdade sindical que tenha por objeto . . . b) demitir um trabalhador . . . por causa da sua filiação sindical . . .”

No nosso entender, não se trata de uma norma programática. Ao contrário, impõe uma obrigação ao Estado — o mesmo ocorre no art. 3, que deixa a cargo do direito interno a regulamentação da proteção que necessariamente deverá ser “adequada” ao fim objeto de acordo. Neste sentido, portanto, em cumprimento de uma obrigação internacional — e não por esta ter sido derogada — se pode sustentar que o sistema “adequado” é o de multas ao infrator da Convenção<sup>24</sup>.

Em síntese, embora podendo compartilhar do acórdão, parecem-nos sumamente criticáveis vários dos seus fundamentos. À um resultado similar se poderia ter chegado, aplicando o princípio — hoje cada vez mais difundido na jurisprudência interna de outros países, e tantas vezes reafirmado também pela nossa — da supremacia do Direito Internacional e, portanto, da superior hierarquia do tratado ratificado perante a lei, seja esta anterior ou posterior.

21 Salvo naqueles casos previstos no art. 145 da Lei nº 15.851, de 24 de dezembro de 1986.

22 Ver os inúmeros argumentos que neste sentido desenvolveu Eduardo ARECHAGA em “Relações entre o Direito Internacional . . .”, cit. no acórdão comentado.

23 ARRIGUI, Jean Michel. *Op. cit.*, pp. 857 e 862.

24 Saber se este é o sistema “adequado” foge à nossa competência, por ser tema da doutrina trabalhista. Ver, p. ex.: ERMIDA URIARTE, Oscar, “A Estabilidade do Trabalhador na Empresa, Proteção Real ou Fictícia?”, Montevideo, 1983; BARBAGELATA, Hector-Hugo. *Direito do Trabalho*, t. 1, Montevideo, 1977, p. 344.

# A Integração Jurídica da América Latina através do Direito Romano: Realidade ou Utopia? (\*)

SÍLVIO MEIRA

Prof. Catedrático de DR e Emérito da UFPA

“... un continent jeune, neuf,  
fenêtres ouvertes sur l'avenir...”

A. Siegfried.

Sobre os múltiplos aspectos do DIREITO ROMANO COMO BASE DA INTEGRAÇÃO JURÍDICA LATINO-AMERICANA, numerosas questões surgem logo à primeira vista: 1) O sentido da palavra “integração”. O que se almeja com tal “integração”; 2) se a “integração” jurídica pode efetivar-se sem que outras “integrações” paralelas se insinuem: a econômica, a social, a política; 3) qual o âmbito geográfico que cobre a expressão latino-americana.

Vamos por parte, que a tarefa é muito vasta, apresenta muitos ângulos, constitui um verdadeiro universo cultural.

1) *O sentido da palavra integração* — Para Cândido de Figueiredo “integrar é tornar inteiro; completar.” Em matemática se fala em “determinar a integral de.” (*Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 5.<sup>a</sup> edição, Liv. Berthand, Lisboa e W.M. Jackson, Inc. Rio). E, se remontarmos à origem latina do vocábulo, vamos verificar que ele assume muitos aspectos com aplicações variadas, como RES INTEGRA (“an unchanged legal or factual situation”, segundo Adolfo Berger, no seu *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953); *Homo Integrae Frontis*; no sen-

---

\* Conferência pronunciada no V Colóquio Italo-Brasileiro de Direito Romano, Porto Alegre, promovido pela PUC do Rio Grande do Sul e Assia, da Itália.

tido de uma pessoa honesta, *LOCARE EX INTEGRO*, como sinônimo de *RENOVARE LOCATIONEM*; *RESTITUTIO IN INTEGRUM*, o ato judicial decorrente do *imperium* do pretor, etc.

Observamos que o vocábulo integração, em suas mais velhas origens latinas, tem um sentido objetivo e um outro moral. Diz-se, por exemplo, que um magistrado deve ser *íntegro*.

No sentido mais vulgar parece-nos que a intenção dos organizadores deste admirável Colóquio é promover estudos em torno de uma possível uniformização dos regimes jurídicos das nações que *integram* (eis aí outro sentido) a chamada América Latina.

*Que se almeja com tal integração?* Muitas respostas podem ser dadas a essa indagação. Algumas de caráter positivo, outras de aspecto negativo.

Ficamos, todavia, com as de cunho positivo: salvar do naufrágio histórico a herança cultural fabulosa que Roma legou ao mundo, especialmente ao chamado Novo Mundo. Herança representada pelas línguas que falamos, as chamadas línguas românicas. Quem alude à "língua", alude intrinsecamente a um universo cultural, no qual se inclui o Direito.

Somos herdeiros de línguas hoje enriquecidas com vocábulos indígenas numerosíssimos, a ponto de alguns lingüistas admitirem a existência, para nós inaceitável, de uma nova língua brasileira. Os povos de origem hispânica tiveram os seus idiomas enriquecidos da mesma maneira, com as variações que cada região, cada clima, cada "meio ambiente" cria naturalmente.

Essas variações, tanto nos povos de fala castelhana, quanto nos de origem portuguesa, não têm força para quebrar as raízes que nos prendem ao passado ibérico.

Podemos ainda incluir nesse raciocínio os povos que falam francês, embora em minoria, na Guiana Francesa, no Haiti, e até mesmo no Canadá.

Com a língua recebemos a Cultura, da qual não podemos alienar-nos sem desfigurarmos a nossa própria psicologia.

Há, porém, nesse vasto panorama, outro ingrediente: o das influências estrangeiras decorrentes de novas vertentes raciais e culturais: a anglo-saxônica, a eslava, a nipônica, para só referir as mais importantes.

Ninguém nega (e seria absurdo não admiti-lo), que os povos não podem viver isolados, com uma Cultura monolítica, sem influências exógenas. No mundo contemporâneo, mais do que nas idades antigas, os meios de comunicação exasperam essas influências. O número de palavras exóticas que hoje se usam em todos os países "latinos" é imenso. É a fer-

mentação da História, a miscegenação racial e lingüística que nos faz temer uma nova Babel, como aquela que a Bíblia nos descreve.

Não podemos barrar essas penetrações, naquilo em que elas são inofensivas e até se mostram enriquecedoras de nosso patrimônio cultural. Há, porém, um outro aspecto que toma cores de calamidade: quando a má literatura de outros povos penetra no âmago da nacionalidade, fazendo degenerar a mentalidade da juventude. E ao lado dessa ingestão funesta, introduzem-se normas jurídicas, costumes, institutos, instituições, práticas nocivas, quer no campo do direito público, quer no do direito privado.

Poderíamos citar, como exemplo, a prática americana do norte do "lobby" que, a nosso entender, não passa da legalização da corrupção num país que não esteja preparado para praticá-lo.

Bem sabemos que o "lobby", utilizado apenas como meio de convencimento, apresenta aspectos positivos. Mas em uma nação com milhões de analfabetos, com uma representação política escolhida em eleições nem sempre *íntegras*, essa prática norte-americana se nos afigura uma oficialização de influências corruptoras. A própria tradução que os léxicos apresentam para a palavra "lobby" isso demonstra: antecâmara, vestibulo, passadiço, alpendre, corredor. Já se criou, até, a figura do "lobbyist", a pessoa que influencia ou procura influenciar os legisladores.

A pretendida integração da América Latina, sob o aspecto jurídico — e vista de um plano muito alto — seria válida como defesa contra as multiformes correntes de idéias e hábitos nocivos que vêm muitas vezes, do exterior.

O direito romano, em seus princípios mais austeros e ainda válidos, seria uma barreira, um escudo contra forças degenerativas das melhores tradições.

É preciso não esquecer que todas as nações consideradas "latino-americanas" são soberanas. Além de soberanas são elas muito ciosas de suas tradições, de sua cultura peculiar, de sua "liberdade" conquistada em lutas, não só contra as metrópoles européias, quanto com os seus vizinhos que falam as mesmas línguas.

A soberania poderia ser um óbice se a matéria não fosse tratada em termos muito altos. E é nessa alta esfera que desejamos examiná-la, neste Colóquio.

Por um determinismo histórico, todo o pano-de-fundo dos cenários jurídicos latino-americanos é de ancestralidade romana, salpicada de outras cores, como o direito visigótico na península ibérica. Usos e costumes



locais também depositaram as suas velhas contribuições, especialmente no Peru e no México.

Quem confronta os códigos civis dessas nações vai encontrar, neles, a raiz romana. Os codificadores e legisladores seguiram às vezes caminhos diferentes, como Andrés Bello com as fontes espanholas e francesas (Código Napoleão); Teixeira de Freitas com as Ordenações lusitanas e o direito romano justinianeu; Velez, na Argentina, e Tristán Narvaja, no Uruguai, sofrendo as mesmas preocupações que Teixeira de Freitas no Brasil; na Bolívia o apêgo ao Código Napoleão e todas as demais nações nascentes de fala espanhola (Peru, Colômbia, Equador, Venezuela, México) todas elas enredadas nos tradicionais ditames decorrentes do direito romano. Até mesmo a Luiziania, de fala francesa, ofereceu-nos um código em que as matrizes franco-romanas estão presentes.

Toda essa tradição deve ser preservada, defendida de infiltrações malféticas, expurgadas de defeitos de toda ordem.

Não desejamos (e seria absurdo pretendê-lo), trasladar para o nosso século em ocaso nem para o milênio que se aproxima, uma legislação elaborada há milênios e em grande parte defasada e inaplicável.

Mas há algo que deve ser reativado: o *espírito* desse Direito, objeto de profundos estudos de Jhering e, em nossa época, do eminente professor Juan Iglesias, da Espanha.

Há normas, institutos, práticas judiciais fecundas que podem servir ao legislador contemporâneo, sem que ele deixe de ser "atual" e até "avançado".

O que se pretende, portanto, com este Colóquio, é conservar esse espírito na configuração jurídica das nações chamadas latino-americanas, para que elas apareçam perante outros continentes e povos de psicologia diferente, como herdeiras ocidentais da cultura latina. Há também um aspecto sociológico apreciável.

Na visão global dessa tese existem muitas contribuições de pensadores insígnies. Entre muitos, podemos invocar estudos deste século, constantes das obras de André Siegfried (*Amérique Latine*); Keyserling (*Südamerikanische Meditationen*) e Oswald Spengler (*Untergang des Abendlandes*).

Essas obras trazem ao palco das cogitações universais, um conjunto de idéias, aceitáveis ou inaceitáveis, a respeito do destino dos povos do Novo Mundo. Devemos referir, também, a obra do amargurado Stefan Zweig, "Brasil, país do futuro", que apresenta como "moto" as palavras de Gobineau em 1868: "Un pays nouveau, un port magnifique, l'éloig-

nement de la mesquine Europe. Un nouvel horizon politique, une terre d'avenir et un passé presque inconnu qui invite l'homme d'étude à des recherches, une nature splendide et le contact avec des idées exotiques nouvelles."

Pessimismo e otimismo se misturam nos escritos desses pensadores. Poderíamos apresentar um elenco considerável de autores europeus, entre eles Von Martius e ainda Henri Coudreau, nas suas reflexões quanto ao futuro do Brasil e das demais nações sul-americanas. Esses homens não eram romanistas, apenas sábios.

2) A "integração" jurídica pode efetivar-se sem que outras "integrações" paralelas se insinuem: a econômica, a social, a política? O relacionamento entre a vida social dos povos e o Direito é evidente. Mais evidentes ainda são as vinculações entre as condicionantes econômicas e políticas. Este é um feixe de causas e efeitos que se interpenetram.

A integração econômica vem sendo objeto de vivas preocupações por parte dos governos das repúblicas de língua espanhola, especialmente das sul-americanas. Acordos comerciais entre os países do chamado "cone" sul vêm sendo realizados, aproximando, dessa forma, Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai e Chile. Principalmente no campo do direito comercial há práticas que nos conduzem a uma uniformização das legislações. As demais nações sul-americanas, quase todas vizinhas do Brasil (com exceção do Chile, já referido, e do Equador), podem entrar nesse complexo círculo de influência. Os tratados do Brasil com os países amazônicos são outro fator a assinalar. Sob esse aspecto, não apenas os interesses comerciais e econômicos interferem. Há também os contornos políticos, de primeira grandeza.

O mundo passa por transformações profundas. A Europa constitui um bloco econômico e político de enorme peso no panorama mundial. O Oriente, com seus progressos industriais, especialmente no Japão, China e Coreia, é outro fator de polarização da economia. A América Latina, para sobreviver a esse mundo de competições, em que as empresas multinacionais movimentam orçamentos superiores aos de muitas nações, precisa unir-se também, ou melhor *integrar-se*.

O chamado "conflito-Leste-Oeste", de natureza econômica e política, em que desempenhavam papéis preponderantes os Estados Unidos e a URSS, parece ter desaparecido do mapa do mundo... mas pariu um outro conflito, o Norte-Sul, em que as nações do primeiro mundo, especialmente os Estados Unidos, se tornam cada vez mais poderosas e absorventes, e as denominadas do segundo e terceiro mundo cada vez mais se fazem subservidas caudatárias. As dívidas onzenárias se avolumam cada vez mais. Os juros sobre juros se tornam muitas vezes superiores ao valor da dívida

principal. É a consagração da usura internacional, para que as nações credoras mantenham seus povos bem alimentados e ricos, enquanto os das nações devedoras se atolam na pobreza, ou melhor, na miséria, na doença e no analfabetismo. A essa altura dos acontecimentos surgem as ricas nações credoras com programas "humanitários" de "ajuda", em que utilizam o dinheiro "a mais" que arrancaram dos povos devedores.

Eis aí um ponto em que o direito romano desempenharia papel importante, se fosse utilizada a sua vasta legislação sobre o combate à USURA. Desde a lei das XII Tábuas, no século V antes de Cristo, até o século VI, depois de Cristo, ao tempo de Justiniano, os romanos legislaram fartamente sobre a usura, combatendo-a.

A lei decenviral estatuiu normas sobre o *unciarum fenus*. Várias leis, entre elas a 1. Genucia, do ano 342, que punia a usura e famosa *lex Poetelia Papiria*, do ano 236 a.C., que proibia a prisão por dívidas, são conquistas sociais, esta última assinalada por Tito Lívio com o começo da era da liberdade.

Todo o rigor das leis republicanas foi reforçado pela legislação de Justiniano, ao vedar o "anatocismo", isto é, a cobrança de juros sobre juros. Anota Juan Iglesias: "Con más rigor que en el derecho clásico, prohíbe a Justiniano el anatocismo, o sea, la transformación de los intereses non pagados en capital productivo a su vez de nuevos intereses (C. 4, 32, 28; C. 7, 54, 3). Proíbe, además, que sigan exigiéndose intereses cuando los ya pagados alcanzan el montante del capital (Nov. 121,2; Nov. 138). (J. Iglesias, D. Romano, Historia e Instituciones, Madrid, Ariel Derecho, 1990, p. 388, nota 27).

A *versura*, capitalização e substituição dos juros, constitui uma das mais belas batalhas do Poder Público contra a fome dos credores e se seus princípios fossem utilizados nos tempos atuais, os credores internacionais teriam que manter-se nos justos limites que a moral e o direito estabelecem. (Wille, *die Versur*, Berlin, 1984).

Como afirmar que o direito romano é coisa ultrapassada, página virada da História?

A Constituição Federal brasileira em vigor (como as anteriores), veda a usura. Legislação de economia popular, no Brasil, vem combatendo, há muito tempo, a criminalidade no campo da economia. Como aceitar, então, a cobrança de juros escorchantes, que já sobrepujaram de muito o valor inicial da dívida e cada vez mais se multiplicam, acrescidos de *spreads* e outras taxas inventadas unilateralmente?

Socorramo-nos, portanto, do direito romano. Ao se efetivar a reforma constitucional prevista para 1993, inclua-se nela um artigo em que se

diga: "É considerado contrário aos interesses nacionais o anatocismo nas dívidas externas". E se faça, pelo menos, a auditoria prevista no art. 26 (DT), até hoje não cumprido.

Os credores querem a reforma, não para melhorar o texto em favor do Brasil, mas para extirpar dele um saldo de garantias que ali ainda existem, como a determinação daquela auditoria.

Eis aí como o direito romano pode ser útil nos tempos atuais, no campo da economia.

Numerosas outras idéias podem ser hauridas na poderosa fonte romana, hoje esquecida dos legisladores e marginalizada mesmo por alguns juristas, que desconhecem as suas preciosidades.

Muitas dessas normas se encontram no Código de Justiniano, obra pouco freqüentada até mesmo por alguns romanistas. Prendem-se mais ao texto simplificado das Institutas (elaboradas para ensino do direito) e até mesmo do Digesto, vastíssimo repositório de doutrina, alicerçada em mais de um milênio de jurisprudência.

Muito embora muitos romanistas europeus, entre eles Koschaker e Albertário, ponham em realce a existência de "vários direitos romanos", dividindo em camadas históricas os seus princípios, entendemos que esse critério tem mais caráter didático. O direito justinianeu, em grande parte, é o mesmo direito que veio se estratificando através dos séculos, do que é exemplo a reprodução de fragmentos de juriconsultos sabinianos e proculianos do fim da república e início do império, cerca de seis séculos anteriores ao mesmo Justiniano. E ainda a semelhança entre as Institutas justinianéias e as Institutas de Gaio, estas com antecedência de aproximadamente quatro séculos.

No campo social, o socorro que o direito romano poderá trazer aos legisladores deste fim de século é muito significativo. Os romanos não conheceram a expressão ora em moda "reforma agrária", que alguns querem substituir por outra: "reforma agrícola".

Eles simplesmente denominavam "leges agrariae" ao conjunto de leis (como a lex Sempronia Agrária) em que se objetivava a divisão e distribuição de terras, a fixação do homem no campo, o aumento da produção, etc. Muito embora vivessem época diferente da nossa, as experiências foram válidas, principalmente as realizadas ao tempo de Júlio Cesar.

Um instituto muito combatido, até nos meios jurídicos, e que no entanto seria de grande significação para o mundo atual, é o da *enfiteuse*. Surgida para aplicar-se aos meios rurais, com origem grega, para uns; com origem nos contratos a longo prazo do tempo do Imperador Adriano,

para outros, a verdade é que a enfiteuse perdeu a sua pureza quando passou do campo para as cidades. Essa degenerescência trouxe para esse instituto a odiosidade de alguns juristas, que não procuram distinguir o lado negativo da enfiteuse urbana (que tende a desaparecer), da enfiteuse rural (que deve ser valorizada). Explicamos. A imensa extensão territorial do Brasil rural tem permitido a distribuição quase gratuita de glebas em todo o território nacional, especialmente na Amazônia. Imensas áreas foram transferidas para empresas que as detêm e não as exploram, visando apenas ao comércio das mesmas terras, isto é, à grilagem.

A Amazônia tem sido palco de um verdadeiro assalto, com a concessão do domínio direto a especuladores de todos os padrões. Grandes empresas, políticos, homens ligados ao poderio econômico, bancos, entidades estrangeiras, adquiriram, nas décadas passadas, extensões territoriais imensas, na Amazônia. O seu objetivo, em muitos casos, é a grilagem, isto é, a revenda dessas terras, sem que as tornem produtivas.

Se se adotasse a enfiteuse para as propriedades rurais, o domínio se bipartiria: o *domínio útil* com o particular, o *domínio direto* com o Poder Público. Perderiam os enfiteutas tais bens se não os beneficiassem. O Poder Público teria nas mãos as rédeas da atividade rural. Seria também uma fonte de renda. Já temos escrito exaustivamente sobre esse assunto, mostrando como poderia o Estado controlar a vida agrícola e, ao mesmo tempo, distribuir de maneira equânime as terras interioranas.

Nada disso se faz, por quê? Quais as forças invencíveis que se acocoram por trás dos interesses de grandes grupos ou de homens poderosíssimos, que seguram a mão dos legisladores e imobilizam as iniciativas governamentais?

Eis como o direito romano poderia vir em socorro dos povos sul-americanos, no que se refere ao uso do chão rural. Nossos problemas, nessa seara, são semelhantes aos de outros países sul-americanos, especialmente dos chamados países amazônicos: Peru, Equador, Bolívia, Colômbia, Venezuela e as antigas Guianas, duas hoje independentes (A República da Guiana, de fala inglesa) e a do Suriname (de colonização holandesa). A Guiana francesa é uma ferida colonial no lombo da América do Sul. Todas essas nações dispõem de grandes extensões territoriais, quase todas possuem problemas semelhantes aos do Brasil; com experiências malogradas de reformas agrárias e com acentuado êxodo rural, como acontece nos arredores de Lima.

Vamos buscar no direito romano as idéias, as inspirações para essas reformas. Povo com visão do futuro, os romanos combateram o chamado "êxodo rural" fixando o homem ao campo através de uma modalidade especial de *capitis deminutio*: a servidão à terra. O *servus terrae* não era um pária. Pelo contrário, retirava do solo o seu sustento, era ajudado

pelo Poder Público e poderia transformar-se em titular da gleba, depois de algum tempo e de acordo com as condições que a legislação imperial estabelecia. Leiam-se a respeito os preceitos constantes do Código, referentes ao colonato.

O colono romano, o chamado "escravo da terra" era mais livre e mais protegido do que o trabalhador da selva amazônica, em locais inóspitos, sem saúde, sem alimentação sadia, sem conforto e, às vezes, até sem salário.

A literatura nacional e universal está repleta de exemplos, que vão desde o romance A SELVA, de Ferreira de Castro, até o JAGANDA, de Júlio Verne, e A ÁRVORE QUE CHORA, de notável escritora nórdica.

Em numerosíssimos outros aspectos o direito contemporâneo necessita de voltar às origens romanas, a fim de fortificar-se e enriquecer-se.

No Direito Criminal e os seus rebentos, como o Direito Penitenciário, que resultados objetivos teve a Humanidade com as idéias "novas", implantadas depois dos estudos profundos de criminalistas como Lombroso, Garófalo, Ferri Beccaria, e muitos outros? O sistema penitenciário contemporâneo é a negação de tudo o que o ser humano reivindica através dos séculos. Prisões abarrotadas. Crimes nas penitenciárias. Doenças incuráveis transmitidas de detento a detento. O sistema penitenciário atual é uma chaga que deveria ser cauterizada quanto antes. Aniquila no criminoso primário e jovem o que lhe resta de "ser humano". Esse é um estado de coisas que não deve perdurar. No sistema penal romano, apesar da sua crueldade com relação a certos crimes, com a instituição da pena do talião, nas mais remotas épocas, ou a do "homo sacer" para os traidores da pátria e outras práticas cruéis (o lançamento da rocha Tarpéia), houve algumas práticas interessantes, como, por exemplo, as penalidades que importavam em trabalhos nas minas. A administração das minas se fazia através de publicanos. No início do Principado as minas em território itálico e nas províncias eram administradas através de *procuratores*. Na condenação para trabalhos nas minas (*in metallum damnare*) o delinqüente era um *servus poenae*, condição ao que nos parece, bem melhor do que a dos infelizes condenados que apodrecem nas prisões brasileiras. Uma variante da condenação, mais branda, era *damnatio in opus metalli*. (Vd. UGO BRASIELLO, La repressione penale in diritto romano, 1937).

Outros aspectos dignos de nota eram as penalidades por multa (*poena pecuniaria, ademptio bonorum, confiscatio, publicatio*).

A pena em dinheiro dói mais ao delinqüente do que a privação da liberdade, em certos casos. A prestação de serviços, sob variadíssimos aspectos, é mais benfazeja do que o cerceamento do direito de ir e vir. O exílio, também praticado pelos romanos, hoje em dia só atinge os

políticos depositos por movimentos revolucionários, que depois regressam à pátria cobertos de glória... com direito a ressarcimento dos prejuízos.

Nosso direito penal precisa ser repensado. Nosso direito civil, condensado no Código, quadriparte-se em Propriedade, Família, Obrigações e Sucessões.

Pelo menos dois terços da população não possuem propriedade imóvel. Se consultarmos as estatísticas, a percentagem talvez seja maior. A família, em numerosíssimos casos, nas camadas mais pobres, existem sob a ficção contitucional e costumeira, jamais de acordo com as regras do direito civil. Os romanos, muito práticos, ao lado da *confrarreatio*, casamento religioso e da *coemptio* (uma espécie de venda simbólica), instituíram o casamento *usu*, pela convivência do homem e da mulher desimpedidos, amarrando-os perante as leis. O mesmo percentual da população que não dispõe de bens, não contrai grandes obrigações nem necessita de fazer inventário daquilo que não existe: monte hereditário. Conclui-se então que o Código Civil só serve a uma pequena minoria: os que possuem patrimônio, contraem obrigações, vivem em regime familiar e, quando morrem, deixam bens para inventário.

Muitas idéias admiráveis existem no direito romano que poderiam vir em socorro do legislador contemporâneo, oferecendo-lhes sugestões para aplicação prática.

Integrar a América Latina sob o aspecto social não constitui tarefa muito fácil, pelos motivos expostos. Além do mais, cada nação possui as suas práticas, os seus costumes, no que se refere ao direito privado. Lembremos que, quando Vêlez Sarsfield utilizou os subsídios que lhe enviava o nosso infortunado Teixeira de Freitas (Esboço), várias vezes se levantaram na Argentina, entre elas a do exasperado Juan Bautista Alberdi, que da França enviava panfletos para a sua pátria, alegando, entre outras coisas, que a adoção do projeto de Freitas iria subordinar a grande pátria Argentina ao Império... Os hábitos familiares argentinos eram diferentes dos nossos, a mulher argentina possuía outra psicologia, não seria possível aceitar projetos de leis brasileiros para outra nação. Eis aí um exemplo típico das dificuldades legislativas para uma *integração social*.

Politicamente, então, os problemas se tornam mais graves. A tendência para o "caudilhismo", que se observa nas nações de língua castelhana, arrasta essas nações para regimes políticos não democráticos e mesmo quando se dizem democráticos nada mais são do que uma contrafação da verdadeira democracia. O desrespeito às leis é uma constante, a vocação para o presidencialismo e a ditadura pessoal tem provocado turbulências históricas, inclusive no Brasil, que parecia estar imune a tais tendências, ao tempo do Império. São agudas as observações de André Siegfried a esse respeito, quando escreve: "Je n'ai jamais tant entendu parler de consti-

tution que dans ces pays où la constitution est journellement violée. Émiments juristes discutent, sérieusement et consciencieusement, la signification des textes dont les politiciens se moquent, et, si l'on sourit, les docteurs pointent du doigt les articles qui sont la garantie du droit. La loi n'a de majesté que dans les mots. Avouons-le, c'est, en fin de compte, la force seule qui compte" (ob. cit., p. 100). Indaga, então, o eminente escritor francês, de sobrenome alemão (Siegfried): "pourquoi cette tentation de l'arbitraire, de l'abus du pouvoir, cette seduction de la tyrannie, qui paraît irrésistible chez les Latins du Nouveau Monde?"

Observações semelhantes já fizera Lambert no seu livro OS DOIS BRASIS, em que assinala serem as leis, no Brasil, mais uma declaração de boas intenções, logo desprezadas depois de promulgados os bens elaborados diplomas. As constituições são feitas, como as capas vermelhas que usam os toureiros, para serem agredidas e rasgadas. A atração pelo governo de um só parece ser uma constante. O governo através de decretos-leis ou de medidas provisórias transforma o chefe do Executivo em um ditador disfarçado. É um simulacro de democracia, tanto assim que, toda a vez em que a execução de um dispositivo constitucional incomoda ou perturba interesses econômicos de grupos nacionais ou multinacionais, em vez de impor-se o cumprimento da Carta, o que se faz é exatamente o contrário: a reforma da Lei Maior. Vestem-se e despem-se as constituições como trajes para a estação propícia. Quanta diferença, em comparação com as nações, como a Inglaterra, que não dispõem de constituições escritas!

São ainda de André Siegfried as seguintes palavras: "Dans le domaine de la politique, le Nouveau Monde s'est révélé créateur: il a inventé le président." (id. p. 89). E em outro passo: "Tocqueville a traité de la Démocratie en Amérique. Quelque autre Tocqueville serait-il justifié d'écrire une Démocratie en Amérique Latine? Avec sa formation d'Anglo-Saxon du XIX Siècle, Bryce n'a pu se résoudre à classer les républiques sud-américaines parmi les démocraties: il s'agit en effet de constitutions qui n'assurent pas aux citoyens des libertés individuelles véritables, de républiques de nom qui sont souvent des dictatures de fait, de régimes qui oscillent entre l'anarchie et la tyrannie." (ib. p. 88).

É bem verdade que Siegfried escreveu na década dos 50, depois de observar *in loco* todo o continente americano. Mas as suas agudas observações continuam válidas, muito embora os nossos sentimentos patrióticos nos inclinem a contestar tão francas assertivas.

É preciso, portanto, distinguir integração jurídica de integração política, a primeira relativamente aceitável, a segunda impossível, um mito e nada mais.

Quando dizemos que a primeira integração, a jurídica, é parcialmente aceitável, queremos aludir aos aspectos decorrentes do intercâmbio eco-



nômico, em que numerosos preceitos do direito das obrigações podem atender a uma finalidade prática. Integração jurídica total é outro mito, outra utopia, irrealizável em povos de mentalidades diferentes, tradições e hábitos dessemelhantes. O direito não é uma camisa-de-força que se vista nas nações com se faz com os dementes furiosos nos hospitais psiquiátricos. O direito é algo muito refinado, sutil, é mais uma túnica inconsutil, um manto diáfano que se estende sobre os povos ávidos de liberdade e de Justiça. Além do mais, para que as nações latino-americanas utilizem com boa técnica os ensinamentos provindos do direito romano, há necessidade de uma total reciclagem dos órgãos e pessoas capazes de levarem a efeito essa tarefa.

O direito romano vem sendo combatido em quase todas as nações do Ocidente. Como preliminar, extinguiram-se os estudos da língua latina, a língua *mater* que deveria concorrer para a defesa do espírito da latinidade contra as invasões estranhas. Em seguida, extinguiram-se, como se fosse um movimento orquestral, as cátedras de direito romano em quase todas as nações dos países latino-americanos.

Desde 1972 participamos de Congressos internacionais e vimos sempre batendo na mesma tecla, desde a reunião histórica da Universidade Nacional Autônoma do México, naquele ano. Discute-se se nossa disciplina deve figurar nos programas de bacharelado ou de pós-graduação. Enviam-se recomendações e conclusões aos governos. Nem sequer esses governos se dignam dar atenção à pretensão dos romanistas, últimos abencerragens de uma espécie rara que está desaparecendo. E tudo continua no mesmo. O que resta da latinidade é o que está sedimentado na alma popular, através das línguas românticas, herdeiras de um tesouro também ameaçado de extinção. Leis e constituições mal elaboradas surgem a toda hora. São peças descartáveis para uso momentâneo. Os derradeiros repositórios da cultura jurídica romana ainda são os Códigos Civis, verdadeiros mastodontes, que resistem parcialmente à ação do tempo. Só se aplicam a uma parcela mínima da sociedade, a minoria detentora dos bens materiais.

Como integrar — então — sem instruir, educar?

Um dos fatores que, acreditamos, tem concorrido para a marginalização do direito romano é a difícil utilização do instrumento necessário ao seu culto. O romanista não é apenas um bacharel, com cinco anos de curso e um diploma na mão. Um romanista deve ser, antes de tudo, poliglota. Dominar suficientemente várias línguas vivas e uma morta: o latim. Na Europa o estudo do grego é normal entre os romanistas. Deve ser um polimata no mais alto sentido.

Qual o legislador brasileiro ou sul-americano que dispõe desse instrumental? Mal sabem a sua língua materna, deturpada por alguns regionalismos revoltantes. Assista-se a um comício de propaganda eleitoral ou a um

programa de televisão com a mesma finalidade, e ver-se-á quão vulgar, inexpressiva e até ridícula é a mensagem dos “candidatos”, aqueles homens que, à maneira romana da república, deveriam ser puros como a cor de suas vestes. Os candidatos de hoje deveriam vestir-se de negro, nunca de branco.

Quantos anos ou quantas décadas serão necessários para que se faça essa reviravolta na História, a fim de permitir-se que os homens de governo, que integram os Três Poderes, desempenhem bem a sua missão de defensores do bem público?

As figuras do DEFENSOR CIVITATIS, em certos casos também chamado DEFENSOR PLEBIS; a do CURATOR REI PUBLICAE (no Oriente denominado também PATER CIVITATIS); a do CORRECTOR CIVITATIS, oriundas do direito romano, em várias épocas, são sugestões, apenas sugestões, para sua adaptação modernizada aos tempos que correm. Havia entre os romanos da república, por trás das instituições, um ingrediente indispensável: o sentimento de amor à Pátria, à coisa pública, condensado no lema: SALUS POPULUS SUPREMA LEX ESTO. Na época atual, a ambição pelos bens materiais, a corrida às vantagens que oferecem as funções públicas, as chamadas “mordomias”, tingem de negro o panorama político nacional e internacional. Esse é um fenômeno universal.

Como conseguir tal intento em países em que o narcotráfico se infiltra nas mais austeras instituições, até nos Congressos Legislativos?

Não cabe a nós a resposta ou a solução. Somos espectadores estupefactos da crise contemporânea. Resta-nos apenas apontar os erros e sugerir soluções, que para muitos podem parecer utópicas.

Um dos fatores que, no passado, contribuíram para esse estado de coisas, foi a eliminação do estudo do direito romano nas universidades brasileiras. Deve-se esse desserviço à reforma do ensino levada a efeito na década dos trinta, sendo Ministro o jurista Francisco Campos. O Brasil entrara em nova fase, a partir da revolução de 30.

Até hoje se sentem as conseqüências, algumas boas, outras malélicas da Reforma do Ensino, realizada por aquele jurista, conhecido em nosso País como “Chico Ciência”.

Vamos às provas.

Homem de peregrina inteligência, com experiência adquirida no exercício de altos cargos, Francisco Campos levou a efeito uma reforma geral no sistema educacional brasileiro (1931).

Limitaremos nossa apreciação ao campo do direito.

Na exposição de motivos enviada ao então Chefe do Governo, Francisco Campos apresenta as suas idéias, finalmente aceitas.

Escrevia ele: "O curso de bacharelado foi organizado atendendo-se a que ele se destina a finalidade de ordem puramente profissional, isto é, que o seu objetivo é a formação de práticos do direito". (Vd. Educação e Cultura, Liv. J. Olympio, Rio, 1940, p. 73).

A expressão "práticos do Direito" define toda uma filosofia. Que é o "prático do Direito"? O rábula, aquele que adquire experiência forense, sem grande visão das questões filosóficas da Ciência Jurídica?

Aquele que pratica o Direito deve saber utilizar os instrumentos à sua disposição. O simples conhecimento dos textos e o acompanhamento dos processos em Juízo não justificariam, em rigor, a manutenção de entidades dispendiosas, as Universidades.

Além do mais, nem todos os que, aos milhares, recebem diplomas de "bacharel", têm por finalidade o exercício da atividade forense. As Faculdades de Direito forneceram ao País grandes diplomatas, estadistas, legisladores, magistrados, empresários, banqueiros, que jamais necessitaram de embrenhar-se nos meandros da chamada "prática do direito" a que aludia o ministro.

Juntem-se àquele elenco os professores, os teóricos da Ciência Jurídica, os pensadores de todos os tempos, homens que jamais frequentaram um escritório de advocacia e, no entanto, deram enorme contribuição ao aperfeiçoamento da ordem jurídica.

Os *advogados militantes*, em face da grande massa de diplomados, constituem um minoria. Atividade belíssima, a advocacia, tem os seus lances de grandeza quando exercida no sentido superior da defesa de direitos ameaçados ou violados, mas, por outro lado, limita-se à prosaica luta pela sobrevivência, à cata de honorários, em não poucos casos.

Como abrir as portas do futuro em uma nação em que os frequentadores de cursos jurídicos não adquirem conhecimentos decorrentes das disciplinas chamadas "propedêuticas"?

A concepção do Ministro era estreita, vulgar. Predominou porque vivíamos em uma época de regime ditatorial, com a Europa ameaçada pelos ditadores que acabaram por incendiá-la.

Alguns reflexos do incêndio europeu chegaram ao Brasil. O nazismo alemão combatia o estudo e a aplicação do direito romano. O Ponto 19 do programa do Partido Nacional Socialista assim o prescrevia: substituir o direito romano — considerado individualista e contrário aos interesses sociais — por um direito tipicamente germânico, que nunca foi alcançado.

As tendências políticas de Campos levaram-no também a eliminar a disciplina dos currículos do Bacharelado, deixando-a utopicamente isolada no Curso de Doutorado.

O resultado se fez sentir até hoje: bacharéis sem necessária formação filosófica, prontos para a “prática do Direito”, foram lançados no meio social. Os reflexos chegaram até à raiz das instituições, com o despreparo dos administradores, a má formação dos legisladores, dispensados, aliás, por longo período de governo autocrático, em que o Presidente governava com decretos-leis.

Uma enxurrada de leis mal redigidas se contém em dezenas de volumes publicados pela Imprensa Nacional. Os romanistas, os filósofos do Direito, os “juristas” no mais alto sentido foram a pouco e pouco rareando, salvas as admiráveis exceções que todos conhecem.

E o mais interessante é que, nesse mesmo período, vários códigos foram promulgados, alguns de boa lavra, em que os princípios do direito romano se acham presentes. Damos como exemplo, entre outros, o Código de Processo Civil, projeto de autoria do eminente Pedro Batista Martins. Um paradoxo!

Embora não desejemos alongar este trabalho, é de nosso dever reproduzir e comentar a Exposição de Motivos ministerial, hoje em dia enfiada nos arquivos e esquecida das novas gerações.

Lá está escrito “O curso de direito foi desdobrado em dois: um de bacharelado e outro de doutorado”.

“Da sua seriação foram, portanto, excluídas todas as cadeiras que, por sua feição puramente doutrinária ou cultural, constituem antes disciplina de aperfeiçoamento ou de alta cultura do que matérias básicas e fundamentais a uma boa e sólida formação profissional.”

“Em consequência disso a Filosofia do Direito foi substituída pela Introdução à Ciência do Direito, logo no primeiro ano, “como indispensável propedêutica ao ensino dos diversos ramos do direito, como na medicina a propedêutica médica precede às cadeiras de clínica, fornecendo as noções básicas e gerais indispensáveis à compreensão dos sistemas jurídicos, de que ela analisa e decompõe as categorias fundamentais.” (ob. cit. p. 74).

Ainda no primeiro ano se embutiú o estudo da Economia Política, enxerto novo decorrente da mentalidade da época, matéria de alta importância, mas que bem poderia ficar um pouco atrás, isto é, nos cursos pré-jurídicos.

Justifica-se ainda o Ministro:

“Colocadas, assim, no primeiro ano a Introdução à Ciência do Direito e a Economia Política, o espírito recebe a ação preparatória imprescindível

para abordar o estudo do direito positivo, de que ambas constituem pressupostos necessários e indispensáveis.”

Alterando, a seu talante, o currículo tradicional, o ministro despia um santo para vestir outro. Eliminava o direito romano, com justificativas que merecem reproduzidas para julgamento das gerações de hoje:

“Foi suprimida do curso de bacharelado a cadeira de direito romano. Aliás, esta supressão constitui novidade apenas na lei. É antes uma confissão do que uma ação. Efetivamente, não sei se na prática houve jamais no Brasil estudo do Direito Romano nas nossas Faculdades. O que nelas se ensinava, com o nome de Direito Romano, eram noções gerais de direito. Como estas noções eram acompanhadas, a título de ilustração, de citações do *Corpus Juris*, passava como de Direito Romano um curso que, real e efetivamente, era de enciclopédia ou de propedêutica jurídica. A reforma limitou-se, portanto, a consagrar na lei uma situação de fato.” (Id. p. 74).

A crítica ministerial poderia estender-se a muitas disciplinas do curso jurídico, em *algumas* Faculdades, nunca a *todas* as Faculdades do País. Bastaria citar o número razoável de obras de peso, como as de Abelardo Lobo, Amazonas de Figueiredo, João Henrique, Reinaldo Porchat, Hahnemann Guimarães, Coelho Rodrigues, Spencer Vampré, Vieira da Silva, Afonso Cláudio, Barros Guimarães, José Diniz Barreto, Hersílio de Sousa, Ludgero Coelho, Neto Campelo, e muitos outros. As traduções das Institutas, levadas a efeito por Spencer Vampré, em São Paulo e Coelho Rodrigues, filho do Piauí, são dois marcos do romanismo em nosso País. Aliem-se àquele elenco os escritos esparsos de romanistas eminentes como Alexandre Corrêa (o tradutor da *Summa Theológica*, de Santo Tomaz, e mais tarde tradutor de Gaio e Justiniano), as traduções de Ihering por Clóvis Beviláqua e Aderbal de Carvalho; a versão da obra de Mackeldey realizada por Bento de Faria, os escritos de romanistas jovens àquele tempo, mas que depois se notabilizaram, como Benjamin Colucci e Dilermando Cruz, ambos conterrâneos de Francisco Campos. Poderíamos ainda citar a geração posterior a 1940, alguns já mortos, poucos ainda vivos e que contribuíram com o seu saber para o aperfeiçoamento da ordem jurídica em nosso País. Paralelamente, convém referir os romanistas que não eram professores, mas o foram a vida toda no exercício da magistratura, alguns ministros do Supremo Tribunal Federal, como Hahnemann Guimarães, Bento de Faria, Eduardo Espíndola, Edmundo Lins, Pedro Lessa e um número considerável de civilistas, processualistas, constitucionalistas, advogados e juizes, que eram também romanistas e que tinham, como alicerce de sua formação, o estudo e o culto do Direito Romano.

O que cabia ao Ministro, autor da reforma implantada por Decreto n.º 19.852 de 11 de abril de 1931, era corrigir as falhas do ensino do direito romano, oferecendo bolsas de estudos no exterior a professores e a alunos, promovendo o intercâmbio cultural com as Universidades da Itália, a fim de elevar o nível do ensino em nosso País. A substituição do

Direito Romano pela miscelânea filosófico-jurídica que é a cadeira de Introdução à Ciência do Direito, não concorreu para o aperfeiçoamento das novas gerações, que ficaram com uma lacuna na sua formação cultural.

É de pôr em dúvida o descortino do ministro reformador ante estas assertivas que extraímos de sua citada Exposição de Motivos:

“Além disso, o direito romano constitui antes matéria de um curso de alta cultura jurídica do que de finalidade profissional.”

Havia, de sua parte, uma verdadeira obcecação: a profissionalização do ensino jurídico, como se o Brasil fosse um vasto forum de questões judiciais, capaz de abrigar milhares de advogados militantes. Haveria mais profissionais do que clientes. Um cenário sinistro que bem ou mal comparando, lembra as fantasmagorias de um quadro de Bosch.

Não fica por aí, no entanto, a má vontade ministerial e ditatorial contra a ciência de Justiniano:

“Não seria justo, pois, que, quando a duração do curso se revela insuficiente para um estudo satisfatório do direito moderno, cujo conhecimento se torna dia-a-dia mais difícil, graças ao movimento de transformação que se opera no seu seio e às múltiplas diferenciações que tem sofrido o tronco jurídico primitivo, dividindo-se em novos ramos e categorias, cujo número avulta, cada dia, com os novos processos de organização e de polarização dos interesses, *não seria justo que tempo, já de si tão escasso, se desfalcesse de um período destinado ao estudo de instituições caducas, que, ao invés de* CONSTITUÍREM OBJETO DE DIREITO POSITIVO; SÃO, ANTES, MATÉRIA DE ARQUEOLOGIA JURÍDICA: (p. 75)”.

O direito positivo a que se referia haveria de ser aquela avalanche de decretos e decretos-leis que inundaram o Brasil na década de 30.

Prossegue, mais reflexivo e menos radical: “Os resíduos úteis do direito romano, isto é, os seus elementos vivos ou que sobrevivem no direito moderno, podem ser convenientemente estudados no direito civil, no capítulo das fontes e a propósito da explanação dos diversos institutos”.

“Isto não implica recusar, de modo completo, qualquer mérito ao estudo do direito romano. Particularmente do ponto de vista da técnica jurídica o seu estudo será de grande interesse porque nele, como em todas as obras primitivas e rudimentares, se deixam ver a nu os artifícios e processos simbólicos, pelos quais o espírito humano constrói os conceitos e as categorias jurídicas. Deste ponto de vista, “como razão escrita”, na expressão de Leibnitz, será o estudo do direito romano um rico subsídio para os que pretendem estudar a fundo os processos e as formas simbólicas de cuja análise resultará o conhecimento da lógica jurídica. Assim, o direito romano, NA SUA PARTE ÚTIL, fica reduzido à história técnica do direito e constituirá objeto de um curso de alta cultura jurídica, no qual predomi-

nem, sobre os interesses pelo estudo de direito positivo, os mais raros e menos urgentes, do estudo especulativo e filosófico dos processos de construção e de ordenação técnica do material do direito." (P. 76).

A guerra desencadeada por Francisco Campos em 1931 não durou muito, isso porque a cadeira foi restaurada pela Lei n.º 114 de 11 de novembro de 1935, no 1.º ano do curso de bacharelado. Mas ficaram os resíduos dessa campanha, os despojos de guerra, na formação de várias gerações alheias à disciplina, formando verdadeiros contingentes de seus adversários.

Diante desses fatos, indagamos; — como restaurar, no Brasil e nos demais países da América Latina, o interesse, o gosto pelo estudo de matéria tão atacada, em todos os tempos?

Como promover uma *integração jurídica* sem dispor dos instrumentos capazes de promovê-la? Entre esses instrumentos se encontra a formação de uma nova geração de romanistas, o que só pode ser efetivado com a proteção dos governos.

Um tratado ou uma convenção entre as nações latino-americanas em que se cogitasse de maior intercâmbio cultural, com vistas a um refinado estudo do direito romano naquilo em que pudesse ser útil nos tempos atuais, seria uma porta aberta para o futuro.

Igual procedimento deveria ocorrer com relação às fontes européias mais significativas, especialmente na Itália, de maneira que estudiosos brasileiros (ou melhor, latino-americanos) pudessem aperfeiçoar os seus conhecimentos. A Universidade de Roma, principalmente, poderia transformar-se em uma nova Bolonha, *lucerna juris*, capaz de irradiar a luz de seu saber e de sua tradição em direção do Novo Mundo, como o fez o sábio italiano Marconi ao iluminar a imagem do Cristo no Corcovado, faz muitos anos.

Essa é uma tarefa para gerações, que deve ser logo iniciada, antes que as nossas leis degenerem sob a influência de outras culturas sem raízes na latinidade.

E por falar em latinidade, indagamos, a esta altura:

### 3) Qual o âmbito geográfico que cobre a expressão América-Latina?

O *Nouveau Larousse Universel* (ed. 1948) firma, de maneira muito singela: "Amérique Latine, ensemble de l'Amérique espagnole et du Brésil, colonisé par les Portugais".

Essa definição simplória excluiria os povos de fala francesa (a Guiana Francesa, os resíduos do Canadá e das Antilhas), levando-se em conta os idiomas e, sob o critério geográfico, a República da Guiana, Capital Georgetown e o Suriname, capital Paramaribo, nos quais preponderam, na primeira, a língua inglesa e, na segunda, o idioma holandês.

Quando estivemos no Suriname, em 1975, sentimos ali o vivo desejo, em alguns setores, de "trocar de língua". Alguns opinavam pelo espanhol (existe lá um Instituto Andrés Bello), outros inclinavam-se pelo português.

André Siegfried (ob. cit. p. 7) indaga: "Dans quelle mesure il existe une Amérique Latine"?

Diz ele que, depois de conhecer os países das Américas, chegou à conclusão de que todos eles oferecem traços comuns que permitem grupá-los em uma atmosfera de América Latina comum.

Os anglo-saxões protestantes do Norte, os latinos católicos do Sul evoluem, diz ainda Siegfried, em quadros de civilização distintos e são marcados por suas origens. Isso não deixa de ser um truismo, dizemos nós. Uma verdade evidente por si mesma, que, em rigor, não necessitaria de demonstração.

Sobressai, no dizer do escritor francês, o laço cultural com a velha Europa: a formação britânica se encontra nos Estados Unidos; a inspiração latina, de fonte mediterrânea, em todos os países de colonização espanhola e portuguesa. "Entre Buenos Aires et New-York il y a la parenté géographique de deux villes américaines: mais entre Buenos Aires, Montevideo ou Rio d'une part et Barcelone, Marseille ou Paris de l'autre, il existe une autre parenté, méditerranéenne, latine, non moins évidente". (P. 9).

Prosegue: "L'axe géographique du continent américain est en direction Nord — Sud, mais ne méconnaissons pas un autre axe, celui des influences de la culture, qui va de l'Est à l'Ouest". (P. 10).

"C'est sous le signe de cette rose des vents que doit se faire toute étude l'Amérique Latine".

Geograficamente e ainda geologicamente há três Américas do Sul distintas: o Brasil, sobre o Atlântico e o platô das Guianas; o desdobramento terciário dos Andes que olha para o Pacífico "à la façon d'un mur implacable"; entre essas duas ossaturas nada mais há do que terras baixas, ao Norte, a imensa região aluvionar da Amazônia e ao Sul, de formação coliana, a planície sem fim do Pampa.

Apesar de enorme miscigenação racial estranha às duas origens, a anglo-saxônica nos EE.UU. e a latina nas Américas Central e do Sul, as características iniciais persistem, em grande parte, nas línguas, nos costumes, nas tradições. "La prédominance de la tonalité ibérique dans tous les pays de l'Amérique Latine est frappante" (p. 144).

É essa vinculação que nos faz a todos os sul-americanos herdeiros da cultura ibérica, vale dizer, da cultura latina.

Línguas, hábitos, religião, direito, vieram com as caravelas espanholas e portuguesas, e aqui ancoraram.



É toda uma página da civilização mundial que se transferiu definitivamente para as terras descobertas pelos navegadores dos séculos XV e XVI, página que não pode ser substituída por outra de formação anglo-saxônica, eslava, nipônica ou de qualquer outra fonte.

Os alemães, polacos, russos, árabes, chineses, japoneses que para aqui emigraram, formando núcleos admiráveis de civilização, têm que adaptar-se ao meio, à língua, à cultura ambiental, trazendo a sua valiosa contribuição em trabalho e inteligência. O essencial, porém, é manter o núcleo central, cristalizado na Língua e no Direito.

Daf a razão por que torna-se necessário reestudar a língua ancestral — latim-traço de união entre todos os povos ocidentais que falam idiomas românicos; reestudar também o Direito, naquilo em que ele desempenhe o papel do fermento, que embora em pequena quantidade, é capaz de crescer e multiplicar-se.

*Conclusões:* 1) o objetivo deste Colóquio é de alta transcendência e de difícil realização a curto prazo;

2) nações soberanas e ciosas de sua independência podem aproximar-se culturalmente através do estudo das línguas e do Direito;

3) para que isso se torne realidade é necessário reformular os *currículos* universitários, fazendo incluir, nos cursos básicos, o estudo do LATIM e nos superiores, o direito romano;

4) a discussão bizantina da inclusão da matéria no bacharelado ou no doutorado é interminável. O fundamental é torná-la obrigatória em qualquer dos *currículos*, ou nos dois;

5) as nações latino-americanas devem firmar convênios ou acordos internacionais, visando aquela finalidade;

6) igual providência deve ser adotada com relação à Itália e suas tradicionais universidades, em que se estuda o direito romano em profundidade;

7) em face do despreparo, nesse terreno, dos homens públicos, seria de conveniência criar Assessoria junto ao Executivo (*scrinia*) e o Legislativo, ou incluir nas Assessorias já existentes especialistas na matéria;

8) é preciso sensibilizar as autoridades ligadas às tarefas educacionais e culturais para esse grande objetivo, que só pode ser conquistado a longo prazo.

Só dessa forma se poderá chegar a uma conclusão definitiva, isto é, se essa programação cultural vem a ser uma Realidade ou não passa de UTOPIA.

# Arbitragem.

## Princípios Jurídicos Fundamentais.

### Direito Brasileiro e Comparado

SELMA M. FERREIRA LEMES  
Advogada-Consultora Jurídica da FIESP  
CIESP, com estágio na Corte Internacional  
de Arbitragem da CCI — Paris

#### SUMÁRIO

*I. Introdução. II. Princípios jurídicos. III Princípios jurídicos do direito à tutela jurisdicional e do direito ao devido processo legal. IV. Arbitragem e Jurisdição. V. Teoria garantista do procedimento arbitral. VI. Princípios jurídicos fundamentais do procedimento arbitral. VI.1. Princípio da imparcialidade do árbitro. 1.1. Conceito. 1.2. Legislações nacionais. 1.3. Disposições da UNCITRAL. 1.4. Regulamentos de instituições arbitrais. 1.5. Convenções internacionais. VI.2. Princípios do contraditório e da igualdade das partes. 2.1. Conceito. 2.2. Legislações nacionais. 2.3. Disposições da UNCITRAL. 2.4. Regulamentos de instituições arbitrais. 2.5. Convenções internacionais. VI.3. Princípio da livre convicção do árbitro. VII. Princípio da autonomia da vontade. VIII. Conclusão.*

#### I — Introdução

A análise que efetuamos no presente estudo traz à luz os princípios jurídicos fundamentais informadores do processo civil e seus reflexos no procedimento arbitral, tanto nas arbitragens privadas internas como internacionais.

Partimos da análise da teoria garantista do procedimento arbitral que, para ser válido e eficaz, deve garantir a tutela jurídica efetiva. No âmbito dos ordenamentos nacionais esses princípios estão presentes, geralmente, nos Textos Fundamentais como, por exemplo, o do Brasil e Espanha, que analisaremos de perto.

No Concerto das Nações a matéria está prevista em Convenções Internacionais, Declarações e Pactos emanados de Organizações Internacionais que ressaltam os direitos à tutela jurídica e do devido processo legal.

Como corolário dos princípios previstos na teoria garantista realçaremos três princípios jurídicos fundamentais do procedimento arbitral: (i) o da imparcialidade do árbitro; (ii) o do contraditório e igualdade das partes e (iii) o da livre convicção do árbitro.

Nesta caminhada apontaremos referidos princípios nas legislações nacionais que regulam a arbitragem doméstica e internacional no Brasil, República Federal da Alemanha (atualmente unificada), França, Espanha, Portugal, Holanda e Suíça.

Ato contínuo, verificaremos a presença desses princípios nos Regulamentos das diversas Instituições Arbitrais no Brasil e no Exterior, bem como as Convenções Internacionais Arbitrais e disposições da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional — UNCITRAL (Regulamento de Arbitragem de 1976 e Lei — Modelo de 1985).

“Ab initio” entendemos oportuno salientar a importância dos princípios jurídicos no ordenamento legal, aduziremos também sobre o binômio Arbitragem e Jurisdição e, ao final, o princípio da autonomia da vontade que constitui a própria essência da arbitragem.

Note-se que a matéria proposta é ampla, sendo que qualquer tópico daria ensejo a extensas monografias jurídicas. Contudo, este estudo tem como objetivo a visão calidoscópica do reconhecimento dos princípios jurídicos informadores do procedimento arbitral no direito brasileiro e comparado, não comportando especificações detalhadas e ressalvas, oportunas em estudos fracionados.

## II — *Princípios jurídicos*

Devido à sua importância os princípios jurídicos em qualquer ordenamento, merecem pairar sobranceiros; assim é que geralmente estão incorporados, implícita ou explicitamente nas Leis Fundamentais. Mas o que são os princípios jurídicos? Primorosa definição nos é dada por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. “princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente porque define a lógica e racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”<sup>1</sup>

1 CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, “Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social”, *Revista de Direito Público* — RDP 57/58, p. 247.

Oportunamente assinala o referido mestre que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comandos.

É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”. (p. 247).

Completando essa definição, fazemos eco das palavras de GERALDO ATALIBA, quando ressalta: "... os princípios são a chave e essência de todo o direito. *Não há direito sem princípios*. As simples regras jurídicas de nada valem se não estiverem apoiadas em princípios sólidos. Os convencionais da Filadélfia trabalharam sobre princípios de tal validade, de tal sabedoria, de tal universalidade e de tal capacidade de absorver a essência dos desejos humanos, e ainda conciliá-los a esta essência com as necessidades de criação de um poder de Estado que fosse ao mesmo tempo forte para assegurar o direito, e suave para respeitar as liberdades. Daí a importância básica que têm os princípios na consideração de qualquer matéria jurídica, mas especialmente nas considerações de Direito Constitucional..." (grifamos).<sup>2</sup>

Assim, devido à importância dos princípios jurídicos insculpidos nas Leis Magnas, esses se irradiam sobre todos os ramos do direito, inclusive o direito processual civil que alberga os princípios do direito à tutela jurisdicional e do devido processo legal.

### III — *Princípios do direito à tutela jurisdicional e do devido processo legal ("Due Process of Law") Princípio do direito à tutela jurisdicional*

Assinala ADA PELLEGRINI GRINOVER,<sup>3</sup> parafraseando CALAMANDREI, "que vãs seriam as liberdades do indivíduo se não pudessem ser reivindicadas e defendidas em juízo: porque os direitos fundamentais, abstratamente formulados pela Constituição, só podem ser afirmados e concretizados pelos Tribunais".

Este princípio encontra-se no artigo 5.º XXXV da Constituição Brasileira de 5-10-88, *verbis*: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito".

Convém, porém, assinalar que não basta a Constituição garantir o direito da ação, salienta ADA PELLEGRINI GRINOVER, para que se assegurem aos indivíduos os meios para obter o pronunciamento do Juiz sobre a razão do pedido. É necessário antes de mais nada, que por direito de ação, direito ao processo, não se entenda a simples ordenação de atos, através de qualquer procedimento, mas, sim, o "devido processo legal".<sup>4</sup>

Este princípio também deve ser entendido no sentido "de garantir a tutela dos direitos afirmados, mediante a possibilidade de ambas as partes

2 GERALDO ATALIBA, *Mudança da Constituição*, RDP 86 181.

3 ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*, Bushatsky, SP, 1975, p. 7.

4 *Op. cit.*, p. 18.

sustentarem suas razões, apresentarem suas provas, influírem sobre a formação do convencimento do juiz, através do contraditório.

O princípio da proteção judiciária, assim entendido, substitui, no processo civil, as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório".<sup>5</sup>

Note-se que a Constituição Brasileira além de albergar os princípios da tutela ao processo, do devido processo legal e do contraditório, faz emergir outros do artigo 5.º, § 2.º: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

#### *Princípio do direito ao devido processo legal ("due process of law")*

O princípio está consagrado em dois dispositivos nos itens LIV e LV do art. 5.º da CF/88, respectivamente, "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" e "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

O antecedente histórico das garantias constitucionais do processo reside no artigo 39 da Magna Carta, outorgada por João Sem Terra a seus barões. Cláusula semelhante expressa no *due process of law* foi estipulada por Eduardo III; do direito inglês passou para o norte-americano, chegando à Constituição com a V Emenda, como salienta ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA.<sup>6</sup>

Por este princípio, de forma genérica, se estabeleceu a proteção à ampla defesa e ao contraditório. As mesmas oportunidades dadas ao autor para se manifestar, apresentar suas razões e provas devem ser dadas ao réu. A ampla defesa só estará plenamente assegurada quando uma verdade tiver iguais possibilidades de convencimento do magistrado, quer seja ela alegada pelo autor, quer pelo réu. "O contraditório é, por exteriorização, a própria defesa",acentuam CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS. "A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

5 *Op. cit.*, p. 19.

6 ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, *Direito Constitucional Tributário e "Due process of Law"*, Forense, Rio de Janeiro, 1986, p. 33. No capítulo II o autor relata à exaustão, a origem e evolução da cláusula "due process of law". Nesse sentido salienta a dificuldade de conceituar de modo estanque essa cláusula, citando o Chief Justice OLIVER HOLMES: "What is due process of law depends on the circumstances" e EARL WARREN: "Due process é um conceito esquivo. Suas exatas fronteiras são indefiníveis e seu conteúdo varia de acordo com específicos contextos fáticos".

Dai o caráter dialético do processo que caminha através de contradições a serem superadas pela atividade sintetizadora do juiz".<sup>7</sup>

Enfim, o princípio do contraditório corresponde ao princípio da igualdade das partes no processo que encontra ressonância no aforismo romano *audiatur et altera pars*.<sup>8</sup>

### *Declarações, Pactos e Convenções Internacionais*

Esses preceitos encontram guarida em Declarações, Pactos e Convenções Internacionais, demonstrados a seguir:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 10 de dezembro de 1948, em Paris, através de Resolução da III Sessão Ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas (ONU), no artigo 11 estabelece: "todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".<sup>9 10</sup>

No âmbito americano a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, em 22-11-1969, de maneira detalhada alberga os princípios do direito à tutela jurisdicional, devido processo legal e do contraditório no artigo 8 — Garantias Judiciais.<sup>11</sup>

O direito a um julgamento justo acolhendo aqueles princípios também está presente na Convenção Européia sobre Direitos Humanos, artigo 6. No mesmo sentido o Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16-12-1966, prevê citadas garantias no artigo 14.<sup>12</sup>

7 CELSO RIBEIRO BASTOS e YVES GANDRA DA SILVA MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, São Paulo, 1989, 2º v. p. 267.

8 ANTONIO CARLOS ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI CRINOVER e CANDIDO R. DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974, p. 26.

9 Ver Declaração Universal dos Direitos do Homem in *Direito e Relações Internacionais*, textos coligidos e ordenados por VICENTE MAROTTA RANGEL, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, p. 327.

10 Quanto à natureza jurídica das declarações e sua força cogente assevera J. F. REZEK: "Por vezes a declaração comum é de tal maneira substancial que parece necessário enfatizar mais tarde, para prevenir equívocos, sua natureza não-convencional... A provável força cogente da Declaração de 1948 não deve ser baseada no direito dos tratados, mas naquele setor mais recente do direito internacional público, que se ocupa das decisões das organizações internacionais". *Direito dos Tratados*, Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 76.

11 *Op. cit.*, p. 380 (vide nota 9).

12 *Op. cit.*, p. 356 (vide nota 9).

Veja JEAN — HUBERT MOITRY, "Right to a Fair Trial and the European Convention on Human Rights", *Journal of International Arbitration*, vol. 6, nº 2, pp. 115-22 (1989).

#### IV — Arbitragem e jurisdição<sup>13</sup>

No contexto que é reservado ao juízo arbitral, este atua como substituto da jurisdição nos limites traçados pela lei.<sup>14</sup> Contudo, este entendimento não é pacífico, entendendo alguns doutrinadores que a arbitragem não pode ser considerada atividade jurisdicional, devido à ausência do elemento de coercibilidade, já que o laudo arbitral, segundo algumas legislações, precisa ser homologado (como na brasileira) e para ser executado necessita dos auspícios do Judiciário.

Analisando a questão, CARLOS ALBERTO CARMONA<sup>15</sup> ressalta “que desta maneira simplista procuram alguns descartar a natureza jurisdicional da arbitragem. Não obstante, à matéria merece ser dispensada maior reflexão. Senão vejamos:

O fato de encarar-se a jurisdição como poder, atividade e função do Estado não descaracteriza, desde logo, a natureza jurisdicional, da arbitragem. Trata-se, evidentemente, da participação do povo na administração da justiça — o que não afronta o artigo 5.º, XXXV da Constituição Brasileira”. Este inciso prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.<sup>16</sup>

Continuando sob o magistério de CARLOS ALBERTO CARMONA, verifica-se que a jurisdição é também atividade, ou seja, movimentação do órgão judicante no processo, tudo com o escopo de atuar o direito no caso concreto. É sob este ângulo que mais se aproximam as figuras do juiz e do árbitro, pois tanto um como outro acabam por desempenhar papel semelhante ao declararem o direito aplicável à espécie.<sup>17</sup>

A natureza jurídica da arbitragem é, efetivamente, questão que suscita grandes discussões. “De um lado, colocam-se, irredutíveis, aqueles que vêem no instituto apenas seu lado contratual: a arbitragem origina-se de uma convenção, os poderes dos árbitros são apenas aqueles concedidos pelas partes, e o árbitro acaba sendo qualificado quase como um mandatário comum das partes, encarando-se o laudo como a manifestação comum da

13 Segundo CHIOVENDA, a jurisdição “é a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente efetiva”, CELSO AGRICOLA BARBI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 1977, vol. I, Tomo II, p. 387.

14 HAMILTON DE MORAES E BARROS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 1980, vol. IX, p. 459.

15 CARLOS ALBERTO CARMONA, “Arbitragem e Jurisdição” in *Participação e Processo*, coordenação de ADA P. GRINOVER, CANDIDO R. DINAMARCO e KAZUO WATANABE, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988, p. 296.

16 Como exemplo, cite-se a participação popular no Tribunal do Juri (art. 5º, XXXVIII da CF/88).

17 *Op. cit.* (vide nota 15), p. 298.

vontade destas. Para outros, que partem da idéia de que a administração da justiça é um serviço público, a jurisdição dos árbitros só deve ser admitida se puder integrar-se a tal serviço; assim a decisão arbitral é um julgamento, no qual chega o árbitro através de um procedimento assinado pelo contraditório e com a garantia maior da imparcialidade (ou seja, o processo)".<sup>18</sup>

Em trabalho denominado "The Nature and Extent of an Arbitrator's Powers in International Commercial Arbitration", BERNARD G. POZNANSKI,<sup>19</sup> assevera "que a arbitragem consiste num processo privado de solução da controvérsia; em outras palavras é uma forma privada de sentença com as vestes do poder de uma decisão judicial entre particulares em oposição às cortes judiciais" (tradução livre da autora). Salienta o referido autor, sediado no Canadá, que a arbitragem comercial é um acordo consensual na qual a resolução da questão se fará por uma terceira pessoa, mas também é judicial porque põe fim à disputa possibilitando seu cumprimento como um julgamento do Judiciário.

Levando em consideração que o árbitro exerce uma função reservada ao poder estatal, surge a noção da jurisdição do árbitro em oposição à função contratual que lhe é atribuída. Assim, o citado autor chega à conclusão de que a natureza jurídica da arbitragem (e a função do árbitro) é híbrida; são estas suas palavras: "An arbitrator's authority is actually hybrid in nature, consisting of a contractual basis for the creation and restriction of his powers, coupled with a jurisdictional authority as permitted to exist or as assisted by state authority. It has been proposed that the contractual and the jurisdictional nature of arbitration are in the process of assimilating each other. This type of consideration, it is submitted, is unnecessary. As will be seen, the powers of an arbitrator are the result of a combination of both natures which creates a process for dispute settlement with its origin in contract, yet reflecting some of the characteristics of the public judicial process".<sup>20</sup>

Esse entendimento também é esposado por JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, que entende que aquelas duas correntes são extremadas e podem ser conciliadas. A arbitragem possui base contratual, que é o compromisso (segundo a legislação brasileira), de caráter estritamente consensual e que estabelece as diretrizes do juízo arbitral que institui. "Mas o laudo arbitral não é ato integrativo do compromisso, nele tem seus fundamentos e seus limites, mas seus efeitos decorrem da lei e não da vontade das partes.

Assim, as duas posições devem ser entendidas como radicais, pois se a arbitragem é contratual em seu fundamento inicial, é também jurisdicional.

18 *Op. cit.* (vide nota 15), p. 304.

19 *Journal of International Arbitration*, v. 4, n.º 3, pp. 71-108 (1987).

20 *Op. cit.* (vide nota 19), p. 72.



ante a natureza pública do laudo arbitral, como forma privada de solução de litígios".<sup>21</sup>

Defluem das considerações acima expendidas ser mais acertado definir a natureza jurídica da arbitragem como híbrida, sendo na sua primeira fase contratual e na segunda jurisdicional, o que nos autoriza invocar os mesmos princípios jurídicos e corolários informadores do processo judicial, a fim de que se garanta a tutela jurídica efetiva.

#### V — Teoria garantista do procedimento arbitral

Invocando o artigo 24 da Constituição Espanhola,<sup>22</sup> análogo ao artigo 5.º, item XXXV, LIV e LV da Constituição Brasileira, o professor basco ANTONIO MARIA LORCA NAVARRETTE<sup>23</sup> preleciona que a existência da arbitragem implica no desenvolvimento de um sistema de garantias processuais que possuem projeção constitucional, denominada teoria garantista do procedimento arbitral, que deverá ser assumida pelo árbitro, posto que se assim não fosse se desconheceria a existência do direito fundamental ao devido processo através da arbitragem, impedindo-se a tutela

21 JOSÉ CARLOS DE MAGALHAES e LUIZ OLAVO BATISTA, *Arbitragem Comercial*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1986, pp. 20/21.

22 Artigo 24 da Constituição Espanhola: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables, a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

23 ANTONIO M. LORCA NAVARRETTE, *Derecho de Arbitraje Interno e Internacional*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 18.

Vale notar que nesta obra o autor define o instituto jurídico da arbitragem como disciplina autônoma, denominando-a de Direito Arbitral: "A atividade do árbitro origina no plano estritamente jurídico a necessidade de seu estudo através de sua colocação numa parcela concreta e específica do ordenamento jurídico como é o "Direito Arbitral", que estuda as diversas implicações de caráter estritamente jurídico e processual advindas da arbitragem.

O Direito Arbitral se caracteriza, de um lado, por seu caráter autônomo e, de outro, por se projetar, basicamente, sobre questões litigiosas que se encontram no âmbito da livre disposição. Seu caráter autônomo deriva da colocação da garantista que é possível atribuir ao processo arbitral, pois, somente na medida em que esta oferece um sistema de garantias para as partes, é possível que se resolva anteriormente a questão litigiosa submetida a seu conhecimento." (tradução livre da autora), p. 20.

De nossa parte, entendemos que a apresentação do Direito Arbitral como ordenamento autônomo é meramente científica, visando a uma condensação metodológica e sistemática do instituto, não acarretando com isso a discriminação como ramo autônomo do direito.

jurídica efetiva consagrada nos textos constitucionais apontados e também nas Declarações, Pactos e Convenções Internacionais.<sup>24</sup>

Por oportuno, salienta LORCA NAVARRETTE, que o princípio garantista aplicável ao procedimento arbitral se distingue do garantismo jurisdicional em geral (civil, trabalhista, penal ou contencioso administrativo), pela circunstância de que o árbitro não é um órgão jurisdicional.

Não obstante, a projeção garantista do procedimento arbitral constitui sua própria essência e esta só pode ser compreendida no âmbito da aplicação das garantias que a própria Constituição estabelece. Isto é, não basta a simples afirmação de que através do processo arbitral se garantirá a resolução da questão litigiosa, seja por equidade ou de direito, senão que é preciso, ademais, "conectar a atividade de garantia" que se leva a cabo mediante a atividade do árbitro com o sistema das "garantias processuais" que se encontram estabelecidas na própria Constituição espanhola. Por ele, o processo arbitral<sup>25</sup> se caracteriza na concepção substantiva como sistema de garantia (garantismo processual) estabelecido no artigo 24, através das hipóteses em que se solicite a anulação do laudo "prevista na lei arbitral". Por isso, o resultado final é eminentemente garantista e processual, porque não se estipulando desse modo, se desconheceria o fun-

24 Oportuno é o esclarecimento da distinção entre direito e garantias insertos em Textos Constitucionais e Cartas Internacionais. Neste sentido aduz o insigne constitucionalista brasileiro JOSE AFONSO DA SILVA: "... Rui Barbosa já dizia que uma coisa são os *direitos*, outra as *garantias*, pois devemos separar, "no texto da lei fundamental, as disposições *meramente declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias: ocorre não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito". Posteriormente assinala: "... As garantias em conjunto caracterizam-se como imposições, positivas ou negativas, aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância ou, no caso de violação, a reintegração dos direitos fundamentais" (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, RT, 1990, pp. 165 e 168).

25 Insurge-se LORCA NAVARRETTE quanto à colocação pela Lei Arbitral Espanhola nº 36/88, de 5 de dezembro, da designação "procedimento arbitral" e não "processo arbitral", como constava no projeto de lei.

Quanto à distinção entre processo e procedimento, salienta o professor emérito da Universidade de São Paulo, MOACYR AMARAL SANTOS: "... Se praticamente não se censura a sinonímia, aconselha a boa técnica a distinção.

Processo é complexo de atividades que se desenvolvem tendo por finalidade a provisão jurisdicional; é uma unidade, um todo, e é uma direção no movimento. É uma direção no movimento para a provisão jurisdicional. Mas o processo não se move do mesmo modo e com as mesmas formas em todos os casos; e ainda no curso do mesmo processo pode, nas suas diversas fases, mudar o modo de mover ou a forma em que é movido o ato. Vale dizer que além do aspecto intrínseco do processo, como direção no movimento, se oferece o seu aspecto exterior como modo de mover e forma em que é movido o ato. Sob aquele aspecto fala-se em processo, sob este fala-se em procedimento... Procedimento é, pois, o modo e a forma porque se movem os atos no processo" — *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, Saraiva, São Paulo, 1990, 2ª v., pp. 83/85.

damental "*derecho al proceso debido*" que existe através da arbitragem, anulando o acesso à tutela efetiva, pois, afirma o processor basco, como indica o preâmbulo do artigo 24 daquela Constituição, o convênio arbitral não implica na renúncia das partes ao direito fundamental da tutela jurídica efetiva,<sup>26</sup> que é a gênese de uma atividade que pode redundar na via recursal e que através desta se caracteriza como o "más escrupuloso respeto de la garantía a la jurisdicción consagrada en el artículo 24 C".<sup>27</sup>

Assim, devido ao acesso recursal, LORCA NAVARRETTE se inclina a tomar partido no sentido da eficácia vinculante do laudo arbitral, própria de uma sentença com base no artigo 37 da Lei Arbitral Espanhola.<sup>28</sup>

Por conseguinte, através da teoria garantista do procedimento arbitral, o árbitro deve nortear-se nos princípios informadores do procedimento judicial, assegurado às partes, o direito à tutela jurisdicional (via recursal) do devido processo legal, do contraditório, da igualdade das partes etc., para garantir um julgamento justo, acatando o previsto nas Constituições dos Estados, Leis e Direitos das Gentes.

## VI — *Princípios jurídicos fundamentais do procedimento arbitral*

Em face da teoria garantista do procedimento arbitral, que acolhe os princípios da tutela jurisdicional e do devido processo legal, exsurtem seus corolários, que devem estar presentes para que se obtenha a tutela jurídica efetiva. Portanto, para que isso ocorra, mister é que se atenha, entre outros, a três princípios fundamentais: (i) o da imparcialidade do árbitro; (ii) o do contraditório e igualdade das partes; (iii) e o da livre convicção do árbitro.

Atingindo o mesmo objetivo, mas relacionando os princípios fundamentais do procedimento arbitral de outra formação, preleciona o ilustre comparatista RENÉ DAVID, serem estes o da audiência bilateral, do contraditório e da livre e própria convicção do árbitro. "Un premier principe est le principe" "audi alteram partem": l'arbitre doit donner à l'une et l'autre des parties la possibilité de faire valoir leurs arguments. Un second principe est le "principe du contradictoire": les preuves offertes par une

---

26 O princípio da proteção judiciária é considerado a mais importante garantia dos direitos subjetivos. "Mas ela, por seu turno, fundamenta-se no princípio da separação de poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais. Al se junta uma constelação de garantias: as da independência e imparcialidade do juiz, a do juiz natural ou constitucional, a do direito de ação e de defesa. Tudo insito nas regras do artigo 5º XXXV, LIV e LV" da Constituição Brasileira (JOSÉ AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, p. 371).

27 *Op. cit.* (vide nota 23), p. 19.

28 No Brasil, segundo a legislação em vigor, art. 1.097 do Código de Processo Civil, essa eficácia só produz efeito após a homologação do laudo arbitral.

A propósito da situação da arbitragem no Brasil, vide artigo de nossa lavra, "Arbitragem e Comércio Exterior", jornal *O Estado de São Paulo*, 12-3-91 — Caderno *Marinha Mercante*, p. 4.

des parties, et sur lesquelles l'arbitre va fonder sa décision, doivent avoir été communiquées à l'autre, partie, pour que celle-ci ait la possibilité de les réfuter. Un troisième principe est que l'arbitre doit fonder sa décision sur l'opinion qu'il s'est formée, et non sur celle d'un autre."<sup>29</sup>

### 1 — *Princípio da imparcialidade do árbitro*

A imparcialidade do árbitro é pressuposto para que o procedimento arbitral se instaure validamente; o árbitro coloca-se entre as partes, mas acima delas, igualando-se à posição do juiz.

Somente a instauração do juízo arbitral subtraído de influências estranhas pode garantir um julgamento justo: somente através da garantia de um árbitro imparcial, o procedimento arbitral pode representar um instrumento não apenas técnico, mas ético também, para solução da questão controversada.<sup>30</sup>

A preocupação com a imparcialidade do árbitro tem gerado, no âmbito internacional, o surgimento de diretivas a serem pautadas pelos árbitros. Nesse sentido foi editado em 1987 um Novo Código Ético para Árbitros Internacionais, através do Conselho Diretivo da "International Bar Association".

Em linhas gerais esse Código estabelece que os árbitros devem ser imparciais, independentes, competentes, diligentes e discretos. Estas regras, consignam, por escrito, o que na prática é entendido por ética no desenvolvimento das funções arbitrais.<sup>31</sup>

Salienta MAURO RUBINO-SAMMARTANO quanto à imparcialidade do árbitro: "A fundamental requirement for the arbitrator is his impartiality. The arbitrator has authority similar to that of a judge, and so

29 RENE DAVID, *L'Arbitrage Dans Le Commerce International, Economica*, Paris, 1982, p. 405. Completando o pensamento assinala o mestre francês que esses três princípios são fundamentais e deles não pode declinar o árbitro, qualquer que seja o sistema jurídico, sob pena de anulação da sentença arbitral: "Ces trois principes apparaissent si fondamentaux qu'ils doivent être observés par l'arbitre lors même que loi ou convention lui ont conféré les pouvoirs les plus larges pour organiser la procédure; l'on n'admet pas, dans les différents droits, que l'arbitre soit dispensé de les suivre. S'ils sont violés on dira dans les pays du continent européen que la procédure est viciée à sa base, une règle fondamentale n'ayant pas été respectée; on dira dans les pays de common law que l'arbitre s'est rendu coupable de "misconduct". Les deux formules aboutissent à un même résultat: la sentence sera annulée."

30 A exemplo do que ocorre no judiciário cf. *op. cit.* (vide nota 8), pp. 24 25.

31 Cf. BERNARDO M. CREMADES, "Nuevo Código Ético para los Arbitros Internacionales", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1987, p. 9.

Verificar, igualmente, os comentários do juiz da Corte Internacional da Justiça MOHAMMED BEDJAQUI, "The Arbitrator: One Man — Three Roles. Some Independent Comments on the Ethical and Legal Obligations of an Arbitrator". *Journal of International Arbitration*, v. 5, n° 1, pp. 7/20. (1988).

metimes a wider one, so must place himself in a position of absolute impartiality vis-à-vis the parties".<sup>32</sup>

## LEGISLAÇÕES NACIONAIS

### *Brasil*

Na legislação brasileira o princípio está previsto nos artigos 1.079 III e 1.083 do Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869, de 11-1-73), reportando-se a normas idênticas às aplicáveis aos juízes, quanto à imparcialidade e impedimento (artigos 134 e 135 do CPC).

### *República Federal Alemã* (atualmente Alemanha unificada)

Os árbitros eleitos pelas partes podem ser recusados pelos mesmos motivos que os juízes nacionais, segundo o artigo 1.032 § 1 ZPO e 41 ZPO.<sup>33</sup>

### *França*

O "Nouveau Code de Procédure Civile", artigo 1.452, estabelece que a formação do Tribunal Arbitral não estará completa até que os árbitros aceitem a missão confiada. O árbitro que suponha que sobre ele paire alguma causa impeditiva, deverá informar às partes. Assim ele não poderá aceitar sua indicação sem o consentimento das partes.<sup>34</sup>

### *Espanha*

O título IV da Lei n.º 36, de 5-12-88 (Lei de Arbitragem Espanhola — LAE), artigo 12-3, estabelece que "No podrán actuar como árbitros quienes tengan con las partes o con la controversia, que se les somete, alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención y recusación de un Juez, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17.2".

### *Portugal*

A Lei n.º 31, de 29-8-86, que regula a arbitragem voluntária, no artigo 10, que trata dos impedimentos e recusas, prevê que aos árbitros não nomeados por acordo das partes é aplicável o regime de impedimentos e escusas estabelecido na lei processual civil para os juízes. A parte não pode recusar o árbitro por ela designado, salvo ocorrência da causa superveniente de impedimento ou escusa previstos acima.<sup>35</sup>

32 MAURO RUBINO-SAMMARTANO, *International Arbitration Law*, Kluwer Deventer, 1990, p. 206.

33 FRANZ — JOSEF FRIEZE, *Arbitration in The Federal Republic of Germany*, RG. Fischer, Frankfurt, 1989, p. 38.

34 Decreto n.º 81.500, de 12-5-81, introduziu alterações nos livros III e IV do Novo Código de Processo Civil Francês (artigos 1.442 a 1.507 — Arb. Int. arts. 1.492 a 1.507) cf. PIERRE BELLET, "La Reforma del Arbitraje en Francia", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1985, p. 9.

35 Cf. ANTONIO MARQUES DOS SANTOS, "nota sobre a Nova Lei Portuguesa Relativa à Arbitragem Voluntária" — Lei n.º 31/86, de 29 de agosto, *Revista de La Corte Española de Arbitraje*, 1987, p. 15.

## Holanda

A Lei holandesa em vigor desde 1.º-12-86, que incluiu um novo livro IV ao Código de Processo Civil, prevê, no artigo 1.033, que poderá ser recusado um árbitro, se existirem circunstâncias que suscitem sérias dúvidas quanto à sua imparcialidade ou independência.<sup>36</sup>

## Suíça

A nova lei suíça sobre arbitragem internacional, em vigor desde 1.º-1-89, incluiu no capítulo XII a regulamentação da arbitragem internacional e, no artigo 180, esclarece que um árbitro poderá ser recusado quando denotarem as circunstâncias, dando surgimento a legítimas dúvidas sobre a independência do árbitro (*Swiss Act on Private International Law of December 18, 1987*).<sup>37</sup>

## DISPOSIÇÕES DA UNCITRAL

Através da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional — UNCITRAL, provieram duas disposições referentes à arbitragem internacional. Em 1976, através da Resolução 31/98 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 15-12-76, foi aprovado um Regulamento de Arbitragem (UNCITRAL — RA). Em 1985, através da Resolução 40/72 da Assembleia Geral das Nações Unidas, realizada em Viena na XVIII Sessão, foi aprovado o texto de uma Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional (UNCITRAL — LM), elaborada por uma comissão de juristas de diversos países e de sistemas jurídicos diferentes, recomendando aos Estados-Membros que quando revissem suas legislações internas atentassem para o seu teor.<sup>38</sup>

### UNCITRAL-RA

O artigo 9.º determina a imparcialidade e independência para todos os árbitros. Todo árbitro tem o dever de revelar as circunstâncias prová-

---

36 "The Netherlands Arbitration Act 1986" in *Journal of International Arbitration*, v. 4, n.º 2 (1987), p. 127. (Texto integral).

Na *Revista de La Corte Española de Arbitraje*, 1988 p. 391 o texto da Lei Holandesa foi traduzido para o castelhano, com comentários de rodapé dos Professores P. SANDERS e A. JAN VAN DEN BERG.

37 Percuciente estudo sobre a Lei Arbitral Internacional Suíça, foi efetuado por MARC BLESSING, "The New International Arbitrations Law in Switzerland — A Significant Step Towards Liberalism" *Journal of International Arbitration*, v. 5, n.º 2, (1988), pp. 9/87.

38 A propósito das disposições emanadas da UNCITRAL vide GUIDO F. SILVA SOARES, "Arbitragem Comercial Internacional e o Projeto da UNCITRAL (Lei-Modelo)", *Revista da Faculdade de Direito*, v. 82, 1987, p. 28.; GEROLD HERRMANN, "UNCITRAL Conciliation and Arbitration Rules", *Arbitration*, n.º 2, p. 85 May 1989; MARIA ANGELA BENTO SOARES e RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Contratos Internacionais*, Almedina, Coimbra, 1986, pp. 315/440.

veis que originem dúvidas justificáveis quanto à imparcialidade e independência.

#### UNCITRAL-LM

O artigo 12 dispõe de modo similar a UNCITRAL-LM:

### INSTITUIÇÕES ARBITRAIS

Em alentado estudo comparativo efetuado por MARC BLESSING, "The Major Western and Soviet Arbitration Rules. A Comparison of the rules of UNCITRAL, UNCITRAL MODEL LAW, LCIA, ICC, AAA and the Rules of the USSR Chamber of Commerce and Industry",<sup>39</sup> foi salientado que todos os regulamentos indicados no título, estabelecem a possibilidade de recusa dos árbitros pelas partes, quando existem circunstâncias que denotem a falta de imparcialidade, independência e neutralidade do árbitro.

#### Câmara de Comércio Internacional — CCI

O Regulamento da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, no artigo 2.7, declara que todo árbitro deve permanecer independente das partes envolvidas na arbitragem. Além disso, o critério da CCI, na indicação do árbitro ou do presidente do tribunal arbitral, de acordo com o artigo 2, reflete o extremo cuidado no que concerne à independência e imparcialidade dos árbitros apontados. É solicitado ao provável árbitro que esclareça no seu *resumé* qualquer fato ou circunstância que possa questionar a independência e imparcialidade dos árbitros "aos olhos das partes". Ainda, o dever de revelação é contínuo até a notificação do laudo arbitral final<sup>40</sup>

#### London Court of International Arbitration — LCIA

O artigo 3.1 do Regulamento da Arbitragem desta instituição determina que o árbitro seja e se mantenha todo o tempo plenamente independente e imparcial e não atue como advogado para qualquer parte. Quando o futuro árbitro apresentar seu *curriculum vitae* deverá revelar qualquer circunstância do passado e do presente envolvendo qualquer relacionamento com quaisquer das partes, inclusive mencionando qualquer circunstância provável que poderia originar dúvidas, tanto quanto à imparcialidade, como à independência. Essa revelação é um requisito necessário até o fim do procedimento arbitral.

#### American Arbitration Association — AAA

O Regulamento de Arbitragem da AAA, artigo 12, menciona a indicação de árbitro neutro, devendo revelar à AAA qualquer circunstância

<sup>39</sup> *Journal of International Arbitration* v. 6, n° 3 (1989), pp. 7/76.

<sup>40</sup> Quanto à designação do árbitro no âmbito da CCI, veja STEPHEN R. BOND "The Selection of ICC Arbitrators and the Requirement of Independence", *Arbitration International*, v. 4, n° 4 (1988), pp. 300/310.

provável relativa à imparcialidade, inclusive qualquer influência ou interesse financeiro ou pessoal no resultado da arbitragem ou qualquer relacionamento passado ou presente com as partes ou seus advogados.

#### *Chambre de Commerce et l'Industrie de Genève — CCIG*

As diretivas de Arbitragem da CCIG estipulam, no artigo 7 — Critérios para a Escolha dos Árbitros, que a CCIG envidará seus melhores esforços na indicação de árbitros qualificados, segundo o objeto da disputa, e que tenham a necessária independência e qualidades pessoais para a tarefa arbitral. A CCIG poderá previamente indagar sobre sua habilidade em conduzir o procedimento e em julgar a matéria em questão rapidamente.

#### *Brasil*

#### *Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil — Canadá — CCBC*

O Regulamento da Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil — Canadá, que funciona em São Paulo, nos artigos 6.3 e 6.4, enumera os casos em que os árbitros estão impedidos de participar do juízo arbitral.

#### *Comissão de Arbitragem da Câmara Internacional de Minas Gerais — CIMG*

O Regulamento da CIMG, que funciona em Belo Horizonte, nos artigos 3.10 e 3.11, dispõe de modo idêntico à CCBC.

### CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

A Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras subscrita em Nova Iorque em 10 de junho de 1958 (Convênio de N. York, 1958), no artigo V, letra *d*, reconhece a aplicabilidade do princípio, impossibilitando o reconhecimento e execução de sentença arbitral oriunda de outro país signatário, quando for alegado que a constituição do Tribunal Arbitral ou o procedimento arbitral não se tenham ajustado à lei do país onde foi realizada a arbitragem.

Igualmente, a falta de acatamento do princípio da imparcialidade do árbitro violaria preceito de ordem pública, impossibilitando o reconhecimento e execução da sentença arbitral (art. V, 2. *b*).<sup>41</sup>

Na mesma linha encontramos a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional firmada no Panamá em 30 de janeiro

41 Cf. PIETER SANDERS — "The New York Convention", "International Commercial Arbitration", MARTINUS NIGHOFF, 1960. Tomo II, vol. II, pp. 293/327. RAFAEL EYZAGUIRRE ECHEVERRÍA. "Las Convenciones Internacionales de Arbitraje y su Importancia para el Sistema Interamericano" — II Seminario Iberoamericano de Arbitraje Comercial, Guatemala, 1987. 30 pp.



de 1975 (Convênio do Panamá, 1975), que no artigo 5, 1; *d*, denega o reconhecimento e a execução da sentença quando comprovado que o procedimento arbitral não estava de acordo com a lei do Estado onde se realizou a arbitragem e no artigo 5.2.b., quando a sentença arbitral contrariar preceito de ordem pública do país onde se solicita o reconhecimento.

Por sua vez, a Convenção sobre Resolução de Conflitos sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados, assinada em Washington em 18 de março de 1965, sob os auspícios do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento, — BIRD, estabelece no artigo 52, C, que o laudo pode ser anulado quando houver corrupção de algum membro do Tribunal Arbitral.<sup>42</sup>

Por fim, nesta relação exemplificativa de Convenções Internacionais Multilaterais sobre Arbitragem, nas quais indicamos o acolhimento do princípio da imparcialidade do árbitro, quer em caráter específico ou genérico, resta-nos mencionar o Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais de 24 de setembro de 1923, em vigor nos países que não aderiram à Convenção de Nova Iorque de 1958<sup>43</sup> e, de peculiar importância entre nós, posto que é a única Convenção Multilateral sobre Arbitragem em vigor no Brasil (Decreto n.º 21.187, de 22-3-32), aplicada aos contratos comerciais. Os artigos 1 e 2 reportam-se à constituição do tribunal arbitral e o respectivo procedimento, regulados pela lei nacional onde a arbitragem se efetuar. Assim, o referido Protocolo acolhe o princípio da imparcialidade do árbitro, referindo-se à lei nacional onde a arbitragem se realizar.<sup>44</sup>

## 2 — Princípio do contraditório e da igualdade das partes

O princípio do contraditório equivale ao princípio da igualdade das partes no procedimento arbitral. O princípio do contraditório encontra ressonância no aforismo romano *audiatur et altera pars*, que equivale ao princípio da audiência bilateral ou do contraditório. O árbitro não pode decidir sobre uma pretensão sem ouvir a outra parte. As partes devem ser dadas a mesma oportunidade para se manifestarem quanto às provas produzidas e documentos juntados pela outra parte.

O procedimento arbitral se apóia num tripé: de um lado no mesmo plano, as partes (demandante e demandado) e sobre elas, o árbitro, que

42 JOSÉ M. CHILLÓN MEDINA e JOSÉ FD. MERINO MERCHAN. *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, Civitas, Madrid, 1987, p. 287. Nesta obra, à p. 552 encontra-se o texto do Convênio de Washington, na íntegra, em castelhano. Cf. GUIDO F. S. SOARES, *Órgãos das Soluções Extrajudiciárias de Litígios*, RT, São Paulo, 1985, p. 79.

43 Vide nota 41.

44 O texto do Protocolo de Genebra encontra-se, em português, na obra citada (nota 21), p. 128.

à cada manifestação de uma parte, intima a outra para se manifestar sobre a questão; somente assim será possível produzir provas, colher as razões das partes, ouvir testemunhas, produzir prova pericial, avaliar as alegações das partes, tudo no sentido de atuar sobre o convencimento do árbitro.

Prelecionava o saudoso processualista brasileiro, MOACYR AMARAL SANTOS<sup>45</sup> ser corolário do princípio do contraditório o princípio da igualdade das partes no processo. O processo civil se desenvolve em atos de ataque e defesa, mas também de ataques e contra-ataques, donde resultará imperioso o tratamento paritário das partes, a fim de que possam em igualdade de condições exercer seus direitos e cumprir seus deveres processuais.

O princípio da igualdade das partes acha-se expresso na lei, ao preceituar que compete ao juiz que dirige o processo, "assegurar às partes igualdade de tratamento" (CPC, art. 125, 1).

Transmutando esse conceito para o procedimento arbitral, verifica-se que o seu acolhimento pelo árbitro é o mesmo do praticado pelo juiz togado.

"Em síntese, pode-se afirmar que o contraditório é constituído por dois elementos: a) a informação; b) a possibilidade de reação".<sup>46</sup>

Assim, segundo a sistemática proposta, passamos à verificação dos aludidos princípios nos ordenamentos nacionais e internacionais.

## LEGISLAÇÕES NACIONAIS

### *Brasil*

O artigo 1.086 do CPC determina que o juízo arbitral pode tomar depoimento das partes, ouvir testemunhas e ordenar a realização de perícia.

Havendo necessidade de produção de prova, o juízo designará audiência de instrução e julgamento (art. 1.092).

Não havendo estipulação quanto ao procedimento arbitral pelas partes, poderão autorizar ao juízo que o regule ou, supletivamente, aplicar o disposto no artigo 1.091, I a III do CPC, que conceda 20 dias às partes para apresentarem alegações e documentos e, em prazo igual comum para cada uma delas, se manifestar sobre a alegação da outra.

---

45 MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Saraiva, São Paulo, 1990, v. 2, p. 77.

46 *Op. cit.* (vide nota 8), p. 27.

### *Alemanha*

De acordo com os artigos 1.034, § 1, item 1 e 1.040, § 1, n.º 4 ZPO, deve ser assegurado às partes a audiência no procedimento. Esta regra compreende também a obrigação de que não serão ditadas "decisões de surpresa"<sup>47</sup>

O Tribunal pode realizar suas próprias investigações (art. 1.034, § 1, item 1 ZPO) e as provas necessárias para aclarar a controvérsia.

### *França*

O artigo 1.460 da "Nouveau Code de Procédure Civile" determina que os princípios informadores do processo enunciados nos artigos 4 a 10, 11 (alínea 1) e 13 a 21 são todos aplicáveis à instância arbitral, sendo inclusive causa para recurso de anulação da sentença arbitral a inobservância do princípio do contraditório (art. 1.484, n.º 4), e de recusa de execução de sentença estrangeira (art. 1.052, n.º 4).

### *Espanha*

O artigo 21 da LAE, estabelece que o procedimento arbitral se ajustará aos termos da lei, com sujeição aos princípios essenciais da audiência, do contraditório e igualdade entre as partes.

### *Portugal*

A nova Lei Portuguesa sobre Arbitragem Voluntária, de 1986, dispõe, no artigo 16, de modo claro e direto, o acolhimento dos princípios ora estudados.

Artigo 16 — *Princípios Fundamentais a Observar no Processo.* Em qualquer caso, os trâmites processuais da arbitragem deverão respeitar os seguintes princípios fundamentais:

- a) as partes serão tratadas com absoluta igualdade;
- b) o demandado será citado para se defender;
- c) em todas as fases do processo será garantida a estrita observância do princípio do contraditório;
- d) ambas as partes devem ser ouvidas, oralmente ou por escrito, antes de ser proferida a decisão final.

### *Holanda*

O artigo 1.039 da Lei Holandesa de Arbitragem, de 1986, estabelece o tratamento igualitário das partes, audiências, direito de apresentar testemunhas ou perícia, apresentação de documentos e normas sobre provas.

<sup>47</sup> *Op. cit.*, vide nota 33), p. 40.

## *Suíça*

O artigo 182.3 da Lei Suíça referente à Arbitragem Internacional salienta que qualquer que seja o procedimento escolhido, o tribunal arbitral deverá assegurar a igualdade de tratamento das partes e o direito de serem ouvidas num procedimento contraditório. Por sua vez o artigo 192, 2, *d*, estabelece, como causa para rejeição do laudo, a inobservância do princípio do contraditório.

### *DISPOSIÇÕES DA UNCITRAL*

#### *UNCITRAL-RA*

O artigo 15 estipula que o Tribunal Arbitral pode conduzir a arbitragem como considerar apropriado, desde que obedeça aos princípios da igualdade de tratamento, que as partes tenham o direito de, a cada etapa do procedimento, plena oportunidade de fazer valer seus direitos. Ainda, mediante petição de qualquer das partes e em qualquer etapa do procedimento, o tribunal arbitral celebrará audiências para oitivas de testemunhas, perícia e alegações orais. Todos os documentos ou informações que uma parte forneça ao tribunal arbitral, este deverá comunicar simultaneamente à outra parte.

#### *UNCITRAL-LM*

A Lei-Modelo consagra o princípio no artigo 18 — Igualdade de tratamento. As partes devem ser tratadas em igualdade de condições e devem ser dadas a cada uma delas todas as possibilidades de fazerem valer seus direitos.<sup>48</sup>

---

48 Analisando o enunciado do artigo 18, salientam MARIA ANGELA BENTO SOARES e RUI MANUEL MOURA RAMOS, que "em boa verdade esta disposição consagra duas idéias distintas. A primeira, que traduz de modo imediato o princípio da igualdade de tratamento, satisfaz as exigências do equilíbrio processual e contribui por essa forma para assegurar o correto posicionamento das partes face ao tribunal. A sua própria colocação sistemática sugere que o legislador uniforme conceba aquele princípio como um reduto mínimo de étimos fundamentais de justiça a observar em qualquer tribunal, o que justifica que, numa matéria como a presente, toda ela dominada pela liberdade das partes, tal princípio seja inarredável.

A segunda idéia traduz-se na afirmação de que cada uma das partes deve ter todas as possibilidades de fazer valer os seus direitos, idéia que vem a corresponder a dois outros princípios nucleares e que por vezes são autonomizados: o princípio do "audiatur et altera pars" — o árbitro deve dar a uma e à outra parte a possibilidade de fazer valer os seus argumentos — e o "princípio do contraditório" — as provas oferecidas por uma das partes, e sobre as quais o árbitro vai fundar a sua decisão, devem ser comunicadas à outra parte para que esta tenha a possibilidade de as refutar.

O princípio, assim enunciado com caráter geral no artigo 18 vem depois encontrar aplicação em diversas regras da Lei-Modelo que dizem respeito às várias fases do processo arbitral — por exemplo, nos artigos 24º, parágrafo 3º, e 26º, parágrafo 2º".

Os artigos 18 e 19 da Lei Modelo são considerados a Carta Magna do Procedimento Arbitral <sup>49</sup>

### INSTITUIÇÕES ARBITRAIS

Todos os Regulamentos de Arbitragem das Instituições Arbitrais preveem a oportunidade das partes apresentarem a reclamação e defesa, a possibilidade para provar o alegado, instruindo suas alegações com documentos, solicitando prova pericial, testemunhal, realização de audiência etc. De tal sorte, os princípios do contraditório e da igualdade das partes estão previstos nas diversas fases do procedimento, quer quando da apresentação da demanda e defesa, alegando suas razões e provas, quer posteriormente na fase probatória e realização de audiências.

#### CCI

O artigo 14 estabelece a fase de instrução, o árbitro examinará as razões e documentos apresentados pelas partes, ouvirá outras pessoas, determinará prova pericial e realização de audiência (art. 15).

#### LCIA

Todos os documentos e informações, necessários ao esclarecimento da causa, recebidos pelo Tribunal serão comunicados à outra parte (art. 4). O artigo 10 estabelece a possibilidade de realização de audiência.

#### AAA

O direito da parte de examinar todos os documentos está declarado no artigo 32.2. O Tribunal tem o poder discriminatório de avaliar as provas apresentadas (art. 32.1).

O artigo 37 estabelece que na falta de estipulação das partes quanto ao procedimento, a AAA especificará um justo e equitativo procedimento.

O árbitro no início da audiência efetuará perguntas sobre questões que julgue oportunas para resolver a matéria, (art. 29).

#### Brasil

#### CCBC

O art. 14 estabelece: "As partes podem apresentar todas as provas que julgarem úteis à instrução do procedimento e ao esclarecimento dos árbitros. As partes devem, ainda, apresentar todas as outras provas dispo-

<sup>49</sup> Consultar: "Excerpts from Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the Work of its Eighteenth Session (United Nations Documents A/40/17) 21. August 1985;

"Arbitraje Comercial Internacional — Comentario Analítico sobre El Proyecto de Texto de Una Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional. Informe del Secretario General A/CN.9/264, 25 Marzo 1985."

níveis que qualquer membro do Juízo Arbitral julgue necessárias para a compreensão e solução da controvérsia...”.

Todas as provas serão produzidas perante o Juízo Arbitral, que dela dará ciência à outra para se manifestar no prazo de 15 dias.

Lavrado o termo de início do procedimento, as partes apresentarão, no prazo de 5 dias, suas alegações escritas, contendo o rol de provas que pretendem produzir (art. 17.1).

Em seguida será designada a audiência de instrução (art. 17.5).

## CIMG

No artigo 3.17 está disposto que as partes podem apresentar todas as provas que julgarem úteis à instrução do procedimento e ao esclarecimento dos árbitros, até a data da audiência.

As provas serão apresentadas ao Juízo Arbitral que dela dará ciência à outra parte para se manifestar no prazo de 5 dias (3.18). A prova pericial está prevista no art. 3.20.

A audiência está regulada nos arts. 3.21 e seguintes.

## CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Tanto a Convenção de Nova Iorque, de 1958 (art. 5, *b, in fine*), como a do Panamá, de 1975 (art. 5, *b, in fine*), estabelecem como causa para denegação do reconhecimento e execução da sentença arbitral, quando a parte contra a qual se invoca a sentença arbitral não pode, por qualquer outra razão, fazer valer seus meios de defesa.

Por sua vez, a Convenção de Washington, de 1965, estipula que, salvo disposição em contrário, o Tribunal pode, se for julgado necessário em qualquer estágio do procedimento:

a) solicitar que as partes apresentem documentos ou outros tipos de provas;

b) visitar o local relacionado com a disputa e conduzir tal investigação como julgar apropriado (art. 43).

O Protocolo de Genebra, de 1925, quanto à garantia desses princípios, remete à legislação do país onde a arbitragem se realizar.

### 3 — Princípio do livre convencimento do árbitro

Consoante este princípio, ao árbitro é permitido o poder de formar sua livre convicção quanto à verdade apurada no procedimento arbitral. Efetuará livre apreciação das provas produzidas, dos argumentos trazidos ao Tribunal pelas partes, bem como outras que julgar oportunas para firmar sua convicção a respeito da demanda.

O Código de Processo Civil Brasileiro estipula o princípio da livre convicção do juízo no art. 131: "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

Assinala o Professor MOACYR AMARAL SANTOS que "liberdade de convencimento não equivale a convencimento arbitral. A convicção, que deverá ser motivada (Cód. cit., art. 131), terá que se assentar na prova dos fatos constantes dos autos (Cód. cit., art. 131) e não poderá desprezar as regras legais, por ventura existentes, e as máximas da experiência. O juiz, apoiado na prova dos autos, pela influência que exercer em seu espírito de jurista e de homem de bem, formará a convicção a respeito da verdade pesquisada".<sup>50</sup>

Como o juiz, o árbitro formará seu próprio convencimento externando no laudo sua decisão. Porém, há de se observar que quando é permitido pelas partes, o árbitro poderá decidir a questão por equidade. Nestes casos há legislações que dispensam a motivação da decisão, como, por exemplo, a espanhola<sup>51</sup>, e outras, como a brasileira, que não obstante permitir o julgamento por equidade, determina que a decisão seja motivada.<sup>52</sup>

Este princípio está ínsito nas legislações nacionais, disposições da UNCITRAL, Regulamentos de Instituições Arbitrais quando outorgam liberdade ao árbitro para conduzir o procedimento arbitral, determinar a produção de provas complementares necessárias para aclarar a questão e contribuir para seu próprio convencimento.

A legislação brasileira, por exemplo, esclarece no art. 1078 do CPC que o árbitro é "juiz de fato e de direito no procedimento arbitral". Ainda, há legislações, como por exemplo a espanhola, que prevêem, expressamente, a possibilidade de constar no laudo o parecer discrepante dos árbitros (art. 33.1.), respeitando a livre convicção destes.

50 *Op. cit.*, p. 364 (vide nota 45).

51 BERNARDO M. CREMADES, "España Estrena Nueva Ley de Arbitraje", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1988/89, p. 20.

52 Sob esse aspecto salienta Hamilton de Moraes e Barros "... Não é o laudo um julgamento de plano, uma decisão arbitrária e muito menos caprichosa, inteiramente distanciada dos termos da controvérsia. Mesmo que esteja autorizado a decidir por equidade, *ex bono et equo*, o árbitro tem de fundamentar sua decisão, dizendo os fatos a que se apegou, os existentes e os inexistentes, bem como os motivos porque chegou a uma determinada solução. Decisão é o fim de um raciocínio e não o resultado de um jogo". *Op. cit.*, p. 510 (vide nota 14).

— *A latere*, assinala-se o determinado pelo Superior Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 116.117-5, SP, 2º T.; J. 29-11-88; V. v.; DJU 3-3-89, p. 2521, quando se manifestou sobre a necessidade de motivação da sentença judicial: "O preceito da motivação é de ordem pública. Ele é que põe a administração da Justiça a coberto dos dois piores vícios que possam manchá-la: o arbítrio e a parcialidade. O disposto nos artigos 458 do CPC e 332, da CLT, é de natureza imperativa e implica certeza e segurança para as partes em litígio".

Interessante é notar o disposto no art. 21 do Regulamento da CCI, que estabelece o exame prévio do laudo pela Corte de Arbitragem, podendo determinar modificações de forma, *mas sempre respeitando a liberdade de decisão do árbitro*.

As Convenções Internacionais Multilaterais (NY, 1958, e Panamá, 1975) contemplam o princípio dentro do conceito de ordem pública (art. 5, 2, b).

Por sua vez, a Convenção de Washington, de 1965, expressamente acolhe o princípio da livre convicção do árbitro no art. 48.4, determinando que os árbitros podem formular voto particular, esteja ou não de acordo com a maioria, ou manifestar seu voto dissidente.

## VII — *Princípio da autonomia da vontade*

Após analisarmos os princípios jurídicos fundamentais ao procedimento arbitral à luz da teoria garantista da tutela jurídica efetiva, passaremos a abordar o princípio da autonomia da vontade, com grande ressonância no juízo arbitral, constituindo sua própria essência, desde a faculdade de dispor dessa via alternativa de solução de controvérsias, quando a lei o permite (direitos disponíveis), até às disposições procedimentais que regerão o juízo arbitral.<sup>53</sup>

O princípio da autonomia da vontade e da autonomia privada foi assim definido por FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO: "A esfera da liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis. Autonomia da vontade é, portanto, o princípio de direito privado pelo qual o agente

---

53 a) Como elemento histórico releva notar que a instituição do juízo arbitral necessário ou obrigatório existiu em nossa legislação comercial (Código Comercial de 1850, ainda em vigor), regulando a locação mercantil e questões entre sócios envolvendo os estatutos societários (arts. 245 e 294), que foram revogados pela Lei nº 1.350, de 14-9-1866.

Contudo, há legislações que contemplam a arbitragem obrigatória como, por exemplo, a portuguesa (art. 1.525 do CPC) prescrita por lei especial e a da antiga República Federal Alemã para as questões trabalhistas (convenios coletivos), políticos (art. 14) da Lei de Partidos Políticos (*op. cit.*, p. 26 — vide nota 33).

b) Quanto à matéria suscetível de ser resolvida por arbitragem, a legislação brasileira no artigo 1.072 do CPC, menciona os direitos patrimoniais sobre os quais a lei admite transação. A legislação portuguesa (Lei nº 31.86), no artigo 1º, estabelece a *contrario sensu*, direitos disponíveis. A Lei Holandesa de 1986, quando regula a arbitragem celebrada na Holanda, no artigo 1.020 (3), prevê "que o acordo arbitral não produzirá aqueles efeitos que as partes não podem livremente determinar"; conforme salientam os Profs. P. SANDERS e VAN DEN BERG, esta disposição se refere à condição de arbitrabilidade do litígio e que somente em casos excepcionais, na Holanda, a questão não poderia ser resolvida por arbitragem (*op. cit.* vide nota 36). A lei alemã no artigo 1.025, 1 ZPO exige que as partes tenham capacidade para dispor sobre o objeto da controvérsia (*op. cit.*, p. 31 — vide nota 33).



tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver, salvo disposição cogente em contrário. E quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos em vez de autonomia da vontade, autonomia privada. Autonomia da vontade, como manifestação da liberdade individual no campo do direito, psicológica; autonomia privada, poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas".<sup>54</sup>

O princípio da autonomia da vontade encontra na instituição e auto-regulamentação da arbitragem sua plena aplicação, limitada apenas pelas leis imperativas nacionais e as regras de ordem pública.<sup>55 56</sup>

Assim, nas matérias passíveis de arbitragem, as partes têm a liberdade de instituí-la ou não; de convencionar livremente com a outra parte as regras aplicáveis ao procedimento arbitral, lei aplicável (quando for o caso), escolha e número de árbitros, local da arbitragem, concessão para resolver por equidade, tendo como limites apenas as leis imperativas e os preceitos de ordem pública, que devem ser observados para garantir a validade e executoriedade do laudo arbitral, tanto para as arbitragens domésticas como para as internacionais.

Discorrendo sobre o princípio da autonomia da vontade aplicável às arbitragens internacionais privadas PIERRE LALIVE salienta: "Este princípio tem reconhecimento de tal forma amplo em todos os sistemas nacionais de direito internacional, ao ponto de poder mesmo ser considerado como um *costume* internacional ou como um "princípio geral do direito reconhecido pelas nações civilizadas" (no contexto do art. 38<sup>3</sup> do Estatuto da Corte Internacional da Justiça) ou como um elemento chave da *lex mercatória*. A aceitação do princípio (embora talvez não de seus exatos limites ou modalidades de aplicação) é verdadeiramente universal e, segundo alguns autores, sempre que as partes tiverem escolhido o "direito" ou "normas aplicáveis", a questão do direito internacional privado (a ser aplicado) pelo árbitro estará implicitamente solucionada, de tal forma que seria supérfluo tentar determiná-la".<sup>57</sup>

54 FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO, "A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica" — Perspectivas Estrutural e Funcional", *Rev. Inf. Legisl.*, 109/207 (1989).

55 IRINEU STRENGER, *Contratos Internacionais do Comércio*, RT, São Paulo, 1986, p. 97.

56 Cf. antecedentes históricos da doutrina da autonomia da vontade: WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, *Tratado de Direito Internacional Privado*, RT, São Paulo, 1977, V. II, p. 236.

57 PIERRE LALIVE, "Ordem Pública Transnacional e Arbitragem Internacional. Conteúdo e Realidade da Ordem Pública Transnacional na Prática Arbitral", in *Revista do Direito do Comércio e das Relações Internacionais*, nº 1, pp. 25/69 (1990).

Prosseguindo na sua exposição P. LALIVE ressalta quanto à aplicação do princípio na arbitragem internacional (inclusive quando envolve um Estado ou órgão público): “deveria igualmente ser lembrado que o princípio da autonomia da vontade é reconhecido de modo muito mais liberal no direito internacional privado (transnacional) da arbitragem — e particularmente no caso da arbitragem com um Estado ou órgão público — do que em sistemas nacionais de conflitos de leis. Em razão disso pode-se mencionar o reconhecimento, por exemplo, do poder das partes de escolher diversas leis para reger o contrato, de inserir as assim chamadas cláusulas estabilizadas (*stabilization clauses*), de excluir ou afastar qualquer direito nacional e de escolher normas” (como demonstrado em instrumentos internacionais, tais como o art. 42 da Convenção de Washington de 1965, do Banco Mundial, ou o art. 28 (i) da Lei Modelo da UNCITRAL, sem esquecer dispositivos, tais como o art. 1.496, de 1981 do Código do Processo Civil Francês, citado no Relatório de YVES DERAIS, n.º 7).<sup>57</sup>

Assim, conclui LALIVE: “Parece ser (cada vez mais) aceito, no direito internacional privado da arbitragem, que o princípio da autonomia da vontade permite às partes “desnacionalizar” seu contrato, por meio de cláusulas referindo-se à boa-fé, equidade, os princípios gerais de direito, a *lex mercatória*, ou simplesmente mediante cláusulas de mera escolha “negativa” que rejeitem total ou parcialmente direito estatal específico”.<sup>58</sup>

A aplicação por excelência do princípio da autonomia da vontade é reconhecido de modo amplo, principalmente quanto às normas que regerão o procedimento arbitral e a escolha dos árbitros nas diversas legislações, disposições da UNCITRAL e Convenções Internacionais, como apontaremos a seguir. Note-se, ademais, que geralmente referidas previsões traduzem-se nas expressões, “salvo disposição em contrário das partes”, “as partes avançarão”; enfim, as legislações dão ampla autonomia às partes em externarem sua vontade, regulando supletivamente o que não for avançado por elas e não seja de aplicação imperativa.

Vejamos algumas legislações, o Regulamento da CCI, as disposições da UNCITRAL e a Convenção do Panamá de 1975.

## LEGISLAÇÕES NACIONAIS

### Brasil

*Escolha dos Árbitros* — o art. 1.076 do CPC reza que “as partes podem nomear um ou mais árbitros, mas sempre em número ímpar. Quando se louvarem apenas em dois, estes se presumem autorizados a nomear terceiro árbitro”.

57 PIERRE LALIVE, “Ordem Pública Transnacional e Arbitragem Internacional. Conteúdo e Realidade da Ordem Pública Transnacional na Prática Arbitral”, in *Revista do Direito do Comércio e das Relações Internacionais*, n.º 1, pp. 25/69 (1990).

58 *Op. cit.*, p. 48.

Na escolha do árbitro, o art. 1.079 esclarece quem pode ser eleito árbitro. Este preceito é imperativo, portanto, uma certa limitação da autonomia da vontade, já que as partes deverão agir atentas aos seus ditames.

*Procedimento Arbitral* — Nos arts. 1.091 e seguintes o legislador concede ampla autonomia às partes para fixarem as regras que regerão o procedimento arbitral (atentas aos princípios do contraditório da igualdade das partes), podendo autorizar que o tribunal arbitral o regule. Em caráter supletivo, se as partes não o estipularem no compromisso, aí deverão nortear-se pelos preceitos dos itens I a III dos arts. 1.091 e seguintes do CPC.

### *Alemanha*

*Escolha dos Árbitros* — Quando o contrato arbitral não preveja nenhuma estipulação sobre a pessoa ou pessoas destinadas a exercer a função de juízes arbitrais, cada parte nomeará um juiz de conformidade com o art. 1.028 ZPO. Caso uma das partes se abstenha de nomear o seu juiz no prazo previsto na lei para isso, um segundo juiz será eleito pelo julgado nacional correspondente (art. 1.029, § 2 ZPO).

*Procedimento Arbitral* — Atentos aos princípios fundamentais do direito alemão (princípios do contraditório, igualdade, audiência etc.), as partes podem fixar regras próprias para o procedimento arbitral.<sup>59</sup>

### *Espanha*

*Escolha dos Árbitros* — O art. 12 da LAE estabelece que podem ser árbitros as pessoas naturais que se encontrem em pleno exercício de seus direitos civis. Quando a questão litigiosa for resolvida com base no direito, os árbitros deverão ser advogados em exercício. O número de árbitros deverá ser ímpar (art. 13).

O árbitro poderá, também, ser designado por uma instituição arbitral (art. 10.1) indicada pelas partes, se estas assim convencionarem (art. 14).

*Procedimento Arbitral* — No art. 21 da LAE está disposto que o procedimento arbitral reger-se-á pela vontade das partes ou pelas normas da instituição arbitral indicada pelas partes para administrar a arbitragem e, na sua ausência, por acordo dos árbitros, sempre com sujeição aos princípios essenciais da audiência, contradição e igualdade das partes.

### *Portugal*

*Escolha dos Árbitros* — Deverão ser em número ímpar, sendo pessoas singulares e plenamente capazes (arts. 6 e 8).

*Procedimento Arbitral* — As partes poderão acordar sobre as regras de processo a observar na arbitragem, bem como o lugar onde funcionará

<sup>59</sup> *Op. cit.* (vide nota 33), pp. 38 e 40.

o tribunal (art. 15.1). Poderão, inclusive, eleger uma entidade (art. 58) para organizar a arbitragem ou eleger seu regulamento (art. 15.2).

Na ausência de estipulação do procedimento arbitral a seguir, caberá aos árbitros fazê-lo (art. 15.3).

### *Holanda*

*Escolha dos Árbitros* — Qualquer pessoa natural com capacidade legal pode ser nomeada árbitro.

Salientam os eminentes juristas P. SANDERS e VAN DEN BERG que a nova lei holandesa concede a maior liberdade possível às partes quanto à organização da arbitragem, incluindo o início do procedimento arbitral, nomeação dos árbitros, procedimento arbitral etc. Essa lei foi idealizada de tal maneira que se as partes não alcançam um acordo sobre algum ponto específico, elas (assim como os árbitros) podem normalmente encontrar a solução na referida lei.<sup>60</sup> Com efeito, a nova lei holandesa de 1986 regula a arbitragem doméstica e internacional, de modo detalhado nos arts. 1.020 a 1.076 do CPC.

*Procedimento Arbitral* — O art. 1.056 determina que, salvo o disposto no presente título, o procedimento arbitral se desenvolverá segundo o convencionado pelas partes, ou de acordo com o estipulado pelo Tribunal Arbitral, na medida em que as partes tenham deixado de estipular.

### *Suíça*

Todo o capítulo XII da *Swiss Private International Law Act*, em vigor desde 1.º-1-89, aplicável às arbitragens internacionais, tem como principal característica o mais amplo reconhecimento da liberdade das partes na escolha, renovação ou substituição dos árbitros, art. 179 (1), na fixação das regras procedimentais, art. 182 (1), na estipulação da lei aplicável, art. 187 (1) e em outros dispositivos: artigos 180 (1) (a), 180 (3) (1), 188, 189 (1), 191 (2), limitados apenas às regras imperativas mínimas para salvaguardar os interesses justificados das partes.<sup>61</sup>

## REGULAMENTO DA CCI

No que pertine às instituições arbitrais, o Regulamento da CCI estabelece no art. 2 que a Corte de Arbitragem nomeia ou confirma os árbitros de acordo com as disposições do regulamento, a menos que as partes as modifiquem total ou parcialmente, tendo em conta sua nacionalidade, residência e qualquer outra relação que tenham com países dos quais são nacionais as partes ou os demais árbitros.

60 *Op. cit.* (vide nota 36), p. 393.

61 *Op. cit.* (vide nota 37), p. 36.

As partes podem eleger de comum acordo árbitro único para ser confirmado pela Corte. Na ausência da designação será o árbitro indicado pela Corte (art. 2.3.).<sup>62</sup>

Quanto ao procedimento arbitral, o art. 11 estabelece que as regras aplicáveis são as previstas no Regulamento e, em caso de silêncio deste, as que as partes ou, na sua ausência, o árbitro determinar, com referência ou não a uma lei processual interna aplicável à arbitragem.

### DISPOSIÇÕES DA UNCITRAL

Tanto o Regulamento de 1976 como a Lei-Modelo de 1985 de modo amplo acolhem a teoria da autonomia da vontade. Senão vejamos:

#### UNCITRAL-RA

O Tribunal Arbitral possui total autonomia em conduzir a arbitragem como julgar oportuno, sujeitando-se às regras do regulamento, ao que for disposto pelas partes e aos princípios do contraditório, da igualdade das partes etc., de acordo com o art. 15.

#### UNCITRAL-LM

O art. 19 (1) realça que a viga mestra da Lei-Modelo é a liberdade das partes em acordarem sobre o procedimento a ser seguido. Na ausência da referida disposição o tribunal pode se sujeitar às previsões da LM, conduzindo a arbitragem da maneira que julgar apropriada, mas sempre se atendo aos princípios da igualdade das partes, do contraditório etc., garantindo um julgamento justo.

### CONVENÇÃO DO PANAMÁ DE 1975

Merece destaque o disposto no art. 3.º da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial que, desde 1978, adotou o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL,<sup>63</sup> na sua quase totalidade.

#### VIII — Conclusão

Por tudo quanto aqui ficou consignado é fácil perceber que a chave de abóbada da arbitragem reside na aplicação dos princípios jurídicos fundamentais analisados, garantidores de um julgamento justo, a fim de que se obtenha a tutela jurídica efetiva e a verdadeira distribuição da justiça.

<sup>62</sup> Vide nota 40.

<sup>63</sup> Cf. CHARLES ROBERT NORBERG, "General Introduction to Inter-American Commercial Arbitration", *Yearbook Commercial Arbitration*, 1978. V. III, pp. 1/16. Na referida obra às páginas 231/242, encontra-se o texto das "Rules of Procedure of the Inter-American Commercial Arbitration Commission".

# O Endividamento Externo do Brasil e os Incidentes Possíveis em Termos de Imunidade

GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO

Juiz Presidente da 4ª Junta de Conciliação e Julgamento de Belém. Professor Titular de Direito Internacional da UNESPA. Doutorando em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP. Membro da Academia Paraense de Letras e da Sociedade Brasileira de Direito Internacional

## SUMÁRIO

*1. Proposta de estudo; os acordos bilaterais e a situação mundial. 2. A Conferência sobre a Dívida Externa e a posição da OAB. 3. Jurisdição e problemas de imunidade. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.*

### *1. Proposta de estudo; os acordos bilaterais e a situação mundial*

Pretende-se, através deste estudo, a discussão dos principais problemas relativos ao endividamento externo brasileiro e alguns aspectos em torno da problemática da imunidade de jurisdição, com ligeiros rudimentos sobre a crise que, neste pormenor, também envolve outros países da América Latina.

Basicamente, então, tratar-se-á das questões da dívida externa dos países do Terceiro Mundo, que, como sabido, são um dos pontos mais controvertidos da vida internacional. Alinha-se o tema a outro, qual o da questão ambiental, que está, de igual sorte, a tomar lugar de realce em importantes foros internacionais de debates científicos.

Cuidar-se-á da discussão acerca da situação brasileira e seus reflexos quanto à imunidade do Estado. Frisar-se-á, no possível, pormenores que gravitam nessa questão e que não devem ser olvidados, como o chamado "Acordo II", a ação promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos

Advogados do Brasil (OAB) e as conclusões da Conferência Internacional sobre a Dívida Externa dos Países em Desenvolvimento, de 1986. Afora isso, far-se-á indicações sobre a posição do Fundo Monetário Internacional (FMI) e algumas sugestões possíveis à solvência da dívida. Por fim, lineamentos sobre os fatos ligados à possibilidade de o Brasil vir a ser acionado no foro de Nova Iorque, nos Estados Unidos da América (EUA), e suas conseqüências, com perfunctórios comentários sobre a recente carta de intenções brasileira dirigida ao FMI.

O tema é de indiscutível importância e já mereceu atentas análises de juristas de vários países. Afinal, a América Latina é devedora de aproximadamente US\$500 bilhões a credores do Primeiro Mundo. Nesse aspecto, Jacob Dolinger aponta que, de 1961 a 1970, da dívida global latino-americana menos de 7% originavam-se de empréstimos privados. Todavia, de 1971 a 1976, mais da metade decorria de dívidas contraídas no sistema privado internacional.<sup>1</sup>

Talvez não sem razão Jürger Samtleben tenha acentuado que "nadie puede dudar realmente que esta *deuda externa*, convertida em *deuda eterna*, no se puede pagar nunca".<sup>2</sup> Essa eternização da dívida externa é que, para ser superada, necessita da participação realmente consciente e sincera de ambos os negociadores, credores e devedores, sob pena de permanecer infinitamente.

Diversos segmentos da sociedade têm criticado, tanto no âmbito interno, como no internacional, a posição de Estados credores e devedores e as condições em que se têm colocado a dívida externa dos últimos e as exigências cada vez maiores dos primeiros. Sobressaía, nesse ponto, o temor externo com a eventualidade de um possível "calote" da parte dos devedores, mesmo porque não existe muita confiabilidade com relação aos países do Terceiro Mundo e aos Governos desses Estados, embora não sejam poucas as tentativas desenvolvidas por estes para demonstrar boas intenções e sua vontade de cumprir com obrigações contraídas.

O chamado "Acordo II", de 1983, celebrado entre o Banco Central do Brasil com garantia do Tesouro Nacional de um lado, e, de outro, um consórcio de bancos credores liderados pelo Citibank N.A. ("Deposit Facility Agreement"), foi reiterado no Acordo celebrado a 22-6-1988, de refinanciamento da dívida externa nacional. Essa renegociação de 1988 apresentou-se em três níveis: com os bancos credores privados foi reescalada a dívida, então de US\$82 bilhões, no prazo de vinte anos, com oito anos de carência e spread de 8,8125%; com o FMI, um acordo *stand-by* possibilitou empréstimo de US\$1,436 bilhão; com o Clube de Paris, foram rene-

1 DOLINGER, Jacob. "A imunidade jurisdiccional dos Estados". In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 19(78):61, out./dez. 1982.

2 SAMTLEBEN, Jürgen. "Cláusulas de jurisdicción y legislación aplicables en los contratos de endeudamiento externo de los Estados Latinoamericanos". In: *Cooperazione Giuridica Internazionale*. Roma, 1(1-2):35, gen./giu. 1980.

gociados US\$5 bilhões, sendo, US\$3,9 bilhões do principal e US\$1,1 bilhão de juros.<sup>3</sup> Contém, contudo, as mesmas cláusulas do "Acordo II", no relativo à jurisdição e legislação aplicáveis.

Recentemente, em setembro do ano corrente (1990), o Brasil encaminhou ao FMI nova carta de intenção, acompanhada de memorando técnico de entendimento,<sup>4</sup> com novas propostas, embora não se encontre, em nenhum dos dois documentos qualquer referência à lei aplicável ou ao tribunal competente, em caso de eventual demanda judiciária, sendo crível que ainda seja matéria de negociação ulterior. A crer pelos precedentes, é bem possível que sejam mantidas as cláusulas referentes a essas questões como nos acordos anteriores.

A proposta atual é considerada pelo economista Bresser Pereira como "inteligente e inovadora",<sup>5</sup> sugerindo dois mecanismos: de securatização e de leilões de recompra. A securatização apresenta-se com a transformação da dívida externa do setor público em títulos, oferecendo aos bancos credores três opções, com prazos de resgate de 15, 25 e 45 anos, com os juros reduzindo-se gradualmente. Os leilões de recompra, inspirados na proposta do inglês Mike Faber, sugerem que um banco credor pode receber seu crédito em forma de bônus antes dos prazos de resgate, participando de leilões, ganhando o credor que oferecer melhor desconto.

Essa é a atual posição das negociações da dívida externa brasileira, aguardando-se as ulteriores para que seja possível tecer comentários mais amiadados.

Entrementes, no Brasil, dentre as instituições que têm argumentado quanto à validade da renegociação da dívida brasileira, destaca-se a OAB, que aparece pelo menos em dois momentos relevantes. Com base em decisão de seu Conselho Federal, de 1.º-8-83, protocolizou, a 28-8 seguinte, na Procuradoria-Geral da República, representação arguindo a inconstitucionalidade do Acordo Normativo conhecido como "Acordo ("Projeto") II", já mencionado.<sup>6</sup> Ademais, a partir de proposta da delegação do Estado do Mato Grosso do Sul, ampliada por proposição dos delegados do Estado de Alagoas, apreciando o Proc. CP n.º 3.084/85, sobre a dívida externa,

3 Cf. *O Globo*, Rio de Janeiro, 23-9-1988, p. 20.

Texto, na íntegra, in *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 14-9-1990. Caderno Economia, pp. 7-8.

5 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A proposta do Brasil. Folha de São Paulo*, São Paulo, 14-3-1990, p. A-3.

6 Texto, na íntegra, in *Revista da OAB*, n.º 32-3, pp. 267-76. A representação feita pelo Conselho Federal da OAB baseou-se em pronunciamento do Senador Humberto Lucena, publicado no *Diário do Congresso Nacional*, Seção II, de 9-6-1983, pp. 265-6. Objetivava "viabilizar a decretação de inconstitucionalidade do acordo denominado "Projeto Dois", integrante da renegociação da dívida pública externa brasileira, patrocinado pelo (e segundo suas normas) FMI (ou ao menos desenvolvida sob sua égide), e tendo como partes o Banco Central do Brasil, um consórcio de bancos estrangeiros liderados pelo Citibank e a República Federativa do Brasil (na qualidade de garante e principal devedor)" (p. 267).



relatado pelo Conselheiro Adv. Antônio Pinheiro Machado Neto, concluiu quatorze itens, o último dos quais, de n.º 14, reconhece "apoio ao Governo do Brasil, quando declara repetidamente que não aceitará cláusula que represente abdicação da soberania do Brasil, ou limitação desta soberania".<sup>7</sup>

No âmbito internacional, São Paulo abrigou, de 30 de novembro a 4 de dezembro de 1986, a Conferência Internacional sobre a Dívida Externa dos Países em Desenvolvimento, patrocinada pela Associação Brasileira de Juristas Democratas, Centro Brasileiro de Análise e Planejamento e Association Internationale de Juristes Démocrates, da qual emanou um comunicado final com diversas conclusões sobre o endividamento externo desses países.<sup>8</sup>

Segundo apontam a OAB e o comunicado final da mencionada Conferência, o FMI seria o principal responsável pela situação em que se encontram os Estados devedores.

Esse organismo internacional surgiu na Conferência Bretton Woods, New Hampshire, em 1944, que também criou o Banco Mundial, justamente para a promoção da cooperação monetária internacional e a expansão do comércio internacional, ou, como observa François David, "l'objectif essentiel fut de rétablir la liberté et la stabilité des paiements internationaux".<sup>9</sup>

Operou-se, então, radical mudança na vida econômica dos Estados, a partir de que o FMI, conciliando os planos White e Keynes, tem, entre outros propósitos, o de vender divisas estrangeiras ou ouro, destinados à realização de transações internacionais entre seus membros, além de assistir os governos em seus problemas financeiros. A 27-7-46, efetivou-se como organismo internacional, integrando o sistema de entes ligados às Nações Unidas, após os depósitos das ratificações dos Acordos de Bretton Woods por parte dos Estados cujas quotas somassem a 70% do recursos do Fundo.<sup>10</sup>

7 Por atenção da Seccional do Estado do Amapá da OAB, recebeu-se cópia de peças do aludido processo, inclusive do resumo das conclusões do Relator, constante do Tópico da Ata do 1.515ª Sessão da 55ª Reunião do Conselho Pleno, de 16-9-1986.

8 Texto do Comunicado Final publicado in *Revista de Economia Política*, 7(2):126-30, abr./jun. 1987.

9 DAVID, François. *Relations économiques internationales*. Paris, Editions Sciences et Techniques Humaines, 1989, p. 254.

10 Entre estes, o Brasil, cuja quota inicial foi de US\$ 150 milhões, cf. art. II, seção 1, e Tabela A, da Convenção Constitutiva do FMI. Os três maiores quotistas, quando de sua criação, eram: EUA (US\$ 2.750 milhões), Grã-Bretanha (US\$ 1.300 milhões) e URSS (US\$ 1.200 milhões). Há Estados com quotas menores que o Brasil: África do Sul, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Egito, El Salvador, Equador, Etiópia, Filipinas, Grécia, Guatemala, Haiti, Honduras, Irã, Iraque, Islândia, Iugoslávia, Libéria, Luxemburgo, México, Nicarágua, Nova Zelândia, Panamá, Paraguai, Peru, Polónia, República Dominicana, Tcheco-Eslováquia, Uruguai e Venezuela.

Maynard-Keynes, que desempenhou papel-chave na Conferência de Bretton Woods, "argumentava que o Fundo deveria ter o poder de tomar recursos emprestados dos países com grandes superávits em conta corrente, e repassá-los a países deficitários em desenvolvimento".<sup>11</sup> Entretanto, o procedimento hodierno tem sido diferente, tendo o gerente-geral do FMI, Jacques de Larosière, declarado que "o ajustamento econômico é inevitável; nenhum país pode viver permanentemente acima de seus meios".<sup>12</sup> Assim, segundo anotam Kucinski & Branford, "a dívida foi sendo socializada, e, no final, até 70 por cento da dívida externa dos grandes países, como o Brasil, eram dívidas do Estado".<sup>13</sup>

Consoante o entendimento da OAB, a dívida externa é o "mecanismo de extorsão superior a qualquer forma anterior de exploração econômica".<sup>14</sup> E, ante a inegável vinculação existente entre devedores e FMI, o fato é que, apesar de Siccó Manschalt, em pronunciamento na III Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD), ter afirmado que "a forma mais natural de estudar a reforma do sistema internacional é o FMI",<sup>15</sup> existem outros fatores de altíssima relevância que não podem ser esquecidos, que também contribuíram para as mudanças, algumas bruscas, nesse sistema, sendo de notar que o FMI vem sofrendo inúmeras alterações, muitas das quais geradas unilateralmente ou por blocos de países desenvolvidos facilmente identificáveis.

Nos últimos dez anos, segundo apontou a OAB, os países credores submeteram os devedores a uma política de exploração centrada em três práticas: 1.<sup>a</sup>) a alteração unilateral dos juros iniciais de 6% a 8% para 20% ano; 2.<sup>a</sup>) uma única moeda para pagamento da dívida, qual o dólar americano; 3.<sup>a</sup>) a implantação de política internacional de preços aviltantes em exportações dos países devedores".<sup>16</sup>

As alterações unilaterais são inegáveis. A conversibilidade do dólar americano era automática, observando a paridade de US\$-35/onça, ou correspondendo a uma quantidade imutável de ouro (US\$-1 = 0,888 gramas/ouro). Todavia, o então Presidente Richard Nixon, a 15-2-1971, decretou, unilateralmente, o fim dessa conversibilidade, o que também significou o término da paridade fixa entre a moeda e o metal e a moeda americana e similares de outros países, que, àquela altura, considerada a

11 KUCINSKI, Bernardo & BRANFORD. Sue. *A ditadura da dívida*. Brasília, 1987, pp. 36-7.

12 *Apud* KUCINSKI, B. & BRANFORD. S. *Idem*, p. 36.

13 Assim a situação do Brasil, Índia, Coreia, Filipinas, Paquistão e Sudão, cf. KUCINSKI, B. & BRANFORD. S., *Ibidem*, p. 122.

14 Cf. Tópico da Ata do Proc. OAB-CP n° 3.084/85 cit., item 5.

15 MANSCHALT, Siccó. "Pronunciamento do Presidente da Comissão de Comunidades Europeias na III UNCTAD. In: *Revista Brasileira de Política Internacional*. Rio de Janeiro, (57-8):67, jan./jun. 1972.

16 Cf. Tópico da Ata do Proc. OAB-CP n° 3.084/85 cit., item 9.

data de 1.º-7-1944, cf. o art. IV, Seção I, *a*, da Convenção Constitutiva do FMI, justo em decorrência da redução das reservas norte-americanas de ouro, "dés lors commença une ère de flottement généralisé des monnaies"<sup>17</sup>, e, em 1976, com os Acordos da Jamaica, teve-se a consagração de uma taxa de câmbio flutuante que desestabilizou o comércio internacional.

Essa taxa flutuante possui, na análise de Jacques Blanc, vantagens e desvantagens. Aquelas são: 1) limita a intervenção do Estado na vida econômica; 2) permite às autoridades monetárias praticarem uma política autônoma indiferente às influências externas; 3) enseja fazer economia de reserva. As desvantagens apontadas são: 1) não contribuir para o ajustamento dos balanços de pagamento; 2) trazer incertezas às relações comerciais internacionais,<sup>18</sup> donde, apesar dos estudos elaborados pelo FMI, a pedido do GATT, pelos quais "la variabilité des taux de change n'est qu'un élément de incertitude qui est liée aux transations internationaux",<sup>19</sup> o que se encontra, hoje, é que, segundo D. Carreau, "os desequilíbrios dos balanços de pagamento estão sendo atualmente financiados pelo "poder bancário privado internacional"<sup>20</sup>

Demais disso, a partir do século XVIII até hoje, tem havido uma alternância entre crises recessivas e expansivas mundiais. Parte do endividamento de países como o Brasil, Índia, Coréia, Filipinas, Paquistão e Sudão, decorreu das recentes crises do petróleo, sobretudo da alta ocorrida em janeiro de 1974, gerada por iniciativa do cartel da OPEP,<sup>21</sup> sem dúvida ampliada com o atual conflito no Oriente Médio, a partir da invasão do Kuwait pelo Iraque, com a escalada dos preços do barril do petróleo. Com isso, as dívidas externas dos países terceiro-mundistas ascenderam à casa dos US\$ 0,5 trilhões,<sup>22</sup> e, certamente, deverão aumentar.

O Brasil, unilateralmente, reconheceu-se em mora de juros por alguns meses, e, em janeiro de 1987, pagou parte do serviço da dívida.<sup>23</sup> Nesse

---

17 DAVID, F. Ob. cit., p. 256.

18 *Apud* MELLO, Celso R. D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 8ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1986, I, p. 507.

19 *Apud* DAVID, F. Ob. cit., p. 258.

20 *Apud* MELLO, C. R. D. de A. Ob. cit. (I), p. 507.

21 Integram a OPEP: Irã, Iraque, Kuwait, Arábia Saudita, Indonésia, Nigéria, Qatar, Líbia, Argélia, Gabão, Emirados Árabes Unidos e Venezuela.

22 Assim o item 10 do Tópico da Ata do Proc. OAB-CP nº 3.084/85. A dívida externa do Brasil, segundo esse documento, seria, à época, de US\$ 100 bilhões, e a da América Latina, de US\$ 400 bilhões. Em setembro de 1990, aproxima-se de US\$ 117 bilhões a dívida brasileira.

23 Em janeiro de 1987, os juros da dívida brasileira eram de US\$ 930 milhões. A 2-2-1987, o Brasil pagou 37% desses juros (US\$ 730 milhões), cf. Nota do Ministro de Estado da Fazenda sobre as negociações relativas à dívida externa (in *Folha de São Paulo*. São Paulo, ed. de 2-2-1988).

pormenor, representando risco potencial para o sistema bancário privado mundial, a América Latina é responsável pela maior fatia da dívida externa do Terceiro Mundo. A par disso, a espiral inflacionária que envolve esses países não tem ensejado melhores e mais animadoras perspectivas, pelo menos a curto prazo, em que pese aos planos econômicos recentemente introduzidos, especialmente na Argentina, Brasil, México e Peru. No quadro adiante, demonstra-se a alarmante situação da dívida externa e dos percentuais da inflação interna das cinco principais economias latino-americanas, que bem podem oferecer a grave dimensão desse problema.

Para tentar minimizar problemas terceiro-mundistas, a II UNCTAD aprovou o Sistema Geral de Preferência como um tratamento preferencial às exportações dos países subdesenvolvidos, mas o mecanismo criado não tem atendido às reais necessidades dos Estados nessas condições, ante as retaliações praticadas pelos desenvolvidos. O que se tem atualmente é que, “guardadas as proporções, o processo lembra a explosão inflacionária na República de Weimar entre 1919 a 1923, devido aos pesados pagamentos das reparações de guerra”<sup>24</sup>

## DÍVIDA EXTERNA & INFLAÇÃO

Cinco principais economias da América Latina

<i>País</i>	<i>Dívida em US\$ Bilhões</i>	<i>Classificação</i>	<i>Inflação % *</i>	<i>Classificação</i>
Brasil	116,9	1.º	5.526	2.º
México	80,0	2.º	28,07	5.º
Argentina	65,0	3.º	1.696,8	3.º
Venezuela	30,0	4.º	32,7	4.º
Peru	20,0	5.º	11.090	1.º

*Fonte: O Estado de S. Paulo, Caderno Economia.*

São Paulo, 10-10-1990, p. 5.

\* — Relativa a 12 meses (setembro 1989 setembro 1990)

### 2. A Conferência sobre a Dívida Externa e a posição da OAB

Da Conferência Internacional sobre a Dívida Externa dos Países em Desenvolvimento, referida *supra*, e do Conselho Federal da OAB pode-se

<sup>24</sup> KUCINSKI, B. & BRANFORD, S. Ob. cit., p. 43.

A inflação média mensal do Brasil tem oscilado, atualmente, entre 10% e 20%. Nos primeiros meses de 1990, aproximou-se do patamar dos 100%, tendo o Governo que assumir em março de 1990, promovido profundas mudanças na economia do País.

pinçar algumas iniciativas. Do último, a Ata do Processo OAB-CP-3084/85 e a representação de inconstitucionalidade sobre o chamado "Acordo II". Da primeira, o comunicado final da reunião, com diversas conclusões sobre o endividamento externo dos países em desenvolvimento. Algumas considerações devem ser feitas sobre esses três posicionamentos, a partir das conclusões da Conferência sobre a Dívida Externa, mais ampla e abrangente, tratando de todo o contexto do endividamento do Terceiro Mundo.

Os participantes desse encontro ressaltaram, nas suas conclusões, a falta de regulamentação do sistema monetário internacional, sobretudo quanto à aplicação da política monetária restrita dos EUA, no final dos anos 70. Adiante, apontaram o papel do FMI, defendendo sempre os países credores em detrimento dos devedores, aos quais impõe condições anti-jurídicas e contrárias à soberania nacional.

Mais além, concluíram que alguns contratos instrumentalizadores da dívida externa são ilícitos, por infringirem princípios e normas consagrados pelo Direito Internacional, ressaltando que "constitui uma violação flagrante de princípios básicos de Direito, universalmente reconhecidos e aceitos, a inserção nos contratos de cláusulas que permitam a alteração do valor das obrigações e das condições do seu cumprimento pela vontade unilateral de um dos contratantes, como ocorre com a cobrança de taxas de juros variáveis, que são fixados pela parte credora".<sup>25</sup> A esse aspecto, cumpre lembrar que os contratos internacionais são sinalagmáticos. Há, sempre, a vontade comum das partes. Não há porque um se sobrepor ao outro. Qualquer alteração só pode ocorrer a partir da vontade mútua, comum. O que continua a suceder é a superioridade dos países mais ricos, ou seus nacionais, sobre os Estados considerados mais pobres. Deve-se, afinal, como bem assinala José Carlos de Magalhães, considerar a possibilidade de aplicação, por analogia, aos contratos o regime jurídico dos tratados,<sup>26</sup> donde cabível adotar alguns princípios insculpidos, v.g., na Convenção de Viena de 1969, sobre Direito dos Tratados.

No comunicado final, apontaram os participantes da Conferência sobre a Dívida Externa outro aspecto: a "fuga de capitais dos países devedores para os centros financeiros internacionais". E um fato derradeiro: "o segredo que envolve as negociações vulnera o princípio da publicidade e transparência que deve reger os atos de governo".

Ora, a publicidade existe em todo ato jurídico internacional. Desde há muito suprimiu-se das relações internacionais a diplomacia secreta e os acordos secretos. Na Grécia antiga, mesmo, não havia permissão para cele-

---

<sup>25</sup> Os juros flutuantes foram introduzidos a partir de 1977, e têm dois tipos: a "Prime Rate", dos EUA, e a "LIBOR" ("London Interbank offered rate"), utilizada nos mercados eurodólares.

<sup>26</sup> MAGALHÃES, José Carlos de. *A dívida externa: uma questão de direito internacional público*. São Paulo, s.c.p., 1990, p. 190.

bração de tratados dessa natureza. A publicidade dos tratados (e o contrato internacional é, entende-se, uma espécie de tratado) importa inclusive em seu registro perante o Secretariado Geral das Nações Unidas (art. 102 da Carta de São Francisco).

É certo, nesse aspecto, que “onde há segredo na diplomacia é na negociação, e esse tipo de segredo é comum a qualquer atividade profissional ou política”.<sup>27</sup> É isso é inegável. A fase de negociação de um tratado é, habitualmente, efetuada em sigilo pelas partes. Contudo, a diplomacia não se pratica secretamente. Em um documento de caráter eminentemente político e não jurídico, conhecido como “14 Pontos”, Woodrow Wilson terminou com a diplomacia secreta, a 8-1-1918. Diversas Constituições proibem tratados com essa característica (a da Espanha, de 1931, art. 76; a do Luxemburgo em vigor, art. 37, *v.g.*).

Por outro lado, o tratado (ou contrato) secreto deixa de ser registrado. A falta de registro importa em uma série de sanções. Além da possibilidade de se argüir sua nulidade ou inexistência, há três correntes doutrinárias a respeito. A primeira considera a ausência de força executória, defendida por Georges Scelle, Paul Fauchille e Karl Strupp, entre outros, pela qual o tratado não registrado não obriga as partes.<sup>28</sup> A segunda, da inoponibilidade relativa, pregada por Arrigo Cavaglieri, Adolfo Maresca e Dionísio Anzilotti, considera que o tratado não registrado não é nulo, mas não poderia ser invocado na antiga Sociedade das Nações, podendo, no entanto, ser alegado em outros órgãos.<sup>29</sup> A terceira, da ausência de força executória obrigatória positiva, é defendida por Alfred Verdross, e conhecida como condição suspensiva, donde “a sanção consiste em privar de força obrigatória positiva o tratado não registrado”.<sup>30</sup>

A partir da Resolução 97 (II), de 14-12-1947, que regulamentou o art. 102 da Carta das Nações Unidas, foram incluídas até as organizações internacionais como obrigadas ao registro. Ou seja, tratados celebrados entre Estados e organismos internacionais devem ser necessariamente registrados. De outro lado, Kelsen entende que até os Estados não-membros da ONU estão obrigados ao registro,<sup>31</sup> o que é compreensível a partir do disposto no art. 2, 6, da Carta das Nações Unidas, que obriga Estados nessas condições a agirem como se fossem integrantes da ONU.

Foram apresentadas dezessete conclusões pelos participantes da Conferência sobre a Dívida Externa. Proceder-se-á a uma breve análise de

27 SILVEIRA, Antônio Francisco Azeredo da. “O Brasil e a nova ordem internacional”. In: *Revista Brasileira de Política Internacional*. Rio de Janeiro. (69-75) :9, 1º-2º sem. 1975.

28 Cf. RODAS, João Grandino. *A publicidade dos tratados internacionais*. São Paulo, Ed. RT, 1980, pp. 68-9.

29 Cf. RODAS, J. G. *Idem*, p. 71.

30 Cf. RODAS, J. G. *Ibidem*, p. 72.

31 *Apud* RODAS, J. G. *Ibidem*, p. 90.

algumas delas. A primeira conclui pela necessidade de convocação, no âmbito da ONU, de uma conferência internacional sobre a dívida externa. Isso poderia inclusive ser objeto de estudos preliminares pela UNCTAD, que é "uma espécie de GATT dos subdesenvolvidos",<sup>32</sup> ou pela Comissão de Direito Internacional da ONU, que tão assinalados serviços tem prestado à codificação do direito internacional.

A conclusão n.º 4 ressalta a possibilidade de alteração unilateral das condições pactuadas. A conclusão n.º 8 sugere a adoção de dois mecanismos para a redução efetiva do estoque da dívida externa: o repatriamento do capital e a desvalorização do estoque da dívida. A conclusão n.º 9 propõe mecanismos para a desvalorização desse estoque, através de mecanismos de mercado, como a criação de um organismo financeiro internacional e a negociação entre governos.

A OAB, através de seu Conselho Federal, destacou dois aspectos no que respeita à negociação (ou renegociação) da dívida externa brasileira. O primeiro ressalta que "a negociação da dívida não pode ser levada a efeito por banqueiros e burocratas, mas discutida pelos governos dos países envolvidos, com a participação necessária do Congresso Nacional e da sociedade civil a quem caberá, em última análise, arcar com o peso do pagamento". O segundo, corolário do anterior, adverte que a negociação isolada da dívida, entre devedor e o conjunto de credores é prejudicial; o ideal é a união dos países devedores e uma tomada de posição conjunta, donde a formação de um bloco de países latino-americanos devedores teria muito mais força para renegociar a dívida externa do continente com os Governos dos Estados onde estão situados os bancos privados credores do que a negociação bilateral e direta entre Estado devedor e conjunto de credores, como os integrantes do chamado "Clube de Paris" (os bancos centrais dos países ricos).

A 11.ª conclusão recomenda a adoção de providências com vistas à reconstituição dos mecanismos de financiamento, inclusive com a criação de um fundo comum de financiamento de créditos. Ajustado o estoque da dívida às reais condições de cada devedor, sugere a 13.ª conclusão a criação de mecanismos adicionais de controle do endividamento. E a 15.ª conclusão recomenda a instituição de um sistema monetário regional para que o comércio entre Estados em desenvolvimento seja realizado com moeda fraca (sem o dólar americano=moeda forte).

Finalmente, o Comunicado Final destaca que deve haver "o pronunciamento da cidadania sobre a decisão", ou seja, o Parlamento de cada devedor deve ter — e tem — o direito de se manifestar, de emitir sua opinião. Não pode, nem deve ficar omissos. A OAB, ao argüir a incons-

---

32 VALENTINO SOBRINHO, Raphael. "Ajuda internacional e desenvolvimento". In: *As Nações Unidas e os problemas internacionais* (obra coletiva). Rio de Janeiro, Ed. FGV, 1974, p. 164.

titucionalidade do chamado "Acordo II", confessou: "não ignoramos que considerável fração oporia à nossa assertiva [relativa à obrigação de submeter o acordo ao Congresso Nacional para ratificação] correntia explícita: os atuais acordos prescindiriam de ratificação porque meros pactos de execução de um outro acordo prévio, este sim submetido, na época, à dita aprovação: *in casu*, os acordos de Bretton Woods, de 1944, que criaram o FMI e o BIRD e que previram pudessem os quotistas do Fundo realizar, sob os auspícios deste, operações de mútuo e financiamento. Tais acordos foram efetivamente ratificados pelo Poder Legislativo". Realmente, não se costuma submeter ao *referendum* do Congresso Nacional os chamados "executive agreements", tampouco não é costume a audiência do Parlamento em acordos complementares. Todavia — e a própria OAB invocou dois argumentos justificadores da audiência do Congresso Nacional —, não se pode olvidar que a ratificação da Convenção Constitutiva do FMI ocorreu, e a Constituição Brasileira de 1967 não distinguia, nos arts. 44, n.º I, e 81, n.º X, os tipos de tratados sujeitos à ratificação. A mesma linha foi seguida pela Carta em vigor atualmente.

Esses dois argumentos são realmente de peso. A situação mundial, em 1944, era completamente diversa da de agora, quase meio século depois. A Convenção de Viena de 1969 prevê a mudança fundamental de circunstâncias como forma de nulidade relativa de tratados (art. 62). Foi com base na cláusula *rebus sic stantibus* que o Panamá obteve a revisão do tratado pelo qual cedia, a título perpétuo, em 1905, parte de seu território aos EUA.<sup>33</sup> Assim como a situação panamenha na década de 70 não era igual à do início do século, não são as mesmas as condições dos Estados agora, com relação aos dias imediatos do segundo pós-guerra. A invocação do adágio *rebus sic stantibus* importa em uma revisão de todos os tratados celebrados ante a completa alteração das circunstâncias que os eram vivenciadas no momento em que surgiram. Dessarte, não apenas a Convenção Constitutiva do FMI, como todos os tratados seguintes, são passíveis de nulidade pela invocação desse princípio. Demais disso, os contratos de empréstimos de longo prazo, realizados por consórcios de bancos, contêm a cláusula de *hardship*, relativa à mudança de circunstâncias, mas essa cláusula não prevê negociação e solução arbitral, se não houver entendimento entre as partes.<sup>34</sup>

Por outro lado, os citados dispositivos da anterior Constituição de 1967, vigente à época da celebração do "Acordo II", não distinguia tratados.

33 FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Na vivência do direito internacional*. Belém, Cejup, 1987, pp. 31-2.

34 MAGALHAES, J. C. de. *Ob. cit.*, pp. 163-4.

Bruno Oppetit, citado por Irineu Strenger, define a cláusula *hardship* como "aquela, em cujos termos, as partes poderão solicitar remanejamento do contrato que as liga, se modificação ocorrida nos dados iniciais, em face dos quais se engajaram, venham a alterar o equilíbrio desse contrato, a ponto de criar, para uma das partes, rigor ("hardship") injusto". (Apud STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. São Paulo, Ed. RT, 1986, p. 231).



Tivessem qualquer espécie de denominação, deveriam passar pela apreciação do Congresso Nacional. E a Constituição de 1988 reconhece a competência privativa do Congresso Nacional (art. 49, I) e do Senado Federal (art. 52, V, VII e VIII) em matéria dessa natureza. Ressalva-se, apenas, os *executive agreements*. Porém, nesses acordos de forma simplificada o que ocorre é tão-somente a complementação de um tratado anterior mais amplo e que não sofreu alterações. Ora, a Convenção Constitutiva do FMI não foi, no seu texto básico, alterada, mas alguns Estados (especialmente os EUA) praticaram alterações unilaterais, como a taxa de conversibilidade dólar/ouro, o que, sem dúvida, gerou prejuízos para os Estados devedores. Resulta evidente a ocorrência de alteração unilateral no tratado-lei (o criador das obrigações), pelo que os celebrados com base nele, complementares e/ou posteriores, passam a ser susceptíveis do *referendum* do Parlamento. Não distinguindo, de outra feita, a Constituição em vigor, nem a anterior, quais os tratados passíveis de *referendum*, aqueles que criam obrigações para o Estado necessariamente devem ser referendados. Todos os cidadãos precisam ser ouvidos. Ademais, não pode o Governo, representado pelo Poder Executivo, ficar como o único responsável perante a Nação pelas obrigações contrariadas quando os beneficiários, mesmo que em tese, venham a ser todos os cidadãos. Se houver prejuízos, toda a sociedade responde. E o foro competente para a apreciação de demandas dessa natureza será, sem dúvida, o do Estado devedor, não se podendo admitir a renúncia à imunidade de jurisdição e o reconhecimento prévio de jurisdição de tribunais estrangeiros, que decidirão com base exclusivamente nas leis dos Estados credores, no mais das vezes esquecendo os tratados internacionais e as leis internas dos Estados devedores (V., a respeito, n.º 3, *infra*).

### 3. *Jurisdição e problemas de imunidade*

A 6.ª conclusão da Conferência sobre a Dívida Externa destaca a garantia da aplicação da lei do Estado devedor e o exercício da sua jurisdição na apreciação de questões quanto à dívida externa pública, considerando nulas as cláusulas de reserva ou de cessão de jurisdição. Essas são as Cláusulas *waiver*, renunciando o Estado prerrogativas internacionais, especialmente imunidades de jurisdição e de execução.

Trata-se este de um dos mais relevantes aspectos. Ressalte-se que qualquer cessão de jurisdição importa em renúncia à soberania, o que, de regra, não ocorre nas relações internacionais. Nesse pormenor, a imunidade dos Estados encontra-se estabelecida pelo costume internacional, solidamente, através do adágio *par in parem non habet imperium* (ou *judicium*), introduzida por Bártolo de Saxoferrato. Apesar de isoladas providências legislativas nos EUA, pelo *Foreign Sovereign Immunities Act*, de 1976, e da Grã-Bretanha, pelo *State Immunity Act*, de 1978, seguidas por

alguns outros poucos países também de *Common Law*,<sup>35</sup> não parece haver sido alterada aquela regra consuetudinária. Convém mesmo recordar que um dos *consideranda* do preâmbulo da Convenção de Viena de 1961, sobre Relações Diplomáticas, ressalva que “as normas de direito consuetudinário internacional devem continuar regendo as questões que não tenham sido expressamente reguladas” por esse tratado. Esse *considerandum* é repetido da forma idêntica na Convenção sobre Relações Consulares (Viena, 1962).

Ora, a imunidade dos Estados não está contemplada em nenhum tratado. Encontra-se assentada em regras costumeiras. E o Instituto de Direito Internacional, nas reuniões de Hamburgo (1981) e Aix-en-Provence (1954), reconheceu a imunidade de jurisdição do Estado com relação a dívidas contraídas por empréstimos públicos. E, mesmo Jean-Flavien Lalive, defensor ferrenho da imunidade temperada ou relativa, reconhece sua existência pelos atos considerados do Poder Público (*jure imperii*),<sup>36</sup> inclusive empréstimos públicos contraídos no exterior.

Nesse pormenor, far-se-á ligeira digressão. Recentemente, decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil, apreciando matéria trabalhista, alterou de modo substancial a tendência até então predominante na jurisprudência. Apreciando a Apelação Cível 9696-SP,<sup>37</sup> invocando precedentes de um novo costume internacional, rejeitou o Excelso Pretório a imunidade de jurisdição invocada pela República Democrática Alemã. Esse julgado serviu de fundamento a dois outros, ulteriores, do Superior Tribunal de Justiça. Um, a Apelação Cível 2(89-8751-7)-DF,<sup>38</sup> o Ministro Relator apresentou, a 5-9-1989, voto reconhecendo a imunidade invocada justamente pelos EUA, que, internamente, preconizam a sua inexistência em matéria trabalhista. Todavia, após voto de vista do Ministro Presidente da Turma, em Sessão de 7-8-1990, o mesmo Ministro Relator retificou seu voto, adotando a tese mais recente do STF. E, à mesma época, seguindo passos semelhantes,

---

35 E o caso, *v.g.*, da Lei de Cingapura sobre imunidade estatal, de 1979; da Ordenança do Paquistão sobre imunidade dos Estados, de 1981; da lei sobre imunidade dos Estados estrangeiros, da África do Sul, de 1981; e da Austrália, de 1985, que sofreram influência britânica; e do *State Immunity Act*, do Canadá, de 1982, com influência anglo-americana, *cf.* referido por Luis Ignacio Sánchez Rodríguez (*Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles*. Madrid, Civitas, 1990, pp. 61-5).

36 LALIVE, Jean-Flavien. *L'immunité de juridiction des états et des organisations internationales*. 84 (III) Recueil des Cours de l'Académie de Droit International (1955), p. 285. Lalive entende que está a prevalecer, hodiernamente, a distinção entre atos de império e de gestão (p. 282).

37 Ac. STF Pleno (AC-9.696-SP), de 31-5-1989 (Genny de Oliveira *vs.* Embaixada da RDA). (Relator: Min. Sydney Sanches). (Voto de vista do Min. José Francisco Rezek).

38 Ac. STJ 4ª Turma (AC-2(89.8751-7) DF), de 7-8-1990. (Embaixada dos EUA *vs.* Paulo da Silva Valente e outros). (Relator: Min. Barros Monteiro).

de forma idêntica decidiu a 3.<sup>a</sup> Turma do STJ.<sup>39</sup> Nesses três julgados, verifica-se uma nova postura do Judiciário brasileiro, por suas instâncias superiores.

Sem descer a maiores considerações a respeito, impõe observar que, pelo menos na decisão que originou essa mudança de entendimento (AC 9696-SP), a reclamante original, Genny de Oliveira, comparece pela segunda vez no mesmo processo, perante o Excelso Pretório. Proposta a reclamação perante a MM. 16.<sup>a</sup> Junta de Conciliação e Julgamento de São Paulo, a 25-10-1976, ali esteve em 1979, quando foi julgado Conflito de Jurisdição, entre as Justiças do Trabalho e Federal.<sup>40</sup> Retornou dez anos após para que fosse decidida a preliminar de imunidade de jurisdição. Baixado o processo à instância *a quo*, para julgamento da demanda, tendo ocorrido a fusão das duas Alemanhas, e sendo a República Federal da Alemanha sucessora da República Democrática Alemã, pode-se supor venha esse mesmo processo a ser novamente apreciado pelo STF. Apenas, *ad argumentandum*, supondo que, em idas e vindas, a demanda ainda prossiga por alguns anos, ter-se-á a contar seu tempo de tramitação não em anos, mas em lustros, ou, pior, em décadas. A reclamante, representante do espólio, que, em 1979, tomou conhecimento de qual segmento do Judiciário iria apreciar seu feito, aguardará mais 10, 20 ou 30 anos, o desfecho da ação. Se tinha 40 anos de idade, em 1979, aos 50 anos, em 1989, viu rejeitada a preliminar argüida pelo ex-empregador do *de cujus*. Audiências, recursos sucessivos para Turma e Pleno do Tribunal Regional Federal, do STJ e do STF, e baixa à execução, quando nova imunidade poderá ser suscitada, com nova fase recursal iniciada, talvez em 40 anos venha, finalmente, a ser expedida e cumprida a carta rogatória executória, percorrendo os foros competentes da RFA, a receber os créditos do espólio. A essa altura, a reclamante deverá ter atingido 90 anos de idade. Supondo que, se de 65 anos é a média de vida de um brasileiro, essa reclamante provavelmente receberá os haveres de seu finado marido através de algum herdeiro, filho ou neto, mas, embora tardiamente, poderá estar sendo cumprida a decisão judicial. Sem querer sofismar, impõe recordar lição de Rui Barbosa, no mais famoso discurso de paraninfo que todos os bacharéis deste País conhecem, pronunciado na mais tradicional de todas as Academias. Em 1920, setenta anos passados, nas Arcadas paulistas, dizia Rui: "nada se leva em menos conta, na judicatura, a uma boa-fé de ofício que o vezo de tardança nos despachos e sentenças. Os códigos se cansam de balde em o punir. Mas a geral habitualidade e a convivência geral o entretêm,

39 Ac. STJ 3<sup>a</sup> Turma (AC-05(89.11635-5) SP), de 19-6-1990. (Firmo Barbosa dos Santos vs. Escritório Comercial da República Democrática Alemã em São Paulo). Relator: Min. Cláudio dos Santos. A emenda dispõe: "A moderna doutrina do Direito Internacional Público não mais admite como absoluta a regra da imunidade jurisdicional de Estado estrangeiro. Exceção dos fatos de natureza trabalhista, dentre outros. Apelação provida". Texto, na íntegra, in *Revista LTR*. São Paulo, 54(9): 1.109-11, set. 1990.

40 Trata-se do AC. STF Pleno, de 26-9-1979 (Proc. CJ-6.182 SP). Relator: Min. Cordeiro Guerra (íntegra, in *RTJ* (92): 531-9).

inocentam e universalizam. Destarte se incrementa e desmanda ele em proporções incalculáveis, chegando as causas a contar a idade por lustros, ou décadas, em vez de anos". e arremata: "justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta".<sup>41</sup> Essa reflexão há de ser feita pelos julgadores nacionais na apreciação de demandas contra Estados estrangeiros, em matéria trabalhista, sobretudo porque está envolvido o problema da sobrevivência do trabalhador, que deseja salário, sinônimo de alimentação, saúde, higiene, educação, lazer, moradia, transporte, etc., por exegese do art. 7.º, n.º IV, da atual Constituição.

Mas, como se objetou a nova posição com o andamento do processo no Judiciário e não com a questão das imunidades, poder-se-á entender que não é razão bastante. Considere-se, então, que não parece ter havido a apregoada mudança radical no costume internacional. A alteração processou-se apenas nos países de *Common Law*, e não em todos, como apontado *supra* e na nota 55, donde continua, *data venia*, a prevalecer o adágio *par in parem non habet imperium*. Enquanto não for adotada uma convenção internacional a esse respeito, quanto à imunidade dos Estados, como existe com relação às Missões Diplomáticas e às Repartições Consulares, e enquanto Estados que não reconhecem a imunidade de jurisdição para questões de contratação de empregados por missões diplomáticas acreditadas junto a seus respectivos governos (caso dos EUA), não aceitarem a jurisdição estrangeira (caso da AC 2-DF), tudo poderá resultar infrutífero. E o juiz, nesse instante, estará abandonando seu papel, contrariando, de uma só vez, o interesse individual (do trabalhador), que procura decisão rápida, e o interesse coletivo, quiçá difuso (do Estado) que demanda boa convivência com os demais Estados. Algum dia, voltar-se-á a esse tema.

Retornando ao objeto deste breve estudo, recorde-se que, ao sugerir a existência de um Direito Transnacional, que preencheria a lacuna existente na legislação e estudaria todos os fatos e atos que transcendem as fronteiras nacionais, compreendendo tanto o direito público como o direito privado, e as outras normas não enquadradas nessas categorias clássicas,<sup>42</sup> Philip Jessup ressaltou que, "dentro de seu próprio território, a jurisdição de uma nação é necessariamente exclusiva e absoluta".<sup>43</sup> Com efeito, nada pode lhe ser retirado, sem consentimento prévio e expresso.

Por outro lado, como consta da arguição de inconstitucionalidade da OAB ao "Acordo II", teria o Brasil renunciado à imunidade de jurisdição que detém, por regras do direito costumeiro e à aplicação do direito brasileiro. O Banco Central (autarquia federal) declarou submeter-se aos tribunais e leis de Nova Iorque e Londres e o Brasil também, mas, ressalta

41 BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro, Ouro, 1966, p. 105.

42 JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. Trad. C. R. Pinheiro da Silva. Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1965, p. 12.

43 JESSUP, P. C. *Idem*, p. 48.

a OAB, nos atos de império não pode haver renúncia. Ademais, aponta que o "Acordo II" previa que o Brasil renunciava antecipadamente a qualquer alegação de soberania, o que, segundo aquela corporação, contraria o art. 1.º da Constituição de 1967, como, atualmente, fere o art. 1.º da Carta de 1988, porque "a soberania não é mero *princípio* constitucional, mas o *pressuposto* mesmo da ordem constitucional" (grifos da Representação).

Em seu parecer, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, sobre a arguição da OAB, no registro de José Carlos de Magalhães, "parece admitir o enquadramento dos empréstimos do Banco Central na categoria de atos de comércio excludentes, da imunidade de jurisdição".<sup>44</sup> Em sua excelente tese de Livre Docência, Magalhães discorda do entendimento esposado pelo órgão do Estado, indicando que o Banco Central é uma autarquia, com atribuições típicas, contidas na competência política do Estado, não praticando atos *jure negotii*, e, assim, no "Acordo II" "atuou como o braço do País, assumindo o conjunto das dívidas contraídas pelos integrantes da comunidade, pessoas de direito público e de direito privado, em negócios dos mais diversos".<sup>45</sup>

Dolinger, em interessante estudo sobre a dívida externa, demonstra alguns aspectos. Processar o Brasil em foro estrangeiro importaria em a sentença não ser homologada pelo STF,<sup>46</sup> a cláusula de eleição de foro estrangeiro é nula porque fere princípios do sistema legal brasileiro,<sup>47</sup> e processar o Brasil na Justiça Federal brasileira contraria o art. 585, § 2.º, do Código de Processo Civil, que prevê que o tratado seja executado no lugar por ele indicado,<sup>48</sup> donde restaria a via ordinária.<sup>49</sup>

Nesse pormenor, Jürgen Samtleben, que estuda o problema das dívidas externas da Argentina, Chile, Equador, México, Peru, Venezuela e Colômbia, recorda que, pelo adágio *forum rei sequitur*, o Estado devedor deve ser demandado em seus próprios tribunais.<sup>50</sup> donde a jurisdição em cada caso deve observar as regras de competência de cada país.

A supor que fosse o Brasil levado a tribunais dos EUA, estes poderiam recusar a julgar a demanda, com fundamento na teoria do *Act of State*, que "não admite que uma corte americana julgue sobre a legalidade de um ato soberano de outro Estado",<sup>51</sup> com base em jurisprudência solidificada a partir do caso Banco Nacional de Cuba vs. Sabatino. Demais

44 MAGALHAES, J. C. de. Ob. cit., p. 174.

45 MAGALHAES, J. C. de. Idem, pp. 174-5.

46 DOLINGER, J. *A dívida externa brasileira: solução pela via arbitral*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1988, p. 108.

47 DOLINGER, J. Idem, p. 62.

48 DOLINGER, J. Ibidem, pp. 108-9.

49 DOLINGER, J. Ibidem, p. 110.

50 SAMTLEBEN, K. Art. cit., p. 54.

51 Cf. DOLINGER, J. Ob. cit., p. 100.

disso, o *Foreign Sovereign Immunities Act*, de 1976, referido acima, não contém referência a dívidas contraídas por Governos centrais de Estado estrangeiro. Por outro lado, segundo Samtleben, pode-se defender que se as partes não são iguais para contratar livremente, "todas las cláusulas onerosas impostas unilateralmente por una de las partes son inválidas".<sup>52</sup> assim, v.g., as referentes à legislação e à jurisdição aplicáveis. A par de Dolinger entender que é difícil prever a tendência do Judiciário dos EUA se um banco credor resolver processar um país devedor que decretou moratória.<sup>53</sup>

Expostos esses pontos, tem-se que um Estado não pode, por antecipação, renunciar à sua soberania, até porque esta é a base de sua existência mesma. Inexiste Estado que não seja soberano. Por outro lado, a submissão a tribunais e leis alheias ao ordenamento interno dependem do consentimento da União como um todo e em momento próprio, e não de decisão unilateral e isolada do Poder Executivo, renegociando dívidas contraídas.

No Direito Constitucional brasileiro, a Constituição Imperial de 1824 atribuía à Assembléa Geral (Poder Legislativo) competência para decidir sobre empréstimos, com sanção do Imperador (art. 15, 13). A primeira Carta Republicana, de 1891 (art. 54,2), tinha como privativa do Congresso Nacional autorizar o Executivo a contrair empréstimos. A Carta de 1934 (art. 39, 3) dispunha que era competência privativa do Poder Legislativo, com sanção presidencial, dispor sobre a dívida pública. A "Polaca" de 1937 não continha referência a respeito. A redemocratizadora de 1946 (art. 65, n.º III) tratava da competência privativa do Congresso Nacional, com sanção do Presidente da República, sobre dívida pública federal. A Constituição de 1967, com as suas sucessivas emendas, mantinha esse preceito (art. 42, n.º IV), como competência privativa do Senado Federal, minudenciando empréstimos, operações ou acordos externos, de qualquer natureza, aos Estados, Distrito Federal, Municípios e do Poder Executivo Federal.

Não sem razão, portanto, João Barbalho, citado por Accioly, que apontava: "ora, não é da alçada do Poder Executivo empenhar *motu proprio* a responsabilidade da Nação, criar-lhe compromissos, obrigá-la, ainda que em permuta de vantagens, a ônus e encargos. Por isso ficou reservada ao Congresso Nacional a ratificação dos ajustes, convenções e tratados feitos pelo Presidente da República, o que redundava em corretivos e garantia contra possíveis abusos, contra a má compreensão e comprometimento dos altos interesses nacionais".<sup>54</sup> E o art. 42, n.º IV, da Carta de 1967 re-

52 SAMTLEBEN, J. Art. cit., p. 53.

53 DOLINGER, J. Ob. cit., p. 103.

54 *Apud* REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro. Forense, 1984. pp. 296-7.

feria a acordos que, como tentou-se demonstrar em estudo anterior, é sinônimo de tratado, termo genérico a identificar todos os atos internacionais escritos.<sup>55</sup>

Há, no Brasil, copiosa legislação sobre contratos com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no exterior. Assim, o Decreto n.º 15.783, de 8-11-1922, cujo art. 775, § 1.º, e, determina que o foro brasileiro será competente para dirimir questões judiciais oriundas desses contratos. Além do Código de Contabilidade Pública, a Lei n.º 1.518, de 24-12-1951, que autoriza o Executivo a contratar ou dar garantia do Tesouro Nacional a créditos obtidos no exterior para os fins específicos que, em *numerus clausus*, define. A Lei n.º 5.000, de 24-5-1966, autoriza concessão de garantia do Tesouro Nacional a créditos obtidos no exterior. O Decreto n.º 1.312, de 15-2-1974, dispõe que o mesmo Tesouro pode aceitar condições usuais em operações com organismos financeiros internacionais, com o art. 11 remetendo para a arbitragem a solução de pendências.<sup>56</sup> O Decreto-Lei n.º 1.558, de 17-6-1977, assinala que para a garantia da União em empréstimos de origem externa é necessário o prévio pronunciamento da antiga SEPLAN, atualmente Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, para avaliar sua importância para os programas nacionais de desenvolvimento, que são atividade *jus imperii*, logo os empréstimos tomados em circunstâncias que tais não podem ser considerados *jus gestionis*.<sup>57</sup> Finalmente, o Decreto-Lei n.º 2.300, de 21-11-1986, com as emendas introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 2.348, de 24-7-1987, cujo art. 45, parágrafo único, prevê que, em contrato da União e suas autarquias com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro é necessária cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal. Acerca desse último, teceu-se, alhures, pequenos comentários, mostrando que, a partir de doutrina de Guido Soares, Aramita Mercadante, Georgette Nazo, José Carlos de Magalhães, Vicente Marotta Rangel e outros, a arbitragem é o mecanismo ideal para a solução de problemas como, inclusive, o da dívida externa brasileira (V. nota 68, *infra*).

A Constituição atual, vigente desde 5-10-1988, mantém, no art. 52, a competência privativa do Senado Federal à semelhança do preceito contido na Carta de 1967, referindo a "operações externas de natureza financeira" (n.º V). Existe, contudo, interessante dispositivo, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que merece transcrição literal, e enseja algum comentário. Trata-se do art. 26:

---

55 FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. "Os tratados internacionais nas constituições brasileiras". In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*. Belém, 21(40):100, jan./jun. 1988.

56 V., adiante, sobre a proposta de arbitragem. n.º 4.

57 N. sent.: DOLINGER, J. Art. cit., p. 59.

“Art. 26 — No prazo de um ano a contar da promulgação da Constituição, o Congresso Nacional promoverá, através de Comissão Mista, exame analítico e pericial dos atos e fatos geradores do endividamento externo brasileiro.

§ 1.º — A Comissão terá a força legal de Comissão parlamentar de inquérito para os fins de requisição e convocação, e atuará com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

§ 2.º — Apurada irregularidade, o Congresso Nacional proporá ao Poder Executivo a declaração de nulidade do ato e encaminhará o processo ao Ministério Público Federal, que formalizará, no prazo de sessenta dias, a ação cabível.”

Inúmeros preceitos da Carta de 1988, a maioria talvez, permanecem apenas no rol das “promessas” do legislador constituinte. Falta o *animus* necessário à sua implementação. O art. 26 do ADCT é um deles. No prazo fixado, de um ano, que expirou a 5-10-1989, absolutamente nada foi feito em termos práticos, diretos e objetivos, embora, recentemente — e estamos em novembro de 1990 —, mais de dois anos de vigência da nova Constituição, tenha havido tênue manifestação do Senado Federal, questionando alguns aspectos do endividamento externo do País. Há que se lastimar que, como ocorre com outras tantas “promessas”, o art. 26 também tenha sido apenas mais uma, eis que, vencido o prazo fixado, a pretendida Comissão Mista pode ter sua eficácia posta em dúvida.

#### 4. *Algumas propostas de solução*

A conclusão n.º 16 da Conferência sobre a Dívida Externa oferece duas soluções para a impossibilidade de entendimento com os credores: a suspensão unilateral do pagamento da dívida ou o seu simples repúdio. Discorda-se da última medida, por entendê-la extremamente radical. A base da vida internacional é feita através de negociações e constantes trocas de entendimentos. O simples repúdio significa, em expressão popular, “calote”, contraria o princípio da *comitas gentium*, e, moralmente, não é recomendável a um Estado diante do concerto das Nações. A primeira indicação poder-se-ia ter como admissível, ante a unilateralidade das alterações feitas pelos Estados credores (ou bancos credores privados com sede nesses Estados), de diversas condições pactuadas. Ademais, seria uma forma de obrigar à negociação, passo mais indicado, fora da órbita judiciária, que também é sugerível.

Outra possibilidade seria a adoção da chamada Cláusula Calvo, que, inspirada na doutrina do antigo Chanceler argentino Carlos Calvo, “figura, com freqüência, em contratos-concessões entre governos latino-americanos e indivíduos ou companhias e, segundo a mesma, o indivíduo ou



companhia contratante renuncia à proteção diplomática do Estado".<sup>58</sup> Mas a jurisprudência não tem sido uniforme sobre ela.<sup>59</sup>

Embora conste de tratados internacionais de caráter regional, como o art. 7.º, do Tratado Americano de Soluções Pacíficas (TASP), e geral, como a Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, aprovada na III UNCTAD, e pela Assembléia Geral da ONU (Resolução 328 (XXIX), de 12-12-1974), "essa pretensão (Cláusula Calvo) jamais foi aceita pelos países europeus e pelos Estados Unidos, defensores dos princípios que governam o direito internacional clássico, moldados à sua visão da ordem internacional", como ensina Magalhães.<sup>60</sup>

A Cláusula Calvo enfraqueceu-se com a decisão da Comissão Mista EUA/México, tendo como superárbitro o jurista holandês Van Vollenhoven (North American Dredging CO. of Texas vs. Governo do México), que decidiu que "particular pode renunciar a apelar para proteção diplomática, salvo em caso de denegação de justiça, mas essa renúncia não terá efeito algum sobre o seu governo, que terá sempre o direito de interferir, se isto lhe parecer conveniente, porque, em certos casos, os interesses de uma nação primam sobre os interesses individuais".<sup>61</sup> Força notar que, para Verdross, sua significação jurídico-internacional é reduzida,<sup>62</sup> sendo o caso Barcelona Traction um bom exemplo da precariedade da proteção diplomática, que, mais uma vez, faz enfraquecer a Cláusula Calvo.<sup>63</sup>

O desuso da Cláusula Calvo é apontado por Samtleben, para quem "la situación actual en la negociación de la deuda pública en América Latina puede distribuirse como un triunfo de los acreedores sobre la *Doctrina Calvo*, la cual todavía vive en otros campos de la contratación estatal".<sup>64</sup>

58 ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1933, I, p. 355. N. sent.: MELLO, C. R. D. de. A., para quem o fim da Cláusula Calvo "é evitar as reclamações diplomáticas de Estado e em nome de seus nacionais." (As sociedades comerciais e o direito internacional público. In: *Boletim Brasileiro de Direito Internacional*. Rio de Janeiro, 28-30(55-60):129, jan./dez. 1972-4), e Samtleben, que anota que essa cláusula "exige la sumisión de los extranjeros a la jurisdicción y legislación del país en que efectúan actividades económicas o con cuyo gobierno entran en relaciones contractuales." (Art. cit., p. 37).

59 BRIERLY, James Lesley. *Direito Internacional*. Trad. M. R. Crucho de Almeida. 3ª ed., Lisboa, Fund. Calouste Gulbenkian, 1972, p. 291.

60 MAGALHAES, J. C. de. Ob. cit., p. 107.

61 ACCIOLY, H. Ob. cit. (I), p. 356.

62 VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Trad. Antonio Truyol y Serra. 6ª ed., Madrid, Aguilar, 1978, p. 388.

63 MAGALHAES, J. C. de. Ob. cit., p. 114. Sobre o caso Barcelona Traction, entre Bélgica e Espanha, v. EISEMANN, Pierre Michel et alii. *Petit manuel de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice*. 2ª ed., Paris, Pedone, 1971, pp. 109-19.

64 SAMTLEBEN, J. Art. cit., p. 52.

Kucinski & Branford apontam três caminhos aos Governos devedores como forma para solução das suas respectivas dívidas externas: cortar os gastos públicos, imprimir dinheiro ou vender títulos do Tesouro rendendo juros aparentes.<sup>65</sup> A segunda saída não parece indicada. Apenas mascararia o problema, sem resolvê-lo. A última assemelha-se à adotada na recente Carta de Intenções do governo brasileiro (v. n.º 1, *supra*). A primeira é bastante indicada. Essa medida, inclusive, vem sendo preconizada no Brasil, ultimamente. A redução efetiva dos gastos públicos importará em aumento da receita, em criação de novas fontes de renda, em ampliação da iniciativa privada e, por corolário, em aumento de oferta de emprego e conseqüentemente em diminuição da demanda de mão-de-obra.

Samtleben indica duas soluções: 1) a aplicação de legislação de terceiro Estado neutro e igualmente os mecanismos judiciais desse Estado, o que seria delegar à jurisdição estrangeira, teoricamente imparcial, competência para decidir as controvérsias sobre o endividamento externo alheio, inclusive do Brasil; 2) a arbitragem, que, na sua opinião, o Brasil aceitaria mais facilmente.<sup>66</sup>

A arbitragem também é indicação de Dolinger.<sup>67</sup> e teve-se oportunidade de manifestar opinião favorável a esse procedimento para aludido fim, em outro estudo.<sup>68</sup>

Parece que, do ângulo externo, ou bilateral (ou mesmo multilateral), esse seja o meio mais indicado como forma de solucionar os complicadores que surgem na relação entre países devedores e credores externos. É a arbitragem uma das formas previstas na Convenção Constitutiva do FMI, mas apenas quando há desacordo entre o Fundo e um membro demitido ou entre o Fundo e o membro durante a fase de liquidação (art. XVIII, c, da Convenção), isso porque, para deixar o FMI, voluntariamente (art. XV, seção 1), o membro que está a se demitir deve liquidar as contas pendentes (art. XV, seção 3). A arbitragem é habitualmente usada no Direito Internacional, especialmente no Comércio Internacional. Os tribunais arbitrais "são os que denominamos órgãos públicos internacionais de soluções extrajudiciárias de litígios internacionais, as pessoas físicas ou jurídicas a quem o Direito Internacional confere a faculdade de dirimir controvérsias que envolvem pessoas submetidas à sua disciplina." <sup>69</sup>

65 KUCINSKI, B. & BRANFORD. S. Ob. cit., p. 43.

66 SAMTLEBEN, J. Art. cit., pp. 56-7.

67 DOLINGER, J. Ob. cit., pp. 164-6.

68 FRANCO FILHO, G. de S. "Arbitragem no Brasil: direito interno e direito internacional." In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 26(104) 328, out./dez. 1989.

69 SOARES, Guido Fernando Silva. *Órgãos das soluções extrajudiciárias de litígios*. São Paulo, Ed. RT, 1985, p. 38.

O Brasil mesmo, diversas vezes, recorreu à arbitragem, especialmente em questões com os países limítrofes para a fixação de nossas fronteiras terrestres, onde teve atuação bastante assinalada.<sup>70</sup>

A Corte Permanente de Arbitragem, criada na Haia, em 1899 (art. 15), e revista na 2.<sup>a</sup> Conferência, em 1907 (art. 37), tem apreciado alguns casos. De sua constituição até a 1.<sup>a</sup> Guerra Mundial, realizou 20 arbitragens; até 1932, apreciou outros seis casos; após a instalação da ONU, julgou apenas um único, em 1954, porque tanto a Corte Permanente de Justiça Internacional como a Corte Internacional de Justiça passaram a ter a preferência dos Estados, donde reduzida sua atuação.<sup>71</sup> Todavia, Guido Soares revela uma das razões para mantê-la, que é o fato de "ser organismo suficientemente neutro para exercitar os encargos de suprir as vicissitudes no momento da constituição de um tribunal arbitral, em substituir a vontade da parte que não indicou seu árbitro, ou a vontade dos árbitros que não conseguiram eleger um superárbitro."<sup>72</sup>

Em termos de credores estrangeiros, cobrando dívida do Brasil, a experiência de nosso País não é das mais agradáveis. O caso relativo ao pagamento em ouro de três empréstimos federais brasileiros, emitidos em França, foi julgado pela CPII, a 12-7-1929, favoravelmente à França,<sup>73</sup> donde talvez haja um embaraço inicial à aceitação desse tipo de procedimento.

Relativamente à dívida brasileira, debalde esse fato, o problema poderia ser resolvido por arbitragem, desde que não se conservassem os termos da cláusula 8.08, do "Acordo II", a qual prevê que, em caso de arbitragem, o tribunal será constituído por três árbitros, sendo que o terceiro, o superárbitro, deverá ser membro da American Bar Association de Nova Iorque. Ora, "o Acordo Dois, tal como redigido, contraria o que há de mais indicado à solução arbitral",<sup>74</sup> a saber: Lei-Modelo da UNCITRAL (art. 11,5), regras da Câmara de Comércio Internacional (art. 2,6); Convenção do BIRD, de 1965 (art. 38, *in fine*); Tratado Geral de Arbitramento Interamericano, de 1929 (art. 6).<sup>75</sup>

---

70 FRANCO FILHO, G. de S. *A arbitragem e os conflitos coletivos de trabalho no Brasil*. São Paulo, LTr 1990, pp. 22-3.

71 SOARES, G. F. S. Ob. cit., p. 52. N. sent.: MELLO, C. R. D. de A. Ob. cit., (II), p. 1.000.

72 SOARES, G. F. S. Ob. cit., p. 53.

73 RANGEL, Vicente Marotta. "Controvérsia de interesse do governo brasileiro julgada por tribunal internacional." In: *Problemas brasileiros*. São Paulo, 17(192):21, out. 1980.

74 FRANCO FILHO, G. de S. Art. cit. na nota 68, p. 327.

75 FRANCO FILHO, G. de S. Idem, p. 327, nota 53. Texto da Lei Modelo da UNCITRAL, em versão em português, in SOARES, G. F. S. "Arbitragem comercial internacional e o projeto da UNCITRAL (Lei Modelo)." In: *Revista da FADUSP*. São Paulo, (82):57-88, 1987.

Sugere José Carlos de Magalhães o CIRDO (Centro Internacional de Solução de Controvérsias sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados) do Banco Mundial,<sup>76</sup> embora, na sua opinião, a via arbitral esteja em desacordo com as normas sobre os contratos de empréstimo e os credores não estão obrigados a aceitá-la.<sup>77</sup>

Segundo Dolinger, "parecem-nos ineficazes todas as cláusulas de financiamento que o Brasil vem firmando com pessoas domiciliadas no exterior em que, na qualidade de prestador ou garantidor, se submete a qualquer tipo de jurisdição no estrangeiro, excetuada a arbitragem. E esta só é admissível quando não dependa de homologação no exterior, o que só ocorrerá se se tratar de arbitragem conforme as regras da CCI ou se for realizada em país que não exige homologação judicial de laudo arbitral", donde indicada a adoção de regras tipo o "Act" da Grã-Bretanha.<sup>78</sup>

É certo, porém, que tem sido praxe a aceitação de foro estrangeiro (Nova Iorque e Londres) nos contratos de empréstimo, com conseqüente renúncia à imunidade de jurisdição, como recorda Magalhães, citando levantamento de Luiz Carlos Sturzenegger em contratos dessa natureza.<sup>79</sup>

#### 4. Conclusão

A situação da dívida externa do Terceiro Mundo é grave. Acentua-se o problema com relação ao Brasil, o maior dentre os devedores. A questão merece ser examinada com cuidado, sabedoria e isenção de ânimo. A sua extensão, se bem dimensionada, demonstra que, de um lado, existe excesso de retórica, poucos resultados práticos, muitas propostas de intenções, e outras tantas "intenções despropositadas". De outro, sobressai a ambição crescente, o interesse por lucros maiores, a própria disputa pelo poder. Falta, parece, um elemento fundamental em todo o negócio: boa-fé. Boa-fé pode ser utilizada como sinônimo de confiança recíproca, de sinceridade de propósitos, de honestidade de procedimento.

O gravíssimo problema de se deixar à jurisdição alheia a solução de problemas nacionais, mesmo que envolva pessoas estrangeiras, não se pode admitir, até porque não aceitaria o STF homologar sentença decorrente de julgamento processado nessas condições, pelo que a cláusula constante do "Acordo Dois" não deve ser repetida em futuro acordo de renegociação. Por corolário, o Poder Legislativo deve ser ouvido, consoante determina a Constituição em vigor, e deve, para fazer-se respeitado, respeitar a Carta Magna que, enquanto poder constituinte, elaborou. Referimo-nos ao art. 26, do ADCT.

76 MAGALHÃES, J. C. de. Ob. cit., pp. 178-9.

77 MAGALHÃES, J. C. de. Idem, p. 204.

78 DOLINGER, J. Art. cit., p. 63.

79 MAGALHÃES, J. C. de. Ob. cit., p. 173 e nota 272.

À vista dessas indicações, pode-se elencar algumas conclusões, a saber:

1) nenhum tratado acerca do endividamento público externo pode impor aos Estados devedores do Terceiro Mundo renúncia à soberania nacional e à imunidade de jurisdição, corolário da própria soberania;

2) os tratados existentes hoje, vinculados à dívida externa dos países em desenvolvimento, podem ser revistos, tanto pela invocação do adágio *rebus sic stantibus*, como pelo fato de não se poder admitir a alteração unilateral dos tratados celebrados entre Estados, agora distinguidos como credores e devedores, como o caso da Convenção do FMI, no pertinente à paridade ouro/dólar;

3) os tratados — ou seus sinônimos —, incluindo-se os acordos sobre a dívida externa brasileira, celebrados sob os auspícios do FMI ou com a intervenção, direta ou indireta, implícita ou explícita do Fundo, devem ser submetidos ao Congresso Nacional para o necessário *referendum*, pena de retroceder-se à diplomacia secreta, banida do Direito Internacional, considerando os reflexos internos difusos que as obrigações decorrentes de tais atos podem ocasionar;

4) a negociação — ou renegociação — da dívida externa dos Estados em desenvolvimento deveria ser efetuada através do FMI e dos Governos dos Estados credores e devedores, e não diretamente entre estes e os grupos privados estrangeiros, em face do recrudescimento da crise do endividamento. Por outro lado, no caso específico dos devedores, deve haver participação de todos os Poderes constituídos do Estado e de todos os segmentos da sociedade, para a ampla discussão e debate acerca das condições exigidas pelos credores internacionais. E, quanto aos grupos privados, o Estado-sede serviria de intermediário no processo de renegociação;

5) a arbitragem, isenta e imparcial, sem as absurdas condições verificadas no "Acordo II", é a forma extrajudiciária mais adequada e indicada à solução dos litígios decorrentes de tratados (ou acordos) relacionados com a dívida externa dos países em vias de desenvolvimento, inclusive o Brasil.

Brevissimamente, estas são algumas sugestões que, em lineamentos, se submetem ao debate em torno da dívida externa brasileira e, por extensão, da dos demais países terceiro-mundistas. Objetivam colaborar para a discussão do tema, na medida em que, com a participação da comunidade jurídica, os questionamentos, então colocados no campo estritamente econômico, poderão também atingir o campo social. Afinal, a dívida externa brasileira, como a dos demais, foi ocasionada tanto pelas mudanças gravíssimas sofridas nas relações internacionais, como pela necessidade de

minimizar, internamente as carências que afligem os países do Terceiro Mundo, que, lutando para alcançar o Primeiro, não desejam "rebaixamento", a queda teórica, mas pretendem, por seus habitantes, a obtenção de condições mínimas de vida digna, de saúde, de educação, de bem-estar, de progresso, de conhecimento científico-tecnológico compatíveis com o novo milênio que se aproxima.

## 5. Bibliografia

- ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de direito internacional público* (1). Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1933.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro. Ouro, 1966.
- BRIERLY, James Lesley. *Direito internacional*. Trad. M. R. Crucho de Almeida. 3ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1972.
- DAVID, François. *Relations économiques internationales*. Paris, Éditions STH (Sciences et Techniques Humaines), 1989.
- DOLINGER, Jacob. "A imunidade jurisdicional dos Estados". In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 19(76):5-64, out./dez. 1982. (Também: In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, (277):53-80).
- . *A dívida externa brasileira: solução pela via arbitral*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1988.
- EISEMANN, Pierre Michel et alii. *Petit manuel de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice*. 2ª ed., Paris, Pedone, 1971.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Na vivência do direito internacional*. Belém, Cejup, 1987.
- . "Os tratados internacionais nas constituições brasileiras." In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*. Belém, 21(40):99-117, jan./jun. 1988.
- . "Arbitragem no Brasil: direito interno e direito internacional." In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 26(104):317-30, out./dez. 1989.
- . *A arbitragem e os conflitos coletivos de trabalho no Brasil*. São Paulo, LTr, 1990.
- JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. Trad. Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1965.
- KUCINSKI, Bernardo & BRANFORD, Sue. *A ditadura da dívida*. São Paulo, Brasiliensi, 1987.

- LALIVE, Jean-Flavien. "L'immunité de juridiction des États et des organisations internationales". In: 84 (III) *Reçueil des Cours de l'Académie de Droit International*. Leyde, A. W. Sijthoff, 1955, pp. 205-396.
- MAGALHAES, José Carlos de. *A dívida externa: uma questão de direito internacional público*. São Paulo, s.c.p., 1989. Tese de Livre Docência na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- MANSHALT, Sicco. "Pronunciamento do Presidente da Comissão das Comunidades Europeias na III UNCTAD. In: *Revista Brasileira de Política Internacional*. Rio de Janeiro, (57-7):67-71, jan./jun. 1972.
- MELLO, Celso R. Duvivier de Albuquerque. "As sociedades comerciais e o direito internacional público." In: *Boletim Brasileiro de Direito Internacional*. Rio de Janeiro, 2830(55-60):105-31, jan./dez. 1972-4.
- . *Curso de direito internacional público*. 8ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1986 (2ª v.).
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. "A proposta do Brasil". *Folha de São Paulo*. São Paulo, 14-3-1990, p. A-3.
- RANGEL, Vicente Marotta. "Controvérsia de interesse do governo brasileiro julgada por tribunal internacional." In: *Problemas Brasileiros*. São Paulo, 17(192):16-24, out. 1980.
- REZEK, José Francisco. *Diritto dos tratados*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- RODAS, João Grandino. *A publicidade dos tratados internacionais*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1980.
- SAMTLEBEN, Jürgen. "Cláusulas de jurisdicción y legislación aplicable en los contratos de endeudamiento externo de los Estados latinoamericanos." In: *Cooperazione Giuridica Internazionale*. Roma, 1(1-2):35-57, gen./giu. 1989. (Também: In *Revista do Direito do Comércio e das Relações Internacionais*. São Paulo, I:91-138, 1989).
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio. *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles*, Madrid, Civitas, 1990.
- SILVEIRA, Antônio Francisco Azeredo da. "O Brasil e a nova ordem internacional." In: *Revista Brasileira de Política Internacional*. Rio de Janeiro, (69-72):7-17, 1975.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Órgãos das soluções extrajudiciárias de litígios*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985.
- . "Arbitragem comercial internacional e o projeto da UNCITRAL (Lei-modelo). In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, (82):28-88, 1987.
- STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1986.
- VALENTINO SOBRINHO, Raphael. "Ajuda internacional e desenvolvimento." In: *As Nações Unidas e os problemas internacionais (obra coletiva)*. Rio de Janeiro, Ed. FGV, 1974, pp. 149-71.
- VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional público*. Trad. Antonio Truyol y Serra. 6ª ed., Madrid, Aguilar, 1978

# Acordos de Autolimitação à Exportação: Instrumentos do Protecionismo (\*)

JOSÉ ÂNGELO ESTRELA FARIAS  
Mestre em Direito Europeu (Mag. iur. eur.),  
Universidade do Sarre, República Federal da  
Alemanha, advogado em Porto Alegre

"Ut olim flagitiis,  
sic nunc legibus laboramus"  
(Tácito, Anais. III, XXV)

Após a Segunda Grande Guerra a comunidade internacional externalava o desejo de, através da fundação de uma organização internacional de comércio, evitar que as relações comerciais se desintegrassem, como ocorrera no período anterior. Tal intento não foi infrutífero. Embora a Carta da *Internacional Trade Organization* (ITO) nunca tenha entrado em vigor, por falta de ratificação, a experiência posterior mostrou que o *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), originalmente negociado como solução provisória, tinha uma importante contribuição a dar para a consecução daquele fim.<sup>1</sup>

---

\* Tradução para o português do capítulo introdutório da tese de mestrado defendida pelo autor no Europa-Institut da Universidade do Sarre, República Federal da Alemanha, em janeiro de 1989, para obtenção do grau "Magister Iuris Europaei", e aprovada pela banca com menção "excelente".

1 Sobre a carta da ITO, e, em especial, sobre o GATT, vide Clair Wilcox, *A Charter for the World Trade*, New York, 1949; Gerard Curzon, *Multilateral Commercial Diplomacy*, London, 1965; John Jackson, *World Trade and the Law of GATT*, Indianapolis, 1969; Kenneth Dam, *The GATT: Law and International Economic Organization*, Chicago, 1973; V. A. Seyd Muhammad, *The Legal Framework of World Trade*, London, 1958; Robert Hudec, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, New York, 1975; Thiebaut Flory, *Le GATT. Droit International du Commerce Mondial*, Paris, 1968; Ferdinand Liebich, *Das GATT als Zentrum der Internationalen Aussenhandelspolitik*, Baden-Baden, 1971; Guenther Heiduck, *Die wirtschaftlichen Ordnungsprinzipien des GATT und der UNCTAD als Instrument der Entwicklungspolitik*, Aachen, 1973; Richard Senti, *GATT: System der Welthandelsordnung*, Zürich, 1986.



O cumprimento dessa função pelo GATT foi possibilitado pela inclusão, em seu texto, de diversos princípios fundamentais da ITO. Os participantes da primeira conferência preliminar em 1946 haviam, com efeito decidido tratar imediatamente, e ainda fora do âmbito da ITO, as ofertas americanas sobre redução tarifária e eliminação de restrições ao comércio, na forma de um tratado especial que se haveria de revogar com a entrada em vigor da Carta da ITO. Era-lhes já então previsível que o processo de ratificação desta última poderia demandar muito tempo, e os Estados participantes não queriam deixar que o possível progresso nesse campo específico ficasse dependente daquele evento.

O primeiro princípio básico do GATT, expresso no Art. I, é a cláusula da nação mais favorecida (*most-favoured nation-clause*). Conforme essa disposição, todas as vantagens, favorecimentos, preferências ou liberações que uma Parte Contratante conceda para mercadorias originárias de outro país, ou destinadas a este, deverão imediata e incondicionalmente ser estendidas a todas as mercadorias equivalentes, originárias do território de outra Parte Contratante, ou destinadas a este. A exclusão de contraprestações produz a despolitização do comércio internacional, que é apenas limitada por disposições especiais sobre União Aduaneiras ou Zonas de Livre Comércio (Art. XIV), ou países em desenvolvimento (Art. XXI). A eficácia da cláusula da nação mais favorecida é assegurada pelo fato de os Estados não mais poderem retroceder livremente de concessões bilateralmente feitas, sem desligar-se do próprio GATT. E isso significaria, para o país, a perda de todas as concessões já obtidas no âmbito do Acordo. Através disso, o GATT funciona de fato multilateralmente, e representa mais do que a simples soma de concessões comerciais bilaterais.<sup>2</sup>

Outro princípio muito importante é a proibição de restrições não tarifárias. Segundo o Art. XI, além de tarifas, taxas ou outras imposições sobre a importação ou exportação de uma mercadoria de ou para o território de outra Parte Contratante, não podem as Partes Contratantes introduzir ou manter proibições ou restrições de qualquer natureza. A proibição funda-se no postulado econômico de que as medidas de salvaguarda permitidas devem se reduzir àquelas que acarretam custos relativamente mais baixos, isto é, às formas que prejudiquem o mínimo possível o sistema de preços.<sup>3</sup> Mesmo que cada Parte Contratante disponha de relativa liberdade para decidir sobre o nível de proteção nacional, deve esta ser exercida fundamentalmente apenas em forma de tarifas aduaneiras. Restrições quantitativas (quotas), causadoras de custos econômicos elevados, são, por isso, permitidas apenas como exceções, reguladas pelo direito in-

2 Curzon, p. 62.

3 Jan Tumlir, *GATT — Regeln und Gemeinschaftsrecht. Ein Vergleich Wirtschaftlicher und Rechtlicher Funktionen, em Hül/Petersmann (eds.) GATT und Europäische Gemeinschaft*, Baden-Baden, 1986, p. 97.

ternacional público, como, por exemplo, em caso de déficit na balança de pagamentos (Art. XII), ou por motivos de saúde pública ou segurança nacional (Arts. XX, XI). As regras de exceção do GATT, por outro lado, confirmam o entendimento de que este não se baseia na visão ingênua de um liberalismo sem conflitos à *la laissez-faire*,<sup>4</sup> o que se depreende de disposições sobre medidas sobre salvaguarda (Art. XIX) e solução de conflitos (Art. XXIII). Não obrigando as Partes Contratantes, nem ao livre-comércio (cf., p. ex., Art. XXVIII), nem à economia de mercado (cf., p. ex., Art. XVII) o GATT admite a participação universal.

Os princípios acima mencionados são complementados por outros dois. O Art. III obriga as Partes Contratantes ao tratamento equânime de mercadorias importadas e nacionais, o que significa que mercadorias originárias do território de outra Parte Contratante não podem estar sujeitas, direta ou indiretamente, a taxas maiores que mercadorias nacionais equivalentes. O princípio da não-discriminação atinge, além disso, todas as leis, decretos e demais normas aplicáveis no comércio interno, à circulação, à comercialização ou ao uso de mercadorias. O último princípio fundamental, embora não regulado automaticamente, pode ser deprecendido explícita ou implicitamente de diversas disposições. Trata-se do princípio da reciprocidade, que, de um lado, facilita as negociações tarifárias (cf., Art. XXVIII *bis*), na medida em que uma determinada concessão é negociada primeiramente com o maior fornecedor, eventualmente à luz de possíveis contrapropostas. Através da cláusula da nação mais favorecida, as concessões feitas estendem-se posteriormente a todas as demais Partes Contratantes. Por outro lado, o princípio da reciprocidade desempenha um papel importante nas negociações de adesão ao GATT e na solução de conflitos entre as Partes Contratantes (cf., respectivamente, Arts. XXIII e XXXIII). Para este, é de decisiva importância a manutenção das vantagens recíprocas no âmbito do GATT, pois as consultas respectivas não ocorrem em virtude apenas de pretensas violações do tratado, mas sim quando vantagens que "direta ou indiretamente" derivam do GATT sejam anuladas ou neutralizadas.

O estabelecimento de princípios básicos para o comércio internacional e a sensata flexibilidade do GATT, o qual através de exceções legítimas leva em consideração pontos cruciais das economias dos Estados-Membros, significam em nível multilateral uma experiência até o presente única na liberalização do comércio internacional, havendo contribuído para sua expansão e estabilidade. Como importante resultado desse sistema atingiu-se uma redução geral das tarifas e direitos aduaneiros, o que aconteceu através de sucessivas rodadas de negociação no âmbito do GATT, em atenção aos princípios da não-discriminação e à cláusula da nação mais favorecida, mesmo se a primeira nunca tenha sido plenamente prati-

---

4 Ernst-Ulrich Petersmann, *Protektionismus als Ordnungsproblem und Rechtsproblem*, *RabelsZ* 47 (1983), p. 485.

cada.<sup>5</sup> Os resultados dessas negociações e a observância das regras do GATT contribuíram, até o final dos anos 60, para um significativo crescimento do comércio internacional. Enquanto as negociações dos países industrializados cresceram 8,8% entre 1960 e 1970, as exportações dos países em desenvolvimento cresceram 7,2% no mesmo período.<sup>6</sup>

Uma realidade totalmente distinta começou com a crise do petróleo de 1973. Depois do "boom" de 1972-1973, iniciou a recessão dos países industrializados, principalmente os europeus e o Japão. A quadruplicação do preço do petróleo acentuava a tendência inflacionária nesses países. As medidas antiinflacionárias adotadas provocaram um enorme aumento do nível do desemprego<sup>7</sup> e representaram a ocasião para a adoção de medidas ortodoxas para a estabilização das balanças comerciais, inicialmente contra os países da OPEP. A estagnação do crescimento econômico deu aos economistas políticos dos países industrializados o pretexto político para medidas protecionistas no comércio internacional.

Mesmo que não tenham a mesma extensão, tais medidas são comparáveis àquelas que existiam entre as nações industrializadas durante a década de 30, ao mesmo tempo que outras e mais sofisticadas formas se fazem presentes. Elas compreendem diferentes modalidades de barreiras não tarifárias, subsídios governamentais conhecidos como *rationalization of industry*,<sup>8</sup> assim como numerosos acordos para divisão internacional de mercados.

Especialmente importantes para este trabalho são aquelas medidas não expressamente mencionadas no GATT e que tenham um efeito restritivo do comércio internacional.

O conceito de "barreira comercial" compõe-se de dois elementos: uma intervenção no processo econômico e a discriminação de estrangeiros.<sup>9</sup> A interferência no livre mercado é, em primeiro lugar, consequência de um ato estatal, o que, todavia, não impede a qualificação de uma medida restritiva do comércio como "barreira comercial" apenas porque ela representa uma iniciativa privada, pois, tais casos ocorrem, o mais das vezes, com conhecimento e tolerância das autoridades, de modo que "a esfera privada, pode ser vista como longa manus do Estado".<sup>10</sup> A discri-

5 Vide, quanto a isso, Gardner Patterson, *Discrimination in International Trade: The Policy Issues 1945-1965*, Princeton, 1966.

6 Bela Balassa, *The Protectionism and the International Economy*, J. W. T. L., 12 (1978), pp. 409 e ss.

7 É duvidoso que o protecionismo comercial produza resultados positivos para uma política de geração de empregos; vide Ulrich Hienenz, *Beschaeftigungs- und Einkommenswirkungen der Aussenhandelsprotektionen*, em Bodo Gemper (ed.), *Protektionismus in der Weltwirtschaft*, Hamburg, 1984, pp. 85-86.

8 Balassa, p. 414.

9 Liesel Quambusch, *Nicht-tariffaere Handelshemmnisse. Ein Beitrag zur Systematisierung, Anwendung und Beseitigung*, Koeln, 1976, pp. 17 e ss.

10 *Ibidem*, p. 25.

minação de concorrentes estrangeiros, seja no sentido de uma política comercial ofensiva ou defensiva, há de ser internacional. Supõe-se então haver discriminação, quando a produção intencional seja protegida através da imposição de encargos sobre o preço dos produtos importados, ou pela submissão destas a práticas administrativas discriminatórias (medidas defensivas) ou quando, através de incentivos estatais a produção nacional obtenha uma vantagem relativamente aos concorrentes estrangeiros (medidas ofensivas). De vez que a maioria das medidas do "novo protecionismo" não são expressamente abrangidas pelo GATT, são elas conhecidas como instrumentos de uma *grey area trade policy*.<sup>11</sup> Característico dessa situação de desvio do GATT, é que ela põe em jogo o sistema comercial multilateral, através da celebração de acordos bilaterais para a fixação de quotas ou divisão de mercados, o que representa um perigoso retrocesso ao bilateralismo existente nos anos 30.<sup>12</sup>

Típicos nesse contexto são acordos como "OMAS", "VRAS" e "VERS". Eles têm em comum o objetivo de reduzir as exportações de uma mercadoria para um determinado país e são freqüentemente mencionados como conceitos equivalentes para restrições quantitativas a exportação negociadas bilateralmente.

A expressão *Voluntary Export Restraints* (VER) identifica limitações à exportação que, embora introduzidas sob pressão da indústria ou do governo do país importador, representam formalmente uma medida unilateral do país exportador, o qual, em tese, conserva o direito de revogá-la também unilateralmente, permanecendo também exclusivamente competente para sua aplicação. *Voluntary Restraints Arrangements* (VRA) são, ao contrário, acordos em que o país importador expressamente assume a sua co-responsabilidade, com a conseqüência de que toda alteração depende de sua anuência. Em ambos os casos é possível a participação da indústria, isolada ou juntamente com o respectivo governo. *Orderly Marketing Arrangements* (OMA), por fim, são acordos entre governos que, com freqüência, não apenas prevêm uma limitação do volume de exportações ou um sistema de preços mínimos, mas ainda, além disso, contêm disposições sobre a aplicação das medidas, controle das exportações/importações, inclusive prevendo procedimento de consulta.<sup>13</sup>

---

11 Ernst-Ulrich Petersmann, *Grey Area Trade Policy and the Rule of Law*, *Journal of World Trade*, 21 (1988) 2, pp. 23-24.

12 Vide Emil Kueng, *Rueckfall in den Bilateralismus*, pp. 59 e ss., em Bodo Gemper (ed.) *Protektionismus in der Weltwirtschaft*, cit.

13 Vide Michael Kosteki, *Export-Restraints Arrangements and Trade Liberalization*, *World Ec.*, 10 (1987), p. 426; Petersmann *Journal of World Trade* 21 (1988), p. 27. Nos Estados Unidos essa diferenciação tem conseqüências jurídicas, pois com a expressão "OMA" designam-se apenas acordos formais, negociados pelo presidente, sob a autorização dos arts. 201 e ss. do Trade Act de 1974 (vide *Orderly* (Continua)

O fato de que limitações à exportação sejam auto-impostas, sem uma contraprestação declarada, não deve levar à errônea conclusão de que tal decisão seria voluntária.

O impulso para a imposição de uma autolimitação à exportação de uma determinada mercadoria vem sempre do país importador. O largo processo de industrialização mundial levou ao surgimento de novos centros de produção, de modo que as nações industrializadas tradicionais não mais oferecem necessariamente vantagens relativas de custos, o que produziu o aumento das importações de países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, que assim podem influenciar estruturas de mercados já existentes nos países industrializados. Setores industriais influentes e menos concorrenciais vêem-se então induzidos a, "em vez de realizar o ajuste estrutural sob a pressão da concorrência", evitar simplesmente a concorrência de fora.<sup>14</sup> Em tais casos, eles tentam conduzir as autoridades competentes a adotar medidas limitativas das importações. Geralmente isso não é obtido assim tão facilmente. Quotas de importação reduzem a liberdade de escolha do consumidor e dos setores produtivos dependentes da importação e provocam o aumento interno. Os Estados têm então de contar com oposição às medidas, o que, nos países do Primeiro Mundo, representa um certo risco político.<sup>15</sup>

Além disso, há também aspectos de direito internacional público a levar em conta. A maioria dos países são membros do GATT, estando

(Continuação)

Marketing Arrangements, Am. Soc. Int. L., Proceedings of the 72nd. Annual Meeting (1978), p. 1). "In Government-to-government negotiations, if truly government-to-government, the words "VRA" and "OMA" became weasel words, meaning only what the speaker wanted them to mean it was time to negotiate. The term OMA would be used when referring to something that was legal VRA when it might be potentially illegal" (Multilateral Trade Negotiations: Dispute Settlement, Am. Soc. Int. L. Proceedings of the Annual Meeting (1980), p. 143).

14 Ulrich Immenga, *Internationale Selbstbeschränkungsabkommen zwischen staatlicher Handelspolitik und privater Wettbewerbsbeschränkung*, Rabelsz 49 (1985), p. 305.

15 Ainda mais porque, pela legislação de diversos países, a introdução de uma restrição quantitativa à importação está sujeita a pressupostos estritos. Os arts. 201 e ss. da lei americana de comércio exterior de 1974 ("Trade Act") permite, p. ex., ao Presidente a adoção de tal medida, quando a "International Trade Commission" (ITC) chegue à conclusão, em um caso concreto, de que o acréscimo nas importações de determinada mercadoria constitui a "substantial cause" de um sério prejuízo para a indústria nacional. No ano de 1980, os fabricantes americanos de automóveis requereram a aplicação de quotas à importação de automóveis japoneses. A ITC, contudo, não considerou as importações do Japão como a causa real dos prejuízos da indústria americana, os quais seriam, antes de mais nada, devidos aos desvios da demanda para automóveis de pequeno porte, os quais não eram produzidos nos Estados Unidos (conf., Michael William Lochmann, *The Japanese Voluntary Restraints on Automobile Exports: An Abandonment of the Free-Trade Principles of the GATT and the Free Market Principles of United States Antitrust Laws*, Harv. Int. L. J., 27 (1986), pp. 101 e ss.).

assim obrigados a não aplicar medidas não-tarifárias, a menos que estejam preenchidos os requisitos para invocação de alguma das exceções ali previstas. Segundo o art. XIX, admitem-se medidas excepcionais quando, em virtude de forte aumento das importações, seja causado "sério dano" a um importante ramo industrial do país importador. Em tais casos, este deverá, contudo, contar com o risco de que o país exportador, de uma parte, tome represálias de valor equivalente, de acordo com o art. XIX, al. 3. O complicado processo para alteração das concessões tarifárias, segundo o art. XXVIII, por sua vez, tampouco, pareceria interessante, em primeiro lugar porque um aumento da carga tarifária não pode ter caráter discriminatório — isto é, não pode se dirigir a apenas um país determinado — e também porque com isso se produz um imediato aumento do preço do produto no mercado interno, o que pode ser usado como contra-argumento no processo legislativo correspondente.

Essa hesitação do governo em tomar medidas restritivas unilateralmente, em geral, não significa que não se procure ir ao encontro dos interesses da indústria nacional. Dependendo do quanto esse *lobby* saiba impor-se e de quais argumentos *ad terrorem* se use internamente,<sup>16</sup> pode o governo inclinar-se a buscar resolver o problema bilateralmente, negociando com o país exportador uma limitação do volume de exportação.<sup>17</sup> Desse modo crê o país importador poder evitar uma violação de suas obrigações externas, sem desatender às exigências da indústria nacional. Uma tal oferta contratual naturalmente não corresponde ao interesse do país exportador: acordos de autolimitação às exportações, ao contrário do que o nome sugere, não são celebrados espontaneamente, mas sim por temor de medidas piores.

O país importador, com efeito, ameaça o exportador com a proibição pura e simples, ou com uma drástica restrição do seu volume, caso não se encontre nenhuma solução satisfatória pela via negocial. A preocupação pela manutenção da parcela conquistada do mercado interno do país importador obriga o exportador a ceder amplamente às exigências daquele.<sup>18</sup> Desse modo, pode-se dizer que acordos de autolimitação à exportação representam negócios sinalagmáticos: à prestação positiva do país exportador (redução do volume de exportações) corresponde uma

---

<sup>16</sup> Assim, por exemplo, a pretensa necessidade, para a indústria nacional, de tomar medidas de racionalização, como a redução de pessoal. Nesse contexto, é típico que, no caso acima mencionado, a Ford Motor Company tenha obtido a participação do sindicato "United Auto Workers" (UAW) no processo perante a ITC para a imposição de quotas a importação de automóveis do Japão (V. Lochmann, p. 101).

<sup>17</sup> Reinhard Quick, *Exportselbstbeschränkungen und Art. XIX GATT*, 1983, p. 41.

<sup>18</sup> Quambusch, p. 173.

prestação negativa do importador (renúncia à imposição de restrições quantitativas à importação).<sup>19</sup>

Mesmo que esse paralelismo raramente se mencione no acordo escrito,<sup>20</sup> ele está presente em todos os casos, sendo eventualmente mencionado em atos regulamentares.<sup>21</sup> Poder-se-ia perguntar por que um país exportador se mostra disposto a limitar suas exportações, quando ele poderia exigir de seu parceiro comercial a estrita observância das normas do GATT, e correspondentemente a propositura de um processo de consulta na forma do art. XIX, no qual o país exportador ainda poderia, em contrapartida a uma possível medida do importador, retirar concessões que lhe houvessem sido feitas.

A razão para tanto reside nas vantagens financeiras que os próprios exportadores obtêm a partir do acordo. Como se trata, as mais das vezes, de produtos para os quais existe uma forte demanda no país importador, os exportadores conseguem, em virtude da escassez artificialmente causada pela autolimitação, adequar seu preço ao preço mais elevado, vigente no mercado do país. Essa diferença de preço, conhecida como "renda de contingente" (*kontingentrente*),<sup>22</sup> é auferida pela indústria exportadora. O fato

---

19 Ivan Bernier, *Les ententes de restriction volontaire a l'exportation en droit international économique*, Can. Y. Int. L., 1973, p. 62.

20 Assim, p. ex., o acordo entre a CEE e a Índia sobre o comércio de têxteis de algodão (Abl. Nr. L. 43 de 22-2-1971, p. 2).

21 Em 1971, os Estados Unidos e a Itália ajustaram a limitação das exportações de calçados italianos para o mercado americano. O Ministro do Comércio Exterior da Itália introduziu um processo de controle junto às respectivas câmaras de comércio, mencionando em seu comunicado ser tal medida necessária para evitar a imposição de quotas de importação pelos Estados Unidos (Conf. Ralph Oman, *The Clandestine Negotiation of Voluntary Restraints on Shoes from Italy: An Augury of Future Negotiations under the Trade Reform Act. of 1973?*, Corn. Int. L. J., 7 (1973), p. 11). No caso do AAL sobre exportações de produtos siderúrgicos entre a CEE e os Estados Unidos, essa circunstância foi expressamente admitida. Após relacionar diversas medidas contra a colocação de produtos siderúrgicos europeus no mercado americano, como tarifas anti-dumping, taxas de compensação etc., informou o Vice-Presidente da Comissão da CEE haver-se chegado a um acordo pelo qual, "como contraprestação pela limitação das exportações europeias, seriam retiradas as queixas oferecidas pela indústria americana, e as autoridades daquele país revogariam as medidas já tomadas" (Decisão nº 2871/82/CECA, da Comissão, de 21-10-1982, Abl. nº L. 307/11).

22 Quambusch, p. 174; Kent Jones, *Political Economy of Voluntary Restraints Agreements*, KYKLOS 37 (1984), p. 89. Em consequência do AAL nipo-americano os preços dos carros de passeio nos Estados Unidos aumentaram cerca de US\$ 400 por unidade, custando aos consumidores mais de US\$ 4,3 bilhões por ano. Constatou-se em 1985 que cerca de dois milhões de americanos desejavam comprar um automóvel, não o fazendo porque estes "were priced out of the market" (Lochmann, p. 112). Os conglomerados americanos, de sua parte, registraram, no ano de 1984, lucros recorde da ordem de US\$ 9,7 bilhões (Lochmann, p. 108).

de que o governo do país importador não queira assumir a responsabilidade pelo aumento dos preços esclarece por que a sua participação nas negociações, via de regra, é negada, ou por que tudo, com frequência, é mantido em segredo.<sup>23</sup>

Se as quotas num país exportador são impostas através da concessão de licenças transferíveis, então poderão surgir vantagens adicionais para os exportadores. Tais licenças são, de acordo com o volume que representam, "cotadas" extra-oficialmente, de modo que empresas que não tenham nenhuma licença, mas mesmo assim desejam celebrar negócios de exportação, terão de tentar adquiri-las nesse mercado paralelo. Elas pagam o preço

---

23 Um claro exemplo disso é o AAL italo-americano de 1971. Em junho, o Presidente Nixon enviou à Europa o Embaixador David Kennedy para negociar com o governo italiano uma redução das exportações de calçados italianos para os Estados Unidos. Em 2 de junho, o Ministro de Comércio Exterior italiano determinou o levantamento completo de dados sobre as exportações de calçados para os Estados Unidos nos dois anos anteriores, exigindo, ainda, para exportações posteriores, apresentação de um "visto" acompanhado das estatísticas (Oman, p. 11). O governo americano não negou as negociações, mas qualificou a medida como uma decisão unilateral do governo italiano. Nada mais se informou sobre o conteúdo do acordo. A imprensa americana especulava que a Itália haveria restringido o aumento das exportações ao máximo de 5% do volume exportado em 1970. Ainda em 6 de julho informava o Ministro de Comércio Exterior italiano que os levantamentos destinavam-se a fins puramente estatísticos e que os "vistos" seriam concedidos normalmente, sem restrições. O Embaixador Kennedy, por sua vez, afirmou que a Itália prometera limitar o incremento das importações ao total de 5% (*ibidem*, p. 15), embora negasse caráter vinculante a tal promessa. De sua parte, a embaixada italiana em Washington informava não haver introduzido qualquer limitação às exportações de calçados para os Estados Unidos: os vistos seriam apenas parte de um processo estatístico. Dados levantados após demonstrarem que, depois de uma queda de cerca de 3,2% em relação ao volume exportado em 1970, as importações de calçados italianos para os Estados Unidos aumentaram cerca de 2,5% em 1972, ficando o incremento médio nas importações abaixo da "quota" de 5% (*ibidem*, pp. 16 e s.). Fatos semelhantes ocorreram com o mais recente AAL nipo-americano sobre as exportações de carros de passeio para os Estados Unidos. Em 1º de março de 1985, ao expirar o AAL de 1981, o qual, pelos elevados custos causados para os consumidores americanos fora duramente criticado, declarou o Presidente Reagan que o seu governo não pediria ao governo japonês uma prorrogação do acordo, mencionando, na ocasião, o desejo de manter *free and fair trade for the benefit of the world's consumers*. Representantes da indústria americana manifestaram sua profunda decepção com o aparente retrocesso para o *one-way free trade*, qualificando a ocasião como a *sad day for America*. O Ministro de Comércio Exterior e Indústria do Japão informava, contudo, quatro dias depois, que o seu país continuaria a limitar as exportações de automóveis para os Estados Unidos, levando em consideração as parcelas de mercado dos três grandes conglomerados americanos (General Motors, Ford e Chrysler). A opinião pública foi surpreendida com a notícia inesperada, mas o governo americano, de sua parte, não apresentou qualquer protesto contra a decisão "unilateral" do Japão (conf. James A. Dunn Jr., *Automobiles in International Trade: Regime Change or Persistence?* *International Organization*, 41 (1987), p. 225.



respectivo, computando-o no preço de exportação.<sup>24</sup> O anterior titular apropria o ágio, o exportador e seu parceiro importador compensam o custo com o aumento do preço e os consumidores finais pagam a conta.

Em virtude dessas vantagens, um acordo de autolimitação é, para o exportador, mais atrativo que restrições unilaterais à importação. Além do mais, esses acordos são celebrados na esperança de serem apenas passageiros e de inexistir o risco de sua "institucionalização", como no caso das quotas de importação. Finalmente, as negociações dão ao país exportador, ao menos, a possibilidade de participar da fixação do montante das quotas, assim como outras importantes condições.<sup>25</sup>

O aumento dos preços, porém, não é a única consequência de um acordo de autolimitação no mercado do país importador. Caso se estabeleçam quantidades máximas para um produto que compreenda diferentes níveis de qualidade, poderão os exportadores maximizar os ganhos, intensificando, a partir de então, a exportação de produtos de qualidade superior, portanto, mais caros. Desse modo, eles podem fazer concorrência a outros produtores no país importador, que antes não teriam tido tal receio.<sup>26</sup> Semelhantemente, pode-se acirrar ainda mais a concorrência se

---

24 Em Formosa, Hong Kong e na Coréia a existência de um tal "mercado de quotas" é, há tempos, um *open secret* tolerado generosamente pelas autoridades. Esses países limitaram, por acordos bilaterais, suas exportações de têxteis para os Estados Unidos, atribuindo aos produtores nacionais quotas calculadas na proporção das exportações anteriores. A transferência de licenças e oficialmente permitidas em Hong Kong, mas nos outros países é ilícita, muito embora seja largamente praticada: "Only recently, for example, quota on category 221 (sweaters and cardigans, knit) from Taiwan was being quoted at \$11,30 a dozen. A local manufacturer with an order from New York, but without a quota pay the \$11,30 and add it to his price. So, naturally, would the New York importer-wholesaler and the retail out let" (notícia do New York Journal of Commerce, de 21-11-1977, cit. em Brian Hindlay, *Voluntary Export Restraints and the GATT Main Escape Clause*, World Ec., 3 (1980), p. 318). O "preço da quota" não constitui um custo intrínseco da mercadoria para as autoridades aduaneiras americanas, não sendo descontadas do preço final para fins de apuração da base de cálculo para aplicação da tarifa, a menos que se possa provar exatamente o seu valor. Como os exportadores não se encontram em condições de apresentar qualquer documento oficial referente ao "preço de quota" pago, a tarifa *ad valorem* é aplicada tendo por base o preço final (mais alto), o que evidentemente significa aumento dos preços no mercado do país importador (*ibidem*, p. 318).

25 Quick, p. 43.

26 Um exemplo disso é o AAL italo-americano sobre calçados de 1971. Enquanto o volume das exportações nos anos de 1971 e 1972 aumentou em apenas 3%, os preços dos calçados italianos no mercado americano aumentaram, no mesmo período, cerca de 20,3%, em consequência de uma alteração da qualidade dos sapatos exportados. No ano de 1970, os sapatos populares representavam cerca de 60% do total de calçados exportados pela Itália para os Estados Unidos. Já em 1972, entretanto, 96% das exportações eram de modelos caros. Com isso, os italianos introduziram-se no mercado de qualidade, o qual, até então, fora dominado exclusivamente pelos fabricantes nacionais. A indústria americana, em face disso, passou a pleitear novas medidas protecionistas (conf. Oman, pp. 18 e s.).

exportadores de terceiros países, estimulados pelos altos preços pagos no mercado protegido, decidirem direcionar suas exportações para aquele país.<sup>27</sup> Nesse último caso, pode então a indústria originalmente protegida ser levada a negociar também com os concorrentes deste terceiro país um acordo de autolimitação. Isso pode levar a um efeito de bola de neve, até compreender todos os mais significativos concorrentes no exterior.

Do ponto de vista do país importador, a eficácia de um acordo desse tipo pode ser posta em jogo por importações indiretas. O volume das exportações é controlado no país exportador, o que pode levar aos chamados *transshipments*, nos quais embora se exporte diretamente para o país importador apenas o volume máximo, por negócios através de países que, de sua parte, não tenham limitado suas exportações da mercadoria, ao final se excede a quota estabelecida no acordo. Mesmo que este já contenha normas para evitar tais situações, a sua eficácia dependerá da capacidade do país exportador de controlar devidamente as transações.<sup>28</sup> Um problema semelhante pode ocorrer quando o acordo tenha por objeto apenas produtos acabados. Em tais casos, empresas multinacionais estabelecidas no país exportador podem contornar o acordo enviando ao mercado importador mais componentes que produtos acabados, fazendo com que suas subsidiárias ali sediadas montem os produtos.<sup>29</sup>

Contudo, o maior e mais duradouro problema causado pelos acordos de autolimitação, para o país importador, consiste em que o isolamento artificial do mercado mundial produz o emperramento da concorrência entre as empresas do ramo protegido. Sob uma tal situação de inércia concorrencial, podem-se obter aumentos contínuos de preços, na versão mais pernicioso do oligopólio. Maximizam-se os ganhos, sem que se tomem as medidas de ajuste necessárias. A exclusão da concorrência estrangeira

---

27 Em 1982, a CEE e os Estados Unidos ajustaram a limitação da exportação de produtos siderúrgicos originários dos países da Comunidade. Ainda no ano de 1983, as exportações de aço da Austria para os Estados Unidos montavam cerca de 26.000 t., aumentando rapidamente para 326.000 t. em 1984 e atingindo quase 400.000 t. em 1985. Indústrias siderúrgicas americanas apresentaram diversas queixas de *dumping* contra empresas austríacas, ou pedidos de imposição de sobretarifas compensatórias contra a República da Austria. Durante o andamento desses processos, os Estados Unidos propuseram-se a retirar as queixas contra a aceitação pela Austria, de limitar suas exportações de aço ao total anual de 100.000 t. A proposta foi aceita, e o AAL correspondente firmado em 19-12-1985 (v. Gerhard Stadler, *Exporterselbstbeschränkungsabkommen im österreichischen Recht und ihre Voelkerrechtliche Problematik*, OZW 13 (1986), p. 67).

28 Quick, pp. 61 e s.

29 Uma das causas aventadas para o fracasso do AAL entre o Japão e a CCE sobre as exportações de videocassetes, de fevereiro de 1983, era a oportunidade que os conglomerados japoneses mantiveram de exportar *kits* de videocassetes para a CCE e montá-los ali (conf. Brian Hindlay, *EC Imports of VCRs from Japan: A costly Precedent*, JWTL 20 (1986), p. 183).

produz então um círculo vicioso, fazendo a indústria cada vez mais dependente do protecionismo.<sup>30</sup>

Mas também nos mercados de terceiros países podem-se sentir os efeitos de um acordo de autolimitação à exportação. Tome-se por exemplo um país "A" exportando uma mercadoria para os países "B" e "C" por um determinado preço. Caso seja celebrado um acordo de autolimitação com "B", aumentarão os preços no seu mercado interno devido à escassez artificial do produto. Como, porém, "A" não reduz a sua produção, os excedentes serão enviados para "C", onde eles ainda poderão ser oferecidos a um preço inferior ao original, pois o volume aumentou relativamente e a absorção da "renda de contingente" percebida de "B" permite uma redução dos preços de exportação para "C".<sup>31</sup> Finalmente tem então também o país "C" uma razão para exigir de "A" que limite suas exportações. Outra conseqüência dos aumentos de preços assim causados é o incremento das importações de terceiros países, que vêm no elevado preço do mercado interno do país protegido por um acordo de autolimitação um significativo motivo para intensificar suas exportações. Isso, contudo, ameaça a parcela de mercado conquistada pela indústria do país que limita suas exportações. A perturbação de mercado daí resultante pode servir, mais uma vez, de razão para que se estendam os acordos de autolimitação. Este é mais um motivo para que os acordos desse tipo sejam considerados uma causa de progressiva cartelização da indústria em nível mundial, e de acirrado protecionismo.<sup>32</sup>

---

30 Misao Tatsuta, *Voluntary Export Restraints: Implementation and Implications*, RabelZ 49 (1983), pp. 343 e s. Característico de uma tal institucionalização e o comportamento da indústria siderúrgica americana, a qual, embora afirme haver reconquistado a competitividade frente aos concorrentes estrangeiros, continuou a pleitear a prorrogação dos AALs com o Japão e a CEE.

31 O fato de que terceiros países recebem fortemente tais desvios de exportações evidenciou-se na reação da CEE ao AAL nipo-americano sobre automóveis de 1981. Passados poucos dias da conclusão das negociações em Washington a CEE advertiria o Japão a não desviar suas exportações de automóveis para o Mercado Comum, invocando pretensão a "tratamento igualitário" (assim o eufemismo de Ruprecht Vondran, *Orderly Marketing-eine Europäische Antwort auf die japanische Exportoffensive?*, in Andrae/Benisch (eds.), *Wettbewerbsordnung und Wettbewerbsrealität, Festschrift fuer Arno Stoelker*, Koeln, 1982, p. 361). É quase impossível avaliar as conseqüências de tais desvios de exportações em mercados oligopolísticos, caracterizados por ampla interdependência mundial, como é o caso da indústria automobilística. Depois da celebração dos AALs com os Estados Unidos e a CEE, esforçou-se o Japão para aumentar suas exportações para a África e o Oriente Próximo (Quick, p. 64), onde passou a concorrer com subsidiárias dos conglomerados europeus e americanos estabelecidos em outros continentes. Até que ponto não teriam tais alterações afetado as exportações das filiais brasileiras daquelas empresas, por exemplo?

32 Kent Jones, *The Political Economy of Voluntary Export Restraints Agreements*, KYKLOS, 37 (1984).

O espectro dos participantes num acordo de autolimitação é tão diverso quantas as formas escolhidas. Esta depende fundamentalmente do quanto a indústria ou o governo respectivos sejam capazes de encontrar uma solução comum.

Já se mencionou o quanto pode ser difícil para a indústria do país exportador obter de seu governo a adoção de medidas protecionistas unilaterais. Isso pode levá-la a estabelecer contato com a indústria do país exportador, com vistas a buscar uma solução privada, na qual se propõe aos exportadores que limitem as transações em quantidade, qualidade ou em valor.<sup>33</sup> Tais acordos chamam-se "acordos de indústria".<sup>34</sup> Com freqüência ocorre que as empresas envolvidas receiem que ela seja incompatível com a legislação antitruste de um dos países, o que possivelmente daria ocasião a um processo administrativo ou judicial.<sup>35</sup> Considerações dessa natureza podem impedir o fechamento de um acordo nesse nível.

Fracassada uma tentativa de resolver o problema do aumento de importações em nível privado, então buscarão as empresas do país importador uma interferência do Poder Público junto às autoridades competentes. Ao respectivo governo abre-se, em primeiro lugar, a possibilidade de solucionar o problema de forma não oficial, através de acordos de cavalheiros com a indústria do país exportador. Caso consiga o governo convencer as empresas exportadoras a reduzir o volume de transações destinadas ao seu país, celebra-se então um assim chamado acordo misto.<sup>36</sup> Dúvidas acerca da sua legitimidade, do ponto de vista da legislação antitruste, todavia, explicam por que a indústria do país exportador, via de regra, mostra-se recalcitrante em firmar semelhante acordo, principalmente quando no país importador seja possível que particulares movam um processo fundado em violação do direito da concorrência, ou quando um abuso do poder eco-

---

33 Das 137 restrições comerciais ditas "grey area", cerca de 10% são acordos entre indústrias, compreendendo, entre outros, produtos siderúrgicos, máquinas industriais, automóveis, aparelhos eletrônicos e têxteis (Kostecki, pp. 442-450).

34 Quick, p. 45.

35 Dois exemplos disso foram objeto de duas decisões distintas da Comissão da CEE: a chamada "Decisão Brandeis", relativa a um acordo entre empresas ocidentais e organizações de comércio exterior do leste europeu sobre o comércio com alumínio e outros produtos metálicos na Europa (Abl. Nr. L 92, de 30-3-1985), e a "Decisão Rolamentos", referente a um acordo entre fabricantes franceses e japoneses sobre exportação de rolamentos para o Mercado Comum (Abl. Nr. L 343/19, de 21-12-1974).

36 Um desses casos é o AAL de 1965-1975 entre o governo americano e empresas européias e japonesas sobre a exportação de produtos siderúrgicos para os Estados Unidos (conf. Frank Benyon & Jacques Bourgeois, *The European Community-United States Steel Arrangements*, CMLR 1984, pp. 305 e ss.).

nômico possa ser atacado pelos Tribunais ordinários.<sup>37</sup> Diante disso poderá a indústria do país importador buscar a intervenção do seu governo no acordo.

A última forma de acordo de autolimitação à exportação, o assim chamado acordo horizontal, pressupõe a participação efetiva dos governos de ambos os países. A forma escolhida depende de quanto as partes considerarem adequada a celebração de um acordo formal de direito internacional público, assim como da confiança recíproca no seu cumprimento. A avença pode assumir a força de tratado internacional,<sup>38</sup> mas se admitem também outras modalidades, como uma troca de correspondência entre órgãos estatais e legados diplomáticos,<sup>39</sup> ou mesmo acertos não "vinculantes", como acordos de cavalheiros.<sup>40</sup>

Tanto à luz do GATT, quanto do direito antitruste interno, é possível o exame em tese da licitude de um acordo de autolimitação à exportação. A dogmática jurídica, entretanto, estabelece limites de aplicabilidade para ambos os ordenamentos, com fundamento na qualidade dos agentes, em função disso e de até que ponto os respectivos Estados estão envolvidos no acordo. A problemática da aplicabilidade de ambos os ordenamentos, considerados geralmente como mutuamente exclusivos, não impede, todavia, a qualificação jurídica abstrata de uma determinada medida.

Em outra oportunidade serão estudados os acordos de autolimitação, primeiro à luz do GATT, e, após, à luz do direito da concorrência da Comunidade Econômica Européia, e ao final esclarecida a problemática da aplicabilidade das respectivas normas.

---

37 Assim, p. ex., no caso "Consumers Union vs. Rogers" um tribunal americano decidiu que um acordo ajustado pelo Presidente dos Estados Unidos com empresas estrangeiras violava a legislação antitruste americana (conf. Joel Davidow, Zartels, Competition Law and the Regulation of International Trade, N. Y. Un. J. Int. L. & Pol. 15 (1982/1983), pp. 369 e s.). No caso do AAL nipo-americano de 1981 sobre automóveis, a indústria japonesa só admitiu limitar as exportações depois que o "Attorney General" William Smith assegurou por escrito ao Embaixador japonês em Washington que a participação do governo japonês no acordo excluía completamente a aplicação da legislação antitruste americana (vide as cartas publicadas em Lochmann, pp. 106 e ss., notas 64 e 65).

38 P. ex., Tratado entre a Comunidade Econômica Européia e a República de Bangladesh, publicado como anexo do Regulamento Nr. 363/81 (Abl. 1981, Nr. L 43/1).

39 Assim, p. ex., o acordo entre o Ministério de Comércio e Indústria do Canadá e o Adido Comercial da República Popular da Polónia sobre o comércio de têxteis para o ano de 1971 (cit. em Bernier, pp. 58 e ss.).

40 Assim, p. ex., o "Acordo de Tóquio" entre o Japão e a CEE, sobre limitações às exportações japonesas de pequenos caminhões, motocicletas, relógios quartzo, aparelhos Hi-Fi, carros de passeio, televisores a cores, dentre outros (Boletim da CEE 1983/2, p. 10).

# Contrato de "Engineering" (\*)

CLÓVIS V. DO COUTO E SILVA  
Catedrático de Direito Civil da Universidade  
Federal do Rio Grande de Sul

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A estrutura do contrato de "engineering". 3. O adimplemento do contrato de "engineering". 4. Conclusão.

### 1. Introdução

Nas últimas décadas, começou a aparecer no direito brasileiro, no princípio timidamente, depois sempre com maior ousadia, o termo contrato de *engineering*. Esse contrato, que se poderia traduzir para o português como "contrato de engenharia", se distinguia de outros contratos em que se fazia a aplicação dos conhecimentos específicos de engenharia civil denominados de contratos de construção. Como o desenvolvimento urbano, e o crescimento das cidades, procurou-se regular os condomínios e as "incorporações imobiliárias"<sup>1</sup> e a garantir os adquirentes de apartamentos e casas. Esses contratos, antes da legislação específica sobre incorporações, obedeciam a regras, aliás muito gerais, do Código Civil relativas ao contrato de empreitada (Cód. Civil, arts. 1.257 e 1.247), que não atendiam às necessidades de nossos tempos. Os condomínios e o contrato de incorporação, referentes a obras de engenharia civil, foram regulados, minuciosamente, em lei, não sucedendo o mesmo com a construção de obras de grande porte, em que se associam não só as construções civis mas, também, equipamentos elétricos e mecânicos, em que a regulamentação atinge apenas a certos aspectos. Esses contratos de grandes obras e equipamentos industriais obedecem, assim, a modelos contratuais praticamente iguais, podendo dizer-se que se estabeleceu uma tipologia resultante das necessidades comumente aceitas nestes tipos de construções.

Para observar melhor a forma com que esses contratos se desenvolveram entre nós, seria necessário mencionar que, nos fins da década de 1960 e na de 1970, manifestou-se, em todo o mundo, uma tendência ao protecionismo, que se refletiu, no direito brasileiro, especialmente em matéria de contrato de *engineering*. Por esse motivo, editou-se o Decreto n.º 64.345, de 10 de abril de 1969, que regulou a contratação de empresas estrangeiras na prestação de serviços de consultoria técnica e engenharia.

\* Conferência proferida na Universidade Católica Portuguesa, no Centro Regional do Porto, por ocasião do Congresso sobre "Contratos: Actualidade e Evolução", de 27 a 31 de novembro de 1991.

1 Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964.

determinando (art. 1.º) que estes contratos, com a Administração Federal, direta ou indireta, só poderiam ser realizados se não houvesse empresa brasileira devidamente constituída para o desempenho desses serviços. A seu turno, quando possível a contratação de empresa estrangeira, dever-se-ia procurar a constituição de consórcios com empresas brasileiras, com a finalidade de facilitar a transferência de tecnologia (art. 6.º). Para coibir quaisquer práticas que pudessem diminuir a importância dessas disposições, determinava-se que esses contratos, envolvendo órgãos da Administração Federal, direta ou indireta, só seriam registrados no Banco Central, desde que houvesse no processo a declaração do Ministro de Estado, em cuja jurisdição estivesse o órgão contratante, da conformidade do contrato com as disposições do Decreto n.º 64.345.

Essas regras restringem-se somente à contratação de empresas estrangeiras com entidades da Administração Federal, direta ou indireta, não se aplicando, em princípio, a contratações feitas com os Estados. O Decreto n.º 66.717, de 15 de junho de 1977, veio a complementar o Decreto n.º 64.345, em razão do fato de o art. 1.º ser bastante vago, quanto ao seu significado, e por isso determinaram-se quais os serviços de engenharia que estariam destinados a ser realizados por empresas brasileiras. Estabeleceu-se que neles estariam contidas: "(I) a elaboração de estudo e projetos de engenharia; (II) a execução, supervisão e controle de instalações de obras de construção civil; (III) execução, supervisão e controle de estradas de rodagem e ferrovias; (IV) execução, supervisão e controle da instalação e da montagem de unidades industriais".

É possível, porém, sustentar que a reserva de mercado terá deixado de existir por força das disposições do art. 3.º, § 1.º, III, do Decreto-Lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986, segundo as quais: "é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade da sede ou do domicílio dos licitantes", salvo a determinação de que no consórcio de empresas nacionais e estrangeiras a liderança caberá obrigatoriamente à empresa nacional, art. 26, § 2.º; e também do art. 25, § 10, que se refere à participação de empresas estrangeiras, que não funcionam no País, no pertinente à concorrência internacional. Ainda quando o Decreto-Lei n.º 2.300 não tenha revogado, expressamente, as disposições constantes nos Decretos n.ºs 64.345, de 10 de abril de 1969, e 66.717, de 15 de junho de 1977, porque a eles não se refere o art. 90 do Decreto-Lei n.º 2.300, parece serem incompatíveis as suas regras, de modo que deve prevalecer a posição mais liberal e igualitária do Decreto-Lei n.º 2.300.<sup>2</sup>

2 Essa orientação não foi, entretanto, adotada pela Constituição Federal de 1988, que define o que se deve considerar como empresa brasileira, não só perfilhando o critério do lugar de sua constituição (art. 171, inc. I), como também o do controle, direto ou indireto, por nacionais (art. 171, inc. II). Em suma, o tratamento preferencial da empresa brasileira aparece em várias disposições do (Continua)

As regras do contrato de empreitada coexistem em alguns contratos típicos, ou seja, contratos de prestação de serviços com a obrigação de resultado, regulada pelos Códigos Civil e Comercial, como a comissão mercantil, e em outros criados pelos próprios usos ou costumes comerciais. O direito brasileiro, pode-se dizer, deu uma conotação especial ao contrato de *engineering*, que ainda está à margem de uma legislação complexiva, e que se vincula com as grandes construções; e estas se relacionam com as formas específicas de contratar das entidades de direito público. O contrato de *engineering* pode ser encontrado, especialmente, no período em que se construíram as grandes obras de infra-estrutura no País, como as grandes centrais hidrelétricas, as pontes e aeroportos, ou o reequipamento dos portos brasileiros, na década de 70.

Pode-se afirmar sem temer o exagero que todas as obras públicas de importância contratadas pela Administração Federal foram realizadas por empresas nacionais e, em alguns casos, em consórcio com empresas estrangeiras.<sup>3</sup> Alguns Estados<sup>4</sup> dispuseram a respeito dos contratos de *engineering* a ser com eles realizados, sob a denominação de "contratos administrativos", em que se procurou regular, com pormenores, a sua formação e desenvolvimento.

No plano internacional, foram muitas as instituições, especialmente a Organização das Nações Unidas, que colaboraram na formação de modelos contratuais a serem utilizados pelos países em desenvolvimento<sup>5</sup> e que parecem ter inspirado as cláusulas utilizadas na construção de obras de engenharia da União, ou de suas empresas públicas.

Para que se tenha, portanto, uma idéia ainda que sumária deste contrato, será necessário examinar a sua estrutura (I), incluindo nessa análise o desenvolvimento do contrato de *engineering*, e depois, o que é muito importante, o adimplemento das obrigações resultantes desses contratos (II). Neste particular, cumpre salientar que podem incidir as recentes disposições a respeito da proteção ao consumidor, tais como definidas pela Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (*Código do Consumidor*), também nesses contratos em favor de quem encomendou a obra ou o equipamento.

**(Continuação)**

mencionado art. 171, especialmente no § 2º, que estabelece: "Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, *nos termos da lei*, à empresa brasileira de capital nacional." (Grifos do autor.)

3 A contratação de obras públicas com a União submetia-se a um processo prévio, disciplinado pelo Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que regulamentava também os contratos administrativos em seus arts. 44 e ss., dispondo sobre seus requisitos essenciais. Atualmente, esta matéria está regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986.

4 O Estado de São Paulo disciplinou os contratos administrativos nos arts. 40 e ss. da Lei n.º 89, de 27 de dezembro de 1972.

5 As principais cláusulas constantes nesses contratos foram analisadas por J. A. Boon e R. Goffin. "Les contrats Clé en Main", Paris, 1981, especialmente, pp. 55 e s. com ampla bibliografia. Para um confronto com formas de contratar do direito americano, sempre importantes nessa matéria, ver Gordon-Kurzmann. "Modern Annotated Forms of Agreement". N. J., 1972, pp. 374 e s.



## 2. A estrutura do contrato de "engineering"

Já se mencionou que a estrutura do contrato de *engineering* tem a sua base legal no Código Civil quando regula o contrato de empreitada (Código Civil, arts. 1.237 a 1.247). Como na maioria das legislações, o contrato de empreitada é, entre nós, tratado com uma certa simplicidade resultante da circunstância de o Código Civil ter em vista o que normalmente acontece nesses contratos. Estabelecidas certas distinções com contratos semelhantes, que são óbvias na atualidade, e delimitada a questão da transferência dos riscos em matéria de empreitada, quando o empreiteiro utiliza materiais por ele mesmo adquiridos ou de sua propriedade, os Códigos Civis não exaram muitas outras regras no particular.

A doutrina sempre estabeleceu a diferença entre o contrato de empreitada e os demais que com ele mantenham semelhanças, entendendo que aquele é típico, de resultado, enquanto que o contrato de prestação de serviços gera obrigações simplesmente de meios. A compra e venda, por exemplo, supõe que o objeto já exista, que já tenha sido fabricado ou que tenha sido adquirido pelo vendedor; o objeto da obrigação do empreiteiro em face ao dono da obra é de realizar certo serviço, para, através dele, obter um certo efeito. Assim, enquanto este não se realizar, ou seja quando não realizada a obra prometida, seja ela de que natureza for, não se tem como adimplido o contrato de *engineering*. E, conseqüentemente, não se transferem os riscos.<sup>6</sup>

O contrato de *engineering* pode, assim, realizar-se com pessoas físicas e jurídicas, e não necessita, nos termos do Código Civil, ser realizado com forma específica. Não sucede, porém, o mesmo com contratos de empreitada realizados com a Administração Pública, que supõem um processo específico, regulado pelo Direito Administrativo, que exige forma escrita. Esses contratos tomaram uma configuração própria; embora tenham o seu fundamento no contrato de empreitada, a eles se acresceram as aludidas disposições administrativas que o regulam, ao mesmo tempo em que se operou uma ampla padronização nas cláusulas contratuais.

O primeiro aspecto a chamar a atenção — e este ponto já foi analisado — se denominou "reserva de mercado" para as companhias de engenharia brasileiras, porquanto essas obras públicas supunham que as empresas que delas participassem fossem preponderantemente de capital nacional, podendo, entretanto, associar-se com outras empresas estrangeiras sob a forma de consórcio, cabendo, neste caso, a liderança à empresa nacional.<sup>7</sup> Esses consórcios surgiram, em princípio na prática, e posteriormente foram regulados pela Administração Pública<sup>8</sup> e pela Lei das Sociedades Anônimas,<sup>9</sup> sendo que nesta última, entre as formas de agrupamento de sociedades destinadas a realizar obras determinadas.

6 Código Civil Brasileiro, art. 1.238.

7 Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, art. 26, § 1º.

8 Decreto nº 73.140, de 9 de novembro de 1973.

9 Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, arts. 278 e s.

As empresas consorciadas não configuram um grupo de empresas; os consórcios resultam de contratos destinados a multiplicar as forças econômicas ou técnicas das empresas para realizar determinado empreendimento. Esse tipo de contrato, quando realizado com empresas estrangeiras, permitiu o acesso a tecnologias mais sofisticadas e dele resultou a transferência de *know how*. As empresas de engenharia cresceram muito e ao cabo de algum tempo se tornaram sociedades com tecnologia e capacidade de construção, suscetíveis de competirem internacionalmente.

A Administração Pública Federal havia regulado os consórcios para construção das obras públicas,<sup>10</sup> determinando os seus requisitos essenciais, ou seja, exigindo a indicação de quem seria o representante das empresas consorciadas; a composição do consórcio; o seu objetivo; a responsabilidade de cada uma das consorciadas; e a responsabilidade solidária de todos os consorciados pelos atos praticados sob o consórcio, em relação à licitação, e ao eventual contrato. Há, ainda, a obrigação de não alterarem sua composição ou de que não se fará nenhuma modificação no contrato, sem a anuência prévia e expressa da União. Deverá, ainda, o contrato de consórcio conter o "compromisso expresso de que o consórcio não se constituiu, nem se constituirá em pessoa jurídica distinta de seus membros, nem terá denominação própria ou diferente da de seus associados".

Essas disposições foram ab-rogadas, porquanto o Decreto-Lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986, art. 90, revogou as normas dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei n.º 200, de 27 de fevereiro de 1967, artigos esses que foram objeto de regulamentação pelo Decreto n.º 73.140, de 9 de novembro de 1975. Se foram ab-rogados os arts. 125 a 144 do Decreto n.º 200, a que se vincula expressamente o Decreto n.º 73.140, parece que os artigos constantes neste último foram, por igual, revogados, ainda quando a derrogação expressa diga respeito, apenas, aos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei n.º 200.

À sua vez, o Decreto-Lei n.º 2.300 determina que certas cláusulas devem constar obrigatoriamente dos contratos feitos com a União (art. 45), entre as quais, a título de exemplo: (I) o objeto e seus elementos característicos; (II), o regime de execução ou a forma de fornecimento; (III) o preço e as condições de pagamento, e quando for o caso, os critérios de reajustamento. E, ainda; (VII) a responsabilidade das partes, penalidades e valor dos materiais; (VIII) os casos de rescisão, etc., sem prejuízo de outras cláusulas que possam ser estabelecidas pela simples vontade dos figurantes, incluindo-se, entre elas, disposições a respeito do contrato de consórcio.

Um dos aspectos essenciais do contrato de empreitada é o fato de a obra dever ser aceita por quem a encomendou. Ele se configura, pois, como um contrato bilateral, não só genético, como também funcional. Resulta

<sup>10</sup> Decreto n.º 73.140, arts. 22 e s.

do encontro de declarações de vontades concordantes, mas, por igual, dele nascem obrigações para ambas as partes, para o empreiteiro e para o dono da obra. A obrigação principal do empreiteiro é, como se mencionou, a de realizar a obra. E a do dono da obra é de aceitá-la e pagar o preço convenicionado. Em geral o preço é pago em dinheiro, mas não obrigatoriamente, e, por vezes, ele é, também, satisfeito segundo as entregas feitas, entregas parciais. Nos contratos de grandes obras, especialmente em matéria de construções eletromecânicas ou de máquinas em geral, costumam-se utilizar os contratos *turn-key*, ou seja, a entrega final e definitiva ocorre com todo o equipamento em perfeito funcionamento.

Sendo assim, a entrega não se faz por partes, embora possam ser feitos testes de cada uma delas; mas ela se realiza globalmente, com todos os equipamentos e obras de engenharia completamente acabados e em perfeito funcionamento. Em todos os modelos contratuais, as obrigações típicas são enriquecidas com a aplicação do princípio da boa-fé, e o contrato de empreitada não constitui exceção a essa regra. Não é possível afirmar, exatamente, em que consistem os deveres anexos, sem analisar uma situação concreta. Configuram-se como deveres de consideração para com a outra parte, de que resulta a cooperação necessária ao correto desenvolvimento da relação obrigacional. É difícil enumerá-los, por antecipação, bastando, contudo, salientar que se expressam sob a forma de indicações, esclarecimentos; atos, em suma, que têm por finalidade impedir que a relação contratual não se desenvolva, normalmente, e não satisfaça de modo compreensivo o interesse do credor.<sup>11</sup>

Alguns sistemas jurídicos, como sucede no direito brasileiro, não possuem, em sua legislação civil, a cláusula geral da boa-fé. Por isso, a boa-fé se configura como princípio e é, assim, aplicada, de modo semelhante ao que sucederia se ela houvesse sido recebida; expressamente, pelo Código Civil na forma de uma cláusula geral. O desenvolvimento do contrato de *engineering* supõe o cumprimento das obrigações assumidas pelas partes, expressas e implícitas. A obra pode ser construída nas dependências da propriedade do empreiteiro, na sua empresa, o que normalmente sucede com a fabricação de equipamentos. É possível, porém, que a obra a ser feita deva sê-lo em determinado lugar, que pertence a quem encomendou; neste caso, deve este último, se não se convencionou diversamente, dar condições, especialmente as de segurança, para que a mesma possa ser realizada adequadamente. Muitas vezes, o equipamento é fabricado por partes, devendo-se fazer, na obra, a sua montagem. É possível que a empresa montadora não seja a fabricante das partes, devendo esta última esclarecer as particularidades do equipamento, e dirimir as dúvidas que possam razoavelmente surgir, para permitir, assim, a sua realização.

---

11 A respeito das concepções atuais relativas à boa-fé, no direito português e brasileiro, ver Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1991, pp. 86 e s. e a bibliografia citada.

Alguns casos da literatura estrangeira podem esclarecer as dificuldades. Assim, a opinião de Lord Esher (*Hull v. Burke, 1886*) — e o modelo é tomado do direito inglês, pois foi nele que se desenvolveram, particularmente, essas questões relativas ao contrato de *engineering* — é a de que se foi o dono da obra quem forneceu o plano de construção de uma máquina a obrigação do empreiteiro é simplesmente realizá-la segundo o que lhe foi oferecido.<sup>12</sup> Sucede, assim, decerto, na maioria das hipóteses. Todavia, se o plano for complexo, e o empreiteiro um especialista, não se pode afastar que a ele caiba o dever de informar o dono da obra de algum aspecto, que, talvez, lhe tenha passado desaperecebido, pois os deveres de boa-fé são deveres de cooperação, e incidem em todos os contratos tendo uma aplicação particular no contrato de empreitada: e, por motivo ainda maior, no contrato de *engineering*. Entre nós, porém, em se tratando de obra pública, o contrato faz parte de um processo de licitação, e o concorrente que vencer o certame, não poderia, depois, alterá-lo seja em que medida for. Ele é elemento da oferta pública de contratação, e daí a sua categoria de contrato de adesão. Todavia, nem sempre são previsíveis certas situações no curso da obra, de modo que algumas cláusulas, à vista desses acontecimentos, podem ser alteradas ou complementadas.<sup>13</sup>

Tal seja o caso, podem ocorrer diversos contratos de empreitada, relativos a uma única obra; por exemplo: a construção de um aeroporto, uma hidrelétrica ou equipamentos para trens, com diversas pessoas, vinculadas ou não a um contrato-base. Quando todos eles se ligam a um único contrato, é comum apor-se a cláusula de solidariedade de todos os intervenientes. Se não houver esta cláusula, e se houver um dano, a solidariedade pode ocorrer, mas será uma hipótese de responsabilidade extracontratual, e resultará da concausação do dano.<sup>14</sup>

Pode o empreiteiro subcontratar outras empresas para fazerem parte da obra, objeto da empreitada. É comum o contrato de subempreitada, podendo, entretanto, as partes do contrato de empreitada excluir, expressamente, as subcontratações. Seria possível realizar, isoladamente, esses contratos de empreitada. Mas, em geral, a administração pública põe em licitação a totalidade da obra, de modo a que as empresas, para realizá-la, usam muitas vezes a figura do consórcio, e subcontratam, ainda, certas partes da obra.

---

12 Ver, a respeito, Hudson, "Building and Engineering Contracts", London, 1976, pp. 282 e s.

13 Nos contratos administrativos, o Poder Público pode alterá-los de modo unilateral, "quando houver (Decreto-Lei nº 2.300, art. 55, I, a) modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica dos seus objetivos, (b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos neste decreto-lei."

14 Código Civil Brasileiro, art. 1.518, e parágrafo único.

O contrato de *engineering* é um negócio jurídico complexo, porquanto, de regra, são feitos diversos contratos, parciais, seja com finalidade preparatória, seja executiva, que constituem, no seu todo, o aludido negócio jurídico.<sup>15</sup> O seu conteúdo pode abrigar, assim, contratos de empreitada parciais, de planejamento da obra, de realização de certas partes ou equipamentos, contratos de serviços, contratos de transporte, contratos de supervisão, sendo a sua totalidade o "contrato de *engineering*". Configura-se, como um contrato atípico, que se desprende do modelo de empreitada, e que, conforme a complexidade da obra, poderia ter como partes diversos figurantes, e não apenas um empreiteiro e o dono da obra, como sucedia, em regra, no modelo de empreitada previsto no Código Civil. Por esse motivo, não é possível descrever o desenvolvimento desse contrato em todas as suas formas; de um modo geral, ele supõe a existência de um projeto, realizado por empresas competentes para isso, projeto esse que depois é executado pelos empreiteiros.

Um dos papéis principais no desenvolvimento das obras de certa magnitude é exercido pelo seu fiscal.<sup>16</sup> Os seus poderes são variáveis, mas não raro aproximam-se do *certifier*, que, no direito inglês, tem faculdades quase judiciais. Considera-se que o fiscal da obra tenha poderes de arbitragem em certos casos, sendo a sua decisão irrecorrível. Procura-se, nessa concepção vitoriana de contrato, impedir discussões e problemas que atrasariam o normal desenvolvimento dos trabalhos. Se, por um lado, e por meio dela, seria possível atingir esse objetivo, por outro, essa competência exclusiva poderia findar na criação de situações anômalas, sem solução jurídica aceitável.

O fiscal ou os fiscais da obra têm função relevante, porquanto além da fiscalização técnica dos serviços de engenharia, são eles que cientificam o correto desenvolvimento da obra, de que resulta o pagamento do que houver sido realizado. Na maioria dos contratos, o recebimento da obra é precedido de uma declaração do fiscal da obra, para isso competente, de que a mesma se encontra totalmente acabada e que foram obedecidas as exigências contratuais relativas aos aspectos técnicos. Nesse ponto, pode ele determinar alterações no que foi feito, impedindo assim seja a obra aceita. Não é difícil compreender a importância do ato por ele praticado; e em se tratando de uma declaração técnica não deveria deter o fiscal nenhuma parcela de discricionariedade. Todavia, nem sempre há unanimidade a respeito dos critérios técnicos utilizados, tendo-se em vista a eventual

---

15 Todavia, em se tratando de obra pública da União, o autor do projeto da obra não poderá participar da licitação ou de sua execução (Decreto-Lei nº 2.300, art. 8º, II).

16 O Decreto-Lei nº 2.300, em seu art. 57, relativamente às obras da União, determina que: "a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado". No parágrafo único, determina-se a sua competência obrigando-o a anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução da obra.

complexidade da obra. Levando na devida conta uma certa liberdade que, normalmente, possui o empreiteiro, não é possível prever, com antecipação, todos os detalhes técnicos que serão resolvidos, para que a obra venha a concluir-se em sua totalidade, especialmente quando as obrigações do empreiteiro são enriquecidas com deveres secundários resultantes da boa-fé.

O fiscal da obra pode ser um terceiro, indicado pelo empreiteiro e pelo dono da obra, assemelhando-se, assim, quanto à sua indicação, a um juiz arbitral, embora esta não seja, obviamente, a sua função. Se ele for dotado de independência, indicado por ambas as partes, aproxima-se, por igual, a um *trustee*; neste caso, as suas decisões teriam, decerto, maior importância, e seriam, com mais facilidade, obedecidas. No geral, porém, o fiscal da obra é indicado pelo contratante mais forte, não se devendo esquecer que os “contratos de *engineering*” são, no geral, contratos de adesão

Acresce que o direito brasileiro tem dificuldade em admitir poderes tão extensos e insuscetíveis de controle, como os que, por vezes, são atribuídos ao fiscal da obra; por isso, tem-se afirmado que, entre nós, se estabeleceu um “Estado Judicial”, quase em forma pura, sendo difícil, senão impossível, impedir a verificação em juízo da conformidade dos atos praticados pelo empreiteiro com o projeto de engenharia, qualquer que seja a competência do fiscal da obra. Ainda quando se tivesse estabelecido que as dúvidas a respeito do ato do fiscal da obra especialmente a sua recusa em assinar o “certificado de conclusão da obra”, deveriam ser submetidos a juízo arbitral, cumpre ponderar que a cláusula de arbitragem sobre litígio futuro, e portanto ainda não existente ao tempo da assinatura do contrato de *engineering*, não obriga as parte.<sup>17</sup>

### 3. O adimplemento do contrato de “*engineering*”

Estabelecidos esses aspectos gerais que definem a estrutura do contrato de *engineering* e o desenvolvimento desse mesmo contrato, o processo de suas relações obrigacionais em direção ao adimplemento, deve-se passar à análise do cumprimento desse negócio jurídico e da responsabilidade pelo seu eventual inadimplemento. O aspecto capital dessa fase da

---

<sup>17</sup> CPC, art. 1.074, III. A obrigação de submeter o litígio a juízo arbitral somente existiria se a cláusula fosse estabelecida após a existência do conflito. Essa disposição enfraquece a arbitragem no direito brasileiro, e, por isso, ela não é, praticamente, utilizada (ver a respeito, Clóvis do Couto e Silva, “L'Arbitrage en Droit Brésilien”, in: *Journées de la Société de Législation Comparée*, Année 1986, pp. 594 e s.). O Decreto-Lei nº 2.300, no seu art. 45, parágrafo único, exara a regra, no referente à União, de que: “no contrato com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro deverá constar, necessariamente, a cláusula que declare o foro competente o Distrito Federal, vedada a instituição de juízo arbitral.” Apesar da demora judicial muito grande na resolução das questões, ainda assim, o que é paradoxal, há uma profunda animosidade contra a arbitragem de parte dos legisladores, ao ponto de a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código do Consumidor, haver determinado que são nulas de pleno direito (art. 51) as cláusulas contratuais que (IV) determinem a utilização compulsória da arbitragem.

relação obrigacional começa pela aceitação ou recusa do dono da obra. De modo igual ao que sucede com os demais bódigos, o art. 1.242 de nosso Código Civil regula o recebimento da obra, determinando que: "Concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la. Poderá, porém, enjeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza".

Verifica-se, assim, e não poderia ser diferente, que, estando ela conforme com o convencionado, o dono da obra tem a obrigação de aceitá-la. Por vezes, determina-se no contrato a forma que deve ter o ato jurídico, de recebimento, em verdade, ato devido, e, por isso, dele não podem resultar senão os efeitos peculiares à entrega da obra:<sup>18</sup> o início do prazo de garantia, seja pelas obras de engenharia civil, seja pelos equipamentos fornecidos; e a transferência dos riscos ao dono da obra. Tal seja o tipo de obra de engenharia, é comum submetê-la previamente a testes, como sucede em geral, quando o objeto da obra é a entrega de equipamentos. Se o contrato for do tipo *turn-key*, feitas e acabadas totalmente a obra e o equipamento, conforme o caso, são elas submetidas a testes. Não é possível descrever todas as espécies de verificações a que se deverão submeter, pois dependem do tipo de equipamento. Se se tratar de testes com máquinas que transportam cargas, é costume fazê-los com o equipamento funcionando "em vazio" ou "carregado". A sua duração dependerá das regras técnicas específicas, ou do que for determinado no contrato. No silêncio do contrato, o período de testes dependerá do tempo necessário para que se verifique se o funcionamento é normal. Não fica este prazo ao arbítrio da verificação do fiscal da obra, o que é absurdo, e configuraria condição potestativa pura, que anularia o ato jurídico nos termos do art. 115 do Código Civil, pois não há lugar para que se configure esse poder como direito formativo.

Podem existir conflitos entre as disposições contratuais e a realidade: imagine-se um contrato que possua a cláusula de o equipamento ou a obra de engenharia somente se considerarem entregues com todos os seus componentes em perfeito funcionamento. É possível que esse contrato seja executado por partes, sendo cada uma delas independente, e suscetível de ser colocada, separadamente, em funcionamento. Estipulado, pois, que os equipamentos somente entrarão em operação com todas as suas fases acabadas, pode o dono da obra, por sua conveniência, determinar que certas partes do conjunto entrem em funcionamento imediatamente. Se isto ocorrer, tornar-se-á ineficaz a cláusula de as garantias pelos equipamentos somente terem seu prazo iniciado após a conclusão de toda a obra. A colocação em funcionamento comercial significa aceitação da obra; não pode, assim, o dono da obra pretender que a obra não foi entregue, porquanto, segundo o contrato, isto somente ocorreria com todos os equipamentos em funcionamento, e não apenas alguns deles. Nessa hipótese, terá havido aceitação

<sup>18</sup> O Decreto-Lei nº 2.300, em seu art. 63, I, a e b, regula o recebimento provisório e definitivo de obras e serviços.

parcial das obras, ou seja, serão considerados aceitos os equipamentos que entraram em funcionamento.<sup>19</sup>

Ainda quando se tenha disposto, no contrato, uma forma específica para aceitação, como usualmente costuma ser, entre nós, a assinatura do “termo final de recebimento da obra”, ainda assim essa cláusula não pode impedir que as garantias dos equipamentos já em funcionamento esteja a operar e que se tenha transferido o risco a eles referente. A colocação em funcionamento com finalidades lucrativas duradouras é um fato concludente que altera a eventual cláusula em sentido contrário inserta no contrato; de outro modo, ter-se-ia uma disposição contratual contrária ao princípio da boa-fé, e, que, apesar disso, produziria os seus efeitos normais. Essa solução não seria admissível, e, por isso, sempre se torna mais importante a eficácia dos deveres de boa-fé, inclusive na forma proibitiva. Seria, pois, uma hipótese de aceitação parcial tácita, ainda quando os termos do contrato não tivessem sido, formalmente, alterados.

Um dos aspectos mais importantes é o da natureza do ato de recebimento da obra, que muitas vezes se corporifica no “certificado de conclusão da obra” ou no “termo final de recebimento”, expressões equivalentes. Não se pode pretender que a prática desses atos possa ser recusada pelo fiscal da obra ou pelo dono, conforme se tenha estipulado no contrato. Cuida-se, na verdade, de ato declaratório que apenas comprova, em definitivo, a conclusão da obra. Detém, assim, a natureza de “ato devido”; não há liberdade em praticá-lo. A consequência é a de que essa declaração, simples decorrência do pensamento cognitivo, pode ser exigida em juízo.<sup>20</sup>

---

19 No direito francês, por força da Lei nº 78-12, de 4 de janeiro de 1978, que alterou o art. 1792-6 do Código Civil, segundo o qual “la réception est l'acte du maître de l'ouvrage qui déclare accepter l'ouvrage avec ou sans reserves”; há discussão a respeito da possibilidade da recepção tácita, admitindo, porém, a jurisprudência essa possibilidade (Cass. Civ., em 8 de julho de 1986; e em 20 de janeiro de 1987).

20 A exata qualificação da aceitação depende de saber se do cumprimento do contrato de empreitada resulta a transferência da propriedade no caso de o empreiteiro haver-se obrigado a dar o material, ou somente a transferência da posse dos materiais que lhe foram entregues, na empreitada simplesmente de labor. Nos sistemas que fazem a distinção apenas entre ato jurídico e fato jurídico, como sucede no direito francês, a categoria do ato de aceitação, por parte do dono da obra, será de ato jurídico unilateral. Entretanto, Bernard Boubli (*La Responsabilité et l'Assurance des Architectes, Entrepreneurs et Autres Constructeurs*, Paris, 1979, nº 210, p. 128) considera que, sendo a aceitação uma obrigação do dono da obra, mais se assemelha a um fato jurídico do que a um ato jurídico (a respeito da discussão, no direito francês, ver Jean Bigot, *La Réforme de l'Assurance Construction*, Paris, 1980, pp. 136 e s.; Jean Bigot et Anne d'Hauteville, *Responsabilité et Assurance Construction*, Paris, 1988, pp. 82 e s.). Há autores que distinguem entre obrigação e obrigatoriedade, e salientam que a aceitação é cumprimento de obrigação em seu verdadeiro sentido, não se tratando de adimplemento de “um dever em benefício próprio” ou simples obrigatoriedade, o que poderia qualificar a aceitação como negócio jurídico, ao invés de ato material, sua verdadeira natureza (a respeito da teoria dos negócios jurídicos, ver Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. 3, § 249, pp. 3 e s., passim, Rio, 1954).



A eventual recusa em realizá-la acarreta a mora do dono da obra, com todas as conseqüências que dela decorrem.

Uma das questões que pode aflorar se relaciona com uma certa liberdade de execução que possui o empreiteiro. Se houver possibilidade de realizar-se por mais de uma forma a obra, teria ele, em princípio, a opção. Essa faculdade deve, entretanto, exercer-se conforme a boa-fé, ou seja, levando em consideração o interesse do dono da obra, máxime se a via pretendida não onerar significativamente a posição do empreiteiro.

A obrigação principal do dono da obra é a de aceitá-la e de pagar o preço, que o Código Civil denomina de salário,<sup>21</sup> pelo menos quando se trata de empreitada de labor, ou seja, aquela em que o empreiteiro entra somente com a mão-de-obra. Nesse particular, tudo dependerá do que foi convencionado. Pode, também, suceder que não se tenha estipulado o preço no contrato de empreitada. O Código Civil Brasileiro não regulou essas hipóteses. No contrato de *engineering* é essencial o acordo sobre o preço, pois é um contrato formal, em razão das exigências do direito administrativo, especialmente do Decreto-Lei n.º 2.300, diversamente do contrato de empreitada, seu modelo-básico, que não depende de forma específica. Contudo, o Código Civil, no caso deste último contrato, determina que seja pago o preço da empreitada, embora não tenha disposto como se arbitra o seu montante. Deve-se obedecer aos valores de mercado, levando em consideração as situações análogas. Em se tratando de obras consideráveis, que duram por dilatado espaço de tempo, é costume fazer-se o pagamento com financiamentos obtidos de entidades nacionais e internacionais especializadas. As suas modalidades são importantes, mas escapam à finalidade desse ensaio.

É oportuno mencionar que nos contratos se estabelecem, em regra, cláusulas relativas ao acréscimo dos valores dos materiais e da mão-de-obra, ou dos tributos, no desenvolvimento do contrato de *engineering*, que dão motivo a que se corrijam os preços. Entre nós, em que se manifesta uma alta taxa de inflação, e ao mesmo tempo, de modo até paradoxal, um alto grau de iliquidez, pode suceder que os pagamentos em favor do empreiteiro não sejam feitos nas épocas contratadas, e, sim, posteriormente. A demora determina a perda do poder de compra da moeda. Em alguns casos, esses percalços podem determinar o atraso final da obra em alguns anos, o que acarreta enorme prejuízo econômico para o empreiteiro, em razão da mencionada inflação.

Esses fatos têm ensejado muitas discussões, porquanto a Administração Pública, em regra, não corrige a moeda fora das hipóteses estabelecidas no contrato. No geral, nesses contratos de adesão, o poder público não insere a cláusula de correção monetária ou de indexação por motivo de demora a ele imputável em realizar os pagamentos. Em alguns casos,

21 Código Civil Brasileiro, art. 1.240.

de grandes obras, a perda do poder de compra da moeda em razão dos sucessivos atrasos pode representar um valor de grande porte, suscetível de pôr em dificuldades financeiras as empreiteiras. Por isso, começa a desenhar-se na doutrina uma posição favorável à aplicação da correção monetária em razão da demora, ou de outro indexador, como sucede com a Taxa Referencial (TR) e a Taxa de Referência Diária (TRD), que tomam como base a taxa média de juros.<sup>22</sup>

Há autores que consideram a correção monetária, atualmente a Taxa Referencial, como indenização a ser prestada pela demora do dono da obra em fazer os pagamentos que a ele competem. A equação financeira, prevista no contrato, em suma, o cálculo de atualização do preço da obra, não se refere a essa hipótese, pois supõe o desenvolvimento normal do contrato, com o pagamento nas épocas previstas. Desde que esses pagamentos não sejam feitos nos prazos constantes do contrato conforme a fórmula estabelecida, e tenha havido prejuízo em razão da demora, essa situação deve ser atendida pelo dono da obra, especialmente pela Administração Pública, independentemente da ação judicial.<sup>23</sup>

A obrigação principal do empreiteiro é entregar a obra no modo e no prazo conveniados, cumprindo, por igual, os deveres anexos ou secundários decorrentes do princípio da boa-fé. Se isto não ocorrer, configura-se a demora do empreiteiro, e pode exercer o dono da obra o direito de resolução, como sucede com os demais contratos bilaterais.<sup>24</sup> Nas obras de engenharia, principalmente nas construções ou edificações, desde cedo no direito inglês começou-se a aplicar o princípio de que se já houvesse sido construída uma grande parte da obra o aludido direito de resolução não poderia ser exercido. É o que se denomina de *substantial performance*.<sup>25</sup> Essa mesma solução irradiou-se, mais tarde, por outros direitos, como, por exemplo, pelo direito alemão<sup>26</sup> e também pelo direito brasileiro.<sup>27</sup> Constitui uma clara decorrência do princípio da boa-fé; contudo, cabe ao dono da obra o direito a ser indenizado, em razão de o

22 A respeito da natureza desse indexador, ver K. Carvalho Rocha, "A Impropriedade da TR e TRD como Indexadores Tributários, Trabalhistas, Falimentares", in: *Revista dos Tribunais*, v. 667, 1991, pp. 238 e s.

23 Ver Hely Lopes Meirelles, "As Conseqüências do Atraso de Pagamento em Contrato Administrativo", in: *Revista do Direito Administrativo*, nº 174, 1988, pp. 12 e s.; Dora de Carvalho (Parecer), "Empreitada, Obra Pública, Equilíbrio nas Prestações", in: *Revista de Direito Público*, v. 92, 1989, pp. 277 e s.

24 Código Civil Brasileiro, art. 1.092 e parágrafo único.

25 Honig vs. Isaacs, 1952. Ver, a respeito, Hudson, *Building and Engineering Contracts*, cit., pp. 245 e s.

26 No direito germânico, já se decidiu que não se pode recusar uma prestação oferecida, embora não completa, porquanto falta realizar-se uma parte diminuta da prestação, se não se opuser à aceitação nenhum interesse objetivamente fundamentado (OLG, Dresden Seuff A 73, nº 217; OLG Düsseldorf NJW 65, 1763; in: Larenz, "Lehrbuch des Schuldrechts", I, München, 1987, § 10, b, p. 132).

27 Apel. Civ. nº 588012666, 5ª CC, do TJRS. Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr.: Comentário de J. Martins Costa, *Revista Juris*, v. 50, 1990, pp. 210 e s.

contrato não haver sido cumprido em sua totalidade. Essa solução que, no início, se restringia somente às obras de engenharia, tende a generalizar-se, e passa a exigir do juiz uma consideração específica dos interesses das partes. Por esse motivo, relativiza-se em certa medida o radicalismo do princípio de que, se não se cumpriu totalmente o convencionado, nada foi cumprido. Acresce, ainda, que, no direito brasileiro, o exercício do direito de resolução pode ser acompanhado do pedido de perdas e danos, não havendo uma alternativa para o credor, de escolher uma ou outra via. Por outro lado, essa concepção levava a que, exercido o direito de resolução, e extintos os efeitos do contrato, não se devolvesse ao devedor faltoso o que dele se havia recebido, e até se lhe exigia ainda mais a título de indenização.

Em princípio, a responsabilidade civil decorre do descumprimento do contrato de *engineering* e é, portanto, responsabilidade contratual. No caso de vários empreiteiros aparecerem autonomamente na construção de uma obra, a responsabilidade pode ser solidária e resultar do fato de haverem concorrido para a produção do defeito.<sup>28</sup> Há, porém, uma particularidade própria aos contratos de empreitada, e, em consequência, do contrato de *engineering* e cuja diferença melhor se verifica quando comparado este contrato com o de compra e venda, em que inexistente, evidentemente, faculdade de rejeição da obra. Na empreitada, a obra feita pode ser recusada, se ela não obedecer ao que foi contratado ou contiver vício. Recebida, porém, a obra, e verificada posteriormente a existência de algum defeito suscetível de correção, além da redibição por força do exercício da ação redibitória, e o abatimento do preço (*quanti minoris*), pode ainda o dono da obra exigir que sejam feitas as correções necessárias para que ela se enquadre dentro das condições ajustadas. Essa última solução não está expressamente determinada nas regras que governam o contrato de empreitada, pois nelas se regulam simplesmente a aceitação ou recusa, ou ainda a aceitação, com abatimento de preço, quando o empreiteiro se afastar das instruções recebidas ou dos planos dados.<sup>29</sup> A pretensão ao adimplemento resulta, porém, do art. 1.092 do Código Civil que exara os princípios gerais a respeito dos contratos bilaterais, e a redibição e a *quanti minoris* têm a sua fonte nos arts. 1.101 e segs. do Código Civil, e se referem aos contratos comutativos, na terminologia do Código Civil, entre os quais se inclui o de empreitada. No caso do contrato de *engineering*, em que se tenha construído equipamentos ou máquinas, além das faculdades anteriormente mencionadas, existe, também, a pretensão à substituição, desde que o simples conserto não lhes tenha dado a segurança de funcionamento do modelo original.

Por isso é comum inserir no contrato um prazo de garantia. O Código Civil alude apenas a "obras de engenharia consideráveis", e o prazo

28 Código Civil Brasileiro, art. 1.518.

29 Código Civil Brasileiro, art. 1.243.

de garantia, neste caso, é de cinco anos,<sup>30</sup> período em que o empreiteiro de materiais de construção responderá pela "solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais como do solo, exceto se quanto a este, se não o achando firme, previniu a tempo o dono da obra". Nos demais casos aplicam-se os prazos dos vícios redibitórios, 15 dias para as coisas móveis, ou 6 meses para imóveis,<sup>31</sup> prazos esses absolutamente insuficientes, e que a jurisprudência tem procurado de algum modo aumentar, levando em conta a data do início do prazo. Essas regras referem-se a todo o tipo de contrato, em que haja transmissão de propriedade, e não apenas ao de empreitada.

Em grande número de contratos de fabricação de equipamentos, de certo porte, costuma-se adotar o prazo de dois anos, sendo que essa cláusula vem, quase sempre, imposta ao empreiteiro, pelo menos nos contratos de obra pública, que detêm a categoria de contratos de adesão. Já mencionamos que o maior número de dificuldades tem ocorrido em razão da recusa do recebimento definitivo da obra, pois o dono da obra aferra-se, muitas vezes, ao argumento de que o recebimento é provisório, com a finalidade de protrair o início da garantia para a ocasião de seu recebimento final, ainda quando o equipamento tenha sido colocado, imediatamente, em funcionamento comercial. É claro que não se pode perfilar essa opinião, por ser contrária ao princípio da boa-fé.

A obra recebida pode conter defeitos. É possível que esses vícios relacionem-se com o projeto da obra ou do equipamento, sua fabricação, ou ainda sua execução. Se existir a cláusula de solidariedade entre os contratantes, a responsabilidade em sua relação externa vinculará a todos. Caso contrário, responderá quem houver causado o defeito, com a exclusão dos demais, se estes não concorreram para ele.

Há uma particularidade quanto aos danos que podem ser causados na execução da obra ou posteriormente. Sempre com maiores adesões tem-se discutido no direito brasileiro a possibilidade de aplicação da denominada causalidade alternativa, ou seja, quando não se souber quem causou o dano, mas sendo certo que um dentre vários foi o autor, todos os possíveis causadores respondem solidariamente. A causalidade alternativa é extremamente importante em matéria de dano quando ele for produzido por várias pessoas, sem que se saiba quem, dentre elas, provocou o prejuízo. Esse tipo de causalidade aparece, por exemplo, no § 850, II, do Código Civil alemão e tem sido progressivamente adotado em diversos sistemas jurídicos, por via jurisprudencial. Na França têm sido proferidas decisões que adotam essa solução, embora sob a denominação imprópria de "culpa coletiva". Se diversas empresas estiverem construindo uma obra, e entre elas não existir um contrato, e uma delas houver causado o dano, sem que se possa identificar quem teria sido o seu autor, responderão

30 Código Civil Brasileiro, art. 1.245.

31 Código Civil Brasileiro, art. 178, §§ 2º e 5º, IV.

todas solidariamente.<sup>32</sup> Essa solução favorece ao dono da obra que teria, assim, suas garantias acrescidas, no caso em que venha a sofrer algum dano. É necessário, porém, que exista uma relação que não seja simplesmente ocasional entre os figurantes e que haja o que se denomina de uma certa homogeneidade de riscos.

Na atualidade, vigoram no direito brasileiro as disposições específicas da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código do Consumidor), que, além de muitas outras matérias, regula a responsabilidade pelo fato do produto e pelo risco. A regra fundamental é a de que<sup>33</sup> “o fabricante, o produtor e o construtor, nacional e estrangeiro e o importador respondem independentemente da existência de culpa pela reparação dos danos causados ao consumidor, por defeitos decorrentes do projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes e inadequadas sobre sua utilização e riscos”.

A sua vez, o consumidor é definido como sendo toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final,<sup>34</sup> de tal modo que o dono da obra que a adquire sem a intenção de revendê-la, ou de intermediá-la, é o consumidor, ou seja, o destinatário final do processo de aquisição.

Criou-se, por igual, uma responsabilidade solidária dos fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis, pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor.<sup>35</sup>

Para esses casos, que, no Código Civil, são considerados como vícios redibitórios, se deu uma outra solução, pois obrigou-se o fornecedor a saná-los no prazo máximo de trinta dias; não tendo sido o vício sanado neste prazo, pode o consumidor exigir, alternativamente, a substituição do produto por outro, perfeito, e da mesma espécie; a restituição imediata da quantia paga, atualizada pela correção monetária, e sem prejuí-

32 Para o direito brasileiro, ver Clóvis do Couto e Silva, “Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile”, Cours fait dans l’Université de Paris XII, 1988, pp. 71 e s.; idem “La Responsabilidad Alternativa y la Responsabilidad Acumulativa”, in: J. Mosset Iturraspe, Díez-Picazo, Busnelli, Perret, do Couto e Silva, *Danos*, Buenos Ayres, 1991, pp. 53 e s.; Vasco della Giustina, *Responsabilidade Civil dos Grupos*, Rio de Janeiro, 1991, pp. 61 e s.

33 Lei n.º 8.078, art. 12.

34 Lei n.º 8.078, art. 20.

35 Lei n.º 8.078, art. 18. A respeito da responsabilidade por produto, no Direito Comparado, ver Christian Gavalda (org.) “La Responsabilité des Fabricants et Distributeurs, Colloque Organisé les 30 et 31 Janvier 1975 par L’UER de Droit des Affaires de l’Université de Paris, 1, Paris, 1975”, ver, especialmente, Jacques Gheatin, “L’Application des Règles Spécifiques de la Vente à la Responsabilité des Fabricants et Distributeurs de Produits en Droit Français”, pp. 3 e s. Sobre as orientações atuais na Comunidade Europeia, ver os diversos ensaios sob a direção de Salvatore Patti, “Il Danno da Prodotti”, Padova, 1990, notadamente, Michael R. Will, “Responsabilità per Difetto d’Informazione nella Comunità Europea”, pp. 47 e s.

zo de eventuais perdas e danos; ou, ainda, o abatimento proporcional do preço.<sup>36</sup>

Por fim, cumpre mencionar que nos contratos, em geral, de *engineering* há cláusulas que determinam se façam seguros sobre os equipamentos contra fogo. Há, por igual, em certos casos, seguros obrigatórios, como, por exemplo, o referente “à responsabilidade civil do construtor de imóveis em zonas urbanas por danos a pessoas ou coisas”, ou por “garantia do cumprimento das obrigações do incorporador ou do construtor de imóveis.”<sup>37</sup>

No pertinente aos contratos administrativos com a União, o Poder Público pode exigir o seguro para garantia de pessoas e bens fazendo constar essa exigência no edital de licitação ou convite.<sup>38</sup> Há ainda o seguro de risco de engenharia, aplicável aos contratos de *engineering*, nos quais a Superintendência de Seguros Privados estabeleceu entre as Condições Gerais, Especiais e Tarifas de Seguros, a cláusula oitava a respeito do início e fim da responsabilidade civil, com as seguintes regras:<sup>39</sup> “a responsabilidade da seguradora cessará em relação ao conjunto segurado, na parte dele, logo que termine o prazo de vigência da apólice, ou durante sua vigência, assim que se verifique o primeiro dos seguintes caso: a) seja retirado do canteiro de obras; b) tenha sido aceito, mesmo que provisoriamente, por outra entidade que não o segurado; c) sejam colocadas em operação, ainda que provisoriamente, em apoio à execução do projeto do segurado; d) tendo sido efetuada a transmissão de propriedade; e) de qualquer modo tenha terminado a responsabilidade do segurador sobre os bens segurados”.

Verifica-se, pois, que o seguro de risco de engenharia toma em consideração, para o seu término, o fato, que se tem tornado comum entre nós, de o dono da obra colocar provisoriamente em funcionamento partes dos equipamentos, quando isto só deveria ocorrer ao término da obra, no momento em que todo o complexo estivesse em atividade.

#### 4. Conclusão

O contrato de empreitada, previsto no Código Civil, possui regras difusas, insuficientes para regular o contrato de *engineering*. Por esse mo-

36 Art. 18, § 1º. Esclareça-se que o prazo de 30 dias pode ser reduzido, não podendo, porém, ser inferior a 7 dias, ou aumentado, até o limite máximo de 180 dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado por meio de manifestação expressa do consumidor (art. 18, § 2º).

37 Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, art. 10, letras c e e, respectivamente, regulamentado pelo Decreto-Lei nº 61.867, de 7 de dezembro de 1967. Sobre a organização do sistema de seguros, e à semelhança do sistema brasileiro e francês, ver Clóvis do Couto e Silva, “O seguro no Brasil e a Situação das Companhias Seguradoras”, in: *Revista dos Tribunais*, v. 589, 1984, pp. 9 e s.

38 Decreto-Lei nº 2.300, art. 61, § 2º, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.348, de 24 de julho de 1987.

39 Circular nº 16, de 14 de abril de 1983.

tivo, foram editadas disposições legislativas relativas a certos aspectos do aludido contrato, especialmente quando um dos participantes fosse uma pessoa de direito público ou uma empresa do Estado. Os contratos passaram a ter cláusulas com uma uniformidade acentuada, referentes, no geral, aos prazos de garantia, à obrigação de segurar a obra, ao cálculo de reajustamento dos valores e à forma de aceitação da obra, procurando impedir, neste caso, os efeitos da aceitação tácita. A ausência de ações contra o dono da obra, quase sempre autarquias ou empresas públicas, resulta das conseqüências danosas advenientes à empresa que fizer uso do exercício do direito de pleitear em juízo, como, por exemplo, a sua exclusão das demais concorrências a serem realizadas com a entidade com a qual ela contende. São poucos os grandes contratantes no Brasil; no geral, são, além da União e dos Estados, as Autarquias, as Empresas de Economia Mista e as Empresas Públicas, e o afastamento do sistema de contratação, pelos motivos mais diversos, pode causar um sério prejuízo econômico à empresa. Por isso, não há decisões a respeito da aceitação tácita, pela colocação dos equipamentos em atividade antes de o conjunto das obras estar concluído, ou referentes à aplicação do princípio da boa-fé, notadamente quanto ao adimplemento dos deveres secundários, que podem vincular o empregado e o dono da obra.

É possível que certos aspectos peculiares à contratação com o Poder Público venham a desaparecer com o processo de privatização que se inicia. Como quer que seja, é necessário exigir maior transparência no contrato de *engineering*, o que determinaria fosse ele disciplinado, como sucedeu no direito alemão, com o "contrato de viagem" (*Reisevertrag*),<sup>40</sup> para só citar um dos exemplos mais recentes. Na atualidade, manifesta-se uma tendência para leis especiais reguladoras de determinados contratos cuja complexidade tem exigido um provimento legislativo. No caso não parece possível inserir o contrato de *engineering* no Código Civil, tendo em vista que nele se manifestam aspectos de direito público. Mas, com toda a certeza, é, ainda, insuficiente a regulamentação neste particular, do Decreto-Lei n.º 2.300, mesmo porque ela se restringe, apenas, aos contratos administrativos com a União, não abrangendo, em sua totalidade, os diferentes aspectos do contrato de *engineering*, que pode realizar-se entre particulares.

Apesar de a desregulamentação ser uma das finalidades urgentes no direito de todos os países, e ainda quando não seja em princípio favorável à descodificação, parece certo que, no caso, é imperiosa a edição de uma lei especial, que consolide as disposições, usualmente, utilizadas nestes contratos, não deixando de inserir cláusulas gerais que adaptem a sua aplicação às hipóteses sempre imprevisíveis mas que vêm necessariamente a ocorrer.

---

40 BGB, § 661, a e s.

# Projeto de Código Civil Inviável

JOSÉ DE FARIAS TAVARES  
Professor de Direito Civil -- Faculdade de  
Direito de Campina Grande -- Universidade  
Estadual da Paraíba

## SUMÁRIO

*I. Introdução. II. Dados históricos. III. Direito Comparado. IV. Críticas ao mérito do Projeto. V. Superveniência de inconstitucionalidade do Projeto. VI. Conclusões. VII. Bibliografia.*

### I — Introdução

Alinham-se aqui ligeiras considerações sobre o destino do Projeto de n.º 118, de 1984, no Senado Federal, originário da Câmara dos Deputados onde tinha o n.º 634-B, de 1975, sobre a instituição de um novo Código Civil.

Começa-se por dados históricos do imenso trabalho e ingentes lutas de tantos e tão insígnis juristas pátrios pela codificação que culminou com a obra monumental de CLÓVIS BEVILAQUA, honra e glória desta nação. Breves referências às tentativas de desmembramento e de substituição do Código Civil pelos Anteprojetos de 1941, 1963, 1964, 1965, 1972, 1973, que resultou no de 1975 em debate. Rebate-se o argumento de ancianidade do nosso Código com os exemplos de Códigos famosíssimos do mundo, bem mais antigos que o brasileiro e que permanecem vigorantes, adaptados aos tempos que correm, segundo as situações sociais a regerem. Fala-se nas arguições de inconstitucionalidade da aprovação melancólica do Projeto, na Câmara dos Deputados, após 10 anos de tramitação, pelo voto apenas das lideranças partidárias. Quanto ao mérito, há um resumo de ponderáveis críticas sobre o conteúdo do Projeto. Entra-se no âmago da questão que é a superveniência de inconstitucionalidade em face da Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988, fazendo-se uma demonstração resumida dos dispositivos fulminados com o novo Texto constitucional que, se aprovados, redundariam em normas natimortas. Por fim, a constatação da inviabilidade do Projeto,



como se vê das Conclusões, com oferecimento de sugestões para que o Senado Federal rejeite o Projeto, preserve o atual Código consubstanciado na Lei n.º 3.071, de 1.º-1-1916, alterado por uma lei simples que lhe faça as adaptações necessárias ante os novos tempos.

Como foi dito:

“O nosso celebrado Código Civil, de tão sólidas estruturas, não implode com o sopro renovador. Oxigena-se. E se revigora, com a força do poder constituinte que lhe alarga horizontes.” (TAVARES, José de Farias — in *O Código Civil e a Nova Constituição* — Ed. Forense — Rio, 1990, p. 152.)

## II — *Dados históricos*

Alguns registros dos esforços codificadores podem *refrescar* a memória e levar a consciência político-jurídica nacional a melhores reflexões sobre a tendência ao abuso da legiferação.

Diplomas legais primorosos, frutos de labor imenso dos mais lúcidos juristas, são postergados, freqüentemente, pelo vezo iconoclasta da inovação inconseqüente. Como anotou, a propósito dos trabalhos para edição do nosso Código Civil atual, o pensador SILVIO MEIRA:

“É uma longa e dolorosa história a dos projetos de codificação no Império, todos eles elaborados por homens de altíssimo merecimento, mas, infelizmente, relegados a segundo plano, desprezados mesmo.”

(in CLÓVIS BEVILAQUA — *Sua Vida. Sua Obra* — Edição Universidade Federal do Ceará — Fortaleza, 1990, p. 139.)

Sabe-se do ingente esforço de TEIXEIRA DE FREITAS que, após ter reunido a multifária legislação civil vigente no Brasil da época, ofereceu ao País a sua famosa CONSOLIDAÇÃO. O que despertou entre os estudiosos do Direito positivo a necessidade da elaboração de um Código nacional, nosso, atualizado, e genuinamente brasileiro, levando o governo a lhe contratar os serviços para tanto, em 1859. Trabalho que despertou a inveja e o despeito generalizado, a ponto de, sem mais nem menos, ter em 1872 rescindido o contrato. Frustrando a grande obra, para satisfação dos invejosos, o rompimento com o nosso mais brilhante jurista terminou por beneficiar país estrangeiro (como sempre...), no caso a Argentina, que fez do esboço a base do seu Código Civil, desde 1873 em vigor, até hoje. Tão bom que ninguém ousa substituí-lo. Segue-se a tentativa de NABUCCO DE ARAÚJO, que trabalhou durante o período de 1873 a 1878, falecendo sem conseguir ultimar o trabalho que tinha em mente. Depois o Projeto de JOAQUIM FELICIO DOS SANTOS, rechaçado pela Comissão Revisora composta por Lafaiete Pereira, Ribas, Gonçalves de

Andrade, Coelho Rodrigues e Ferreira Viana. Em 1881 retoma-se o assunto com trabalhos de FELICIO DOS SANTOS e LAFAIETE, logo em 1883 abandonados. Persistindo Dom Pedro II no propósito de marcar o seu reinado com a elaboração de um grande Código Civil, tal qual o fizera NAPOLEÃO no começo daquele século, nomeou em 1899 uma Comissão encarregada de providenciar um projeto digno do seu Império, composta de: José da Silva Costa, Moreira Pena, Herculano de Aquino e Castro e Coelho Rodrigues. Com o 15 de novembro, abortou o empreendimento.

Na República os cuidados começaram cedo, logo em 1890, com Campos Sales como Ministro da Justiça confiando a tarefa a COELHO RODRIGUES, que não logrou êxito, repellido que foi o seu projeto em 1895 pelo próprio Governo Provisório de Floriano Peixoto. Por isso SILVIO MEIRA diz a respeito do malogro de COELHO RODRIGUES:

“cujo direito à remuneração foi-lhe negado, forçando a ação judicial” (ibidem, p. 142).

Presidente da República, Campos Sales, tendo como Ministro da Justiça o extraordinário paraibano Epitácio Pessoa, determina em 1899 a retomada do assunto codificação civil. Epitácio, por conhecer bem, como colega da Faculdade de Direito de Recife o jovem Professor CLÓVIS BEVILAQUA, sabendo do seu talento e da profunda erudição, confia-lhe a missão de redigir o projeto de tão almejado Código Civil. Com a palavra, novamente, SILVIO MEIRA:

“A notícia até certo ponto surpreendeu algumas áreas culturais do país, porquanto havia outros jurisconsultos, mais velhos, que se julgavam com maiores credenciais do que o jovem civilista cearense, filho de Viçosa, onde nasceu a 4 de outubro de 1859. Entre os juristas de maior projeção, candidatos potenciais à nobre tarefa, se encontravam nomes eminentes, como os de Lafaiete Rodrigues Pereira, Antonio Coelho Rodrigues (provinhos de experiências anteriores malogradas) e Rui Barbosa.

Mas Epitácio Pessoa, que conhecia de perto o convidado em exposição de 10 de novembro daquele ano (1899) explicava as razões por que se fixara no nome do professor nordestino. Clóvis estava naturalmente indicado — escrevia Epitácio — não apenas por ser um “dos nossos mais profundos jurisconsultos, como também por ser autor de assinaladas obras de doutrina — “Direito da Família”, “Direito das Obrigações”, “Direito das Sucessões”, em que desenvolvera quase todo o direito civil.” (ibidem, p. 146).

Mas, nem com tal recomendação seria pacífica a missão de CLÓVIS. Rui Barbosa, malferido na sua justa vaidade de pretendente à honraria, criticava, a princípio, causticamente, a escolha de Bevilaqua, até então

desconhecido da antiga Corte. Inglês de Souza não fazia por menos na diretoria do Instituto dos Advogados Brasileiros. Voltando a SILVIO MEIRA:

“Pelas datas dos ataques desses dois juristas (março de 1899) verifica-se logo o espírito preconcebido, a sem-razão de uma censura prévia, antes de conhecer o de que era capaz o artífice. É que, tanto Rui, quanto inglês eram candidatos à nobre tarefa. Viram passar para outras mãos a missão que intimamente desejavam fosse sua.” (ibidem, p. 148).

A batalha foi árdua, desde a Comissão Revisora nomeada pelo Governo para opinar no âmbito do Poder Executivo, e formalmente apresentado ao Congresso Nacional, a começar pela Câmara dos Deputados, em 17-11-1900. Recrudescer o combate na imprensa e acendem-se os debates parlamentares. Longa seria a enumeração das marchas e contra-marchas na Câmara dos Deputados e depois no Senado da República.

Neste passo há que se destacar, pelo menos, dois exemplos, dentre muitos, que denotam o espírito avançado de CLÓVIS BEVILAQUA e a cegueira do combate que se lhe deu. Transcrevendo-se, para maior fidelidade:

“Mas certos dispositivos, que, melhor accentuavam a feição liberal do Projecto, desapareceram ou foram modificados.”

“Na parte geral, art. 6.º, se fazia a declaração de que a mulher, juridicamente igual ao homem, nas relações civis não perdia a sua capacidade pelo matrimônio, que, se é a sua dignificação social, não pôde ser degradação jurídica.” — (CLÓVIS BEVILAQUA — in *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil — Comentários* — ed. Histórica — Ed. Rio, 1979, p. 28).

E ainda:

“O reconhecimento dos filhos ilegítimos de qualquer espécie e a investigação de paternidade, com as necessárias cautelas, eram conquistas da ética e do altruísmo, a que adherira a Comissão revisora. Foi o Congresso que se repeliu, não reparando que esse direito da hipocrisia, em vez de resguardar a paz e a dignidade da família, é um mal que deteriora os tecidos da célula social.” (Idem, p. 30.)

Para felicidade nossa, RUI BARBOSA, por fim, reconheceu o grande mérito jurídico do Projeto CLOVIS BEVILAQUA e emprestou-lhe, como Senador, na redação final, significativa colaboração (embora duramente criticada por Carneiro Ribeiro), com a roupagem literária que ornamentou o grande diploma legal. Tornou-se, em razão disso, um monumento da

cultura brasileira, admirado em todo o mundo civilizado, o Código Civil constante da Lei n.º 3.071, de 1.º-1-1916.

Claro que o Código, como qualquer diploma legal, não pode ficar imune às transformações sociais, nem mumificado, intocável, para sempre. Tem que acompanhar a evolução da sociedade. E para isso a obra de CLÓVIS BEVILAQUA foi cientificamente estruturada de tal forma que o desenvolvimento das relações jurídicas a qualquer tempo poderá ser inserido em seu bem posto organismo legislativo. Basta, para exemplificar, o Estatuto da Mulher Casada — Lei n.º 4.121, de 1962, com uma verdadeira revolução no Direito de Família que não mutilou o Código, antes, pelo contrário, deu-lhe revitalização aplaudida por todos os cultores do Direito brasileiro.

Em 1941 surgiu a idéia de Código das Obrigações, tentando desmembrar esta parte do Código Civil. Daí o anteprojeto apresentado por Comissão composta dos professores Orosimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, que não prosperou. Em 1963 o Professor Orlando Gomes apresenta seu anteprojeto de Código Civil, que após revisão levada a efeito pelo mesmo Orlando Gomes, além de Orosimbo Nonato e Caio Mario da Silva Pereira, levada a efeito em 1964, toma nova feição. Ainda em 1965 surge o Anteprojeto de Código das Obrigações, de autoria de Caio Mario da Silva Pereira e em 1964 o de Sylvio Marcondes e Theophilo de Azeredo Santos. O Governo Castello Branco envia ao Congresso dois projetos em 1965 — um para substituir o Código Civil, que tomou o n.º 3.263, e outro de Código das Obrigações, de n.º 3.264, retirados pelo próprio Chefe do Poder Executivo nos anos de 1966 e 1967, respectivamente, em face da forte oposição dos estudiosos. Prevalcendo o entendimento da unificação da matéria, Comissão chefiada por Miguel Reale e composta de: José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Vianna Chamoun, Clóvis Couto e Silva e Torquato de Castro oferece um Anteprojeto de Código Civil, em 1972.

Esse anteprojeto foi revisto pela mesma Comissão em 1975, e resultou no Projeto n.º 634-B, de 1975.

Dez anos depois, no dia 9 de maio de 1984 esse projeto foi declarado aprovado pela Mesa da Câmara dos Deputados, em processo de votação de lideranças partidárias, votação simbólica, na presença de 34 deputados somente. Um final melancólico para um empreendimento de tal magnitude. Processo legislativo esse acoimado de inconstitucional, na época, pela falta do quorum exigido que seria de 240 deputados, segundo denuncia JOSÉ PAULO CAVALCANTI *apud* *Contra a Substituição do Código Civil* — OAB/PE — Cadernos n.º 4.

Mais 7 anos se passaram e o Senado não deu andamento ao malfadado projeto que ali tem o n.º 118, de 1984. Ainda bem, pois em 5 de outubro

de 1988 foi promulgada a nova Constituição Federal que dispõe em sentido contrário a muitos dos seus dispositivos, desarticulando e desautorizando irremediavelmente tal projeto.

### III — *Direito Comparado*

Sobre a ancianidade do nosso Código Civil tão alegada pelos que o querem destruir fala irresponsavelmente o direito positivo de vários povos, dos mais cultos do mundo contemporâneo. A começar do *Code Civile*, orgulho nacional da França em vigor desde 1804 e que ninguém tem a pretensão de substituir. O BGB alemão, também do século passado, e que com aquele, serviu como o grande modelo do nosso, está aí, firmemente vigendo, sobrepairando a todos os vendavais políticos, inclusive devastadoras guerras mundiais, e, por último, a separação e a reunificação da República da Alemanha. O Código Civil da Argentina, inspirado no *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, antecedeu o nosso e já é mais que centenário. O da Espanha que é o do ano de 1889, com todas as vicissitudes daquele grande povo. E, para não alongar, os países latino-americanos, com todos os percalços da crônica instabilidade política, conservam os seus longevos códigos como segurança jurídica dos seus povos, adaptando-os às novas situações sociais de cada época.

### IV — *Críticas ao mérito do Projeto*

Toma-se aqui, como expressão síntese das críticas negativas sobre o conteúdo do Projeto n.º 634-B, de 1975, da Câmara e 118, de 1984, do Senado, o pronunciamento do jurista JOSÉ PAULO CAVALCANTI, na obra citada.

Deixando-se de lado a arguição de inconstitucionalidade daquela aprovação simbólica da Câmara dos Deputados, que ultraja a dignidade científica do Código Civil que pretensiosamente visa a *ab-rogar*, leva-se em consideração a seriedade doutrinária da exposição de CAVALCANTI por ser em quase totalidade irretrucável. Tome-se-lhe, por empréstimo, algumas, poucas, dentre as muitas apreciações sobre erros e inconveniências legislativas e jurídicas do Projeto impugnado:

1.º — a utilização, em larga escala, de *normas jurídicas elásticas, redigidas em branco*, por darem aos juízes as tarefas de completá-las, numa revivescência da Escola de Direito Livre, de há muito sepultada nos escombros do nazismo;

2.º — outro erro de política jurídica está no art. 462 do Projeto, que deixando de exigir a forma definitiva nos contratos preliminares, pereniza a improvisação;

3.º — a omissão, no art. 548, da *renúncia* na doação;

4.º — a exigência, no art. 661, de poderes expressos e especiais para hipotecas e transações, renúncias, e que deveriam ser exigidos os especiais para atos de alienação gratuita, enquanto deveriam ser apenas expressos nas hipotecas;

5.º — **inexigência**, no § 1.º do art. 670, de poderes *expressos e especiais* para atos de renúncia;

6.º — **inexigência**, no art. 1.874, de computação de *renúncias* no cálculo da parte disponível;

7.º — a justificação de motivos, no art. 1.875, bem como a indefinição de cautela *sociana*;

8.º — a não-inclusão de normas existentes em vários códigos estrangeiros e outras ainda inexistentes no Direito Comparado, mas sugeridas por ele, CAVALCANTI, a respeito de inovações que dariam caráter mais atualizado ao diploma projetado;

9.º — a falta, no art. 1.202, de definição dos efeitos da culpa sobre a boa-fé e a dúvida diante da boa-fé e da má-fé.

Levanta, além dos erros de política legislativa supramencionados, erros, ainda, de natureza conceitual e de linguagem, dentre os quais se podem destacar: arts. 47, 78, 120, 693, *usque* 709, 1.206, II, 1.418, 1.808, 1.828, § 2.º. Repita-se: são apenas alguns exemplos trazidos à baila para demonstrar a impropriedade do projeto, questões doutrinárias e vernaculares.

Isto bem antes da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988.

#### V — *Superveniência de inconstitucionalidade do Projeto*

Com o advento da Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 sobreveio a inviabilização do Projeto n.º 654-B, originário da Câmara dos Deputados atualmente em tramitação no Senado Federal sob o n.º 118, de 1984.

A nova Carta Magna produziu alterações de muita importância no campo do direito privado. Transformações profundas que modificam o Direito de Família, das Coisas, das Obrigações, das Sucessões, com preceitos gravemente inovadores. Tanto que, muitas disposições do PROJETO, se, por displicência dos senadores, passassem, sem mais nem menos, a ser letra de lei, seriam normas *natimortas*. Sem eficácia, por contrariarem a Lei Maior ora vigente no país.

Pretende-se, neste ligeiro trabalho, fazer um levantamento dos dispositivos projetados considerados inconstitucionais atualmente, por exemplo:

“Art. 1.º — Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.”

**Crítica:** repetindo literalmente o Código atual, deixa de contemplar a menção expressa que a Constituição faz, explicitando a isonomia homem x mulher:

“Art. 5.º — Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes:

I — homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”

**Transcreve-se:**

“A Constituição de 1988 elidiu toda e qualquer dúvida, eliminando controvérsias a respeito da isonomia expressa e especificamente determinada entre os sexos.” (TAVARES, José de Farias — *idem*, p. 7).

**PROJETO:**

“Art. 4.º — São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

.....

Parágrafo único — A capacidade dos silvícolas será regulada por legislação especial.”

**Crítica:**

**Transcreve-se:**

“Superando isso, a Constituição, que derroga as regras conflitantes, confere ao índio *in persona*, a *legitimatío ad causam* de que tratam os processualistas.” (TAVARES, José de Faria — *op. cit.*, p. 18.)

**Diz a Constituição:**

“Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa dos seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.”

Razão por que o enunciado do dispositivo do Projeto está capenga.

**PROJETO:**

“Art. 10. Far-se-á averbação em registro público:

I — das sentenças que decretarem a nulidade ou a anulação do casamento, a separação judicial e o restabelecimento da sociedade conjugal.”

Crítica: omissão da referência ao divórcio, que é o instituto constitucional (cf. art. 226, § 6.º).

II — das sentenças que julgarem ilegítimos os filhos concebidos na constância do casamento, e as que declararem a filiação legítima.

III — Dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem filiação ilegítima.

Crítica: A referência à ilegitimidade de filhos é frontalmente inconstitucional:

“Legitimidade e ilegitimidade são discriminações do estado de filiação hoje vedadas peremptoriamente pela Constituição (cf. art. 227, § 6.º)”. (TAVARES, José de Farias — *op. cit.*, p. 44).

#### PROJETO:

“Art. 10. ....

IV — Dos atos judiciais ou extrajudiciais de adoção ou que a dissolverem.”

Crítica: Fere o disposto no § 6.º do art. 227 da Constituição Federal:

“Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação;”.

Ora, se não mais se há de cogitar de filhos legítimos, ilegítimos, adotivos, mas, de, simplesmente FILHOS, sem sinal distintivo da origem da filiação, a averbação está proibida. Note-se que a adoção regulada no Estatuto da Criança e do Adolescente — Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, segundo o seu art. 48, é irrevogável, portanto, não se pode dissolver.

Projeto: Arts. 1.259 a 1.244 — Trata do usucapião.

Crítica: Toda a Seção I do Capítulo II do Título , do Livro , está prejudicada pelas disposições constitucionais que instituem novas formas de usucapião:

Constituição Federal:

“Art. 185. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou



de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1.º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2.º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3.º — Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

“Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

#### PROJETO:

“Art. 1.471. Podem ser objeto de hipoteca:

I — os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles.”

A Constituição inscreveu, dentre os direitos fundamentais, a salvaguarda da impenhorabilidade da pequena propriedade rural.

#### Constituição Federal:

“Art. 5.º — .....

XXVI — a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;”.

**Crítica:** Se a propriedade é isenta da medida processual coercitiva da penhora, obviamente não poderá ser hipotecada, pois a hipoteca pode levar à execução forçada, no caso de inadimplência, e na hipótese de débito contraído com a finalidade de aplicação naquele tipo de propriedade, esbarrará na barreira constitucional que diz ser aquela um bem, em tais circunstâncias, impenhorável. Sob o título de *Disponibilidade relativa*, vê-se:

“Dívidas de outras espécies podem, entretanto, ser cobradas judicialmente, através de penhora. Obrigações por culpa aquiliana, ou contratual, de *dar, fazer* ou *não fazer*.

Exceção única do débito proveniente de empréstimos captatório de recursos destinados às operações produtivas, próprias da economia rural, esta sim, que não pode ser exigida em penhora. O que acresce ao elenco dos bens impenhoráveis — art. 649 do Código de Processo Civil. Se a cobrança judicial não pode recair sobre imóvel que a Constituição declara imune à penhora, este, obviamente, não pode ser objeto de garantia real.” (TAVARES, José de Farias — *ibidem*, p. 135.)

#### PROJETO:

“Art. 1.509. O casamento estabelece a comunhão plena de vida, com base na igualdade dos cônjuges, e institui a família legítima.”

Crítica: Pelos mesmos motivos acima apontados, em face do § 6.º do art. 227 da Constituição Federal, se os filhos não mais serão discriminados entre *legítimos* x *ilegítimos*, não há como se falar em família legítima. A própria Constituição no Capítulo dedicado à FAMÍLIA, fala no casamento sem vinculá-lo à legitimidade (cf. art. 226, chegando mesmo no § 3.º do art. 226, a reconhecer a figura da ENTIDADE FAMILIAR, fundada simplesmente na UNIÃO ESTÁVEL ENTRE O HOMEM E A MULHER. Descabe, assim, a caracterização de legítima, a ser dada à família constituída pelo casamento, pelo que o PROJETO, com tal preceito, contraria a Lei Maior.

#### PROJETO:

“Art. 1.514. O homem com dezoito anos e a mulher com dezesseis podem casar, mas, para o casamento dos menores de vinte e um anos, é mister a autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais.”

Crítica: Mais uma vez o PROJETO fere o princípio constitucional da isonomia plena e explícita homem x mulher (cf. art. 5.º, I). Vê-se:

“Ora, como a mulher tem o direito de casar logo ultrapasse os 16 (dezesseis) anos de idade, justo é que o homem também o tenha, não sendo de equidade, pelo menos, que se negue a este, na faixa etária (16/18) anos o que se concede àquela.” (TAVARES, José Farias — *ibidem*, p. 32.)

#### PROJETO:

“Art. 1.517. Será permitido o casamento de menor incapaz (art. 1.514) para evitar imposição ou cumprimento de

pena criminal, ou para resguardo da honra da mulher, que não atingiu a maioridade. Nesses casos, o juiz poderá ordenar a separação de corpos, até que os cônjuges alcancem a idade legal.”

Crítica:

Traz-se à colocação:

“Ora, como o agente do crime de tal natureza, é sempre o homem, sendo vítima a mulher, é fácil concluir-se que em sendo esse homem menor de 18 anos, não se lhe pode impingir penalidade criminal.” (TAVARES, José de Farias — *op. cit.*, p. 41.)

Sobreveio a Constituição que declara:

“Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”

A legislação especial prevista na Lei Maior é o Estatuto da Criança e do Adolescente — Lei n.º 8.069, de 13-7-1990:

“Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta lei.”

PROJETO:

“Art. 1.518. Não podem casar:

I — os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, natural ou civil;

II — os afins em linha reta;

III — o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem foi cônjuge do adotante;

IV — os irmãos legítimos ou ilegítimos, germanos ou não, e os colaterais legítimos ou ilegítimos, até o terceiro grau, inclusive;

V — o adotado com o filho do adotante.”

Crítica: A questão da *legitimidade x ilegitimidade* supra-analisada não mais tem cabimento em face da norma constitucional (cf. art. 227, § 6.º), proibitiva de designações discriminatórias da filiação. Pois, se não há filhos *legítimos* nem *ilegítimos*, mas, tão-somente *filhos*, os demais parentes não têm mais como serem diferenciados. Quanto à relação *adotante x adotado*,

pelo mesmo princípio da isonomia filial, perdeu a razão de ser. Tudo como antes foi exposto.

#### PROJETO:

“Art. 1.544. Quando a prova da celebração legal do casamento resultar de processo judicial, a inscrição da sentença no livro de Registro Civil produzirá, assim no que toca aos cônjuges, como no que respeita aos filhos, todos os efeitos civis desde a data do casamento.”

Crítica:

Transcreve-se:

“Agora, com a disposição da Constituição constante do art. 227, § 6.º, indiferente é à ordem jurídica a condição de filho legítimo ou não ou mesmo adotivo.” (TAVARES, José de Farias *op. cit.*, p. 38.)

Pelo que, havido ou não da relação do casamento, para o estado de filho este é irrelevante.

#### PROJETO:

“Art. 1.551. A anulação do casamento da menor de dezesseis anos, ou do menor de dezoito anos, será requerida.”

Crítica: Antes já foi exposta a razão da inconstitucionalidade do dispositivo projetado em face da isonomia *homem x mulher* garantida no art. 5.º, inciso I da Carta de 1988. Nenhuma diferenciação pode mais ser estabelecida, pois o menor de dezoito anos maior de dezesseis, tanto homem como mulher poderá casar, ou, simplesmente: se a mulher, logo que ultrapassar os 16 anos pode casar, o homem da mesma idade igualmente poderá fazê-lo:

#### PROJETO:

“Art. 1.559 — .....

§ 1.º Extingue-se, em seis meses, o direito de anular o casamento da menor de dezesseis anos e do menor de dezoito.”

Crítica: Pelas mesmas razões acima expostas, o dispositivo será inconstitucional, violador do princípio da isonomia *homem x mulher*.

**PROJETO:**

“Art. 1.560. A anulação do casamento não obsta a legitimidade do filho concebido ou havido antes ou na constância do casamento.”

**Crítica:** Como já exposto, é irrelevante o casamento para o estado de filiação; é constitucionalmente proibida a discriminatória.

**PROJETO:**

“Art. 1.561 — .....

§ 1.º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos só a ele e aos filhos aproveitarão.”

**Crítica:** Já se explicou por que o casamento é irrelevante para os filhos. Então tal dispositivo é discriminatório, portanto, inconstitucional.

“§ 2.º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seu efeitos só aos filhos aproveitarão.”

**Crítica:** A mesma oferecida ao § 1.º

**PROJETO:**

“Art. 1.567. Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos.”

**Crítica:** Novamente a irrelevância do casamento com relação aos filhos dá na inconstitucionalidade do dispositivo projetado porque discriminatório, nos termos antes expostos.

**PROJETO:**

“Art. 1.569. A direção da sociedade conjugal será exercida em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.”

**Crítica:** Também prejudicado o dispositivo em face da Constituição Federal, art. 226, § 5.º, que diz:

“Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

Desaparecendo a chefia da sociedade conjugal, desaparece a colaboração à tal chefia, evidentemente, e a co-participação da mulher em nada se parece com colaboração, pois não é supletiva, nem acessória.

**PROJETO:**

“Art. 1.572 — .....

Parágrafo único — A mulher, querendo, assume o nome patronímico do marido.”

Crítica: Fere a isonomia já estudada estabelecida na Constituição, art. 5.º I e 226, § 5.º, pois não dá ao homem a mesma oportunidade.

**PROJETO:**

“Art. 1.575 — Se qualquer dos cônjuges estiver em lugar remoto ou não sabido, encarcerado por mais de seis meses, ou interditado judicialmente, o outro exercerá a direção da família, cabendo-lhe a administração dos bens.”

Crítica: Desaparecendo como desapareceu, por força da Constituição (arts. 5.º I e 226, § 5.º) a chefia da família, o dispositivo seria contrário à *Lex Maxima*.

**PROJETO:**

“Art. 1.582 — A mulher condenada na ação de separação judicial perde o direito de usar o nome do marido.”

Crítica: Este artigo projetado e seus parágrafos deixarão de existir por não ter cabimento o parágrafo único do art. 1.572 (também do Projeto), em face da isonomia *homem x mulher* já estudada.

**PROJETO:**

“Art. 1.584 — Não se decretará o divórcio se ainda não houver sentença definitiva de separação judicial, ou se esta não tiver decidido sobre a partilha dos bens.

Art. 1.585 — A conversão em divórcio da separação dos cônjuges, existente há mais de três anos, contada da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente,

será decretada por sentença, da qual não se fará referência à causa que a determinou.”

Diz a Constituição:

“Art. 226 — .....

§ 6.º — O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.”

Crítica: Por se conflitarem os dois textos, o Maior revogaria o infra-constitucional que seria, assim, natimorto.

PROJETO:

“Art. 1.597 — O parentesco é legítimo ou ilegítimo, segundo procede, ou não, de casamento; natural ou civil, conforme resulte de consaguinidade, ou de adoção.”

Crítica: Sobre a questão *legitimidade x ilegitimidade* e ainda a *adoção*, os reparos anteriores são aplicáveis ao artigo projetado em análise, que é, pelos mesmos motivos, inconstitucional.

PROJETO:

“Art. 1.601 — A adoção restrita somente estabelece parentesco civil entre o adotante e o adotado.”

Crítica: Fulmina o preceito o § 6.º do art. 227 da Constituição Federal, como já foi amplamente estudado. Ora, se não pode haver qualquer distinção entre os filhos, mesmo adotivos, razão alguma haveria de se admitir norma como a projetada, visceralmente contrária à Constituição.

PROJETO — Arts. 1.602 a 1.617, 1.621 a 1.635 e 1.636 *usque* 1.658.

Crítica: Por tratarem da filiação legítima, da legitimação, dos filhos ilegítimos, da adoção e do pátrio poder consideram-se irremediavelmente prejudicados em conjunto, pelas razões da isonomia filial que a Carta Magna estabelece no art. 227, § 6.º, segundo argumentos reiterados até aqui. Só aí está um motivo de proclamar-se inviável o Projeto do pretendido novo Código Civil.

PROJETO:

“Art. 1.721 — Excluem-se assim do usufruto como da administração dos pais:

I — Os bens adquiridos pelo filho ilegítimo, antes do reconhecimento.”

Crítica: Vê-se a impossibilidade de distinguir-se filhos legítimos e ilegítimos, as apreciações anteriores que se aplicam à hipótese.

PROJETO:

“Art. 1.760 — Podem escusar-se da tutela:

I — As mulheres casadas.”

Crítica: O privilégio feminino de escusar-se da tutela tornou-se incabível em face da isonomia *homem x mulher*, por força da Constituição Federal, art. 5.º, I, como já se viu.

PROJETO:

“Art. 1.787 — Cessa a condição de tutelado:

I — .....

II — Caindo o menor sob o pátrio poder, no caso de legitimação, reconhecimento ou adoção.”

Crítica: Já foi visto que a *legitimação* não tem mais cabimento face à proibição constitucional de designações discriminatórias de filhos de quaisquer condições. Desaparecendo essa figura desaparece a validade constitucional do inciso ora analisado.

No campo do Direito das Sucessões a isonomia filial proclamada na Constituição, art. 227, § 6.º, como visto, determina a ineficácia de várias normas do Projeto:

PROJETO:

Art. 1.858 — *usque* 1.862: regulando relações sucessórias com filhos adotivos.

Crítica: As mesmas considerações já dispendidas a respeito da isonomia filial (cf. art. 227, § 6.º), que faz desaparecer a diferenciação e proíbe qualquer referência discriminatória.



Note-se que as críticas ficaram limitadas a apenas alguns dos dispositivos do Projeto de Código Civil que se revelam inviáveis em decorrência da nova Constituição brasileira.

## VI — *Conclusões*

1 — O Projeto n.º 634-B, originário da Câmara dos Deputados e que se encontra no Senado Federal sob n.º 118, de 1984, em processo legislativo, tornou-se absolutamente inviável pela superveniência da Constituição Federal de 1988 que, ao dispor sobre o direito privado de modo contrário, em muitas hipóteses, ao PROJETO, proíbe a norma infraconstitucional *de lege ferenda*.

2 — Os senadores da República não podem aprovar o PROJETO tal qual foi posto pela Câmara dos Deputados, em face dos vícios de inconstitucionalidade, que são insanáveis.

3 — Emendar o Projeto para adequá-lo à nova Constituição seria uma tarefa despropositada, já pelo volume do trabalho numa casa legislativa assoberbada com gravíssimos e urgentíssimos problemas nacionais, já pela impertinência estéril, de nenhuma vantagem científica e sem conveniência social.

4 — A solução plausível é a rejeição pura e simples do PROJETO, remetendo-o ao arquivo.

5 — Em seu lugar, sugere-se a elaboração de um simples projeto de lei, tão-somente, alterando o texto do atual Código Civil, Lei n.º 3.071, de 1.º-1-1916 — adaptando-o à nova ordem constitucional, preservando-se o monumento legislativo que orgulha o Brasil.

## VII — *Bibliografia*

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Comentários* — Ed. Histórica — Ed. Rio, 1979.

CAVALCANTI, José Paulo. *Contra a Substituição do Código Civil*. Ed. OAB/PE, Cadernos Nº 4 — Recife, 1989.

MEIRA, Silvio. *Clóvis Bevilacqua. Sua Vida, Sua Obra*. Ed. Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 1990.

RANGEL, Leyla Castello Branco. Coordenadora. *Código Civil — Anteprojetos* — 5 volumes — Ed. Subsecretaria de Edições Técnicas — Senado Federal — Brasília, 1989.

TAVARES, José de Farias. *O Código Civil e a Nova Constituição*. Ed. Forense, Rio, 1990.

# A Admissibilidade do Recurso Especial

MIGUEL ÂNGELO BARROS DA SILVA  
Professor de Processo Civil no Centro de  
Ensino Unificado de Brasília — CEUB e do  
Curso de Pós-Graduação do ICAT/AEUDF.  
Assessor de Ministro no Superior Tribunal  
de Justiça

A nova ordem constitucional, inaugurada em outubro de 1988, introduziu no cenário processual um novo recurso, denominando-o de recurso especial (CF, art. 105, III).

Bem examinado, o novo remédio impugnativo se afigura como modulação do recurso extraordinário, permanecendo este recurso extremo com o nome tradicional e restrito à temática constitucional.

A natureza extraordinária do recurso especial tem sido reiteradamente accentuada pelos juristas e magistrados que dele cuidam,<sup>1</sup> nomeadamente

---

1 "... O recurso especial, em suma, nada mais é do que o recurso extraordinário antes julgado pelo Supremo Tribunal Federal, com exclusão do seu bojo da matéria constitucional". ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, "Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça", in *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 49.

"Trata-se de modalidade de recurso extraordinário *lato sensu*...". SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, in *O Recurso Especial e o Superior Tribunal de Justiça*, *op. cit.*, p. 69.

"Ambos os recursos, extraordinário e especial, integram a classe dos recursos extraordinários..." SÉRGIO BERMUDEZ, in *O procedimento dos recursos extraordinário e especial no juízo recorrido*, *op. cit.*, p. 197.

"Mas o recurso especial restaurou a antiga estrutura do recurso extraordinário, embora esse com aquele rótulo e com órgão julgador diferente." ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, in *Recurso extraordinário e especial*, *op. cit.*, p. 142.

"... Ao lado do recurso extraordinário, existe hoje o recurso especial, ambos com a função de tutelar a autoridade e a unidade do direito federal." PAULO ROBERTO SARAIVA DA COSTA LEITE, in *Recurso especial: admissibilidade e procedimento*, *op. cit.*, p. 191.

te o Ministro ATHOS GUSMÃO CARNEIRO que, tanto em sede doutrinária, quanto nos votos que profere no Superior Tribunal de Justiça, tem sublinhado que “o recurso especial extraordinário é.”<sup>2</sup>

Na dicção do processualista:

“Como idéia básica, está a de que o recurso especial é um recurso extraordinário, e, assim, lhe são aplicáveis, via de regra, as construções doutrinárias e jurisprudenciais sobre a natureza, finalidade e admissibilidade do recurso extraordinário.”<sup>3</sup>

Posta em evidência a sua natureza excepcional, não seria exagero afirmar-se que o seu manejo não colima, imediatamente, a Justiça para a parte no caso concreto.<sup>4</sup> Esse desiderato deve ser alcançado no exercício do duplo grau de jurisdição, nas instâncias ordinárias.<sup>5</sup>

2 “... modalidade que é do recurso extraordinário...” Resp. 1.619-RJ, DJU 18-12-89 — “... baixa dos autos à origem para a apreciação fundamentada dos pressupostos específicos de admissibilidade do recurso especial, *QUE EXTRAORDINARIO É*” — grifou-se, Resp. 2.576-RJ, DJU 15-6-90. E consignando exatamente essa expressão, dentre inúmeros, os Recursos Especiais: 444-RJ, DJU 15-10-90; 1.882-RJ, DJU 28-3-90; 1.982-SP, DJU 2-4-90; 2.343, DJU 6-8-90; 2.814-MT, DJU 6-8-90 e 4.214-SP, DJU 22-10-90.

3 “Anotações sobre o Recurso Especial”, in *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, SP, Saraiva, 1991, p. 109.

4 CANDIDO RANGEL DINAMARCO, fiel ao pensamento esposado em obra lapidar (*A instrumentalidade do processo*, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 2ª ed. 1987), insurge-se com veemência contra a *indiferença ético-deontológica* do recurso extraordinário — e, agora, do recurso especial —, acentuando, forte em KAZUO WATANABE, que “todo esse contexto de garantias está aí posto pela Constituição como penhor da franquia do *acesso à Justiça*, que representa o anseio mais elevado de todo o sistema processual, dos seus criadores, dos seus operadores e sobretudo dos consumidores do serviço jurisdicional. *Acesso à Justiça* é, na palavra de agudo pensador pátrio, *acesso à ordem jurídica justa*, ou seja, abertura de caminhos para obter soluções justas para conflitos e eliminação de estados de insatisfação — justas porque conformes com os padrões éticos e sociais da Nação. Não haveria por que destacar um instituto processual como o recurso extraordinário, e isolá-lo desse contexto. A idéia de que ele tem só a missão de preservar o ordenamento jurídico federal constitui, afinal, reflexo de uma premissa de maior espectro que é a da suposta indiferença ética do sistema processual. Quando passamos a pensar no processo como instrumento ético a serviço da justiça e pacificação, e não apenas meio técnico de atuação da lei, chegamos à negação daquele confinamento técnico jurídico do recurso extraordinário” “Superior Tribunal de Justiça e acesso à ordem jurídica justa”, in *Recursos no Superior Tribunal de Justiça* — SP, Saraiva, 1991, pp. 250/251. O argumento é, a toda as luzes, irresponsável.

5 “A instância ordinária se exaure com a última decisão expedida pelo Tribunal no Segundo Grau de Jurisdição, instância em que se discute e se examina a causa em toda plenitude. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, segundo a ordem jurídico-institucional vigente, não são Tribunais de Terceira Instância, mas Tribunais Especiais, sob a perspectiva ora tratada, destinados a exercer o controle da constitucionalidade e da legalidade do julgado proferido na instância inferior” — Resp. 1.598 — CE, Rel. Ministro TORREAO BRAZ, DJU 27-4-90.

Os objetivos primordiais do novel instituto são, antes, a garantia da integridade do direito federal e a harmonia da jurisprudência nacional, servindo o direito da parte, pretensamente violado pela decisão recorrida, como instrumento hábil a acessar a extraordinária instância.

Com inteira propriedade, e lastro em doutrina de ponta, assevera o Ministro CLÁUDIO SANTOS:

“A primeira dessas finalidades é, portanto, a defesa do direito objetivo e a unificação da Jurisprudência, como ensina Piero Calamandrei, em sua celebérrima obra *A cassação civil*. É a correta aplicação da lei nas decisões judiciais, com a qual se busca a segurança jurídica e a igualdade dos cidadãos diante da lei, assim como a defesa da supremacia do órgão legislativo, consoante a visão do mestre italiano. A função decorrente desse objetivo define o caráter político do recurso e sua natureza constitucional, de acordo com as observações de Enrique Vescovi, e essa mesma função é chamada de *função nomofilática* — (*nomofilaquia* em italiano), palavra derivada dos vocábulos gregos *nomos* e *phyllasso*, que significam respectivamente, lei e guarda, em vernáculo.”<sup>6</sup>

Feita essa colocação inicial, impende analisar, quanto à admissibilidade do recurso, se há alteração substancial ou discrepância de monta em relação ao recurso extraordinário, do qual deriva e de cuja natureza jurídica ainda participa. Ao fim e ao cabo se constata que, em verdade, não.

Para efeitos didáticos, é conveniente abordar o assunto tendo em mira as duas oportunidades processuais em que ele ocorre: o *juízo de admissibilidade*, efetuado no Tribunal de origem pelo seu presidente (ou a pessoa designada no Regimento Interno), e o *exame do cabimento*, efetuado pelo Ministro relator e pela Turma Julgadora do Superior Tribunal de Justiça.

À semelhança do que ocorria (e ainda ocorre) com o recurso extraordinário, o recurso especial é interposto perante o Presidente do Tribunal *a quo*, onde se exerce o juízo de admissibilidade do apelo raro (Lei n.º 8.038, de 28 maio de 1990, art. 26).

Consiste tal exame na verificação do preenchimento dos requisitos necessários para se ascender ao patamar excepcional. Daí decorre que, em princípio, deveria cingir-se à constatação da ocorrência dos pressupostos genéricos dos recursos (sucumbência, interesse, tempestividade, adequação, preparo e regularidade procedimental), além de indicação das hipó-

---

<sup>6</sup> FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS, “Recurso especial — visão geral”, in *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, SP, Saraiva, 1991, p. 194.

teses constitucionais específicas de cabimento do recurso (ofensa direta ou indireta da norma federal e/ou dissídio jurisprudencial).

Esta a opinião de BARBOSA MOREIRA, que, ainda escrevendo sob a ótica da ordem constitucional precedente, preleciona:

“Não compete ao Presidente examinar o mérito do recurso extraordinário, nem lhe é lícito indeferi-lo por entender que o recorrente não tem razão: estaria, ao fazê-lo, usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal. Toca-lhe, porém, apreciar todos os aspectos de admissibilidade do recurso...”<sup>7</sup>

Em idêntico sentido SÉRGIO BERMUDEZ (com apoio em MATOS PEIXOTO, JOSÉ AFONSO DA SILVA e ENRICO TULLIO LIEBMAN) incisivamente sustenta:

“Permitir que o Presidente do Tribunal *a quo* aprecie a legitimidade dos pressupostos de provimento do recurso é condescender com a usurpação da competência do Supremo (leia-se, hoje, do Superior Tribunal de Justiça) pela justiça de segundo grau. A lei torna o Presidente competente apenas para *admitir* o recurso. Incumbe-lhe, pois, tão-somente, emitir julgamento acerca da admissibilidade do apelo, sob pena de completa desnaturação da função do extraordinário.”<sup>8</sup>

Merece, ainda, registro a autorizada opinião de JOSÉ AFONSO DA SILVA que, em obra clássica sobre o recurso extraordinário, após analisar minudentemente a questão, colacionando julgados do Excelso Pretório e as respeitáveis considerações de ALCIDES DE MENDONÇA LIMA e LOPES DA COSTA, pontifica:

“Podemos, assim, concluir que a competência do juízo *a quo* do Recurso Extraordinário deve limitar-se, legitimamente, à verificação daquilo que chamamos de “condições de admissibilidade” do julgamento do mérito do recurso, ou seja: *a*) das condições de admissibilidade do recurso (cabimento, legitimação, interesse); *b*) dos pressupostos procedimentais do recurso (capacidade de parte, competência do órgão a que é dirigido, tempestividade, formalidade, fundamentação, *juz postulandi*); *c*) das condições de procedibilidade do recurso, naquilo que essas condições já se demonstram na própria interposição do remédio.” E conclui: “Se

---

<sup>7</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 5ª ed., RJ, Forense, 1985, nº 327, p. 597.

<sup>8</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, SP, Ed. Revista dos Tribunais, 1975, nº 245, p. 280.

todos esses pressupostos foram satisfeitos, não pode o juízo *a quo* negar-lhe seguimento.”<sup>9</sup>

Todavia, na realidade forense assim não ocorre. No juízo de admissibilidade se tangencia (quando não se invade efetivamente) o mérito da decisão recorrida, exercendo-se quase que um novo julgamento da causa, em face da impugnação apresentada pelo recorrente (conforme a grita de expressiva parcela da classe dos advogados).

Quando da realização do I Encontro dos Presidentes dos Tribunais de Justiça, patrocinado pelo Superior Tribunal de Justiça, em sua sede, em outubro de 1990, essa delicada (e controvertida) questão veio à baila, de modo explícito, suscitada pela voz do representante do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Desembargador JOSÉ FERNANDES FILHO,<sup>10</sup> ao conferencista, Ministro ATHOS CARNEIRO. Naquela oportunidade foi acentuado pelo eminente expositor que o exame acurado, profundo, exaustivo, pleno de fundamentação — em suma, no limiar do enfrentamento do próprio mérito — era o procedimento correto, cuja adoção pelos demais participantes do evento, expressamente se “aconselhava”.

O fundamento para tal recomendação reside no fato de que no juízo de admissibilidade se realiza (ou devia se realizar) uma *análise axiológica* do cabimento do recurso, para a qual é imprescindível um exame abrangente e bem fundamentado, tendo em mira que a adequação do apelo se acha qualificada por um *plus* de índole constitucional: o enquadramento nas hipóteses do inciso III do art. 105 da Carta Política.

A justificativa acode a razões lógicas, mas cumpre agregar-lhe, ainda, uma outra, de caráter pragmático, antes preconizada para a admissão do recurso extraordinário, consoante se vê da seguinte passagem da decisão do Presidente do Tribunal de Alçada da Bahia, EUVALDO LUS, de 21-12-43, confirmado por unanimidade pelo Supremo, Rel. Ministro BARROS BARRETO — *DJ* 8-8-44, *verbis*:

“A finalidade desse diploma legal está, também, em remediar o grande inconveniente, até bem pouco verificado de ficar o Supremo Tribunal Federal sobrecarregado de trabalho judicial decorrente do mister de julgar se o caso concreto era ou não “caso de recurso extraordinário”, falando, eloqüentemente, a tal respeito, as estatísticas constantes de relatório do Excelentíssimo

---

9 *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*, SP, Ed. Revista dos Tribunais, 1963, nº 153, pp. 367, 368.

10 *Encontro de Presidentes de Tribunais — Anais*, Brasília, Superior Tribunal de Justiça, 1990, p. 65.

Sr. Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, que documentam notável desproporção entre a quantidade de recursos que não foram providos “por não ser caso” e a dos que “conhecidos”, o egrégio *ad quem* apreciou o mérito da respectiva demanda.”<sup>11</sup>

Sincronizado com tal orientação, JOÃO DEL NERO, enquanto Vice-Presidente do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em tese apresentada no IV Encontro de Tribunais de Alçada, realizado em Curitiba, em novembro de 1975, conclui:

I — O Presidente ou Vice-Presidente, ao deferir ou indeferir o recurso, portanto, age em termos de absoluta independência funcional, não de representação do Tribunal, e presta relevante subsídio, nessa apreciação prévia, minorando o notório excesso de serviço, existente no STF.

II — Esse “juízo prévio” do Presidente somente verifica se a alegação de violação da lei é “mais ou menos provável”; apenas facilita a “cognição plena” por parte do STF, que chegará à certeza (moral) sobre aquela.”<sup>12</sup>

O vetusto argumento permanece válido e extremamente útil no que concerne ao recurso especial, na medida em que se constata que o juízo de admissibilidade profundo inibe a interposição do agravo de instrumento, cabível da decisão denegatória (art. 28, Lei n.º 8.038/90), consistindo em eficiente *filtro processual*, permanecendo limitado o acesso à extraordinária instância aos casos mais significativos, quer quanto à controvérsia doutrinária e/ou jurisprudencial neles suscitada, quer quanto à relevância da temática para o direito federal.

Não fora isso, em breve tempo, inevitavelmente se atingiria o estrangulamento do Superior Tribunal de Justiça, mercê do acendrado número de processos submetidos ao seu exame, oriundos de todos os Tribunais do País, nos mesmos moldes do ocorrido com o recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal — de triste memória. Quanto ao ponto, afigura-se oportuno o registro do pensamento do Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, que vem sustentando a tese de que, sob pena de repetição do mesmo fenômeno asfixiante, vivenciado sob o pálio da ordem jurídica precedente, mister se faz uma corajosa reforma constitucional, restringindo-se prioritariamente os casos de cabimento do ape-

---

11 *Apud* JOSÉ DA SILVA PACHECO, in *op. cit.*, pp. 364/365.

12 “O Despacho motivado de admissão do Recurso Extraordinário”, *Revista dos Tribunais*, vol. 501, p. 13.

lo especial à hipótese de ocorrência de dissídio interpretativo entre Tribunais, prevista na alínea *c* do inciso III do artigo 105 da Constituição da República.<sup>13</sup> A idéia se nos afigura de inteira procedência, porquanto o prestígio e a predominância das decisões locais, daí decorrentes, culminaria por abreviar o *iter* procedimental das demandas, alcançando-se a almejada celeridade na entrega da prestação jurisdicional. De outra parte, em se desafogando os serviços do Superior Tribunal de Justiça, otimizar-se-ia o estudo de cada caso, intensificando o caráter de tribunal federal, pacificador e uniformizador da jurisprudência.<sup>14</sup>

Em face desta moldura, tolera-se a invasão do mérito da impugnação recursal como mecanismo de preservação e controle do fluxo dos feitos que devem (ou podem) ingressar na instância extraordinária.

MOURA ROCHA com precisão já anotou que,

“... além dos requisitos extrínsecos do recurso cabe ao Presidente do Tribunal de Justiça apreciar os requisitos intrínsecos. No exercício de suas atribuições, o Presidente do Tribunal de Justiça cumpre verdadeira transferência de competência, *iurisdictio delegada (op legis)*, ao apreciar apontados requisitos intrínsecos.”<sup>15</sup>

Ao que tudo indica, o atual procedimento constitui tendência a se solidificar em futuro próximo, com o compreensível beneplácito do Superior Tribunal de Justiça, prefigurado durante o I Encontro de Presidentes

---

13 Meditando mais sobre o tema, o eminente jurista tem cambiado seu pensamento para uma posição menos ortodoxa, no sentido de que, pelo menos algumas questões, de significativa importância jurídica e evidente repercussão junto à sociedade, deveriam ascender ao exame do Superior Tribunal de Justiça, no que pertine à ofensa ao direito federal (art. 105, III, alínea *a* da Carta Política), evoluindo da posição inicial em que somente as hipóteses da alínea *c* do permissivo constitucional deveriam merecer a atenção do Superior Tribunal de Justiça.

14 NELSON LUIZ PINTO, antecipando sugestão que formulará, em sede de tese de doutoramento, colima desafogar a instância excepcional através de profunda alteração no sistema de repartição de competência legislativa entre a União e os Estados-Membros, nos moldes do modelo vigente nos EEUU. A lucidez da proposta e o inegável talento de seu autor aumentam a ansiedade que o conhecimento integral da tese provoca.

15 “Sobre a admissão do recurso extraordinário pelo juízo *a quo*”, *Revista Forense*, vol. 267, p. 390.

16 Dentre vários julgados, confirmam-se:

“Processo Civil. Recurso Especial. Juízo de admissibilidade. 1. No sistema recursal brasileiro o efetivo controle da admissibilidade do recurso especial no  
(*Continua*)



de Tribunais de Justiça e visivelmente placitado em reiteradas decisões daquela Corte.<sup>16</sup>

De outra parte, o *exame do cabimento* do recurso especial ocorre, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como primeira etapa no julgamento do recurso, antes do desate do mérito, na orla do art. 257 do Regimento Interno daquela Corte, assim vazado:

“Art. 257 — No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.”

Tal análise envolve duas ordens de considerações. Por primeiro, os aspectos processuais do cabimento do recurso (adequação, tempestividade, regularidade procedimental, interesse e legitimação — dispensado o preparo, a teor do art. 112 — RISTJ). Ao depois, a adequação às hipóteses de cabimento do apelo, de índole constitucional, a saber, as alíneas *a* a *c* do inciso III do art. 105 da Carta Política

Neste quadro, examina-se, pela alínea *a*, se a decisão contraria frontalmente tratado ou lei federal, ou nega-lhe vigência.

A ofensa frontal, direta ou simplesmente vulneração da norma federal, seriam expressões suficientes para a explicitação da hipótese. Não obstante, o legislador constituinte optou por preservar a equívoca expressão “negar vigência”, alvo de inúmeras críticas ao tempo em que presidia o cabimento do recurso extraordinário.

Em rápido bosquejo doutrinário, no que pertine à negativa de vigência, encontra-se a respeitável voz de BARBOSA MOREIRA, para que o dispositivo “já desenha a hipótese de procedência” e não de cabimento (*Comentário ao Código de Processo Civil*, vol. V, RJ, Forense, 1985, n.º 319, p. 562), abandonado a “neutralidade axiológica” das demais hipóteses. De todo procedente a crítica, esse tema, por si só, está a merecer um estudo de maior fôlego.<sup>17</sup>

PEDRO LESSA, em obra que resiste ao tempo pela solidez dos conceitos nela expendidos, pontifica que ocorre a situação em “qualquer modo

(Continuação)

Tribunal de origem é obrigatório, não se justificando pronunciamentos meramente formais, deficientemente fundamentados. 2. ...” (Resp. 1.332-RJ, Rel. Ministro SALVIO DE FIGUEIREDO, DJU 5-2-90). “Recurso especial (CF/88, art. 105-III). Despacho de admissão, ou de inadmissão. É o recurso especial recurso excepcional, à semelhança do recurso extraordinário. Ao admiti-lo, ou inadmiti-lo, na origem, compete ao Presidente do Tribunal examinar os seus pressupostos constitucionais, em despacho motivado.” (Resp. 1.259-RJ, Rel. Ministro NILSON NAVES, DJU 13-11-89).

17 Retornando ao tema, o Mestre não se furta a tecer ácida crítica à praxe desenvolvida no Supremo Tribunal Federal — e acompanhada pelo Superior Tribunal de Justiça —, no sentido de somente conhecer do recurso quando confi-

(Continua)

como se verifique a não-aplicação da lei federal”, citando, como exemplo, casos em que: “a justiça local declare previamente inaplicável a lei federal que pretende aplicar; tácita, silenciosamente, sem preliminarmente justificar o seu procedimento, deixe de aplicá-la; interprete a lei por meios de tais paralogismos, ou de tais sofismas que a faça negar o título, privilégio, isenção ou direito em geral que a lei confere”.<sup>18</sup>

JOSÉ GUILHERME VILLELA não discrepa do entendimento quando acentua que a expressão tem o sentido de negar aplicação à lei, ou seja, deixar de reconhecer eficácia à norma federal no caso concreto.<sup>19</sup>

SÉRGIO BERMUDES, em escólio ao Código de Processo Civil, observa que vigência “é qualidade da norma jurídica, que torna possível a sua incidência”, sendo aspectos da incidência: o espacial (onde incide), o pessoal (sobre quem incide) e o temporal (quando incide). A propósito, cita monografia de PAULO CÉZAR ARAGÃO, da qual transcreve o seguinte trecho:

“Toda decisão que ameace ou negue a eficácia do preceito jurídico, a possibilidade de concretização de sua incidência (de seu *enforcement* judicial), desaplicando-o, ou aplicando-o indevidamente, representará atentado à cidadela da própria VIGÊNCIA da norma jurídica, e justificará, como em boa hora o enten-

---

(Continuação)

gurada a hipótese de seu provimento, desenvolvendo raciocínio lógico-jurídico irrefutável, nos seguintes termos, *verbis*: “Para que o recorrente tenha razão, e por conseguinte o recurso mereça provimento (juízo de mérito), já se assinalou, é preciso que *exista realmente* a contrariedade; para que o órgão *ad quem* possa legitimamente averiguar essa existência, e portanto o recurso mereça conhecimento (juízo de admissibilidade), é suficiente que a contrariedade *seja alegada*. Todo recurso especial em que o recorrente *alegue* que o acórdão recorrido contrariou tratado ou lei federal é, por esse aspecto, admissível: e, se não lhe faltar outro requisito de admissibilidade, dele deve conhecer o Superior Tribunal de Justiça para, em seguida, examinar-lhe o mérito, provendo-o ou desprovendo-o conforme entenda, respectivamente, que o acórdão recorrido na verdade contrariou ou não o tratado ou a lei federal”. (“Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial”, in *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, SP, Saraiva, 1991, p. 166). Essa opinião, conquanto respeitabilíssima (e, cientificamente, exata), consoante o que vimos de assinalar, não encontra a menor ressonância na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tanto mais quanto representa ampliar *ad infinitum*, a admissão do apelo extremo, congestionando os trabalhos daquela Corte.

18 *Do Poder Judiciário*, RJ, Livraria Francisco Alves, 1915, p. 111.

19 “Recurso Extraordinário”, *Revista de Informação Legislativa do Senado*, nº 89, p. 243.

deu o Supremo Tribunal Federal, a acolhida ao recurso extraordinário fundado em *negativa de vigência*.”<sup>20</sup>

ALFREDO BUZOID, trazendo à colação o pensamento de MATOS PEIXOTO (“recusa de aplicação da lei por ‘julgá-la caduca, revogada ou inconstitucional’”) e de CARLOS MAXIMILIANO (“não é necessária a *negação explícita* de um dispositivo, basta a *negação implícita* isto é, que procedam ou decidam como se ela não existisse, deixem de aplicar”) sublinha que:

“O conceito de vigência abrange o direito federal em três planos: a) o da existência; b) o da validade; c) o da eficácia. Negar vigência é, pois, deixar de aplicá-lo ao caso concreto, o que pode dar-se ou pela afirmação de sua inexistência, ou de sua invalidade, ou de sua eficácia em relação à lide.”<sup>21</sup>

Em idêntico sentido ROGÉRIO LAURIA TUCCI, para quem negar vigência equivale a negar aplicação, que ocorre quando se dá ao texto legal “interpretação incompatível com o seu enunciado, conferindo-lhe, expressamente, uma inteligência repugnante ao seu conteúdo”, ou por “deixar de aplicá-lo, por tê-lo como inexistente ou revogado”, ou ainda, “omitir-se na consideração de sua existência, simplesmente ignorando-o”.<sup>22</sup>

Deflui desse rápido passeio pela doutrina que a expressão “negar vigência” não pode ser interpretada literalmente, sob pena de esvaziar o sentido da norma. Em aresto multicitado, ALIOMAR BALEIRO sintetiza com propriedade, *verbis*:

“Por vezes sustentei que não aplicar o dispositivo indicado ou aplicar o não indicado, assim como dar o que a lei nega ou negar o que ela dá — equivale a denegar a vigência de tal lei. E ainda continuo convencido disso, pois nenhum Juiz recusa vigência à lei, salvo caso excepcionalíssimo de Direito Intratemporal ou de loucura furiosa.”<sup>23</sup>

Ressalte-se, ainda, que a expressão *tratado*, empregada no texto em exame, é redundante e expletiva, pois tem a mesma natureza da lei. E leis federais são as fontes formais do direito federal (inclusive decreto e regulamento, segundo ROGÉRIO LAURIA TUCCI), nelas não se incluindo as fontes secundárias (costume, princípios de direito, analogia, juris-

---

20 “A cláusula negar vigência de Tratado ou Lei Federal na sistemática do Recurso Extraordinário”, *apud* SÉRGIO BERMUDEZ, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VII, 2ª ed., SP, Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 271.

21 “Nova conceituação do Recurso Extraordinário na Constituição do Brasil”, *Revista da Faculdade de Direito do Paraná*, vol. 11, pp. 51/66.

22 *Curso de Direito Processual*, SP, Bushatsky, 1976, pp. 302/304.

23 RE nº 66.152, RTJ 64/676.

prudência e doutrina) nem as atinentes ao Distrito Federal e aos Territórios.

Quanto à alínea *b* do autorizativo constitucional, o exame do cabimento transita pelo sistema de partilha de competência legislativa, insculpida na Constituição da República. Daí por que não parece ser a sede do recurso especial adequada para o seu exame, uma vez que, com toda certeza, passará pelo confronto com as normas constitucionais de competência, cujo sítio conveniente seria o recurso extraordinário.<sup>24</sup>

Finalmente, pela alínea *c* do inciso III do art. 105 da Magna Carta, o Ministro Relator e a Turma examinam o *cabimento* do apelo raro mercê da existência de *dissídio jurisprudencial*, que somente se verifica com decisões oriundas de Tribunais diferentes,<sup>25</sup> tendo em mira que, no âmbito do próprio Tribunal existe via específica para pacificar a discrepância (incidente de uniformização da jurisprudência, CPC, arts. 476/479).

Ocorre a divergência jurisprudencial quando, em relação à mesma base fática (circunstâncias factuais peculiares da causa), outro tribunal propõe solução jurídica diversa.

Ao denegar seguimento a recurso especial, o Juiz JOAQUIM ALVES, cm, Vice-Presidente do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, com precisão e elegância de estilo, assinalou:

“Para que haja dissídio pretoriano atestado, exige-se, antes de tudo, que o suporte fático dos casos confrontados seja idêntico. Do fato nasce o direito (*ex facto oritur jus*), uma leve diferença do fato determina grande diversidade do direito (*modica facti differentia, magnam inducit juris diversitatem*), a menor diversidade do fato modifica o direito (*qualibet minima facti varietas jus reformat*), a diversidade da razão induz diversidade de direito (*diversitas ratione diversitatem juris inducit*.”<sup>26</sup>

---

24 “Todavia, esta hipótese de recurso especial igualmente configura um contencioso constitucional, pois a contradição entre lei federal e lei local somente poderá ser dirimida à luz da partilha constitucional de competências legislativas entre a União e os Estados.” ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, “Anotações sobre o recurso especial”, in *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, SP, Saraiva, 1991, p. 120.

25 Na linha da construção pretoriana do Supremo Tribunal Federal (Súmula 369), o Superior Tribunal de Justiça editou o Verbete nº 13, de sua jurisprudência predominante, com o seguinte enunciado: “A divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial”.

26 A decisão foi confirmada com o desprovemento do agravo de instrumento contra ela deduzido (Ag. nº 8.814-MG, Rel. Ministro SALVIO DE FIGUEIREDO, DJU 16-5-91).

A importância da similitude dos casos confrontados<sup>27</sup> é de tal ordem que o parágrafo único do art. 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça exige, além da comprovação (por certidão, cópia autêntica ou citação do repositório oficial ou autorizado), que se proceda à *confrontação analítica* da divergência, deduzida através da

“transcrição dos trechos que configurem o dissídio, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.”

Destarte, a simples transcrição de ementas de arestos não é idônea à comprovação da divergência<sup>28</sup>, sendo de rigor a referida confrontação.<sup>29</sup>

Em síntese, a admissibilidade do recurso especial passa por dois *filtros* (equivalentes quanto ao conteúdo e método de análise), antes do enfrentamento do mérito. No primeiro, a que chamamos *juízo de admissibilidade*, efetuado pelo Presidente do Tribunal *a quo*, no qual se procede a um fundamentado exame axiológico de seu cabimento, com tolerada (e incentivada pelo Superior Tribunal de Justiça) tangência do mérito.<sup>30</sup> E no segundo, denominado *exame do cabimento* efetuado pelo Ministro Relator e pela turma julgadora, no qual se verifica (além dos pressupostos genéricos) a adequação do apelo às hipóteses descritas no Texto constitucional (CF, art. 105, III, *a, b e c*, pressuposto específico do cabimento.

---

27 “Recurso Especial. Dissídio jurisprudencial. I — Não se verifica o dissenso de jurisprudência quando inexistente similitude ou identidade entre os casos confrontados. Art. 255, parágrafo único, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 291 do Supremo Tribunal Federal. II — Recurso não conhecido. Decisão unânime” (Resp. 4.145-SP, Rel. Ministro FONTES DE ALENCAR, DJU 25-3-91).

28 “A alegância de dissensão de jurisprudência não é prestante quando o recorrente traz para confronto simplesmente ementas de acórdãos.” (Resp. 6.537-SP, Rel. Ministro FONTES DE ALENCAR, DJU 11-3-91).

29 Dentre inúmeros, confirmam-se: “Recurso Especial. Hipótese da alínea c (art. 105-III). No caso da interpretação divergente, compete àquele que recorre demonstrar de modo analítico o dissídio, tal a exigência já da antiga Súmula nº 291/STF (art. 322, do Reg. STF). Art. 255, parágrafo único, do Regimento do STJ. Recurso Especial não conhecido”. (Resp. nº 4.445-SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, DJU 15-10-90). “... II — A mera juntada de acórdão tido como paradigma não desonera o recorrente de efetuar a demonstração analítica da divergência jurisprudencial”. (Resp. nº 6.702-SP, Rel. Ministro FONTES DE ALENCAR, DJU 11-3-91).

30 “Processual Civil — Recurso Especial — Exame de admissibilidade — Agravo Regimental — I — Válido é o despacho do Presidente do Tribunal de origem, mesmo quando haja, perfunctoriamente, se manifestado sobre o mérito do próprio recurso especial, fato que não exclui deste Superior Tribunal de Justiça, tanto o reexame dos pressupostos de admissibilidade quanto o do apelo extremo. II — Agravo Regimental improvido” (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 4.609-SP, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, DJU 17-12-90).

# A Eficácia Executiva da Sentença Declaratória

FLAVIANO TOURINHO NETO  
Juiz do TRF — 1ª Reg. (Brasília - DF)

## SUMÁRIO

1. *Noções introdutórias.* 2. *O título executivo.* 3. *A sentença declaratória como título executivo.* 4. *Conclusão.* 5. *Bibliografia.*

### 1 — *Noções introdutórias*

1.1. As ações, considerando a pretensão de direito material formulada pelo autor — o objeto da lide —, podem ser de conhecimento (declaratórias, condenatórias e constitutivas), de execução ou cautelar, dando lugar, respectivamente, aos processos de conhecimento, de execução e cautelar. São estas as três formas fundamentais de tutela.

As sentenças de conhecimento, quanto aos seus efeitos, levando-se em conta “a natureza do provimento pretendido pelo autor”, são classificadas em sentenças meramente declaratórias, condenatórias (ou de prestação) e constitutivas, correspondendo às ações declaratórias, condenatórias e constitutivas. A pretensão do autor posta em juízo é que irá determinar a natureza do provimento jurisdicional. É por este motivo que se costuma dizer que a petição inicial é o projeto da sentença. O Código de Processo Civil proíbe o juiz de conceder ao autor sentença de natureza diversa da pedida (arts. 128 e 460).

1.1.1. Pela sentença declaratória, o juiz declara a certeza da existência ou inexistência de determinada relação jurídica; ou a autenticidade

---

\* Trabalho apresentado ao final do Curso de Especialização em Processo, mantido pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

ou falsidade de certo documento. Razão por que se afirma que com a simples declaração da certeza se esgota a tutela jurisdicional. Atendido foi o pedido do autor. E, assim, satisfeita está a sua pretensão: tornar indiscutível a existência ou inexistência da relação jurídica, tal como decidido na sentença. Por exemplo, A pede que se declare a existência de um seu crédito em relação a B. A sentença que declarar que, realmente, B deve a A, satisfaz a pretensão deste, e, conseqüentemente, esgotada está a função jurisdicional. Não há mais o que se discutir.

São, ainda, exemplos de sentença declaratória, as proferidas no processo de usucapião e na ação de investigação de paternidade.

A sentença declaratória valerá tão-só, segundo a doutrina dominante, como preceito. Razão do art. 290 do CPC de 1939:

“Na ação declaratória, a sentença que passar em julgado valerá como preceito, mas a execução do que houver sido declarado somente poderá promover-se em virtude de sentença condenatória.”

Conseqüentemente, o vencedor, no exemplo acima dado, terá que propor uma nova ação — uma ação condenatória — para fazer valer o seu crédito. Com esta nova ação pretende ele um provimento jurisdicional satisfativo.

O entendimento geral é que as sentenças declaratórias são insusceptíveis de execução.

1.1.2. Nas sentenças condenatórias, além da declaração de certeza da existência da relação jurídica (função declaratória), há um *plus*, que consiste em atribuir ao vencedor o direito à execução contra o vencido. Este é condenado à prestação de uma obrigação — de dar, fazer ou não fazer. Há a imposição de uma obrigação. O réu é condenado a prestar algo, daí a sentença condenatória ser também chamada de sentença de prestação.

A sentença condenatória contém — afirma-se — uma sanção (função sancionadora). O Juiz aplica a sanção para o caso de o vencido deixar de cumprir a prestação a que foi condenado. Não se limita, portanto, a declarar a certeza da existência da relação jurídica. Assim se diz que a sentença condenatória — também conhecida como sentença de tutela imperfeita ou incompleta — confere ao vencedor um título executivo, habilitando-o a propor contra o vencido uma ação de execução. A sentença condenatória prepara a execução, gera um título que possibilita a propositura da ação de execução.

O ideal seria que todas as sentenças se auto-executassem, dispensando o processo de execução forçada, como, p.g., a ação de despejo e a ação de depósito, dentre outras.

Essas ações cujas sentenças se auto-executam são denominadas de ações executivas *lato sensu*, ou ações com predominante força executiva (MOACYR AMARAL). Com elas, como ensina PONTES DE MIRANDA, “quer-se o *ato* do juiz, fazendo, não o que devia ser feito pelo juiz *como* juiz, sim o que a parte deveria ter feito”. (*Tratado das Ações*, ed. RT, 1970, Tomo I, p. 211).

Há ainda, segundo alguns autores, as sentenças mandamentais — as ações de mandamento foram criadas por KUTTNER e admitidas por GOLDSCHMIDT — em que o juiz, ao invés de condenar, ordena, impõe um determinado comportamento. São exemplos de ações mandamentais: a ação de mandado de segurança; a ação de manutenção de posse; a ação cautelar etc. O não-cumprimento da sentença mandamental constitui crime de desobediência — C.P., art. 330 (OVIDIO BATISTA, *Teoria Geral do Processo Civil*, Letras Jurídicas Ed. Ltda., RS, 1985, p. 272).

1.1.3. As sentenças constitutivas criam, modificam ou extinguem uma determinada relação jurídica. Tais sentenças além de conterem uma declaração — uma certificação do direito — criam uma nova situação. Têm efeito, portanto, constitutivo. São exemplos: a sentença que dissolve a sociedade conjugal; a que rescinde o contrato; a que anula o casamento; a que anula o ato jurídico por incapacidade relativa do agente; a que determina a interdição etc. Este tipo de sentença — por si só — satisfaz o vencedor. Não há o que executar, pois ocorre o exaurimento da prestação jurisdicional. As inscrições, averbações etc. no Registro Público (Registro Civil ou Registro Imobiliário) não constituem execução. Temos, segundo alguns doutrinadores, uma execução imprópria ou uma mera atividade administrativa, visando dar publicidade à sentença. São simples atos complementares que não dão lugar à instauração de novo processo.

## 2. O título executivo

Para buscar a atuação do direito através da execução — uma vez que o direito não se consuma no plano da certificação — é imprescindível que o credor, com a inicial, apresente um título executivo, judicial ou extrajudicial, *Nulla executiui sine titulo*. Sem título não há execução.

O título executivo — causa da execução — encerra a presunção da certeza do direito. Há uma “razoável probabilidade da existência do crédito”. No caso de título judicial, essa certeza é absoluta, pois o direito já foi certificado por sentença, não se admitindo mais discussão. A certificação precede a atuação. Já com o título extrajudicial, a certeza é relativa, pois a própria existência ou inexistência da relação jurídica pode



ser discutida numa ação incidente — a ação de embargos à execução. É verdade que na execução de título judicial, também pode o devedor opor embargos, mas, neste caso, a sua eficácia é limitada, uma vez que não de ser respeitadas as questões cobertas pela coisa julgada, como a existência da relação jurídica já certificada pela sentença proferida no processo de conhecimento.

O título executivo é pressuposto processual necessário, específico, da execução. Deve, obrigatoriamente, instruir a inicial do processo de execução. Reza o art. 583 do CPC, que “toda execução tem por base um título executivo...”.

LIEBMAN, com sua autoridade de grande processualista, preleciona que:

“O título executório, “além de ser necessário, é também suficiente para conseguir o credor, a seu benefício, a execução: nada mais lhe toca a afirmar nem provar, particularmente a existência do direito à prestação”.” (*Embargos do Executado*, Saraiva, 2.ª ed., 1968, p. 118, trad. de J. Guimarães Menegale).

Inexistindo o título, há carência de ação (carência de ação, no dizer de CALMON DE PASSOS, “é revivescência teimosa da concepção civilista da ação”), conforme explica CÂNDIDO DINAMARCO: se “o juiz verifica a falta de título executório, a decisão que der será meramente *terminativa* do processo de execução forçada, por reconhecer que o exequente é *carecedor de ação*”. (*Execução Civil*, ed. RT, 1973, p. 137).

É o título executivo, pois, que autoriza o processo de execução — processo independente. A ação de execução é abstrata e autônoma, não dependendo do direito material tornado certo no título. Isto fica a critério da política legislativa, pois nada impede que o legislador disponha que a execução seja uma fase — um procedimento — do processo de conhecimento condenatório, como aliás entendia GABRIEL DE REZENDE FILHO (*Curso de Direito Processual Civil*, Saraiva, 1960, 5.ª ed., vol. III, p. 169).

Não cabe aqui discutir se o título executivo constitui uma prova legal do crédito — um documento, como ensina CARNELUTTI, comparando-o ao bilhete que o passageiro da estrada de ferro apresenta, antes da viagem, ao cobrador, para ter acesso ao trem; ou é um ato jurídico, no entender de LIEBMAN, “dotado de eficácia constitutiva”.

Correta, no meu entender, a lição de FREDERICO MARQUES:

“O título executivo é a prestação com os seus elementos formais, ou seja, aquilo que a lei descreve como sendo título

executivo. Não há, pois, que discutir se o título é ato jurídico ou documento: ele é ato jurídico e documento a um só tempo, visto que a sua função executiva provém da tipicidade, ou enquadramento da prestação no tipo legal” (*Manual de Direito Processual Civil*, Saraiva, 1976, 4.º vol. p. 16).

Com a clareza de sempre, explica AMILCAR DE CASTRO:

“Para que ordene a execução, portanto, basta ao juiz a aparência de título executivo substancial, devendo encontrá-la no documento apresentado. E aqui deve salientar-se que a apresentação do título formal faz-se no limiar da execução, *não como prova* do direito que se intenta realizar, mas como simples aparência do direito de execução, pois no caráter de prova do direito do exequente o título vai ser examinado por ocasião de se homologar a penhora, ou de se julgarem os embargos do executado.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, ed. RT, 2.ª ed., vol. VIII, p. 47).

Para possuir, todavia, força executiva, é imprescindível que o título seja líquido, certo e exigível (art. 586, do CPC: “A execução para cobrança de crédito, fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível”).

*Líquido*, isto é, o valor (*o quantum*) deve ser determinado ou o objeto da obrigação individuado. *Certo*, a obrigação deve existir, indiscutivelmente (*an*). Exigível — “incondicionado” — ou seja, a obrigação não está sujeita a termo ou condição (*quando*); já pode, portanto, ser exigida.

Sobreleva notar que CÂNDIDO DINAMARCO, com a proficiência de sempre, observou que “a exigibilidade é estranha ao conceito e à configuração do título executório”, esclarecendo que “a exigibilidade do bem devido em nada concorre para identificar o direito que vai à execução, nem, de forma alguma, para estabelecer contornos do processo executório; ela diz apenas que é chegado o momento da satisfação concreta da lei, sem que haja qualquer impedimento legal” (*Execução Civil. op. cit.*, p. 182).

E HUMBERTO THEODORO JÚNIOR fez ver que os requisitos do título devem ser verificados, não quando da formação do título, mas sim no momento em que se dá início ao processo de execução (*Processo de Execução*, Ed. Universitária, SP, 1978, 4.ª ed., p. 145).

### 3 — A sentença declaratória como título executivo

Como vimos, considerando a natureza da pretensão posta em juízo pelo autor, as sentenças podem ser meramente declaratórias, também cha-

madras de simples apreciação ou declaratórias *stricto sensu*; constitutivas e condenatórias.

Entendem os doutrinadores que só as sentenças condenatórias são exequíveis.

Ao propor uma ação declaratória, visa o autor a obter uma sentença que declare o direito, tornando indiscutível a existência ou inexistência de determinada relação jurídica; ou ainda a autenticidade ou falsidade de um documento. Não podem ser objeto desta ação os meros fatos, mesmo o fato jurídico — a declaratória não é justificação — a única exceção é quanto à autenticidade ou falsidade do documento; nem as simples questões de direito.

O objetivo, pois, da ação declaratória "é obter a declaração oficial de certeza, que somente a sentença judicial pôde fornecer, e que se reforça pela eficácia da coisa julgada, que também só existe nas sentenças" (CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1.<sup>a</sup> ed. Forense, vol. I, tomo I, p. 72). Exemplo: Tício pede que se declare a existência de seu crédito em relação a Tibúrcio; ou pede a declaração de inconstitucionalidade de determinado tributo, que lhe está sendo exigido.

Vale ressaltar, *en passant*, que pode existir interesse de agir sem que exista incerteza ou dúvida quanto à existência ou inexistência da relação jurídica. Por exemplo, sei que não devo a Caio, mas este propala que lhe sou devedor, o que me está prejudicando. Proponho, assim, uma ação declaratória a fim de que seja certificada a inexistência de qualquer relação jurídica entre mim e Caio.

A finalidade, conseqüentemente, da ação declaratória — não o objeto, pois este seria a mera declaração da existência ou inexistência da relação jurídica ou a autenticidade ou falsidade de documento — é, como acentuou BUZAID, "alcançar sempre uma certeza jurídica" (*A Ação Declaratória no Direito Brasileiro*, p. 152). Como explica GABRIEL REZENDE FILHO, "o direito, antes incerto e duvidoso, adquire uma demonstração inequívoca de sua certeza" (*Curso de Direito Processual Civil*, vol. III, p. 34).

Desfaz a sentença declaratória, portanto, as dúvidas e cria uma certeza jurídica, ao tornar certo e indiscutível o direito. E esta declaração de certeza tem a força de coisa julgada, não podendo ser mais objeto de discussão. O conflito que existia entre as partes quanto à existência ou inexistência da relação jurídica desaparece. Preleciona OVIDIO BATISTA DA SILVA:

"A declaração sentencial é indiscutível e qualquer declaração ou acordo que, porventura, se fizesse contrariando a decla-

ração sentencial seriam nulos e totalmente inoperantes, desde que nenhum juiz poderia apreciá-los, ou levá-los em consideração em qualquer processo futuro. A coisa julgada de primeira instância o impediria." (*Teoria Geral do Processo*, p. 260.)

A execução, como assinalado, busca a atuação do direito, que já se encontra certificado. Deste modo, por não haver mais dúvida quanto à certeza do direito, tem início a execução com a prática de atos de agressão ao patrimônio do subumbente.

Salienta LIEBMAN que:

"a missão do título executório é, na verdade, a de liberar o processo de execução das incertezas e do gravame de uma atividade cognitiva" (*Embargos do Executado*, p. 129).

O credor não necessita mais provar a existência do seu direito à prestação. "O processo de execução", explica CÂNDIDO DINAMARCO, "não é predisposto para a discussão do mérito, ele se contenta com o título executório" (*Execução Civil*, p. 95).

A sentença declaratória torna certo o direito, espancando qualquer dúvida. Não admite mais controvérsias. O direito está certificado. Logicamente, nada impede que tenha eficácia como título executivo.

O que a execução busca é a atuação do direito a partir de uma certificação que a precede. Com a sentença declaratória, esta certificação já se deu. O direito foi declarado e determinado. Falta somente a atuação para efetivar a obrigação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa, isto é, falta o provimento jurisdicional satisfativo, que o vencedor obterá mediante a propositura do processo de execução.

No entanto, ensinam os estudiosos do processo civil, só a sentença condenatória pode ser executada por conter a sanção. O juiz, nesta classe de sentença, declara o direito (função declaratória) e aplica a sanção (função sancionadora). Através dela, obtém-se o "accertamento della attuabilità della sanzione". (CARNELUTTI, *apud* FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 53). A sentença declaratória, por só conter a declaração de certeza do direito, é insuscetível de servir de título executivo.

Deste modo, saindo-se vencedor, na ação declaratória, o autor que tiver interesse em fazer atuar o direito, por não lhe bastar mais apenas a declaração, terá de ingressar com nova ação — a condenatória — a fim de obter *tão-somente* a sanção. "O que marca a condenatória precipuamente é a sanção" (ARRUDA ALVIM, in *Revista de Processo*, vol. 2, p. 58).

E a finalidade será exclusivamente esta, uma vez que o que foi decidido, na ação declaratória, está coberto pela coisa julgada. A existência do direito certificado pela sentença declaratória é indiscutível.

Note-se, porém, que o título extrajudicial, apesar de se entender, como A. C. COSTA E SILVA, que nele está inserida, "formalmente, uma condenação" (*Da Jurisdição Executiva*, fl. 127), na verdade, nenhuma sanção tem. No entanto possui força executiva. Contudo a sentença declaratória, mesmo tendo a certeza oficial, vale menos do que um título formado por particulares. O que não deixa de ser estranhável.

BUZUID, ao estudar a finalidade da ação declaratória, observou:

"A certeza jurídica é um bem. Ela tem a sua fonte na ação declaratória. Não pode ser conseguida fora do processo. Nem o reconhecimento da parte contrária, por escrito público, ou particular, lhe equivale, ou lhe empresta a autoridade de coisa julgada, que decorre da sentença declaratória." (*A Ação Declaratória e o Direito Brasileiro*, p. 152.)

O juiz não age discricionariamente quando impõe a sanção. Aplica a prevista em lei. Logo, na sentença declaratória implicitamente há sanção no caso de haver inadimplemento.

Ademais, pode-se considerar que a sanção se encontra latente no ordenamento jurídico. Tanto a sentença declaratória como a condenatória declaram a vontade da lei, que deve ser cumprida.

Para FURNO, segundo nos revela GERALDO ULHOA CINTRA,

"toda e qualquer providência dos órgãos jurisdicionais, que imponha obrigatoriamente a observância de um preceito positivo, quer para prevenir, quer para reparar a violação, aplica uma forma de sanção. Assim, também a certeza jurídica oriunda da mera declaratória é sanção, aliás a quinta-essência da sanção" (*A Ação Declaratória — Estudo sobre a ação meramente declaratória*, p. 93).

Admite ele, em sua obra condanna (revelação também de ULHOA CINTRA), que a sentença declaratória é título executivo.

No magistério de OVIDIO BATISTA:

"A juiz nada mais faz, no momento em que condena, do que *declarar* o demandado incluído na previsão legal como responsável pela conduta sancionada. O juiz, em última instância, não

pode ordenar nada além daquilo que a lei já ordenava.” (*Sentença e Coisa Julgada*, p. 44.)

Dispõe o art. 159 do Código Civil:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito, ou causar prejuízo a outrem, *fica obrigado a reparar o dano.*” (Grifei.)

Tomemos o seguinte exemplo: Tício sofreu danos patrimoniais em razão de Tibúrcio, conduzindo um veículo em alta velocidade, ter abalroado o seu automóvel. Ingressa, então, ele, em juízo, com uma ação declaratória para que o Juiz declare que Tibúrcio agiu culposamente e por isto está obrigado a lhe indenizar. O Juiz profere uma sentença meramente declaratória da responsabilidade de Tibúrcio.

Não estará o vencido obrigado, de acordo com o art. 159 do Código Civil, a reparar o dano? Há necessidade de o sucumbente propor uma nova ação condenatória para obter a sanção, a condenação?

Atentemos, ainda, para o que dispõe o art. 76 do CPC:

“A *sentença*, que julgar procedente a ação, *declarará*, conforme o caso, o direito do evicto, ou a responsabilidade por perdas e danos, *valendo como título executivo.*” (Grifei.)

O anteprojeto do Prof. BUZAID, no art. 85, referia-se a *reconhecerá* e não *declarará*.

“A *sentença*, que julgar procedente a ação, *reconhecerá*, conforme o caso, o direito do evicto, ou a responsabilidade por perdas e danos, valendo como título executivo.” (Grifei.)

Claro está, portanto, que o legislador admitiu a sentença, nessa hipótese, como título executivo.

Comentando esse artigo, ARRUDA ALVIM dá uma interpretação que, *data venia*, fere o que ali está disposto.

“Entretanto, conquanto possa ser usada a expressão *declarará*, dado que, de tal declaração emerge especificamente título executivo, preferível seria falar-se em *reconhecerá*, pois, na realidade, *de condenação* se trata.” (*Código de Processo Civil, Comentado*, v. III, p. 329.)

Comunga deste entendimento CELSO AGRÍCOLA BARBI (*Comentário ao Código de Processo Civil*, v. I, Tomo II, p. 358).

Mas, há de se convir, no anteprojeto, constava *reconhecerá* e o legislador modificou para *declarará*.

Observe-se, por outro lado, que não pode haver condenação do evicto ou do responsável, se o denunciante ainda não foi desfalcado do seu patrimônio. Só após o pagamento, poderá ele efetivar o direito de regresso.

E que dizer da condenação para o futuro, em que o direito não é exigível de logo? Se ainda não houve o inadimplemento, não pode haver sanção.

Na lição de CHIOVENDA:

“Nem sempre, porém, a sentença de condenação se condiciona a uma violação, e ainda menos a uma violação atual, do direito; isso acontece, como dissemos, somente em regra. Casos há em que se pode agir por uma prestação ainda não devida, e que só será devida depois da condenação, pelo que não há nenhuma violação do direito no momento da sentença.” (*Instituição de Direito Processual Civil*, 1.º vol., p. 191.)

Distingue o processualista italiano a condenação para o futuro da sentença declaratória, dizendo que aquela “é uma verdadeira condenação”, porque tem por objetivo a exeqüibilidade quando do vencimento”. E explica que:

“seria grave que o réu ficasse sujeito à execução, quando é possível surgirem, após a sentença declaratória, novas exceções a seu favor, e ser-lhe-ia forçoso fazê-las valer, então, sob a incômoda forma de embargos à execução” (*op. cit.*, p. 223).

Mas, nas sentenças condenatórias, o vencido pode adimplir, ou seja, cumprir voluntariamente o que lhe for imposto. E, mesmo assim, a execução forçada pode ser proposta. Caberá ao executado, através dos embargos, argüir a extinção da obrigação.

CÂNDIDO DINAMARCO, com agudeza doutrina:

“nem o mais idôneo dos títulos executórios, que é a sentença condenatória civil, seria capaz de fazer essa prova, isto é, de demonstrar que o direito material existe no momento do início da execução. Ele pode muito bem ter sido extinto ou modificado após a formação do título executório, seja por adimplemento, novação, compensação, transação, prescrição (CPC, art. 1.010, n.º II)” (*Execução Civil*, p. 127).

O título executivo — judicial ou extrajudicial — dá apenas uma possibilidade da existência do direito. A “apresentação do título formal faz-se no limiar da execução, *não como prova* do direito que se intenta realizar, mas como simples aparência do direito à execução...”. (AMILCAR DE CASTRO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, p. 47).

CARNELUTTI entende ser a sentença de condenação para o futuro “di mero accertamento” (*apud* MENDONÇA LIMA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI, tomo I, p. 295). E o processualista brasileiro concorda, em parte, ao afirmar que a sentença no caso está fora da classe “genuinamente condenatória”.

Além desses casos, temos a sentença homologatória, que é mera chancela do acordo de vontade dos interessados, não contendo sanção. É título executivo.

O anteprojeto de modificação do Código de Processo Civil, em boa hora, incluiu, no elenco dos títulos executivos judiciais, “a sentença declaratória transitada em julgado, quando tenha ocorrido a violação do direito (art. 4.º, parágrafo único)” — (art. 584, inc. VI.)

Na exposição de motivos, a Comissão que o elaborou — dela fez parte o Prof. CALMON DE PASSOS — explicou:

“Quanto à execução, deu-se a natureza de título executivo à sentença declaratória, quando se cuide de certificação de direito que, em cognição plena, ensejaria condenação (art. 4.º, parágrafo único). Em verdade, a ação condenatória que se exigisse seria apenas para apurar o *quantum debeatur*, matéria típica do processo de liquidação. Assim, com a sentença declaratória, nas condições apontadas, se ajuizará ação de liquidação e não condenatória, como desnecessária e inadequadamente se tem exigido.” (*Diário Oficial*, 24-12-85, p. 18953.)

A sentença declaratória, contudo, poderá ser líquida, evitando, assim, o ajuizamento da ação de liquidação.

Há sentenças declaratórias — é bom frisar — que, com a simples declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, exaurem a pretensão do autor, não se tendo, pois, o que executar, não havendo necessidade de nenhum ato material posterior. São exemplos: a sentença proferida na ação de consignação, declarando extinta a obrigação; a sentença que declara a existência da propriedade usucapida; a declaratória de inconstitucionalidade; a que rescinde um contrato; a declaratória negativa. E os exemplos dados por COSTA MANSO:

“Sou portador de um título de crédito não vencido. Quero descontá-lo, porque necessito já de dinheiro. Encontro, porém,



sérios obstáculos, porque o devedor propalou na praça, ou declarou, mediante protesto judicial, que o título é falso, ou que a dívida já foi paga. Não posso intentar ação de cobrança, para demonstrar o meu direito, mas a lei me assegura a faculdade de descontar o título, de transformá-lo imediatamente em dinheiro. Impor-me paralelamente o sacrifício de aguardar o vencimento da dívida, para só então agir, será tornar ilusória a garantia, será diminuir a extensão do meu direito. A ação meramente declaratória, entretanto, me acudirá, pois, por meio dela, afasto a dívida suscitada, torno límpido o direito, e evito o dano que estive ameaçado de sofrer. Outro exemplo: quero efetuar um empréstimo, mas encontro o meu crédito abalado, porque alguém me diz meu credor por avultada soma, ou me acusa de impontual, em relação a certo débito. Como sair pacificamente dessa situação embaraçosa sem o auxílio do juiz? E como pedir o auxílio do juiz, sem o uso da ação meramente declaratória, pois nenhum direito exigível tenho no momento? Dir-se-á que posso recorrer à ação de perdas e danos; mas, se o réu estiver de boa-fé, convicto de que é realmente meu credor? Se for insolvente, não podendo assim indenizar-me? Ainda uma hipótese. Certa mulher, que viveu na companhia de um homem, jacta-se, depois de rompidas as relações, de ser casada legitimamente com ele. Esse indivíduo vê-se colocado numa situação angustiosa. Pode pretender casar e encontrará justa repulsa nas famílias em consequência do seu suposto estado. Desejará alienar um imóvel, e lhe exigirão a outorga da pretendida mulher. Dando-se-lhe, porém, a faculdade de pedir a declaração do seu estado civil, mostrará ele a sentença do juiz, e a sua situação jurídica se tornará definida." (*Apud PEDRO BATISTA MARTINS — Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, p. 31).

Essas sentenças que realizam a pretensão do autor, esgotando a função jurisdicional, na verdade, como lembra OVÍDIO BATISTA, têm um *plus* — e não um *minus* — em relação às sentenças condenatórias, pois estas últimas exigem para que haja a satisfação da pretensão da parte mais uma atividade — a executória. Explica o mestre gaúcho:

"Inversamente do que se tem dito e escrito para explicar o *plus* da sentença condenatória, em relação à declaratória, o fenômeno processual que merece estudo e explicação é justamente a peculiaridade contrária, expressa neste *minus* a que nos referimos e que faz a condenatória mais fraca do que uma ação de despejo; que a faz, como sugere LIEBMAN, ter como conteúdo (?) uma ação autônoma subsequente." (*Sentença e Coisa Julgada*, p. 57.)

#### 4 — Conclusão

Após esta sucinta análise, verifica-se que, sem sombra de dúvida, a sentença declaratória tem todos os requisitos para servir como título executivo, pois, declarado e determinado o direito, nada obsta que, não estando exaurida a pretensão do autor, seja executada.

#### 5 — Bibliografia

ALVIM, José Manoel de Arruda Alvim Neto — *Comentários ao Código de Processo Civil Comentado*, ed. RT, SP, vol. III, 1976.

———. “Sentença no Processo Civil. As diversas formas de terminação do processo em primeiro grau” in *Revista de Processo*, nº 2, 1976.

AMARAL SANTOS, Moacyr — *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 3ª ed. Saraiva, SP, 1979.

BATISTA LOPES, João — *Ação Declaratória*, ed. RT, SP, 1982.

BARBI, Celso Agrícola — *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1ª ed., Rio, Forense, 1975.

———. *Ação Declaratória Principal e Incidente*, 4ª ed., Forense, Rio, 1977.

BUZAID, Alfredo — *A Ação Declaratória no Direito Brasileiro*, SP, Saraiva, 1943.

———. “Ação Declaratória”, in *Digesto de Processo*, Forense, Rio, vol. 1, 1980.

———. *Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil*.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim — *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1ª ed., Rio, Forense, vol. III.

———. “Ação Declaratória”, in *Digesto de Processo*, Forense, Rio, vol. 1, 1980.

CASTRO, Amilcar de — *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., SP, ed. RT, 1976.

- CHIOVENDA, Giuseppe — *Instituição de Direito Processual Civil*, 3ª ed., SP, Saraiva, 1969, tradução de Guimarães Menegale.
- CINTRA, Geraldo de Ulhoa — *Estudo sobre a ação meramente declaratória*, SP, Max Limonad, 1970.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *Teoria Geral do Processo*, 3ª ed., SP, ed. RT, 1981.
- DINAMARCO, Cândido Rangel — *Execução Civil*. SP, ed. RT, 1973.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado — *Ação Declaratória*, Forense, Rio, 1976.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio — *Da Denúnciação da Lide*, Rio, Forense, 1983.
- LIEBMAN, Enrico Tullio — *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, ed. José Bushatsky, 1976.
- . *Embargos do Executado*, ed. Saraiva, 2ª ed. tradução de J. Guimarães Menegale, 1968.
- MARQUES, José Frederico — *Instituições de Direito Processual Civil*, 3ª ed., Forense, Rio, 1966.
- . *Manual de Direito Processual Civil*, SP, Saraiva, 1974.
- MARTINS, Pedro Batista — *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, Rio, vol. I, 1940.
- MENDONÇA LIMA, Alcides de — *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1ª ed., Rio, Forense, vol. VI, 1974.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho — *Da Ação Civil*, SP, ed. RT, 1975.
- PACHECO, José da Silva — *Tratado das Execuções — Processo de Execução*, Saraiva, SP, 1975.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti — *Tratado das Ações*, SP, ed. RT, Tomo I, 1970.
- REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de — *Curso de Direito Processual Civil*, SP, Saraiva, 1962.
- ROCHA, José de Moura — *Sistemática do Novo Processo de Execução*, SP, ed. RT, 1978.
- SILVA, Antônio Carlos Costa — *Da Jurisdição Executiva e dos Pressupostos da Execução Civil*, Rio, Forense, 1980.
- SILVA, Ovídio Araújo Batista da — *Teoria Geral do Processo*, 2º vol., Porto Alegre, Letras Jurídicas, 1983.
- . *Sentença e Coisa Julgada; Ensaios*. Porto Alegre, Fabris, 1979.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto — *Processo de Execução*, SP, ed. Univer-sitária, 4ª ed., 1978.
- TORNAGHI, Hélio Bastos — *Comentários ao Código de Processo Civil*, ed. RT, 2ª ed., 1976, vol. 1.

# Poder Judiciário e Segurança Jurídica

ANTÔNIO SOUZA PRUDENTE

Juiz Federal, Titular da Sexta Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Ex-Procurador da República. Professor Titular de Processo Civil da Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal -- AEUDF

## SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Poder Judiciário e seus Agentes Públicos.* 3. *Função do Juiz na Administração da Justiça.* 4. *Crença no Judiciário.* 5. *Crise do Judiciário e suas dimensões.* 6. *Missão histórica do Judiciário.* 7. *Poder Judiciário e garantia de direitos.* 8. *"Avocatória" e repúdio da Carta de Canela.* 9. *Independência do Judiciário.* 10. *Garantia do "due process of law" pelo Judiciário.* 11. *Direito de petição perante o Judiciário.* 12. *Conceito moderno de Jurisdição.* 13. *Coisa Julgada e segurança jurídica.* 14. *Lição de Von Ihering e nossa conclusão.*

1. No Estado Democrático de Direito, a atividade jurisdicional assume proeminência, apresentando-se como garantia maior dos cidadãos a "existência de órgãos jurisdicionais dotados de independência e imparcialidade, com capacidade de fato e de direito, para solucionar conflitos de interesses interindividuais e, especialmente, os que se manifestem entre as pessoas e o Estado".<sup>1</sup>

A atividade de resolver conflitos e decidir controvérsias é um dos fins primários do Estado moderno, pois os indivíduos, a quem já não se permite fazer justiça pelas próprias mãos, investiram-se, na ordem jurídica, do direito de ação e de exigir do Estado o dever correlato da Jurisdição.

O direito público-subjetivo de ação, que identificou os estudos de ENRICO TÚLIO LIEBMAN e que aparece, nas lições de EDUARDO

---

\* Aula Magna aos Bacharelados em Direito — Turma "Prof. Miguel Reale" -- da Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal, em 12-2-92, na Sede da Ordem dos Advogados do Brasil — Distrito Federal.

JUAN COUTURE, como a espécie mais expressiva do amplo direito de petição aos poderes públicos, apresentou-se, historicamente, desde a Carta Magna de 1215, como exercício de liberdade dos homens livres.

2. O Poder Judiciário, no Estado moderno, não se adstringe, tão-só, ao conjunto de autoridades, que se investem no poder de julgar, aos órgãos do Poder Público, a que se comete a atribuição de administrar a justiça, a uma corporação de juízes, com a missão precípua de aplicar as leis e declarar direitos, vigiando a execução dessas leis, para a reparação das relações jurídicas, que se tenham violado, mas, integram, também, o Poder Judiciário, em sentido lato, os representantes do Ministério Público e os membros legítimos da Advocacia, por serem indispensáveis à administração da Justiça, incumbindo-lhes a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais, individuais, difusos ou coletivos.

O advogado, o defensor ou o Promotor Público, se apresentam perante o jurisdicionado, como os primeiros juízes das causas, que lhes são entregues, para soluções de justiça.

3. Na função do Juiz, traçado pelo Ministro JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, do Colendo Supremo Tribunal Federal, em palestra proferida na Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, em 6-12-91, deverão perfilar-se advogados e defensores públicos guiados por estes dizeres:

“O Direito, para servir à sociedade, não pode ficar na pura abstração, mas deve existir no conviver humano, ser companheiro da vida, assistindo e protegendo, promovendo o convívio harmônico e a segurança nas relações sociais. O Juiz, desse modo, há de estar atento aos fatos, ao tempo em que vive, não lhe bastando o conhecimento da técnica de Direito, para que se resolvam adequadamente os conflitos e se avance, de maneira segura e equilibrada, em direção ao que deve ser. Válido é, no particular, afirmar-se que, em princípio, o que se procura, no processo, é a vida, nas suas múltiplas manifestações. E o juiz tem que penetrar na parte noturna do ser, nas suas manifestações de rebel- dia, na sua variada manifestação: no crime, na fraude civil, no desamor, no ódio. Em princípio, em cada processo, há problemas humanos, e não apenas problemas de técnica jurídica. Não é possível, destarte, admitir-se que ao juiz caiba, predominantemente, a tarefa de especulação abstrata ou a simples exegese do direito constituído. Se não lhe é possível a criação livre do direito, para o caso concreto, partindo o juiz, nas decisões, ou de meras ideologias ou concepções pessoais sobre a sociedade ou o homem, ou curvando-se ao império das emoções no subjetivismo de seus julgamentos, não lhe compete, também, perder-se em puras divagações doutrinárias alheias às realidades da vida. Desse modo, o conhecimento do mundo, de par com uma profunda seriedade moral, a presença do humano e do social, à luz de seu tempo,

o amor ao saber e à verdade, a inflexibilidade na defesa do valor da Justiça, não podem estar ausentes da vida do juiz. Cumprilhe, pois, pelo estudo e a reflexão, tecer suas construções, a partir da descoberta de elementos existentes na intimidade do ordenamento jurídico, com base nos quais encontra, dentro do possível e enquanto cabível, a prudente solução às transformações sociais necessárias e, por vezes, indiscutivelmente, desejadas. Nisso está uma das mais significativas atividades dos juizes na busca do bem comum, que não se compreende, nem se pode realizar, sem Justiça.”<sup>2</sup>

Este perfil de magistratura há de incorporar-se em todos aqueles que, de alguma forma legítima, atuam na administração da Justiça.

Já não se concebe o Juiz, como um Prometeu acorrentado ao cipoal de leis e códigos, que, por aí, proliferam, feito o espectro antevisto por MONTESQUIEU, como a boca que pronuncia as palavras das leis, sem poder moderar-lhes a força e o rigor, ou, ainda, como aquele ser imaginado por ELIÉZER ROSA, frio, triste e só, sem nenhum poder criador, qual novo e estranho Adão, vagando fora do Éden, em cuja porta está um anjo armado, que o impede de por ela entrar e ver suas belezas, havendo de escolher a Barrabás e ignorar a Cristo, porque a multidão assim o quer, sem nada poder fazer contra a vontade simbólica do povo, refletida na lei positiva, que exprime a vontade coletiva e o sentimento nacional, a que temos de obedecer.

Na Administração da Justiça, já não se admite o advogado mercador de interesses, fazendo de sua profissão um meio egoístico de ganhar a vida, com malabarismo e audaciosas interpretações, “onde o cinismo triunfa da lógica, a mentira subjuga os fatos, as provas escondem a verdade, os documentos batem falso, as testemunhas perjuram e a sentença do Juiz é o produto de um estelionato intelectual, obtido através de um processo conduzido de má mente por advogados sem escrúpulos”.<sup>3</sup>

4. Creio na Justiça feita por homens de sólida formação moral, que se nutrem de um sentimento comum de nacionalidade, de amor a seu povo e ao Direito, que sabem encontrar, mesmo além do texto frio da lei, os caminhos da Paz.

Creio em um Poder Judiciário que edifica, em sua moralidade, sabedoria e independência de seus membros, na distribuição da Justiça.

Não creio em um Judiciário maçônico-sectarista, onde a aferição do merecimento daqueles que o integram prescindem dos critérios constitucionais da presteza, do aprimoramento e da segurança no exercício da jurisdição (CF, art. 93, inciso II, c), para guiar-se no plano fático, pelos sentimentos de grupos elitistas, pelas amizades granjeadas a “pratos de lentilhas”, ou pelos inescandíveis laços do nepotismo, que garantem os apaniguados e obscurecem os portadores de reais méritos.

5. A crise do Poder Judiciário, de que tanto já se falou e ainda se fala, no momento, é uma crise ético-estrutural, que envolve todos os segmentos do Poder estatal e, com especificidade, aqueles que militam na função de administrar a Justiça.

Tem razão ADA GRINOVER, quando afirma que

“a crise do Poder Judiciário é, antes de tudo, uma história de desafios. Importante, para o diagnóstico da crise, é extremar seus diversos aspectos: crise estrutural de um dos Poderes do Estado intervencionista e monopolizador, macrocéfalo e ineficiente; crise institucional, que surgiu e se agravou no delicado jogo do equilíbrio entre os Poderes, com a transformação do Judiciário em mediador de crises políticas e árbitro de conflitos sociais; crise de mentalidade, pela inadequação do recrutamento e da formação do juiz, para lidar com os novos conflitos, sociais e políticos, que é chamado a dirimir; crise dos mecanismos de controle do exercício da função jurisdicional; crise dos cânones clássicos da responsabilidade do Juiz”.<sup>4</sup>

Reconhece, porém, em tempo, a nobre jurista, que o novo Poder Judiciário não depende só da Constituição, nem só dos Juizes, mas depende de todos nós e, sobretudo, dos advogados, inseridos na realidade social, política, econômica e cultural de nosso país.

Com efeito, a nobre classe dos advogados, de há muito, vem, enfrentando a crise de formação ética e profissional de seus novéis militantes, bem assim dos órgãos de controle censório-disciplinar do exercício da advocacia, os quais deveriam atuar, sempre, em prol do Judiciário, com independência, presteza e alto senso de responsabilidade, para seu prestígio e dignidade, permitindo, assim, uma melhor distribuição da Justiça.

Não se pode olvidar, portanto, que a crise do Judiciário, também, envolve o Ministério Público e a Advocacia, com raízes no crescente estado de insolvência do ensino jurídico, no Brasil.

6. O Poder Judiciário, contudo, haverá de superar suas crises, a fim de assumir, em plenitude, sua missão histórica, de guardião e garantidor dos direitos da cidadania.

Neste propósito, afiguram-se-me oportunos, aqui, os comentários de JOÃO BARBALHO sobre o Poder Judiciário, na primeira Constituição Republicana do Brasil, nestas letras:

“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.

O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sábio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar se elas são conformes ou não à Constituição, e neste último caso, cabe-lhe declarar que elas são nulas e sem efeito. Por esse engenhoso mecanismo, consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a colocar-se na absurda situação de juiz em sua própria causa.

É a vontade absoluta das Assembléias Legislativas, que se extinguem, nas sociedades modernas, como se não existissem as doutrinas do arbítrio soberano do Poder Executivo.

A função do liberalismo, no passado, diz um eminente pensador inglês, foi opor um limite ao poder violento dos reis; o dever do liberalismo, na época atual, é opor um limite ao poder ilimitado dos Parlamentos.

Essa missão histórica incumbe, sem dúvida, ao Poder Judiciário, tal como o arquitetam poucos povos contemporâneos e se acha consagrado no presente decreto.

Aí 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 autoridade, para interpor a benéfica influência de 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.”<sup>5</sup>

7. Nenhum Estado moderno poderá ser democrático se não confiar, de direito e de fato, ao Poder Judiciário, a garantia dos direitos.

Observa a publicista DALMO DE ABREU DALLARI, que

“é por esse motivo que as Constituições modernas introduzem no seu texto uma declaração de direitos e, para que esses direitos sejam efetivados, incluem, também, remédios excepcionais, que são as garantias constitucionais de direitos. (...) Mas se é através de medidas judiciais, que se pretende garantir os direitos, é evidente que, antes de mais nada, deve ser garantido o pleno funcionamento do Poder Judiciário, tanto de sua organização direta quanto dos organismos indispensáveis à sua atuação.”<sup>6</sup>

8. Nesse contexto, agrava a crise do Judiciário, a tentativa de golpe a figura do Juiz natural, com a proposta de retorno da advocatária pelo Alto Pretório, visando-se implodir a independência dos magistrados brasileiros, perante a Constituição, que juraram cumprir.



A visão desse retrocesso histórico mereceu o firme repúdio dos Juízes Federais, que se reuniram em seu VII Encontro Nacional, no Estado do Rio Grande do Sul, e escrevemos, por unanimidade, a *Carta de Canela*, nestes termos:

“Os Juízes Federais, reunidos no VII Encontro Nacional, manifestam-se contrários à reedição da AVOCATÓRIA, lembrando que esse instituto processual não se coaduna com o momento histórico em que vivemos. Várias instituições oficiais, com o restabelecimento das liberdades democráticas, foram conquistando o apoio e a confiança da população, sendo que, no caso do Judiciário, passou ele a ser o último reduto em que o povo deposita suas esperanças.

A Constituição de 1988, absolutamente primorosa quanto a direitos e garantias fundamentais e coletivos, não comporta, emenda que, ainda por via transversa, vise a suprir a garantia do Juiz Natural, aquele a quem, de imediato, é entregue a causa e está mais próximo do jurisdicionado.

Pelos mesmos motivos, manifestam os Juízes Federais do Brasil, o seu repúdio ao projeto de lei, que limita a concessão de medidas cautelares contra atos do poder público, por seu conteúdo contrário ao exercício da cidadania e seus direitos, como o livre acesso ao Judiciário, em flagrante inconstitucionalidade.

Os Juízes Federais, preocupados com tais iniciativas, clamam os parlamentares e a sociedade para a repulsa a essas pretensões, vez que entendem não haver mais espaço político para tais atentados à nossa vocação democrática, neste momento em que o projeto é construir uma sociedade justa, democrática e participativa.”<sup>7</sup> (CANELA, RS, 14 a 17 de novembro de 1991).

Esta é a voz de um Judiciário independente, confiante é confiável, na lúcida compreensão de seu compromisso constitucional de servir a Pátria, com destemor, no exercício diuturno de suas funções.

9. Vem de ser atual, aqui, a advertência de PIMENTA BUENO, nos idos de 1857, nesta fala:

“Tirai a independência ao Poder Judiciário e vós lhes tirais sua grandeza, sua força moral, sua dignidade; não tereis mais magistrados, sim comissários, instrumentos ou escravos de um outro poder (. . .) Não é pois no amor, ou no interesse dos Juízes, que o princípio vital de sua independência deva ser observado como um dogma, é sim, por amor dos grandes interesses sociais.”<sup>8</sup>

Noutra passagem de seus respeitáveis ensinamentos, acentua:

“Desde que o poder judicial é independente, é conseqüente que as causas tenham seu curso regular e suas decisões definitivas

sejam respeitadas, que firmem os direitos e não possam ser postas de novo em dúvida.”<sup>10</sup>

10. O Judiciário assegura os direitos individuais e coletivos, sociais e políticos, através da garantia constitucional do *due process of law*.

Não há garantia jurídica fora do devido processo legal, sendo defeso ao Juiz inventar o processo, que, no Estado de Direito, o povo lhe outorga, através de seus representantes, no Parlamento, como instrumento vinculante e cogente de realização de direitos.

Com efeito, observa FREDERICO MARQUES que “o direito ao processo só se realiza quando o Estado põe em movimento seu mecanismo judiciário, através do devido processo legal. Se fosse legítimo qualquer processo, aquele direito seria fórmula vã e iníqua, sem sentido e vazia”.<sup>11</sup>

A nossa Constituição Federal de 1988, bastante rica em sua declaração de direitos, quando assegura a todos — brasileiros e estrangeiros residentes no País — a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, estabelece, dentre outras garantias, as de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5.º, II); que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5.º, XXXV); que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5.º, XXXVI) e, ainda, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5.º, LIV), garantindo, também, expressamente, “que não haverá Juízo ou Tribunal de Exceção” (art. 5.º, XXXVII), neste País.

Para efetivar essas garantias-direitos, a nossa Lei Fundamental assegura a todos “o direito de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5.º, XXXIV, *a*), instrumentalizando, de logo, em sua auto-aplicabilidade protetora (art. 5.º, § 1.º), os remédios salutareos do *habeas-corporis*, do *habeas-data*, dos mandados de segurança individual e coletivo, do mandado de injunção, da ação popular, da ação civil pública e das ações coletivas, que visam a molecularização da tutela jurisdicional, evitando-se a pulverização dos litígios.

11. Na lição do renomado EDUARDO COUTURE, esse direito de petição, quando é exercido perante o Poder Legislativo, tem perdido boa parte de sua eficácia, por força do sistema parlamentar-representativo, e tem debilitada sua importância, perante o executivo, em razão de não existir uma lei regulamentadora, que criasse um dever correlativo de apreciação por parte do poder administrador executivo. Sua significação, contudo, perante o Poder Judiciário, tem crescido consideravelmente, no curso do tempo.

Enquanto, perante os outros poderes, configura somente uma relação entre o particular e a autoridade, ante o Poder Judiciário, o *jus actionis* envolve um terceiro, que se vê, assim, ainda que contra sua vontade, vinculado à petição.

A existência de uma lei regulamentadora, como é a lei processual, de caráter instrumental e cogente, e o dever jurídico de decidir a controvérsia, que foi sempre o correlativo de parte do poder público, foram, durante longo tempo, as notas dominantes do ato jurisdicional. A existência dessa mesma lei regulamentadora e da sentença judicial, como ato de pronunciamento do poder público, foram, provavelmente, as razões decisivas, para que a ação civil tivesse, historicamente, uma força muito maior que a simples petição, perante os poderes legislativo e executivo.

Quando o princípio da divisão de poderes, arquitetado por MONTESQUIEU e já preconizado por ARISTÓTELES, na Grécia, começou a desenvolver-se, o direito de petição se desdobra e assume características específicas, perante cada um desses poderes.

No processo moderno, o dever de pronunciamento, por parte do Juiz, é de tal forma rigoroso, ante o exercício do direito de ação, como espécie do direito constitucional de petição, que sua omissão configura causa de responsabilidade judicial.

12. O conceito de jurisdição, como poder, é insuficiente, porque a jurisdição há de ser sempre um *poder-dever*. Com a faculdade de julgar, o juiz tem o dever de fazê-lo, não se eximindo de sentenciar ou despachar, sob a alegação de lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais e não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito (CPC, art. 126).

Jurisdição, sem dúvida, é função pública realizada por órgãos competentes do Estado, sob as formas da lei, em virtude da qual, por ato do Juiz, determina-se o direito das partes, resolvendo seus conflitos e controvérsias de relevância jurídica, mediante decisões com autoridade de coisa julgada, passível de execução.

13. O direito de petição, quando se instrumentaliza perante o judiciário, sob a forma de ação, adquire maiores garantias a seu titular, mediante o instituto da coisa *julgada*, que, em sua configuração formal e material, nossa lei processual civil define, como sendo a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (CPC, art. 467).

GOLDSCHMIDT, citando passagem da obra *Decadência do Ocidente*, de OSVALD SPENGLER, assinala que "se os romanos criaram uma estática jurídica, nossa missão consiste em criar uma dinâmica jurídica" e acrescenta, com inegável saber, que "a incerteza é consubstancial às relações processuais, posto que a sentença judicial nunca poderá ser prevista com segurança",<sup>10</sup> no que arremata OVIDIO BATISTA, que "realmente, só existe jurisdição enquanto há incerteza para as partes a respeito do conteúdo da futura sentença, que haverá de dizer qual delas merece a proteção estatal, por ser titular do interesse protegido pela ordem jurídica, posto em causa. Toda sentença implica juízo e decisão, o

que significa, sempre a possibilidade de que o julgador decida-se por desconhecer e negar a uma das partes o direito que a esta lhe parecia evidente e indiscutível. Perante o processo, não pode haver nada evidente e indiscutível, uma vez que a previsibilidade absoluta e matemática do futuro resultado contido na sentença, eliminaria, por si só, o próprio julgamento, que implica, quanto à pessoa do julgador, num decidir-se entre duas alternativas possíveis".<sup>11</sup>

Com razão, pois, o notável EDUARDO COUTURE, quando afirma que, entre a autoridade da coisa julgada e a efetiva vigência do direito, há uma relação de meio e fim. A coisa julgada se concebe como meio de desfazer a incerteza do direito e como forma de fazê-lo coativo, nos casos de resistência ou omissão de seu cumprimento.

A coisa julgada e sua eventual coercibilidade são inerentes à jurisdição. O caráter de irrevocabilidade que dá a autoridade da coisa julgada às decisões judiciais não aparece em nenhum dos outros modos de atuação do poder público.

A maior garantia do Estado democrático de direito reside no instituto da coisa julgada, que se reserva, tão-somente, ao Judiciário, para segurança jurídica de todos, no exercício da cidadania.

O objeto próprio da jurisdição é a coisa julgada, que se realiza somente através da garantia fundamental do devido processo legal.

A idéia de jurisdição, como a de processo, é essencialmente teleológica, porque ambos só existem para lograr um fim, que é assegurar a efetividade do direito.<sup>12</sup>

GUSTAV RADBRUCH observa que "se HUIZINGA disse, em seu excelente livro *En las sombras del mañana*, que da necessidade de segurança brota tudo o que se chama direito, podemos nos valer desse pensamento, para afirmar que da necessidade de segurança jurídica surge tudo o que se chama direito positivo. (...) Bem comum, justiça e segurança jurídica exercem condomínio sobre o direito, não a partir de uma harmonia sem tensões, senão, ao contrário, em uma relação de tensão viva".<sup>13</sup>

14. Já na primavera de 1782, em célebre conferência proferida em Viena, RUDOLF VON IHERING, assim apregoava:

"O direito não é uma pura teoria, mas uma força viva.

Por isso a Justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para o defender.

A espada sem a balança é a força brutal, a balança sem a espada é a impotência do direito.

Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança.

O direito é um trabalho incessante não somente dos poderes públicos, mas ainda de uma nação inteira.”<sup>14</sup>

A segurança, portanto, de que todos precisamos, há de ser buscada, no Estado democrático de direito, através do devido processo legal. Só usaremos o direito da força, para garantir a força do Direito, indispensável ao exercício livre e responsável das atividades públicas e das cidadanias.

### *Bibliografia*

- 1 DA SILVA, José Afonso. *Ação Popular Constitucional* — Editora Revista dos Tribunais, p. 84.
- 2 DA SILVEIRA, José Néri. “A Função do Julz” — In *Correio Braziliense*, de 3-2-92 — “Direito & Justiça”.
- 3 ELDÉZER ROSA. *Novo Dicionário de Processo Civil* — Livraria Freitas Bastos S.A. — 1ª edição — 1988 — p. 44.
- 4 GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Crise do Poder Judiciário*.
- 5 U. C., João Barbalho. *Comentários à Constituição Federal Brasileira* — 1902 — p. 322.
- 6 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Renascer do Direito* — José Buschatsky — Editor — p. 82.
- 7 OLIVEIRA LIMA, Sebastião de. *Revista AJUFE* — nº 31 — Dezembro/91, pp. 6/7.
- 8 *Apud Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império* — Senado Federal — Ed. de 1978 — p. 324.
- 9 FREDERICO MARQUES, José. *Instituições de Direito Processual Civil* — 3ª edição — Forense — 1966 — vol. I — p. 36.
- 10 GOLDSCHIMIDT, James. *Derecho Procesal Civil* — Trad. Espanhola — 1936 — p. 66.
- 11 DA SILVA, Ovídio A. Batista. *Curso de Processo Civil* — Vol. I — Sérgio Antônio Fabris Editora — Porto Alegre — 1987 — pp. 14/15.
- 12 COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* — Depalma — Tercera edición (póstuma) — 1988 — pp. 40/44.
- 13 GUSTAV RADBRUCH. *El Hombre en el Derecho* — Depalma — Tradução de Aníbal Del Campo — 1980 — p. 119.
- 14 VON IHERING, Rudolf. *A Luta pelo Direito* — Forense — 1972 — pp. 21/22.

# Insuscetibilidade de Apreciação Judicial de Ato Político-Legislativo

JOSÉ NAGEL

Advogado em Brasília. Assessor de Ministro do TCU

A casa de Deus, assim como a do Direito, tem muitas moradas e quase tudo é possível.

O resultado disso são os procedimentos e decisões totalmente divorciados da realidade jurídico-social do País.

Exemplo significativo desse fenômeno e entrechoque de realidade foi a recente sentença, na Justiça Federal de 1.<sup>a</sup> Instância de Brasília, proferida em Ação Popular, cujos efeitos da condenação, nela contidos, alcançaram todos os PARLAMENTARES (Senadores e Deputados) que, ao tempo, votaram pela aprovação do PROJETO DE LEI N.º 3.555/85, transformado na Lei n.º 7.194, de 11 de junho de 1984, de iniciativa do Presidente da República, que autorizava a União a indenizar a CVRD — Companhia Vale do Rio Doce, em 4 parcelas anuais, a partir de 1985, num total de 7.723.260 ORTNs, e previa a permanência dos garimpeiros de Serra Pelada por um prazo de mais três anos.

A leitura atenta de apenas alguns dispositivos constitucionais, tanto da Carta anterior como da atual, acaba por desfazer a maioria dos fundamentos produzidos pelo MM. Magistrado de 1.º grau:

“Art. 2.º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

“Art. 5.º . . . LXXIII — qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público (. . .), à moralidade administrativa, ao meio ambiente (. . .)”

“Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo (. . .)”

“Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, (. . .) dispor sobre todas as matérias de competência da União (. . .)”

“Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos.”

Ademais, o *remedium popularis* foi criado, em essência, para o povo defender e corrigir desvios na gestão pública (instrumento de defesa dos interesses da coletividade) e não como mecanismo de condenação de seus próprios representantes, sob pena de ocorrer, como ocorreu no presente caso, a seguinte situação: POVO ("Qualquer cidadão brasileiro") *versus* POVO ("Deputados e Senadores", representantes no Congresso Nacional da própria coletividade).

Portanto, o ato de votar projetos de leis ou, como ocorre atualmente, medidas provisórias, de iniciativa do Executivo, não constitui e jamais constituirá ato de gestão, capaz de, por si só, ser responsável por ilegalidade ou ilegitimidade e por lesividade, requisitos indispensáveis da ação popular.

Imaginem, por exemplo, se todo cidadão brasileiro-eleitor, que é parte legítima para ingressar com ação popular, resolvesse propô-la, também, contra Senadores e Deputados, toda vez que fosse sancionada uma lei com aparência ou possibilidade de alguma espécie de lesividade ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural. Só isso tornaria praticamente impossível o exercício pleno das funções parlamentares, ante os constantes e permanentes receios e restrições, além de terem, os referidos parlamentares, de defender-se em cada uma das milhares de investigações e acusações que lhes seriam dirigidas.

*Votação de um projeto de lei é ato político, excluído de apreciação judicial.*

Não se pode ter nenhuma dúvida que, o instante culminante do processo legislativo, que é a aprovação de uma medida legislativa, pode até envolver escolhas, opções, interesses, grupos de pressões, lobbies e manifestações de vontades, mas não deixa nunca de ser o exercício legítimo de uma apreciação exclusivamente política e uma elaboração em busca da tutela das exigências supremas da vida democrática.

Logo, todo ato de votação, quer seja ostensivo ou secreto, quer seja simbólico ou nominal, em que Senadores e Deputados optam, através de seus votos, por um dentre os vários valores contidos na proposição ou por uma das vias oferecidas ao Congresso Nacional, é, obviamente, um ato político, no sentido maior e mais alto de que o fato social a ser disciplinado por lei contém motivações e razões de toda ordem e natureza, bem como configura a própria representação da coletividade.

Deveras, *legislar*, aprovar o orçamento, etc., segundo GERALDO ATALIBA, (funções do Congresso) são atos de natureza política porque — embora editados com respeito aos quadros legais — não dependem de lei, nem esta pode ser posta como condição para sua prática. Por outro lado, esses atos são insuscetíveis de revisão, quanto ao mérito, por qualquer outro órgão. Em outras palavras, não há corrigenda possível para tais atos. No máximo, quando o Texto Constitucional o prevê, poderá

haver negativa de comprovação. nos casos de atos complexos (...), são atos políticos, que não podem ser submetidos a crivo jurídico. Mas, por isso mesmo que políticas, são tais atribuições sujeitas ao controle da opinião pública, à crítica dos meios de imprensa e à fiscalização parlamentar. Sua avaliação e julgamento entram nas considerações políticas gerais, de que incumbem — dando vida ao tecido complexo das relações políticas — a opinião pública, os partidos, a imprensa, os sindicatos e outros instrumentos de canalização de interesses e opiniões.<sup>1</sup>

Significa que esse qualificativo dos votos como atos políticos do Congresso Nacional repercute na sua própria exclusão da apreciação judicial, que se traduz exceção à competência da Justiça (cf. HELY LOPES MEIRELLES<sup>2</sup> M. SEABRA FAGUNDES,<sup>3</sup> CAIO TÁCITO,<sup>4</sup> RUI BARBOSA,<sup>5</sup> J. CRETELLA JÚNIOR,<sup>6</sup> REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA.<sup>7</sup>

Com efeito, a doutrina e a jurisprudência do STF<sup>8</sup> sempre se pautaram no sentido de que as questões exclusivamente políticas escapam, em absoluto, ao exame do Poder Judiciário:

“Atos políticos do Congresso, ou do Executivo, na acepção em que esse qualificativo traduz exceção à competência da Justiça, considerando-se aqueles, a respeito dos quais a lei confiou a matéria à discussão prudente do poder e o exercício dele não lesa direitos constitucionais do indivíduo.”<sup>9</sup>

“O controle judicial limita-se ao exame da legalidade, não se imiscuindo com o mérito do ato... As questões exclusivamente políticas também ficam excluídas da jurisdição do Poder Judiciário. Assim determinaram, expressamente, as Constituições de 1934 e 1937, e a limitação sobrevive, ainda que não mais figure no texto constitucional.”<sup>10</sup>

“As Constituições de 1934 (art. 68) e 1937 (art. 94) dispuseram expressamente que o Poder Judiciário não poderia conhecer de questões exclusivamente políticas. A atual silêncio a respeito. Mas, não obstante isto, a vedação persiste. É que ela decorre da índole do regime e de imperativos do seu funcionamento. Aos poderes Legislativo e Executivo, a Constituição de-

1 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, Ed. RT, 1985, pp. 29-30.

2 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 6ª ed. 1978, pp. 668/670.

3 FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª ed. 1979, nº 74, pp. 158/165.

4 TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*, Ed. 1975, pp. 35 ss.

5 BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, (coligidos e ordenados por HOMERO PIRES) edição de 1933, vol. IV, p. 192.

6 JUNIOR, J. Cretella. “Teoria do Ato Político”, *RT* 627 10-14 e “Teoria do Ato de Governo”, *Rev. Inf. Leg.* nº 95 '73, p. 84.

7 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato Administrativo*, ed. RT, 1978, p. 20.

8 STF, *Rev. do Supremo*, vol. 32, p. 79.

9 BARBOSA, Rui. *Op. cit.*, p. 192.



lega atribuições de cunho estritamente político, que, pela sua natureza específica, são incompatíveis com a interferência do Poder Judiciário.”<sup>11</sup>

De modo bastante simples, quem melhor estudou e examinou a natureza do ato político terá sido o Prof. J. CRETELLA JÚNIOR, no citado artigo,<sup>12</sup> que pela objetividade e precisão merece destaque:

“Ato de governo ou ato político é toda manifestação de vontade do Poder Público que por sua condição toda especial, escapa à revisão do Poder Judiciário, constituindo esse tipo de ação não uma exceção ao princípio da legalidade, mas a competência do juiz, o qual não tem possibilidades de fiscalizá-lo, se a isso for provocado.

.....

O problema da definição do ato político tem desafiado a argúcia da doutrina, que não chega ao contexto exato, é evidente, pela própria flexibilidade inerente ao objeto definido.

.....

Outros fazem a distinção entre a consideração material e formal do ato político, entendendo, sob o primeiro aspecto, como políticas, “as decisões do Poder Legislativo, no exercício de atribuições próprias, e eventualmente, as decisões do Poder Executivo, sem subordinar-se, regra geral, a lei alguma, ditadas em defesa da segurança do Estado e da Constituição (cf. BIELSA, “Princípios de Derecho Administrativo”, 3.<sup>a</sup> ed. 1963, p. 65), compreendendo, sob o segundo aspecto, “os atos legislativos que, em princípio, devem emanar do Congresso e só, eventualmente, do Poder Executivo.”

Em síntese, o ato de votar, ou seja, o de dizer sim ou não a uma determinada medida legislativa, é a manifestação maior da classe política, é, por assim dizer, inerente a sua própria existência, expressão maior da representação popular e da liberdade de pensamento de um povo. Se o Estado é o Povo, o Parlamento sua Expressão Nacional, os Parlamentares são a voz desse Povo.

Assim sendo, os votos dos Deputados e Senadores são atos políticos, dentro do processo de decisão legislativa, subtraindo-se da apreciação do Poder Judiciário as razões de conveniência e oportunidade que os determinaram, uma vez que repousam na liberdade e independência, dentro da representatividade, e prefiguram a comunidade e o compromisso político assumido, isentando-os de quaisquer restrições e conseqüências, além da não sujeição à investigação de tais votos por outro poder.

10 TACITO, Calo. *Op. cit.*, p. 35.

11 FAGUNDES, Miguel Seabra. *Op. cit.*, p. 158.

12 JÚNIOR, J. Cretella, “Teoria do Ato de Governo”, *Rev. Inf. Leg.* 95/73, p. 84.

Ora, um dos deveres constitucionais do Parlamentar, em relação ao exercício do mandato, é, exatamente, o de VOTAR, mesmo que a lei seja impropriamente um ATO ADMINISTRATIVO, e ainda assim, por esse desempenho são invioláveis (CF. art. 53). Não podendo, por isso mesmo, ser condenado por seus votos, dados em projetos, medidas e atos legislativos.

*Conceito jurídico-político das imunidades parlamentares (inviolabilidades e irresponsabilidades)*

Nos regimes democráticos, chama-se *imunidade parlamentar* a proteção jurídica e a garantia funcional dadas aos representantes do Povo, para o exercício dos respectivos mandatos, contra abusos, violências e restrições por parte de outros Poderes constitucionais, dentro do sistema de freios e contrapesos, como qualifica COOLEY, entre tais órgãos estatais, tornando-se, como membros do Poder Legislativo, acobertados pelas prerrogativas decorrentes da função exercida, justamente, para que as atribuições típicas possam ser desempenhadas sem qualquer tipo de receio (presente ou futuro) ou limitações à liberdade de opiniões, palavras e votos, sendo destinatário imediato do instituto o próprio Parlamento e não os seus membros, meros beneficiários (cf. ALCINO PINTO FALCÃO).<sup>13</sup>

Nos textos constitucionais brasileiros, desde o Império até os dias de hoje (1824 — arts. 26/28; 1891 — arts. 19/20; 1934 — arts. 51/52; 1937 — arts. 42/43, embora com restrições; 1946 — arts. 44/46; 1967 — art. 54; 1969 — art. 52; e 1988 — art. 53), o princípio da imunidade parlamentar foi admitido como prerrogativa da corporação, com o objetivo de resguardar a liberdade e a independência dos legisladores, não no interesse individual dos mesmos ou como direito subjetivo deles, e sim tendo em vista o interesse público e o livre funcionamento do Poder Legislativo.

Cumpra ressaltar, desde logo, que não se examinará as situações e conseqüências decorrentes das hipóteses de processamento, apuração e execução penal pelos CRIMES cometidos por parlamentares sem nenhuma ligação com o exercício do mandato legislativo.

De todas as opiniões referentes ao instituto da imunidade parlamentar, na sua ampla concepção, algumas são tão significativas que precisam ser sempre lembradas e relidas:

PLÍNIO CASADO:<sup>14</sup>

“Tempo houve em que ainda se discutia o conceito jurídico político das imunidades parlamentares; mas, hoje em dia, neste tema, tem um cunho de truísmo, chega a ser uma parêmia, o conceito de que as imunidades parlamentares não são privilégio incompatíveis com o regime livre e democrático, sob que vivemos.

13 FALCÃO, Alcino Pinto. *Da Imunidade Parlamentar*, Ed. Forense, 1955 pp. 15/16.

14 CASADO, Plínio. *A Imunidade Parlamentar do artigo 20 da Constituição Federal*, Rio, 1952, pp. 3/4.

e estabelecidos em proveito pessoal do representante, mas são prerrogativas políticas da função. . .

São prerrogativas, mas não privilégios, porque privilégios são concessões feitas a particulares ou em proveito destes, e a desigualdade de tratamento, na hipótese, visa, não os interesses de ordem privada, mas o interesse de ordem pública.”

IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA: <sup>15</sup>

“As imunidades parlamentares não constituem propriamente privilégio dos membros do Congresso. São prerrogativas criadas em bem da Câmara, do Senado, do Parlamento, da Constituição, da Lei, da Nação. Os membros do Poder Legislativo só gozam do privilégio, por serem representantes da Nação, que os escolheu, a fim de que, em nome dela e por ela, elaborem a vontade estatal.”

CARLOS MAXIMILIANO: <sup>16</sup>

“A imunidade parlamentar foi estabelecida por motivos políticos, tendo em vista o interesse público, e não o particular; não constitui direito subjetivo, e sim objetivo; não é privilégio individual, fizeram-na prerrogativa de uma coletividade independente e vigilante.”

DARCY AZAMBUJA: <sup>17</sup>

“A imunidade parlamentar não é privilégio concedido ao parlamentar pessoalmente; é uma garantia assegurada ao Poder Legislativo, para que funcione livre de qualquer coação.”

RAUL MACHADO HORTA: <sup>18</sup>

“As imunidades parlamentares estão universalmente vinculadas à proteção do Poder Legislativo e ao exercício independente do mandato representativo.”

DJALMA MARINHO: <sup>19</sup>

“A imunidade parlamentar é o fato político mais expressivo no livre desempenho da instituição. Ela se nivela no plano do Direito Parlamentar à liberdade individual no plano do Direito Civil.

---

15 ITAGIBA, Ivair Nogueira. *O Pensamento Político Universal e a Constituição Brasileira*, p. 306.

16 MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*, Freitas Bastos, Rio, 1954, vol. 2, p. 55.

17 AZAMBUJA, Darcy. “Introdução à Ciência Política”, Ed. Globo, Porto Alegre, 1979, 8ª ed. p. 189 e “Teoria Geral do Estado”, 1942, p. 178.

18 HORTA, Raul Machado. “Imunidades Parlamentares” *Rev. Fac. Dir. UFMG*, nº 7, pp. 64-108.

19 MARINHO, Djalma. Parecer publicado no “Arq. Com. Const. Just.” vol. 3, nº 1 (1979), pp. 183/187.

Uma e outra recompõem no Direito Político o processo de decisão como estratégia da democracia constitucional.

.....

Inviolável quer dizer puro, integral, intocável, salvo de qualquer violência e acima da ação da Justiça. Nesse particular, todos os nossos dicionaristas, dos mais antigos aos mais modernos, assim o entendem.

.....

A liberdade de opinião, palavra e voto é apanágio do mandato parlamentar. O homem público é um ser à parte. Ele recebe vigilância severa dos seus concidadãos e tem, por isso mesmo, na linha do seu destino, de apresentar-se, na eficácia de sua representação, numa superfície firme e inabalável, que são armas que utiliza para fiscalizar o Estado e legislar para a Nação. Não se compreende, portanto, que, haja limitação nesse mister, sob pena de perder o congressista a finalidade de sua missão."

Sabido é que a imunidade parlamentar decompõe-se em duas prerrogativas independentes: a irresponsabilidade legal ou irresponsabilidade parlamentar, e a inviolabilidade pessoal ou incolumidade pessoal.<sup>20</sup> A primeira se refere ao exercício das funções, mas a segunda protege os congressistas contra a prisão ou processo que contra eles se intentam.<sup>21</sup> Note-se que o mandato é realmente exercido no recinto das casas congressuais, ou seja, nas salas das sessões do grande plenário e dos pequenos plenários (comissões permanentes ou temporárias e outras), onde a imunidade deve ser assegurada.<sup>22</sup>

Essa irresponsabilidade parlamentar alcança inclusive os ex-Deputados e ex-Senadores, desde que as opiniões, palavras e votos apontados, tenham sido praticados no exercício do respectivo mandato, por ser absoluta, definitiva e irrenunciável, de acordo com DANTON JOBIM;<sup>23</sup> ANDRADE LIMA FILHO;<sup>24</sup> JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO<sup>25</sup> e ROSA RUSSOMANO:

"A imunidade de direito constitucional material enlaça todos os atos peculiares à função legislativa, desde que praticados no exercício da mesma. Estende-se no tempo. Sem solução de continuidade. Persiste, mesmo quando o mandato finda. Em síntese — é perpétua,

---

20 BROSSARD, Paulo. "Imunidade Parlamentar", *R. Inf. Leg.* n.º 63 8.

21 FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva, 1978 vol. 1, p. 280.

22 JACQUES, Paulino. *A Constituição Explicada*, Ed. Forense, 1970, p. 57.

23 JOBIM, Danton. "Das Imunidades Parlamentares", *RF* — CXXXI 344.

24 FILHO, Andrade Lima. *Em Defesa das Imunidades Parlamentares*, Recife 1951, pp. 26-29.

25 BARACHO, Alfredo de Oliveira, "Imunidades Parlamentares", *Rev. Inf Leg.* 68 43.

Dai fluem efeitos jurídicos relevantes. O parlamentar torna-se intocável a qualquer processo. Apresenta-se inviolável, tanto na dimensão civil, quanto na penal.”<sup>26</sup>

De conseguinte, a imunidade parlamentar significa *irresponsabilidade jurídica*<sup>27</sup> e cobre o exercício, presente e futuro, do mandato popular, pelo que Deputados e Senadores, como resultado, são “invioláveis”, isto é, são “irresponsáveis” e, conseqüentemente, “impuníveis”, “intocáveis” e “incondenáveis”, o que obsta a propositura de qualquer espécie de ação, inclusive popular, e de condenação civil, penal, administrativa e disciplinar, por motivo de opiniões, palavras e votos, proferidos no exercício de suas funções parlamentares:

“A imunidade material, também chamada inviolabilidade, consiste na irresponsabilidade civil e criminal do Parlamentar. É uma garantia que se lhe defere, uma prerrogativa que o protege, menos a ele, individual e pessoalmente, mas ao próprio Poder que ele integra, para que o Legislativo cumpra e possa cumprir, sem peias e entraves, o seu relevante papel, histórico e constitucional, de intérprete fiel, indormido e corajoso das mais justas aspirações e dos mais lúdimos anseios e interesses do povo.”<sup>28</sup>

“Nenhuma ação, civil ou criminal, pode derivar de palavras, votos ou opiniões exarados no exercício do mandato, em virtude da irresponsabilidade legal a ele inerente.”<sup>29</sup>

“A irresponsabilidade difere da inviolabilidade no que se refere ao domínio, ao efeito, ao fim e à duração. No que diz respeito ao domínio, ela cobre os atos da função parlamentar. A inviolabilidade alcança atos estranhos à função. Quanto ao efeito, impede toda ação civil ou criminal, ao passo que a inviolabilidade resguarda o deputado da ação criminal ou correcional durante o mandato.”<sup>30</sup>

“Inviolabilidade no caso significa irresponsabilidade, e irresponsabilidade ali não pode ser apenas criminal. Se fosse, a segurança do parlamentar seria somente pela metade, e tal não pode ter sido o intuito do legislador constituinte. Dizer que o deputado ou senador é inviolável por suas opiniões (palavras e votos) é o mesmo que dizer que o deputado ou senador é irresponsável por

<sup>26</sup> RUSSOMANO, Rosah. “Imunidades Parlamentares”, *Rev. Inf. Leg.* 81/244, p. 245.

<sup>27</sup> FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Comentários à Constituição Brasileira*. Ed. Saraiva, 1983, p. 197.

<sup>28</sup> VELOSO, Zeno. “Imunidades Parlamentares dos Vereadores”, *Rev. Inf. Leg.* nº 92/150, p. 151.

<sup>29</sup> BROSSARD, Paulo. *Op. cit.*, p. 18.

<sup>30</sup> BARACHO, Alfredo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 41.

suas opiniões (palavras e votos). Do que fizer no exercício do mandato nada lhe advirá.”<sup>31</sup>

### *Autonomia dos Poderes Constitucionais e Predicamentos de seus Membros*

Já se disse que o poder é um e pela diversidade de suas funções divide-se em três ramos, que são, na verdade, os órgãos do aparelho governamental: Legislativo, Executivo e Judiciário.<sup>32</sup>

Desconcentram-se assim os poderes estatais, que passam a ser executados por órgãos distintos e independentes entre si. Elimina-se, destarte, todo arbítrio estatal. Quem faz a lei não a aplica. Os que a aplicam não a fazem.<sup>33</sup>

Em conseqüência, existem regras constitucionais concernentes à proteção e à independência, no exercício das respectivas funções.

No caso do Legislativo, a fim de assegurar a independência da corporação e de seus membros, a Constituição estabelece a inviolabilidade dos mandatos.<sup>34</sup>

Tais imunidades, como se procurou demonstrar, não são privilégios do representante nem regalias especiais, que lhes é concedida. Constituem uma garantia de função, a que são inerentes.<sup>35</sup>

Como se viu, exaustivamente, essa prerrogativa constitui uma exceção à competência jurisdicional do Poder Judiciário, proteção indispensável ao legítimo e livre exercício do mandato popular, que no dizer de ESMEIN “é um axioma do governo representativo”, de modo a assegurar a independência e harmonia entre os Poderes (CF., art. 2.º).

Outrossim, já se disse que o *Mandato Legislativo* não é profissão, e a inviolabilidade do Senador ou Deputado, por seus votos, não é garantia da liberdade de pensamento, senão garantia de funcionamento do Poder Legislativo.<sup>36</sup>

O que o impõe é o princípio da divisão e autonomia dos poderes (Legislativo — legisla; Executivo — administra e Judiciário — julga), impedindo a ingerência perturbadora de um na área de competência do outro. A imunidade parlamentar, como dizia AURELINO LEAL,<sup>37</sup> “não é garantia de direito, no rigor técnico da expressão; é garantia do poder”, e faz parte do sistema de garantias ao Poder Legislativo recomendado pela história do Estado de Direito, posto que sem liberdade de pensamento,

31 PICANÇO, Macário. “Imunidades Parlamentares”, *RF* 169 17.

32 FONSECA, Annibal Freire da. *O Poder Executivo na República Brasileira* Ed. UNB, 1981, 37, p. 20.

33 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, p. 24.

34 ATALIBA, Geraldo. *Op. cit.*, pp. 80 81.

35 FONSECA, Annibal Freire da. *Op. cit.*, p. 41.

36 LIMA, Ruy Cirne. Parecer: Inviolabilidade do Deputado e Senador. *RDP* 16/97, p. 98.

37 LEAL, Aurelino. *Teoria e Prática da Constituição*, pp. 707 708.

sem liberdade de emití-lo (liberdade de palavras, de opinião e de voto), não há Poder Legislativo que possa representar com fidelidade e coragem os interesses do povo.<sup>38</sup>

Nesse sentido, escreve RUY CIRNE LIMA, no artigo citado:<sup>39</sup>

“Por mais censuráveis que sejam as opiniões, palavras e votos do senador ou deputado, no exercício do mandato legislativo, a nenhum outro poder é permitido interferir, a fim de apreciá-lo, julgá-los ou puni-los. A razão é simples. O exercício da função legislativa não é o exercício de um direito, que tenha, individual ou coletivamente, como sujeitos os senadores e deputados, senão o exercício da atividade de um órgão estatal.”

Leia-se, ainda, sobre as prerrogativas e predicamentos dos magistrados e dos parlamentares, GERALDO ATALIBA:<sup>40</sup>

“O Instituto da inviolabilidade não se constitui em privilégio de determinados cidadãos, mas sim em prerrogativas de determinadas funções. Não são os parlamentares que gozam de prerrogativas desse tipo. Também os órgãos de cúpula do Poder Executivo e magistrados.

A inviolabilidade se explica pela necessidade institucional — universalmente reconhecida — de que os parlamentares desempenhem suas funções, com independência e desassombro, sob pena de não o fazerem corretamente, sem temor de qualquer consequência, como requer o mecanismo constitucional.

Também as instituições exigem — para seu perfeito funcionamento — que os juizes desempenhem suas atribuições sem qualquer tipo de receio (presente ou futuro), com relação aos atos que, de ofício, devam praticar.

Os integrantes da magistratura são protegidos até mesmo contra a própria instituição, o que acontece especialmente no que diz respeito à sua inamovibilidade.

Os predicamentos da magistratura — à semelhança da inviolabilidade dos parlamentares — não constituem privilégio de pessoas, mas prerrogativas de função, estabelecidas tendo em vista assegurar efetivamente (até as suas últimas consequências) a independência no desempenho do encargo de julgar.

Quer a Constituição que o juiz seja imparcial e não tenha receio de desagradar, nem preocupação de agradar, mas que cumpra seu dever.

38 MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1/69*, Tomo III, fls. 5.

39 LIMA, Ruy Cirne. Artigo citado, RDP 16/97, p. 98.

40 ATALIBA, Geraldo. “Inviolabilidade dos Parlamentares”, RDP 47/48, p. 75 e *Rev. Inf. Leg.* 63/39, p. 40.

O mesmo quer e espera dos parlamentares.

Por isso CELSO BASTOS sustenta que as prerrogativas dos magistrados e congressistas são garantias do povo: asseguram-lhe que esses agentes públicos desempenharão seus misteres e encargos com isenção, independência e desassombro, só preocupados em cumprir suas funções corretamente e curvados unicamente aos imperativos de suas consciências.”

Destarte, a aprovação, por Senadores e Deputados, de uma medida legislativa tanto não afeta, de imediato, direitos subjetivos (de quem quer que seja) que:

1.º) o respectivo projeto pode ser vetado pelo Presidente da República (CF., art. 84, V);

2.º) mesmo depois de sancionada, pode ser declarada inconstitucional (Cf., art. 97; 102-I, *a* e III, *b*) e ser suspensa sua execução (CF., art. 52, X);

3.º) além disso, como se diz, na prática, tem, ainda, as leis que não são cumpridas ou não pegam.

Na hipótese, ainda que se considerasse a Lei n.º 7.194/84, como foi considerado na sentença, como ato administrativo impróprio, na maioria das vezes, a lesividade, como requisito da ação popular, depende de outros atos executórios, pois, como diria o Poeta, “As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei”. O que significa que, a responsabilidade civil, por ato legislativo, não pode ser, imputada aos Senadores e Deputados, mas, se danoso, impróprio, imperfeito, ilegal ou inconstitucional, o Poder Judiciário, pelos meios processuais adequados se for o caso, inclusive ação popular, poderá responsabilizar o *Estado legislador* (cf. J. CRETELLA JÚNIOR,<sup>41</sup>) mas nunca os *Legisladores*, que não legislam em nome próprio, mas o fazem no legítimo exercício da representação popular.

Nessa condições, a serem corretas todas as considerações e observações que se procurou assentar em linhas que acima e atrás ficaram, o Judiciário brasileiro, representado, nas circunstâncias presentes, pelo Juízo Federal em questão da Seção Judiciária do Distrito Federal, estaria, em tese, diante de uma gravíssima ocorrência, tipificada na Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950, que define crime de responsabilidade e regula o respectivo processo e julgamento:

“Art. 6.º São crimes de responsabilidade contra o livre exercício dos poderes legislativo (...)

3 — violar as imunidades asseguradas aos membros do Congresso Nacional. ....”

41 JUNIOR, J. Cretella. “Responsabilidade do Estado por Ato Legislativo”, RDP 71/60, p. 75.



Sempre foi assim no Brasil, consoante antigos e novos juristas e estudiosos da matéria, ante as lições extraídas das obras e artigos apontados neste trabalho, e faço votos para que sempre assim seja, especialmente a partir da nova ordem jurídico-constitucional, instaurada no País com a promulgação da Carta Política de 5-10-88, pedindo vênias, por essas razões, aos que defendem a extinção de tais prerrogativas, na futura revisão constitucional.

Aliás, ainda agora, o Colendo STF, na Sessão Plenária de 1.º-2-91, através de brilhante voto proferido pelo Ministro CELSO MELLO, deixou assente que:

“— O instituto da imunidade parlamentar atua, no contexto normativo delineado por nossa Constituição, como condição e garantia de independência do Poder Legislativo, seu real destinatário, em face dos outros Poderes do Estado. Estende-se ao congressista, embora não constitua uma prerrogativa de ordem subjetiva deste. Trata-se de prerrogativa de caráter institucional, inerente ao Poder Legislativo, que só é conferida ao parlamentar *ratione muneris*, em função do cargo e do mandato que exerce. É por essa razão que não se reconhece ao congressista, em tema de imunidade parlamentar, a faculdade de a ela renunciar. Trata-se de garantia institucional deferida ao Congresso Nacional. O congressista, isoladamente considerado, não tem, sobre ela, qualquer poder de disposição.

— O exercício do mandato parlamentar recebeu expressiva tutela jurídica da ordem normativa formalmente consubstanciada na Constituição Federal de 1988. Dentre as prerrogativas de caráter político-institucional que inerem ao Poder Legislativo e aos que o integram, emerge, com inquestionável relevo jurídico, o instituto da imunidade parlamentar, que se projeta em duas dimensões: a primeira, de ordem material, a consagrar a inviolabilidade dos membros do Congresso Nacional, por suas opiniões, palavras e votos (imunidade parlamentar material), e a segunda, de caráter formal (imunidade parlamentar formal), a gerar, de um lado, a *improcessabilidade* dos parlamentares (...) e, de outro, o estado de relativa *incoercibilidade pessoal* dos congressistas (*freedom from arrest*) (...).”

Em conclusão, pode-se dizer que, com todas essas prerrogativas, por sinal indispensáveis ao bom desempenho do mandato popular, os congressistas já sentem dificuldades no pleno e ideal cumprimento das funções parlamentares, o que se dirá nas situações ora descritas, em que não forem assegurados aos Deputados e Senadores, diante da apreciação pelo Judiciário de ações populares, as mencionadas imunidades constitucionais?

Com a palavra o Legislativo.

# Lei Francesa Relativa à Transparência Financeira da Vida Pública

(Lei Orgânica n.º 88-226, de 11-3-88)

Tradução: JEAN FRANÇOIS CLEAVER  
Tradutor do Senado Federal

A Assembléia Nacional e o Senado aprovaram.

O Conselho Constitucional declarou constitucional.

O Presidente da República promulga a seguinte Lei:

## TÍTULO PRIMEIRO

### *Disposições Relativas ao Presidente da República*

#### CAPÍTULO PRIMEIRO

##### *Declaração de Patrimônio dos Candidatos a Presidente e do Presidente da República*

Art. 1.º I — O inciso 4.º do parágrafo I do art. 5.º da Lei n.º 62-1292, de 6 de novembro de 1962, relativa à eleição do Presidente da República pelo sufrágio universal, passa a ter a seguinte redação:

“O Conselho Constitucional verificará o consentimento do candidato, devendo esse, sob pena de nulidade de sua candidatura, entregar-lhe, em envelope lacrado, declaração de sua situação patrimonial nos termos do art. L.O. 135-I do Código Eleitoral, e o compromisso de, caso eleito, entregar, até um mês, mas não antes de dois meses do término de seu mandato, ou no prazo de um mês em caso de demissão, nova declaração nos mesmos termos, a ser publicada no Diário Oficial da República Francesa nos oito dias seguintes à sua recepção.”

*Diário Oficial* de 12-3-88, da República Francesa, p. 3.288.

II — O inciso 2.º do parágrafo III do art. 3.º da supracitada Lei n.º 62-1292, de 6 de novembro de 1962, passa a ter a seguinte redação:

“O Conselho Constitucional assentará e proclamará os resultados da eleição, sendo esses publicados no Diário Oficial da República Francesa até vinte e quatro horas depois de sua proclamação e anexada à publicação a declaração de situação patrimonial do candidato proclamado eleito.”

## CAPÍTULO II

### *Financiamento da Campanha para a Eleição do Presidente da República*

Art. 2.º — Completa-se o parágrafo II do art. 3.º da supracitada Lei n.º 62-1292, de 6 de novembro de 1962, com quatro incisos, com a seguinte redação:

“Aplicam-se aos candidatos a Presidente da República os arts. L.O. 163-1 a L.O. 163-3 do Código Eleitoral.”

“Na aplicação do disposto no art. L.O. 163-1, leia-se “seis meses” em lugar de “três meses”.

“Na aplicação do disposto no primeiro inciso do art. L.O. 163-2, leia-se “cento e vinte milhões de francos e, para os dois candidatos remanescentes no segundo turno, cento e quarenta milhões de francos”, em lugar de “quinhentos mil francos.”

“Nos sessenta dias seguintes à votação que determinou a eleição, o candidato participante da primeira votação enviará ao Conselho Constitucional prestação das contas de sua campanha, com a documentação comprobatória prevista no primeiro inciso do art. L.O. 179-1 do Código Eleitoral.”

Art. 3.º — Completa-se com um terceiro inciso o parágrafo III do art 3.º da supracitada Lei n.º 62-1292, de 6 de novembro de 1962, com a seguinte redação:

“Publicar-se-ão as contas de campanha do candidato no Diário Oficial da República Francesa, até dez dias depois de vencer o prazo previsto no último inciso do parágrafo II deste artigo.”

Art. 4.º — I — Na segunda frase do parágrafo V do art. 3.º da supracitada Lei n.º 62-1292, de 6 de novembro de 1962, substituem-se as palavras “nem da caução, nem das despesas de propaganda” pelas palavras “da caução”.

II — Completa-se o parágrafo V do mesmo artigo com dois incisos com a seguinte redação:

“Ressarcir-se-á o candidato de quantia equivalente a 5% do teto de despesas de campanha a ele atribuído, acrescida até o limite de 25%

desse teto, no caso de o candidato ter obtido mais de 5% dos votos válidos apurados na primeira votação, não excedendo a quantia ressarcida o valor constante da prestação de contas de campanha entregue pelo candidato.”

“Não será ressarcido da parcela fixa prevista no inciso anterior o candidato que deixar de cumprir o disposto nos dois últimos incisos do parágrafo II deste artigo.”

## TÍTULO II

### *Disposições Relativas aos Membros do Parlamento*

#### CAPÍTULO PRIMEIRO

##### *Declaração de Patrimônio dos Membros do Parlamento*

Art. 5.º Insere-se no Código Eleitoral o art. L.O. 135-1, com a seguinte redação:

“Art. L.O. 135-1. O Deputado entregará à Mesa da Assembléia Nacional, nos quinze dias seguintes à sua posse, uma declaração garantida, pela própria honra, como exata e sincera, de sua situação patrimonial, particularmente de todos seus bens próprios e, se os houver, daqueles possuídos em comunidade ou reputados condomínios em aplicação do art. 1.538 do Código Civil, garantindo a Mesa o sigilo da declaração recebida e das eventuais observações do Deputado sobre a evolução de seu patrimônio.

O Deputado entregará nova declaração, nos termos deste artigo, até um mês, mas não antes de dois meses do término de seu mandato ou, em caso de dissolução da Assembléia Nacional ou de interrupção de mandato não decorrente de falecimento, nos quinze dias seguintes ao afastamento.

A Mesa da Assembléia Nacional expedirá, no ato da entrega, recepisso da declaração de que trata este artigo.

A Mesa da Assembléia Nacional apreciará a variação da situação patrimonial do Deputado, à vista de suas declarações e eventuais observações.

Poderá o Presidente da Assembléia Nacional, sempre que o julgar conveniente, e deverá ele, a cada nova legislatura, elaborar relatório a ser publicado no Diário Oficial da República Francesa, de que poderão constar, por iniciativa sua ou dos interessados, observações por eles formuladas.

Art. 6.º Insere-se no Código Eleitoral, após o art. L.O. 135-1, o art. L.O. 135-2, com a seguinte redação:

“Art. L.O. 135-2. As declarações entregues por Deputado nos termos do art. L.O. 135-1 do Código Eleitoral e as observações por ele

formuladas somente poderão ser comunicadas mediante requerimento expresso do declarante ou proposto seu, ou requisição judicial, caso sua comunicação seja necessária para a solução de litígio ou útil para a apuração da verdade.”

## CAPÍTULO II

### *Financiamento da Campanha para a Eleição dos Deputados*

Art. 7.º Inserir-se, no início do Título II do Livro Primeiro do Código Eleitoral, os arts. L.O. 163-1 a L.O. 163-3, com a seguinte redação:

“Art. L.O. 163-1. O candidato a Deputado manterá conta de campanha com discriminação, por origem, de todas as receitas e, por natureza, de todas as despesas efetuadas por ele ou por sua conta nos três meses que antecedem o pleito.

Art. L.O. 163-2. As despesas de campanha do candidato não excederão o valor de quinhentos mil francos, não computadas aquelas diretamente custeadas pelo Estado.

O teto supracitado será reajustado anualmente, em decreto, em função da previsão da média anual dos preços de consumo familiar, verificada no relatório econômico e financeiro anexo ao projeto de lei de finanças.

Art. L.O. 163-3. A doação verbal, recebida por candidato de pessoa física ou jurídica devidamente identificada, não excederá o valor de vinte mil francos, se procedente de pessoa jurídica, excetuadas as doações procedentes de partido ou grupo político.

“Toda e qualquer doação superior a dois mil francos, efetuada em favor de candidato por ocasião de sua campanha, será paga em cheque.

A soma das doações em dinheiro arrecadadas por candidato não excederá 20% do valor total de receitas previsto no art. L.O. 163-1.

A soma das doações arrecadadas por candidato não excederá o teto de despesas previsto no art. L.O. 163-2.

É vedado às pessoas jurídicas de direito público, cassinos, grêmios e casas de tavolagem fazer doação a candidatos.”

Art. 8.º Insere-se no Código Eleitoral, após o art. L.O. 163-3, o art. 163-4, com a seguinte redação:

“Art. L.O. 163-4. É vedado ao candidato receber, direta ou indiretamente, para qualquer fim, contribuição ou auxílio material procedente de Estado estrangeiro ou pessoa física ou jurídica de nacionalidade estrangeira.”

Art. 9.º Completa-se a primeira alínea do inciso 1.º do art. 238 bis do Código Geral de Impostos com a seguinte frase:

“É dedutível, até o mesmo limite, a doação prevista no art. L.O. 163-3 do Código Eleitoral, desde que paga em cheque, efetuada em caráter definitivo e sem contrapartida e registrada em comprovante anexo à conta de campanha entregue nos termos do art. L.O. 179-1 do Código Eleitoral.”

Art. 10 — Insere-se no Capítulo X do Título II do Livro Primeiro do Código Eleitoral o art. L.O. 179-1, com a seguinte redação:

“Art. L.O. 179-1 — Nos trinta dias seguintes à votação que determinou a eleição, o candidato participante da primeira votação enviará à *préfecture* (\*) a conta de campanha prevista no art. L.O. 163-1, apresentada por membro da Ordem dos Peritos em Contabilidade e Contabilistas Credenciados, anexados os comprovantes de receitas e faturas, propostas e quaisquer documentos comprobatórios das despesas efetuadas ou empenhadas por ele ou mandatário seu.

Enviar-se-ão à Mesa da Assembléa Nacional as contas de campanha dos candidatos proclamados eleitos, anexada a respectiva documentação comprobatória.

Comunicar-se-á a conta de campanha, quando por eles requisitada, ao Conselho Constitucional ou autoridades judiciais.”

Art. 11 — Dá-se ao art. L.O. 525 do Código Eleitoral a seguinte redação:

“Art. L.O. 525 — Aplica-se o disposto no Capítulo X do Título II do Livro Primeiro, ressalvado o art. L. O. 179-1.”

### CAPÍTULO III

#### *Disposições Comuns*

Art. 12 — Fica o art. L.O. 128 do Código Eleitoral restabelecido, com a seguinte redação:

“Art. L.O. 128 — É inelegível pelo prazo de um ano aquele que deixe de entregar uma das declarações previstas no art. L.O. 155-1.

É inelegível pelo prazo de um ano aquele que deixe de entregar suas contas nos termos do art. L.O. 179-1.”

### TÍTULO III

#### *Disposições Transitórias*

Art. 15 — Na próxima eleição presidencial, as contas de campanha abrangerão o período compreendido entre a data da publicação desta

lei e a do pleito, em derrogação ao disposto no terceiro inciso do parágrafo II do art. 3.º da supracitada Lei n.º 62-1292, de 6 de novembro de 1962.

Art. 14 — O disposto nos arts. 5.º, 6.º e 12 entrará em vigor, para os Deputados, a partir da renovação da Assembléia Nacional subsequente à publicação desta lei e, para os Senadores, a partir da renovação do terço a que pertencem.

Esta Lei será executada como lei do Estado.

Paris, 11 de março de 1988. — FRANÇOIS MITTERRAND.

Pelo Presidente da República:

O Primeiro-Ministro, JACQUES CHIRAC.

O Ministro de Estado, Ministro da Economia, Fazenda e Privatização, EDOUARD BALLADUR.

O Chanceler, Ministro da Justiça, ALBIN CHALANDON.

O Ministro do Interior, CHARLES PASQUA.

O Ministro dos Departamentos e Territórios Ultramarinos, BERNARD PONS.

O Ministro delegado junto ao Ministro da Economia, Fazenda e Privatização, encarregado do orçamento, ALAIN JUPPÉ.

*Trabalhos preparatórios à Lei Orgânica n.º 88-226.*

*Assembléia Nacional:*

*Projeto de Lei Orgânica n.º 1214.*

Relatório do Deputado MAZEAUD, em nome da Comissão das Leis, n.º 1216.

Discussão em 2, 3 e 4 de fevereiro de 1988.

Aprovação em 4 de fevereiro de 1988.

*Senado:*

*Projeto de Lei Orgânica, aprovado pela Assembléia Nacional em primeiro turno, n.º 227 (1987-1988).*

Relatório do Senador JACQUES LARCHÉ, em nome da Comissão das Leis, n.º 229 (1987-1988).

Discussão em 11, 16 e 17 de fevereiro de 1988.

Aprovação em 17 de fevereiro de 1988.

*Assembléia Nacional:*

*Projeto de Lei Orgânica, alterado pelo Senado em primeiro turno, n.º 1228.*

Relatório do Deputado MAZEAUD, em nome da Comissão das Leis, n.º 1239.

Discussão e aprovação em 25 de fevereiro de 1988.

*Senado:*

*Projeto de Lei Orgânica, aprovado com modificações pela Assembléia Nacional, em segundo turno, n.º 552 (1987-1988);*

Relatório do Senador JACQUES LARCHÉ, em nome da Comissão das Leis, n.º 254 (1987-1988);

Discussão e aprovação em 25 de fevereiro de 1988.

*Conselho Constitucional:*

Decisão n.º 88-242 DC, de 10 de março de 1988, publicada no *Diário Oficial* em 12 de março de 1988.

*Lei n.º 88-227, de 11 de março de 1988, relativa à  
transparência financeira da vida política*

A Assembléia Nacional e o Senado aprovaram,

O Presidente da República promulga a seguinte lei:

**TÍTULO PRIMEIRO**

*Disposições Relativas à Declaração de Patrimônio  
dos Membros do Governo e Titulares  
de Certos Cargos Eletivos*

Art. 1.º Todo e qualquer membro do Governo entregará ao presidente da comissão prevista no art. 5.º desta lei, nos quinze dias seguintes à sua nomeação, declaração de situação patrimonial feita nos termos do art. L.O. 135-1 do Código Eleitoral.

Aplica-se a mesma obrigação nos quinze dias seguintes ao afastamento não decorrente de falecimento.

Art. 2.º Os titulares dos cargos de presidente de Conselho Regional, presidente da Assembléia da Córsega, presidente de Assembléia Territorial Ultramarina, presidente de Conselho Geral, presidente eleito do Poder Executivo de Território Ultramarino e prefeito de município de mais de trinta mil habitantes enviarão ao presidente da comissão prevista no art. 5.º desta



lei, nos quinze dias seguintes à sua posse, declaração de situação patrimonial feita nos termos do disposto no art. L.O. 135-1 do Código Eleitoral.

Aplica-se a mesma obrigação à pessoa sujeita ao disposto no *caput* deste artigo, até um mês, mas não antes de dois meses antes do término normal de suas funções ou, em caso de demissão, exoneração ou dissolução da Assembléia por ela presidida, nos quinze dias seguintes a seu afastamento.

As declarações previstas serão entregues, em caso de o interessado ser parlamentar, na mesa da Assembléia a que pertence, observado o disposto no art. L.O. 135-1 e L.O. 135-2 do Código Eleitoral.

Se o titular de cargo mencionado no *caput* deste artigo for eleito Deputado ou Senador, a última declaração por ele entregue será enviada à Mesa da Assembléia Nacional ou do Senado.

Se o mandato de Deputado ou Senador terminar antes do término normal das funções referidas no *caput* deste artigo, enviar-se-á ao presidente da comissão a última declaração entregue a título dessas funções (\*\*)

Na aplicação deste artigo, considerar-se-á a população verificada no último censo disponível quando da renovação do Conselho Municipal.

Art. 3.º É criada uma comissão, composta pelo Vice-Presidente do Conselho de Estado, que a presidirá, o Primeiro Presidente da Corte de Cassação e o Primeiro Presidente da Corte de Contas, incumbida de receber as declarações das pessoas mencionadas nos arts. 1.º e 2.º

A comissão comunicará às autoridades competentes a inobservância por essas pessoas do disposto nos arts. 1.º e 2.º

A comissão garantirá o sigilo da declaração recebida e das eventuais observações do declarante sobre a evolução de seu patrimônio.

As declarações entregues e as observações formuladas somente poderão ser comunicadas mediante requerimento expresso do declarante ou preposto seu, ou requisição judicial, caso sua comunicação seja necessária para a solução de litígio ou útil para a apuração da verdade.

A comissão apreciará a variação da situação patrimonial das pessoas mencionadas nos arts. 1.º e 2.º, à vista de suas declarações e eventuais observações. A comissão elaborará, sempre que o julgar conveniente, mas com periodicidade mínima de três anos, relatório a ser publicado no Diário Oficial da República Francesa, de que poderão constar, por iniciativa da comissão ou dos interessados, observações por eles formuladas.

Art. 4.º Incorrerão nas penas previstas no art. 368 do Código Penal aqueles que publicarem ou divulgarem, de qualquer maneira, no todo ou em parte, com exceção dos relatórios previstos nos arts. L.O. 135-1 do Código

Eleitoral e 3.º desta lei, declaração ou observação prevista nos arts. L.O. 135-1 do mesmo Código ou 1.º e 2.º desta lei.

Art. 5.º I — Completa-se o art. L. 195 do Código Eleitoral, com inciso com a seguinte redação:

“Será inelegível, pelo prazo de um ano, o presidente de Conselho-Geral que deixar de entregar declaração prevista no art. 2.º da Lei n.º 88-227, de 11 de março de 1988, relativa à transparência financeira da vida política.”

II — Completa-se o art. L. 250 do Código Eleitoral com o inciso 4.º, com a seguinte redação:

“4.º Pelo prazo de um ano, o prefeito que deixar de entregar declaração prevista no art. 2.º da Lei n.º 88-227, de 11 de março de 1988, relativa à transparência financeira da vida política.”

III — Insere-se, após o 5.º inciso do art. L. 540 do Código Eleitoral, o inciso 5.º, com a seguinte redação:

“5.º Pelo prazo de um ano, o presidente do Conselho Regional ou da Assembléia da Córsega que deixar de entregar declaração prevista no art. 2.º da Lei n.º 88-227, de 11 de março de 1988, relativa à transparência financeira da vida política.”

IV — Serão inelegíveis para a Assembléia Territorial de Território Ultramarino, pelo prazo de um ano, o Presidente da Assembléia Territorial e o Presidente eleito de Poder Executivo que deixarem de entregar declaração prevista no art. 2.º desta lei.

## TITULO II

### *Disposições Relativas ao Financiamento das Campanhas para a Eleição dos Deputados*

Art. 6.º — Completa-se o art. L. 167 do Código Eleitoral com três incisos, com a seguinte redação:

“As outras despesas eleitorais dos candidatos que obtiverem na primeira votação ao menos 5% dos votos válidos serão ressarcidas pelo Estado em valor fixo correspondente a 10% do teto previsto no art. L.O. n.º 165-2.

Esse ressarcimento não excederá o valor das despesas constantes da conta de campanha do candidato.

Não farão jus ao ressarcimento de valor fixo previsto no inciso anterior o candidato que deixar de observar o disposto nos arts. L.O. 179-1 e L.O. 165-2 e o candidato eleito que deixar de entregar a declaração prevista no art. L.O. 135-1.”

### TÍTULO III

#### *Disposições Relativas aos Partidos e Grupos Políticos e ao seu Financiamento*

Art. 7.º — Os partidos e grupos políticos se formam e atuam livremente; possuem personalidade jurídica.

Têm o direito de estar em juízo.

Têm o direito de adquirir bens móveis e imóveis, a título gratuito ou oneroso, podendo praticar qualquer ato conforme a sua missão, particularmente, fundar e administrar jornais e instituições de formação, na forma da lei.

Art. 8.º — É facultado às Mesas da Assembléia Nacional e do Senado remeter ao Governo proposta conjunta relativa ao valor dos recursos inscritos na lei de finanças do ano, destinados ao custeio dos partidos e grupos políticos.

Art. 9.º — Atribuir-se-ão aos partidos e grupos políticos os auxílios previstos no artigo anterior, proporcionalmente ao número de parlamentares que declararem à Mesa de sua assembléia, no mês seguinte à abertura da primeira sessão legislativa de cada ano, estarem filiados aos mesmos.

Na aplicação do art. anterior, cada parlamentar poderá indicar somente um partido ou grupo político.

A Mesa da Assembléia Nacional e a Mesa do Senado comunicarão ao Primeiro-Ministro, até 31 de dezembro de cada ano, a repartição dos parlamentares entre os diversos partidos e grupos políticos, à vista de suas declarações de filiação.

Registrar-se-á em relatório anexo ao projeto de lei de finanças do ano o valor dos auxílios atribuídos a cada partido ou grupo político.

Dissolvida e ainda não reunida a Assembléia Nacional, o prazo previsto no *caput* deste artigo correrá a partir da segunda quinta-feira seguinte à sua eleição.

Art. 10 — Não se aplicarão à gestão dos recursos previstos neste título as disposições concernentes ao controle financeiro que constam da Lei de 10 de agosto de 1922, relativa à organização do controle de despesas empenhadas.

Os partidos e grupos políticos beneficiários não estarão sujeitos à fiscalização da Corte de Contas, nem se lhes aplicará o disposto no Decreto de 30 de outubro de 1935, relativo ao controle de associações, obras e empresas privadas subsidiadas.

Art. 11 — Far-se-á balanço anual das contas, certificado por dois atuários (\*\*\*) do partido ou grupo político beneficiário do disposto no art. 9.º.

Essas contas, com discriminação das receitas, por origem e data, e das despesas, por natureza, serão entregues, no primeiro trimestre do ano subsequente ao do exercício, às Mesas da Assembléia Nacional e do Senado, que as publicarão no Diário Oficial da República Francesa.

O partido ou grupo político que deixar de observar o disposto neste artigo perderá, pelo ano subsequente, qualquer direito aos auxílios estatais previstos neste título.

#### TÍTULO IV

##### *Disposições Gerais e Transitórias*

Art. 12 — Completa-se o segundo inciso do art. L. 106 do Código Eleitoral com as seguintes palavras: "bem como os que deixarem de observar o disposto no art. L.O. 163-5".

Art. 13 — I — Insere-se, no segundo inciso do art. L. 28 do Código Eleitoral, após as palavras "qualquer eleitor", as seguintes palavras: "candidato, partido ou grupo político".

II — Revoga-se o art. 32 da Lei n.º 78-17, de 6 de janeiro de 1978, relativa à informática, arquivos e liberdades.

Art. 14 — No fim do último inciso (5.º) do art. 168 da Lei n.º 66-557, de 24 de julho de 1966, relativa às sociedades comerciais, substituem-se as palavras "o levantamento dos atos de patrocínio e mecenato" pelas seguintes palavras: "o levantamento dos atos nominativos de patrocínio e mecenato e das doações efetuadas nos termos do art. L.O. 163-5 do Código Eleitoral."

Art. 15. — Insere-se, após o art. 5.º da Lei n.º 82-471, de 7 de junho de 1982, relativa ao Conselho Superior dos Franceses do Exterior, artigo adicional, com a seguinte redação:

"Art. 5.º bis. O Estado custeará o transporte de circulares e cédulas das legendas e candidatos entre as cabeças de Zonas Eleitorais e as Mesas Receptoras.

As legendas ou candidatos que obtiverem ao menos 5% dos votos válidos serão ressarcidos, em valor fixo, das despesas com papel e impressão das circulares e cédulas.

A aplicação deste artigo será, quando necessário, disciplinada por decreto emanado do Conselho de Estado."

Art. 16. — No segundo inciso do art. 14 da Lei n.º 86-1067, de 30 de setembro de 1986, relativa à liberdade de comunicação, substituem-se as palavras "até a entrada em vigor de lei que assegure a transparência do financiamento dos movimentos políticos na França" pelas seguintes palavras: "por um período de quatro anos contados da promulgação da Lei n.º 88-227, de 11 de março de 1988, relativa à transparência financeira da vida política."

Art. 17. Aplicar-se-á o disposto nos arts. 1.º e 2.º somente às pessoas nomeadas ou eleitas após a primeira eleição presidencial subsequente à publicação desta lei.

Art. 18. O Governo entregará às Mesas das duas Assembléias, decorrido o prazo de dezoito meses da promulgação desta lei, relatório sobre a implementação das disposições desta lei e da Lei Orgânica n.º 88-226, de 11 de março de 1988, relativa à transparência da vida política.

Debater-se-á publicamente, na primeira sessão ordinária de 1988-1989, decorrido o prazo de um mês, e até dois meses após a recepção do relatório supracitado, a aplicação das leis referidas no *caput* deste artigo.

Art. 19. Aplica-se aos Territórios Ultramarinos e Coletividade Territorial de Mayotte o disposto nesta lei.

Esta Lei será executada como lei do Estado.

Paris, 11 de março de 1988.

FRANÇOIS MITERRAND

Pelo Presidente da República:

O Primeiro-Ministro, JACQUES CHIRAC

O Ministro de Estado, Ministro da Economia, Fazenda e Privatização, ÉDOUARD BALLADUR

O Chanceler, Ministro da Justiça, ALBIN CHALANDON

O Ministro da Cultura e Comunicação, FRANÇOIS LÉOTARD

O Ministro de Negócios Estrangeiros, JEAN-BERNARD RAIMOND

O Ministro do Interior, CHARLES PASQUA

O Ministro dos Departamentos e Territórios Ultramarinos, BERNARD PONS

O Ministro delegado junto ao Ministro da Economia, Fazenda e Privatização, encarregado do orçamento, ALAIN JUPPÉ

O Ministro delegado junto ao Ministro da Cultura e Comunicação, encarregado da comunicação, ANDRÉ SANTINI

Tradução:

---

*NdT:* (\*) *Préfecture*: Serviços do *préfet*, alto funcionário civil, demissível *ad nutum*, que representa o Poder Executivo central no Departamento.

(\*\*) Cumpre assinalar que esta lei designa como "fonctions" o mandato exercido a nível infranacional, acumulável, em casos determinados em lei, com mandato parlamentar.

(\*\*\*) No original, *commissaire aux comptes*.

# Tratado para o Estabelecimento de um Estatuto das Empresas Binacionais Brasileiro-Argentinas

Faço saber que o CONGRESSO NACIONAL aprovou, nos termos do art. 49, inciso I da Constituição, e eu, MAURO BENEVIDES, Presidente do Senado Federal, promulgo o seguinte

## DECRETO LEGISLATIVO N. 26, DE 1992

Aprova o texto do Tratado para o Estabelecimento de um Estatuto das Empresas Binacionais Brasileiro-Argentinas, concluído em Buenos Aires, em 6 de julho de 1990.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1.º — É aprovado o texto do Tratado para o Estabelecimento de um Estatuto das Empresas Binacionais Brasileiro-Argentinas, concluído em Buenos Aires, em 6 de julho de 1990.

Parágrafo único — São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão do presente Tratado, bem como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do art. 49, inciso I da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 2.º — Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, 26 de maio de 1992. — Senador MAURO BENEVIDES, Presidente.

## MENSAGEM N.º 104, DE 1991

Excelentíssimos Senhores Membros do Congresso Nacional,

Em conformidade com o disposto no art. 49, inciso I, da Constituição Federal, tenho a honra de submeter à elevada consideração de Vossas Excelências o texto do "Tratado para o Estabelecimento de um Estatuto das Empresas Binacionais Brasileiro-Argentinas", concluído em Buenos Aires, em 6 de julho de 1990.

2. Esse instrumento decorre de entendimentos mantidos no âmbito do Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento de 29 de no-

vembro de 1988 e, mais especificamente, do Protocolo n.º 5 sobre Empresas Binacionais do Programa de Integração e Cooperação Econômica Brasil-Argentina.

3. Não se trata, vale observar, da criação de um novo tipo societário ou de uma figura jurídica binacional, mas sim do estabelecimento, para as sociedades de capital majoritariamente brasileiro-argentino, de um regime diferenciado daquele que genericamente se aplica aos investidores estrangeiros no Brasil e na Argentina.

4. De acordo com esse regime, a empresa que venha a ser caracterizada como “binacional” (de acordo com o estatuto previsto no Tratado em apreço) se beneficiará do mesmo tratamento que se outorga às empresas de capital nacional do país de sua sede, no tocante à tributação interna e acesso a créditos, incentivos, subsídios, compras e contratos do setor público.

5. As empresas binacionais de que se trata poderão ter como objeto qualquer atividade econômica permitida pela legislação do país de sua sede. Nesse sentido, ressalva-se as limitações estabelecidas por disposição constitucional de cada país.

6. Com o objetivo de facilitar e agilizar o processo de caracterização de uma empresa como “binacional”, foi previsto um sistema simplificado de constituição e registro, sem criação de novos órgãos na administração pública.

7. Este Tratado representa fator de dinamização do processo de integração entre Brasil e Argentina, devendo sua entrada em vigor estimular a mobilidade de capitais privados, bens e serviços, assegurando a economia de escala requerida pelo futuro mercado comum brasileiro-argentino.

Brasília, 15 de março de 1991. — *FERNANDO COLLOR*.

**EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DGCLA/DAM/092/PAIN-400-E62, DE 8 DE MARÇO DE 1991, DO SENHOR MINISTRO DE ESTADO DAS RELAÇÕES EXTERIORES**

A Sua Excelência o Senhor  
Doutor Fernando Collor  
Presidente da República

Senhor Presidente,

Em 6 de julho de 1990, Vossa Excelência e o Presidente Carlos Menem firmaram o “Tratado para o Estabelecimento de um Estatuto das Empresas Binacionais Brasileiro-Argentinas”.

2. Esse instrumento decorre de entendimentos mantidos no âmbito do Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento de 29 de novembro de 1988 e, mais especificamente, do Protocolo n.º 5 sobre Empresas

Binacionais do Programa de Integração e Cooperação Econômica Brasil-Argentina.

3. Não se trata, vale observar, da criação de um novo tipo societário ou de uma figura jurídica binacional, mas sim do estabelecimento, para as sociedades de capital majoritariamente brasileiro-argentino, de um regime diferenciado daquele que genericamente se aplica aos investidores estrangeiros no Brasil e na Argentina.

4. De acordo com esse regime, a empresa que venha a ser caracterizada como "binacional" (de acordo com o estatuto previsto no Tratado em apreço) se beneficiará do mesmo tratamento que se outorga às empresas de capital nacional do país de sua sede, no tocante à tributação interna e acesso a créditos, incentivos, subsídios, compras e contratos do setor público.

5. As empresas binacionais de que se trata poderão ter como objeto qualquer atividade econômica permitida pela legislação do país de sua sede. Nesse contexto, ressaltam-se as limitações estabelecidas por disposição constitucional de cada país.

6. Com o propósito de facilitar e agilizar o processo de caracterização de uma empresa como "binacional", foi previsto um sistema simplificado de constituição e registro, sem criação de novos órgãos na administração pública.

7. Participaram dos trabalhos de redação final do Tratado, sob orientação do Ministério das Relações Exteriores, o Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, e Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, o Banco Central do Brasil e a Assessoria Econômica da Secretaria-Geral da Presidência da República.

8. O Tratado que ora se submete à aprovação do Congresso Nacional representa fator de dinamização do processo de integração entre Brasil e Argentina, devendo sua entrada em vigor estimular a mobilidade de capitais privados, bens e serviços, assegurando a economia de escala requerida pelo futuro mercado comum brasileiro-argentino.

Aproveito a oportunidade para renovar a Vossa Excelência, Senhor Presidente, a garantia do meu mais profundo respeito.

*TRATADO PARA O ESTABELECIMENTO DE UM ESTATUTO  
DAS EMPRESAS BINACIONAIS BRASILEIRO-ARGENTINAS*

O Governo da República Federativa do Brasil

O Governo da República Argentina,

Considerando:

O processo de integração e cooperação econômica entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina, iniciado em 1980, com



a assinatura da Ata para a Integração e Cooperação Econômica Brasileiro-Argentina e a celebração, em 28 de novembro de 1988, do Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento que consolida aquele processo; a aprovação do referido Estatuto por ambos Congressos em 14 de agosto de 1989 e sua posterior entrada em vigor;

O objetivo prioritário de promover a integração e a complementação a nível de empresas para assegurar o êxito do referido processo.

Acordam o seguinte Estatuto:

## ARTIGO I

### *Definições*

1. Os Estados Partes estabelecem o Estatuto que regulará as empresas de caráter binacional, que se constituam de acordo com o mesmo.

2. Para os efeitos deste Estatuto, entende-se por **empresa binacional brasileiro-argentina** — doravante **Empresa Binacional** — aquela que cumpra simultaneamente as seguintes condições:

*a)* que ao menos 80% do capital social e dos votos pertençam a investidores nacionais da República Federativa do Brasil e da República Argentina, assegurando-lhes o controle real e efetivo da Empresa Binacional;

*b)* que a participação do conjunto dos investidores nacionais de cada um dos dois países seja de, no mínimo, 30% do capital social da empresa; e

*c)* que o conjunto dos investidores nacionais de cada um dos dois países tenha direito de eleger, no mínimo, um membro em cada um dos órgãos de administração e um membro do órgão de fiscalização interna da empresa.

3. São considerados investidores nacionais:

*a)* as pessoas físicas domiciliadas em qualquer dos dois países;

*b)* as pessoas jurídicas de direito público de qualquer um dos dois países;

*c)* as pessoas jurídicas de direito privado de qualquer um dos dois países, nas quais a maioria do capital social e dos votos, e o controle administrativo e tecnológico efetivos sejam, direta ou indiretamente, detidos pelos investidores indicados nas letras *a* ou *b* acima.

4. As pessoas jurídicas a que se refere a letra *c* do parágrafo terceiro deste artigo, independentemente de que se encontram sediadas na República Federativa do Brasil ou na República Argentina, **integrarão, para efeito do disposto na letra *b* do parágrafo segundo deste artigo, o conjunto de investidores nacionais do país a que pertencerem seus controladores.**

5. Os aportes de capital do Fundo de Investimento a que se refere o Protocolo n.º 7 do Programa de Integração e Cooperação Econômica entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina considerar-se-ão efetuados por investidores nacionais, para os fins do cômputo de participações previstos neste artigo.

6. Os investimentos nas Empresas Binacionais de pessoas físicas ou jurídicas que não tenham as características mencionadas no parágrafo segundo do presente artigo não serão considerados, para os efeitos do presente Estatuto, como realizados por investidores nacionais.

## ARTIGO II

### *Objeto*

As Empresas Binacionais poderão ter como objeto qualquer atividade econômica permitida pela legislação do país de sua sede, ressalvadas as limitações estabelecidas por disposição constitucional.

## ARTIGO III

### *Forma Jurídica*

1. As Empresas Binacionais terão sede, necessariamente, na República Federativa do Brasil ou na República Argentina, e revestirão uma das formas jurídicas admitidas pela legislação do país escolhido para a sede social, devendo agregar à sua denominação ou razão social as palavras "Empresa Binacional Brasileiro-Argentina" ou as iniciais "EBBA" ou "EBAB".

2. Quando a forma escolhida for a de sociedade anônima, as respectivas ações serão obrigatoriamente nominativas, não transferíveis por endoso.

3. As Empresas Binacionais com sede em um dos dois países poderão estabelecer, no outro, filiais, sucursais ou subsidiárias, obedecendo às respectivas legislações nacionais quanto ao objeto, forma e registro.

## ARTIGO IV

### *Aportes*

1. Poderão realizar-se os seguintes aportes de capital na Empresa Binacional:

- a) aportes em moeda local do país de origem do investimento;
- b) aportes em moeda livremente conversíveis;
- c) aportes em bens de capital e equipamentos de origem brasileira e/ou argentina, sem cobertura cambial no país receptor;
- d) outros aportes permitidos pela legislação de cada país; e
- e) bens de capital e equipamentos originários de terceiros países, desde que internados na República Federativa do Brasil ou na República Argen-

tina até a data da assinatura do presente Estatuto e integralizados ao capital social até dois anos após sua entrada em vigor. A partir dessa última data os bens de capital e equipamentos originários de terceiros países estarão sujeitos ao tratamento tributário vigente na República Federativa do Brasil e na República Argentina.

2. Verificando o cumprimento dos requisitos constitutivos de Empresa Binacional, conforme estabelecido no Artigo VIII do presente Estatuto, a Autoridade de Aplicação do país da sede emitirá um Certificado Provisório do qual constará necessariamente o montante de capital social, natureza e porcentagem dos respectivos aportes.

3. Mediante a apresentação do Certificado Provisório indicado no parágrafo anterior perante a Autoridade de Aplicação do outro país, se autorizará automaticamente a transferência dos aportes de capital que estiverem individualizados no referido certificado.

4. Uma vez integralizado o capital social, a Autoridade de Aplicação do país da sede emitirá o Certificado Definitivo e comunicará tal ato à Autoridade de Aplicação do outro país.

5. Para os efeitos do disposto na letra c do parágrafo primeiro do presente artigo, ambos os Governos tomarão as providências necessárias para que o ingresso dos aportes ali mencionados nos seus respectivos territórios se faça ao amparo dos Acordos Bilaterais sobre Comércio, subscritos entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina no âmbito da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), de forma a eximilos de qualquer restrição tarifária ou não-tarifária (seja tributária, administrativa, quantitativa ou outra) nos termos de cada legislação nacional aplicável em ambos os países, para o ingresso ou saída de tais aportes.

## ARTIGO V

### *Tratamento*

1. As Empresas Binacionais terão, no país de sua atuação, o mesmo tratamento estabelecido ou que se venha a estabelecer para as empresas de capital nacional desse país, ainda que a maioria do capital social pertença aos investidores do outro país, conforme o Artigo I do presente Estatuto. em matéria de:

a) tributação interna;

b) acesso ao crédito interno;

c) acesso a incentivos ou vantagens de promoção industrial nacional, regional ou setorial; e

d) acesso às compras e contratos do setor público.

2. Os bens e serviços produzidos pelas Empresas Binacionais gozarão de tratamento prioritário, equiparado aos das empresas de capital nacional, na implementação por ambos Governos de iniciativas bilaterais desenvolvidas no contexto do processo de integração e cooperação econômica.

3. O tratamento previsto neste artigo alcança as filiais, as sucursais e as subsidiárias das Empresas Binacionais, observando-se, quando couber, as disposições do Artigo I do presente Estatuto.

## ARTIGO VI

### *Transferência ao Exterior*

1. Os investidores de cada um dos dois países em uma Empresa Binacional estabelecida no outro país terão direitos, uma vez pagos os impostos que couberem, de transferir livremente aos respectivos países de origem os lucros provenientes de seu investimento, desde que distribuídos proporcionalmente entre os investidores, de acordo com o previsto no artigo I, parágrafo 2, do presente Estatuto, e a repatriar suas participações no capital social, observadas, nesta última hipótese, as disposições legais aplicáveis em cada país. Igual direito caberá às filiais, sucursais ou subsidiárias das Empresas Binacionais no tocante a seus lucros líquidos.

2. Mesmo em caso de dificuldades nos pagamentos externos, os Governos de ambos países não imporão restrições aos investidores de Empresas Binacionais para a livre transferência dos lucros líquidos que lhes couberem.

## ARTIGO VII

### *Transferência de Pessoal*

Os dois Governos tomarão as medidas necessárias para facilitar as transferências, entre ambos os países, do pessoal empregado pelas Empresas Binacionais, incluindo-se:

- a) facilidades para obtenção da autorização de permanência temporária ou definitiva; e
- b) reconhecimento recíproco de títulos profissionais.

## ARTIGO VIII

### *Procedimentos*

1. Para os efeitos de obtenção do Certificado Provisório previsto no artigo IV do presente Estatuto, os investidores das Empresas Binacionais deverão apresentar perante a Autoridade de Aplicação do país-sede a que se refere o artigo IX, os seguintes documentos:

I — um acordo que estipule as condições em que se constituirão e operarão as Empresas Binacionais, que inclua obrigatoriamente informações sobre os seguintes pontos:

- a) objetivos e programas de atividade da Empresa Binacional;
- b) estrutura do capital social;
- c) nome, nacionalidade e domicílio dos sócios;
- d) natureza e valor dos respectivos aportes ao capital da Empresa Binacional;
- e) distribuição de funções e cargos de administração entre os investidores de cada país;
- f) regras para a distribuição dos resultados da Empresa Binacional;
- g) regras para operações comerciais entre os investidores e sua Empresa Binacional;
- h) regras de preferência para os casos de venda de ações e aumento do capital social;
- i) regras sobre liquidação da Empresa Binacional; e
- j) regras para a solução de controvérsias, incluindo a eleição do foro para estes efeitos;

II — cópia do projeto de estatuto social ou do contrato social de constituição da Empresa Binacional.

2. A Autoridade de Aplicação do país de constituição da Empresa Binacional emitirá o Certificado Definitivo a que se refere o artigo IV do presente Estatuto mediante a apresentação pelos interessados, dos seguintes documentos:

- a) comprovante de inscrição dos atos constitutivos da empresa no registro competente;
- b) comprovante de integralização do capital social;
- c) cópia do estatuto, acordo ou contrato social, ou de documento equivalente;
- d) declaração juramentada dos diretores ou sócios gerentes, conforme o caso, na qual conste que a composição do capital social da empresa cumpre com as regras estabelecidas no artigo I do presente Estatuto.

3. O Certificado Definitivo assegurará o gozo dos benefícios previstos no presente Estatuto.

4. Somente as empresas que cumpram com os requisitos e formalidades estabelecidos neste Estatuto poderão utilizar a denominação de “Empresa Binacional Brasileiro-Argentina”, conforme o previsto no parágrafo I do artigo III.

5. A transferência de ações ou participações nas Empresas Binacionais exigirá o prévio consentimento da Autoridade de Aplicação do país da sede, a fim de controlar o cumprimento das condições estabelecidas no artigo I do presente Estatuto.

## ARTIGO IX

### *Autoridade de Aplicação*

1. A Autoridade de Aplicação do país da sede terá a seu cargo as funções de certificação da constituição e funcionamento de Empresas Binacionais, conforme estabelecido no artigo VIII e demais artigos conexos do presente Estatuto.

2. A Autoridade de Aplicação de cada país fará constituir e manterá atualizado um Registro de Empresas Binacionais de ambos os países de consulta pública.

3. A Autoridade de Aplicação, quando comprovadas infrações a este Estatuto, ou à legislação do respectivo país, cometidas por uma Empresa Binacional, poderá tornar sem efeito a qualificação de binacional de tal empresa, notificando à Autoridade de Aplicação do outro país. Neste caso, a empresa perderá o direito de amparar-se nas disposições do presente Estatuto, a partir do momento em que houver ocorrido a infração, sem prejuízo de outras sanções legais aplicáveis.

4. A Autoridade de Aplicação de cada país será designada no prazo de 30 (trinta) dias da entrada em vigor deste Estatuto, pelos respectivos Ministros das Relações Exteriores, devendo recair dita designação em órgão ou entidade já existente em suas respectivas administrações centrais.

## ARTIGO X

### *Implementação do Estatuto de Empresas Binacionais*

1. Constitui-se pelo presente Estatuto um Comitê Binacional Permanente de Implementação e Acompanhamento do Estatuto de Empresas Binacionais, integrado por dois representantes do setor público de cada Estado Parte — sendo um do Ministério das Relações Exteriores e outro da Autoridade de Aplicação — e por dois representantes do setor privado de cada um dos dois países. Os representantes do setor privado terão mandato de dois anos, renovável até duas vezes. Cada membro terá um suplente.

2. O Comitê desenvolverá suas atividades em cada um dos países e reunir-se-á com periodicidade de seis meses ou quando convocado por uma das Partes.

3. O Comitê tem a seu cargo estimular e supervisionar a implementação e a plena vigência e eficácia em ambos países de medidas que faci-

litem a formação e o funcionamento de Empresas Binacionais e que garantam o pleno acesso aos benefícios outorgados pelo presente Estatuto.

4. O Comitê atuará ainda como órgão de consulta dos governos nacionais no que se refere a toda questão suscitada pela instrumentação e pela plena aplicação deste Estatuto, tendo sob sua responsabilidade a interpretação do conteúdo e alcance de suas disposições.

5. O Comitê estabelecerá o seu próprio Regulamento de Funcionamento no decorrer de sua primeira reunião, que deverá realizar-se, no mais tardar, nos 60 dias seguintes à entrada em vigor do presente Estatuto.

## ARTIGO XI

### *Entrada em Vigor*

O presente Estatuto entrará em vigor na data em que forem trocados os respectivos instrumentos de ratificação.

## ARTIGO XII

### *Vigência e Denúncia*

1. O presente Estatuto terá duração indefinida.

2. O presente Estatuto poderá ser denunciado por qualquer dos Estados Partes, por via diplomática. A denúncia surtirá efeito um ano após a data de sua notificação ao outro Estado Parte.

## ARTIGO XIII

### *Disposição Transitória*

Os Governos da República Federativa do Brasil e da República Argentina revisarão no prazo de quatro meses, a partir da data da entrada em vigor do presente Estatuto, a Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República da Argentina destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre a Renda, assinada em 17 de maio de 1980, para adequá-la ao disposto no presente Estatuto.

Assinado em Buenos Aires, em 6 de julho de 1990, em duas versões, nos idiomas português e espanhol, sendo ambos os textos igualmente autênticos. — Pela República Federativa do Brasil: *Fernando Collor* — Pela República Argentina: *Carlos S. Menem*.

### **TRATADO PARA O ESTABELECIMENTO DE UM ESTATUTO DAS EMPRESAS BINACIONAIS BRASILEIRO-ARGENTINAS**

*Memorandum* sobre a juridicidade de algumas cláusulas do Tratado em face do art. 171 da Constituição Federal.

A) *Questão do domicílio e residência das pessoas físicas titulares do controle efetivo das empresas.*

O art. 171, II, da CF fala de “pessoas físicas domiciliadas e residentes no País”. O art. 1, 3, a) do Tratado fala de “pessoas físicas domiciliadas em qualquer dos dois países”. Daí poder-se-ia pensar, à primeira vista, que o Tratado estabelece para as empresas binacionais uma condição menos restritiva do que para as empresas de capital nacional.

O art. 89 do Código Civil argentino define como domicílio real das pessoas o lugar onde têm estabelecido a sede principal de sua *residência* e de *seus negócios*.

O art. 31 do Código Civil brasileiro define como domicílio *civil* da pessoa natural o lugar onde ela estabelece a sua *residência* com ânimo definitivo. Que o domicílio civil brasileiro inclui igualmente a idéia de *sede de negócios* deduz-se das referências a *centro de ocupações habituais* e *ponto central de negócios* dos arts. 32 e 33.

Portando, o *domicílio civil* no direito brasileiro equivale ao *domicílio real* no direito argentino, e ambos incluem o requisito da *residência*.

Assim, é lícito deduzir que o Tratado, ao exigir apenas o *domicílio*, pretende referir-se à noção básica de *domicílio civil* ou *real*, na qual está incluída a de *residência*. Se o tratado quisesse referir-se a outro tipo de domicílio, como o *legal* ou *fiscal*, deveria fazê-lo expressamente.

B) *Questão de se é possível estender à empresa binacional o mesmo tratamento aplicável às empresas de capital nacional.*

A Constituição Federal de 1988 define, no art. 171, I e II, o que sejam *empresa brasileira* e *empresa brasileira de capital nacional*, o que constitui novidade no Texto Constitucional brasileiro. A Constituição não se refere a *empresa estrangeira*, mas apenas a *capital estrangeiro* (art. 172). Isto não significa nem que as empresas estrangeiras inexistem, nem que estejam impedidas de funcionar no País. Tampouco significa que empresa estrangeira seja apenas, por exclusão, aquela que não é brasileira, mas sim aquela constituída de acordo com a legislação de outro país, pois toda empresa tem de constituir-se de acordo com alguma legislação.

Donde se conclui que a *empresa binacional* brasileiro-argentina, embora não sendo brasileira, também não é estrangeira, pois não é regida pela legislação de nenhum país estrangeiro, mas sim por tratado entre Estados soberanos, um dos quais o Brasil. Por esta razão, não podia a Constituição discipliná-la, já que sua disciplina legal resulta de um acordo de vontades, e não de disposições internas de um ou de outro país. O fato de a Constituição brasileira a ela não se referir expressamente não significa impedimento à sua criação, cuja possibilidade e desejabilidade está



prevista implicitamente no parágrafo único do seu art. 4.º, como uma das possíveis formas da integração econômica latino-americana que ali se preconiza.

A Constituição anterior tampouco fazia nenhuma referência a empresas binacionais, e isto não impediu que, por tratado, se estabelecesse a Itaipu Binacional.

Portanto, ao estabelecer, por mútuo acordo, a disciplina legal das suas binacionais, podem os Governos do Brasil e da Argentina dar-lhes a forma que bem entenderem, desde que não infrinjam limitações constitucionais, o que, no caso, não ocorre, pois o próprio Tratado exclui do objeto de tais empresas as limitações estabelecidas por disposição constitucional: "Art. II — Objeto — As empresas Binacionais poderão ter como objeto qualquer atividade econômica permitida pela legislação do país de sua sede, ressalvadas as limitações estabelecidas por disposição constitucional".

Não existe, pois, inconstitucionalidade em prever a extensão, às empresas binacionais, do tratamento que, com base em disposição potestativa da Constituição brasileira (art. 171, § 1.º), venha a ser estabelecido por lei para as empresas de capital nacional.

*C) Questão de se se deveria incluir entre as exceções às atividades econômicas que podem ser objeto das empresas binacionais, além das limitações estabelecidas por disposição constitucional, também as estabelecidas em lei.*

Na hierarquia das normas legais o Tratado internacional sobrepõe-se à lei ordinária. Assim, ao aprovar um Tratado, o Legislativo não só revoga, naquilo que com ele for incompatível, e em relação às situações por ele reguladas, as leis ordinárias, mas ainda impede que leis posteriores venham prejudicar os compromissos nele assumidos.

Permitir que lei ordinária estabeleça exceções ao Tratado implica, na prática, eliminar o interesse em sua celebração, deixando ao sabor das pressões internas de cada país em favor de um ou outro setor de atividades.

É necessário ter em conta, a este respeito, que o movimento de integração econômica requer considerável mudança de atitudes em relação a muitos temas e o abandono de posições estritamente nacionais em benefício do conjunto dos países abrangidos, ressalvados apenas aqueles interesses superiores resguardados na própria Constituição de cada um.

Além do mais, a proposta de alguma emenda ao Tratado, com este objetivo, representaria a reabertura das negociações entre o Brasil e a Argentina, o que significaria um recuo à situação anterior, desaconselhável se se considera que o Congresso argentino já aprovou o Tratado e eventuais modificações no seu texto exigiriam voltar a submetê-lo à apreciação parlamentar no país vizinho.

# Decisión n.º 46 – Comisión del Pacto Andino

## *Régimen Uniforme de la Empresa Multinacional y Reglamento de Tratamiento Aplicable al Capital Subregional*

LA COMISIÓN DEL ACUERDO DE CARTAGENA:

Visto: Los artículos 28, 38 y 85 del Acuerdo de Cartagena, los artículos 30 e I) transitorio de la Decisión n.º 24 de la Comisión y la Propuesta n.º 17-18 Mod. 1 de la Junta:

Decide:

Aprobar el siguiente:

### RÉGIMEN UNIFORME DE LA EMPRESA MULTINACIONAL Y REGLAMENTO DEL TRATAMIENTO APLICABLE AL CAPITAL SUBREGIONAL

#### CAPÍTULO I

##### *Disposiciones Generales*

*Artículo 1.º* — Para los efectos de la presente Decisión y de la Decisión n.º 24 de la Comisión, se entiende como inversionista subregional al inversionista nacional de cualquier País-Miembro distinto del país receptor. En el caso de las empresa multinacionales el país de su domicilio principal será considerado como país receptor.

*Artículo 2.º* — Los inversionistas subregionales recibirán el tratamiento acordado en los Capítulos II a VIII inclusive de la presente Deci-

sión cuando invierta en empresas multinacionales y se sujetarán a lo dispuesto en la Decisión n.º 24 de la Comisión en los demás casos.

La Comisión, a propuesta de la Junta, reglamentará el inciso cuarto del artículo 30 de la Decisión n.º 24 en lo referente a la facultad de computar los aportes de inversionistas subregionales como de inversionistas nacionales. Mientras el mencionado reglamento no entre en vigencia no se aplicará dicho inciso en lo que respecta a los aportes de inversionistas subregionales.

*Artículo 3.º* — Los inversionistas subregionales deberán obtener autorización del organismo nacional competente de su país de origen para invertir en empresas multinacionales o para transferir el capital al país receptor. El organismo nacional competente podrá, si lo estima conveniente, establecer modalidades específicas de retorno de utilidades distribuidas.

Los organismos nacionales competentes no autorizarán reexportación de capital ni transferencia de utilidades de los inversionistas subregionales sino al territorio de los Países Miembros de origen del capital.

*Artículo 4.º* — Los organismos nacionales competentes no autorizarán la adquisición por inversionistas extranjeros de acciones, participaciones o derechos de propiedad de inversionistas subregionales.

La venta de acciones, participaciones o derechos de un inversionista subregional a otro inversionista subregional de distinta nacionalidad deberá ser previamente autorizada por el organismo nacional competente del país receptor. Si se trata de empresas multinacionales, se observará la norma del artículo 11 de la presente Decisión.

*Artículo 5.º* — Los organismos nacionales competentes de que trata el artículo 6.º de la Decisión n.º 24 no autorizará transferencias de capital de propiedad de sus inversionistas nacionales, destinadas a invertir en otros Países-Miembros en empresas que produzcan o exploten productos reservados para programación industrial, mientras la Comisión no adopte los programas respectivos.

Asimismo, los organismos nacionales competentes del país receptor no autorizará inversiones de propiedad de inversionistas subregionales en empresas que produzcan o exploten productos reservados para programación industrial, mientras la Comisión no adopte los programas respectivos.

*Artículo 6.º* — Los inversionistas subregionales y extranjeros en una empresa multinacional se registrarán por todas las disposiciones sobre registro y control de la inversión, así como a las reglas sobre reexportación de capital y transferencia de utilidades contenidas en la Decisión n.º 24, salvo las excepciones contempladas en el presente Régimen.

## CAPÍTULO II

### *De las Finalidades de la Empresa Multinacional*

*Artículo 7.º* — Con la instalación y funcionamiento de la empresa multinacional, contemplada en el presente Régimen, se persiguen, entre otras, las siguientes finalidades:

*a)* contribuir al perfeccionamiento del proceso de integración económica previsto en el Acuerdo de Cartagena mediante el fortalecimiento de los vínculos entre los Países-Miembros;

*b)* contribuir al cumplimiento del principio de desarrollo equilibrado y armónico, a la distribución equitativa de los beneficios de la integración y a la reducción de las diferencias de desarrollo existentes entre los Países-Miembros del Acuerdo de Cartagena;

*c)* contribuir al fortalecimiento de la capacidad empresarial subregional para el mejor aprovechamiento del mercado ampliado;

*d)* canalizar el ahorro subregional hacia los sectores productivos considerados prioritarios y aprovechar eficazmente las oportunidades de inversión del mercado ampliado;

*e)* utilizar los recursos de la Subregión en forma adecuada y eficaz;

*f)* facilitar la programación subregional;

*g)* posibilitar el uso de tecnologías avanzadas en los diferentes campos en que desarrollen sus actividades;

*h)* facilitar la ejecución de proyectos de beneficio subregional cuyo costo, magnitud o complejidad tecnológica impidan su realización por un solo País-Miembro;

*i)* fortalecer la capacidad negociadora de la Subregión para adquirir tecnología exterior;

*j)* contribuir a la generación de fuentes de ocupación en la Subregión;

*k)* facilitar el acceso a los mercados internacionales de capital y a los organismos internacionales de financiamiento;

*l)* fortalecer la capacidad de la Subregión para competir en mercados de terceros países.

## CAPÍTULO III

### *De los Requisitos de la Empresa Multinacional*

*Artículo 8.º* — Para los efectos del presente Régimen se entiende por empresa multinacional la que cumple con los siguientes requisitos:

*a)* que los aportes de inversionistas subregionales en el capital de la empresa correspondan a los términos establecidos en los artículos 10 y 11 del presente Régimen;

b) que la mayoría subregional del capital se refleje en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa, a juicio del organismo nacional competente del país del domicilio principal;

c) que el domicilio principal de la empresa esté situado en el territorio de uno de los Países-Miembros;

d) que tenga aportes de capital de propiedad de inversionistas nacionales de dos o más Países-Miembros;

e) que el objeto social de la empresa sea de interés subregional, se ajuste a las condiciones y modalidades establecidas en los programas que se señalan a continuación y se refiera a los proyectos y productos que se incluyan en ellos:

- 1 — programas sectoriales de desarrollo industrial;
- 2 — proyectos de infraestructura, encaminados a resolver problemas que incidan desfavorablemente en el proceso de integración subregional;
- 3 — programas de racionalización de la producción de industrias existentes;
- 4 — programas conjuntos de desarrollo agropecuario.

*Artículo 9.º* — La Comisión, a propuesta de la Junta, podrá declarar la conveniencia de constituir empresas multinacionales para la ejecución o desarrollo de proyectos de interés subregional relativos a la producción de bienes o servicios en campos distintos a los indicados en el literal e del artículo anterior.

En estos casos señalará las condiciones específicas a las que deberán sujetarse las empresas multinacionales, en el campo correspondiente.

Mientras no se determinen las condiciones mencionadas en el párrafo anterior, la Comisión podrá autorizar, a propuesta de la Junta, la constitución de empresas multinacionales en los casos particulares que se sometan a su consideración.

*Artículo 10* — La participación de inversionistas extranjeros en una empresa multinacional no podrá ser superior al cuarenta por ciento del capital de la empresa.

Corresponderá a cada Gobierno determinar el máximo de inversión extranjera en el capital de las empresas multinacionales que establezcan domicilio principal en su territorio y dentro del límite señalado en el inciso anterior.

En todos los casos, la mayoría de capital de propiedad de los inversionistas nacionales y subregionales deberá reflejarse en la dirección técnica, administrativa, financiera y comercial de la empresa.

*Artículo 11* — La participación de los inversionistas nacionales de cada País-Miembro en el capital de una empresa multinacional no podrá ser inferior al quince por ciento de la participación subregional total.

En casos especiales la Comisión podrá, a propuesta de la Junta, establecer porcentajes mínimos de participación nacional diferentes del señalado en este artículo.

*Artículo 12* — Los inversionistas de Bolivia y el Ecuador podrán pagar el capital correspondiente a su porcentaje de participación en un plazo que no podrá exceder de cinco años de la fecha en que lo hubieren hecho los inversionistas nacionales de los otros Países-Miembros.

*Artículo 13* — Las empresas multinacionales instalarán establecimientos de actividad manufacturera o fabril, comercialización u otra naturaleza en los Países-Miembros cuyos nacionales participen en su capital social, salvo que las condiciones y la naturaleza de las empresas no lo justifiquen.

*Artículo 14* — El capital de la empresa multinacional estará representado por acciones nominativas.

*Artículo 15* — Em valor de las acciones se expresará en la unidad monetaria nacional del país del domicilio principal. La inversión subregional deberá efectuarse o avaluarse en unidades monetarias aceptadas por el país del domicilio principal.

## CAPÍTULO IV

### *De la Constitución de Empresas Multinacionales*

*Artículo 16* — Las empresas multinacionales deberán constituirse en la forma de sociedades anónimas y deberán agregar a su denominación o razón social las palabras “empresa multinacional”.

No obstante, la Comisión, a propuesta de la Junta, podrá adoptar normas especiales uniformes para otros tipos de organización empresarial.

*Artículo 17* — Sólo podrán utilizar la denominación de “empresa multinacional” las constituidas de conformidad a lo dispuesto en el presente Régimen.

*Artículo 18* — El estatuto social de las empresas multinacionales deberá ajustarse a las disposiciones del presente Régimen y en todo lo que no fuere señalado en él, a las de la legislación del país donde establezca su domicilio principal.

*Artículo 19* — Las empresas multinacionales se constituirán en el País-Miembro donde establezcan su domicilio principal y se sujetarán al procedimiento previsto en la legislación nacional de dicho país.

Para este efecto, los fundadores o promotores adjuntarán a los antecedentes o requisitos exigidos por la legislación nacional correspondiente, copia autorizada de la Decisión de la Comisión a la que se refieren los artículos 8.º y 9.º de este Régimen.

*Artículo 20* — Una vez recibida la documentación mencionada en el artículo anterior, la autoridad nacional competente del país del domicilio principal remitirá a la Junta, y a las autoridades competentes de los demás Países-Miembros, copias autenticadas de los proyectos del estatuto social, del plan de trabajo de la empresa y de los antecedentes acompañados.

*Artículo 21* — Si las autoridades competentes de los demás Países-Miembros, cuyos nacionales participen en el capital de la empresa, encontraren que la empresa no se ajusta a las especificaciones del programa o a las condiciones a las que se refieren los artículos 8.º y 9.º de este Régimen, formularán sus observaciones a las autoridades del país del domicilio principal, dentro de los sesenta días siguientes al recibo de los antecedentes de que trata el artículo anterior.

En caso contrario, comunicarán su conformidad dentro del mismo plazo y remitirán certificados por los que conste que está autorizada la transferencia de las cuotas de capital que correspondan a sus nacionales para constituir la empresa.

Dentro del mismo plazo señalado en este artículo, la Junta podrá formular observaciones a las autoridades nacionales del país del domicilio principal y planteará el caso a la Comisión, si a su juicio se infringen las modalidades del programa o las condiciones a las que se refieren los artículos 8.º y 9.º de este Régimen.

Para tales efectos, la Junta recabará la opinión de los órganos de administración de los programas si los hubiere.

*Artículo 22* — Subsanas las observaciones o vencido el plazo señalado en el artículo anterior sin que ellas se hubieran formulado, las autoridades competentes del país del domicilio principal concluirán los trámites de constitución de la empresa multinacional, en la forma prevista en su legislación.

*Artículo 23* — Concluidos los trámites de constitución de la empresa en el país del domicilio principal, las autoridades respectivas solicitarán a las autoridades de los demás Países-Miembros la inscripción del contrato social en los registros nacionales y la publicación en la forma establecida en su legislación.

A partir de la fecha de la publicación o de la inscripción de la empresa multinacional en los registros nacionales, de acuerdo a los requisitos exigidos por la legislación nacional respectiva, ésta gozará de la

capacidad jurídica más amplia reconocida a las personas jurídicas por tales legislaciones y recibirá el tratamiento de sociedad de derecho nacional.

La inscripción de las empresas multinacionales se sujetará a las disposiciones legales generales que regulan la actividad económica en cada país.

*Artículo 24* — La empresa multinacional se regirá por las siguientes normas:

a) su estatuto social;

b) el presente Régimen en todo lo no establecido en su estatuto social.

*Artículo 25* — En aspectos no regulados por el estatuto social de la empresa o por el presente Régimen se aplicarán las siguientes disposiciones:

a) la legislación del país del domicilio principal, cuando se trate de materias relacionadas con las normas del Capítulo VII de este Régimen;

b) en los demás casos la legislación del país donde se establezca la relación jurídica o la de aquel donde hayan de surtir efectos los actos jurídicos de las empresas multinacionales, según lo establezcan las normas de derecho internacional privado aplicables.

## CAPÍTULO V

### *De la Fiscalización Externa de las Empresas Multinacionales*

*Artículo 26* — Corresponderá a las Superintendencias de Sociedades Anónimas, de compañías u organismos similares de los países donde las empresas multinacionales tengan establecimientos, ejercer su vigilancia y fiscalización, sin perjuicio de la que ejerzan los organismos nacionales a que se refiere el artículo 6.º de la Decisión n.º 24 de la Comisión en los aspectos de su competencia.

*Artículo 27* — Cuando un País-Miembro considere que una empresa multinacional ha infringido las condiciones que se establecieron para su creación, fines u objeto social, denunciará tal hecho a la Junta, la cual elevará un informe a la Comisión.

Comprobada la existencia de la infracción denunciada, corresponderá a la Comisión, sujetándose al procedimiento general de votación establecido en el artículo 11 del Acuerdo de Cartagena, acordar un plazo para que sea subsanada o dejar sin efecto la calidad de multinacional para la empresa respectiva.

En este último caso, la empresa perderá el derecho de ampararse en las disposiciones del presente Régimen y se sujetará a las contenidas en la legislación nacional, en la Decisión n.º 24 y en el artículo 2.º de la presente Decisión.



## CAPÍTULO VI

### *Del Tratamiento Especial de las Empresas Multinacionales*

**Artículo 28** — Los productos de las empresas multinacionales gozarán de las ventajas derivadas del programa de liberación del Acuerdo de Cartagena.

**Artículo 29** — Los Países-Miembros adoptarán, individual o colectivamente, las medidas que sean necesarias para facilitar las transferencias de capitales destinadas al funcionamiento de las empresas multinacionales y de las cuotas de capital que correspondan a sus nacionales para constituir la empresa.

**Artículo 30** — Las empresas multinacionales gozarán de un tratamiento no menos favorable que el establecido para las empresas nacionales, en materia de preferencia para las adquisiciones de bienes o servicios por el Estado.

**Artículo 31** — Los inversionistas de una empresa multinacional no estarán sujetos a la obligación contenida en la Decisión n.º 24, de transferir sus acciones, participaciones o derechos a inversionistas nacionales del país donde opera dicha empresa.

**Artículo 32** — Las empresas multinacionales gozarán, en materia de impuestos nacionales internos, del tratamiento establecido o que se estableciera para las empresas más favorecidas en la actividad económica que desarrolle, siempre que cumplan con los requisitos exigidos por la legislación respectiva.

**Artículo 33** — Las empresas multinacionales no requerirán de autorización para reinvestir sus utilidades. En estos casos subsistirá la obligación de registro.

**Artículo 34** — Las empresas multinacionales tendrán acceso al crédito interno y, en general, al tratamiento financiero establecido o que se establezca para las empresas nacionales más favorecidas en la actividad económica que desarrollen, siempre que cumpla con los requisitos exigidos por la legislación respectiva.

**Artículo 35** — Los inversionistas subregionales tendrán derecho, con la autorización del organismo nacional competente, a transferir, al país de origen de capital, las utilidades netas comprobadas que provengan de su inversión directa, previo pago de los impuestos correspondientes.

**Artículo 36** — Con autorización del organismo nacional competente, las empresas multinacionales podrán participar en los sectores de actividad económica que los Países-Miembros hubieren reservado para las empresas nacionales.

En todos los casos, las empresas deberán contar con la participación en su capital social de inversionistas del país en el que se solicite la auto-

rización mencionada en este artículo, en el porcentaje mínimo previsto en el artículo 11 de este Régimen.

*Artículo 37* — Las empresas multinacionales gozarán del tratamiento establecido en los artículos 28 y 29 del presente Capítulo, en todos los Países-Miembros y del señalado en los artículos 30 a 36 inclusive, sólo en los Países-Miembros cuyos nacionales participen en su capital social, en los términos del artículo 11 del presente Régimen.

## CAPÍTULO VII

### *Del Domicilio y de la Administración de las Empresas Multinacionales*

#### SECCIÓN I

##### *Del Domicilio*

*Artículo 38* — El domicilio principal de la empresa multinacional estará situado en el País-Miembro en que desarrolle su actividad principal, conforme a los términos del proyecto o programa respectivo, y deberá indicarse en su estatuto social. El domicilio principal será la sede del Directorio y la Gerencia General.

#### SECCIÓN II

##### *De la Asamblea General de Accionistas*

*Artículo 39* — La Asamblea General es el órgano máximo de la empresa y estará integrada por los accionistas reunidos en la forma y condiciones que se establecen en los artículos siguientes.

*Artículo 40* — La Asamblea General podrá reunirse en sesiones ordinarias y extraordinarias, de acuerdo con lo que se establezca al respecto en el estatuto.

*Artículo 41* — Las sesiones se celebrarán en el domicilio principal de la empresa y la convocatoria se hará en la forma que determine el estatuto.

*Artículo 42* — Las sesiones extraordinarias se efectuarán por convocatoria del Gerente General, de oficio, por decisión de la Asamblea o del Directorio o a requerimiento de los accionistas que representen no menos de un diez por ciento del capital social.

Asimismo, podrán convocar a sesiones extraordinarias las personas señaladas en el artículo 48 de este Régimen.

*Artículo 43* — En las sesiones podrán participar los accionistas personalmente o debidamente representados, de conformidad a los requisitos exigidos por las legislaciones nacionales del país en el que se extiendan los poderes respectivos.

*Artículo 44* — El *quorum* para celebrar sesiones ordinarias o extraordinarias será de la mitad más uno de las acciones pagadas, excepto en

los casos que se señalan a continuación, en los cuales el *quorum* para sesionar no podrá ser inferior al sesenta por ciento de las mismas:

- a) reforma del estatuto social;
- b) disolución anticipada de la empresa;
- c) participación en otra u otras sociedades;
- d) emisión de obligaciones.

*Artículo 45* — Las decisiones de la Asamblea se adoptarán con el voto favorable de la mitad más uno de las acciones presentes o representadas, con excepción de los casos señalados en los literales del artículo anterior en que se requerirá el voto favorable de por lo menos el sesenta por ciento de las acciones pagadas.

*Artículo 46* — Las reformas del estatuto deberán cumplir con todas las formalidades exigidas para la constitución de la empresa.

*Artículo 47* — Serán facultades de la Asamblea General, además de las señaladas en el artículo 44, las siguientes:

- a) dictar su reglamento;
- b) examinar la situación de la empresa;
- c) conocer la memoria y aprobar o rechazar los balances;
- d) acordar la distribución de utilidades y establecer los fondos que se destinarán a reserva;
- e) nombrar y remover a los directores y fijar sus remuneraciones;
- f) las demás que saen necesarias para la debida aplicación de los estatutos y la preservación del interés social.

*Artículo 48* — Corresponderá a la Asamblea General de Accionistas designar a las personas encargadas de fiscalizar la administración de la empresa, en los términos que se establezcan en los estatutos de la sociedad.

### SECCIÓN III

#### *Del Directorio*

*Artículo 49* — El Directorio es el órgano administrador de la empresa.

*Artículo 50* — El número de Directores, sus funciones, la forma de emitir sus opiniones y el *quorum* necesario para su funcionamiento y votaciones serán los que se establezcan en el estatuto de la empresa.

*Artículo 51* — La responsabilidad de los Directores se regirá por lo que se establezca en la legislación del país del domicilio principal.

*Artículo 52* — Cuando en una empresa multinacional exista participación de capital extranjero, los accionistas subregionales y los de terceros países designarán separadamente a los Directores que les correspon-

dan, de acuerdo con la proporción que se señale en el respectivo estatuto.

Em todo caso deberá existir por lo menos un Director por cada País-Miembro cuyos nacionales participen en el capital social de la empresa.

*Artículo 53* — Corresponderán al Directorio las siguientes facultades, entre otras:

- a) dictar su reglamento y los demás instrumentos necesarios para la marcha de la empresa;
- b) designar al Gerente General y a los representantes legales a los que se refiere el artículo 54 de este Régimen;
- c) dirigir la política financiera y comercial de la empresa;
- d) presentar a la Asamblea la memoria y los balances de la empresa;
- e) proponer a la Asamblea la distribución de utilidades y formación de fondos de reservas u otros;
- f) proponer a la Asamblea las reformas al estatuto;
- g) delegar atribuciones en el Gerente General.

*Artículo 54* — Las empresas multinacionales tendrán un Gerente General quien la representará legalmente en el lugar de su domicilio principal. Asimismo, tendrán un representante legal en los demás Países-Miembros en que desarrollen sus actividades.

*Artículo 55* — Las funciones, derechos y obligaciones del Gerente General y de los representantes legales serán los que se establezcan en el estatuto de la empresa.

## SECCIÓN IV

### *De la Memoria y de los Balances*

*Artículo 56* — El balance general, el estado de la cuenta de pérdida y ganancias y sus anexos, la memoria del directorio y el informe de la persona o personas encargadas de fiscalizar las actividades sociales, estarán a disposición de los accionistas en todas las oficinas de la empresa para su conocimiento y estudio, por lo menos quince días antes de la fecha de reunión de la Asamblea General que deba conocerlos.

Además, el estatuto de la empresa deberá contener disposiciones que aseguren el adecuado conocimiento de los documentos señalados en este artículo por los accionistas residentes en Países-Miembros distintos al país del domicilio principal de la empresa.

*Artículo 57* — La empresa multinacional sólo podrá reformar los términos de su objeto social si mantiene las condiciones señaladas en las Decisiones de la Comisión, a que se refieren los artículos 8.º y 9.º de este Régimen.

## SECCIÓN V

### *Disposiciones Varias*

*Artículo 58* — En el estatuto deberá señalarse el plazo de duración de la empresa, salvo en los casos en que sea la propia naturaleza del objetivo social la que lo determine.

*Artículo 59* — La disolución y la liquidación de la empresa se llevarán a efecto según lo establecido en el estatuto y de acuerdo con la legislación del país del domicilio principal.

*Artículo 60* — Los conflictos que se susciten entre los accionistas o entre éstos y la empresa serán resueltos de conformidad a las normas existentes sobre la materia en la legislación del país del domicilio principal.

*Artículo 61* — En los casos de ampliación del capital, los inversionistas nacionales de cualquier País-Miembro que tuviesen un número de acciones inferior al de los inversionistas nacionales de otros países, tendrán opción preferente para suscribir nuevas acciones hasta alcanzar un número de acciones igual al del mayor accionista. En el estatuto social de la empresa se determinará el procedimiento para ejercer este derecho.

## CAPÍTULO VIII

### *De la Participación de la Corporación Andina de Fomento en las Empresas Multinacionales*

*Artículo 62* — Los aportes de la CAF a una empresa multinacional podrán computarse como de cualquier País-Miembro, para los efectos de completar el porcentaje mínimo establecido en el artículo 11 de este Régimen. El acuerdo correspondiente del Directorio de esta Institución deberá ser adoptado con el voto favorable del Director de la Serie A del país o países respectivos y señalará la forma en que los inversionistas de estos últimos podrán adquirir tales aportes.

## CAPÍTULO IX

### *Disposiciones Transitorias*

*Artículo A)* — Antes del 30 de noviembre de 1972, la Comisión, a propuesta de la Junta, aprobará las normas que regirán la fusión de empresas para la constitución y funcionamiento de empresas multinacionales.

*Artículo B)* — Antes del 30 de noviembre de 1972, la Comisión, a propuesta de la Junta, aprobará las condiciones a las que deberán sujetarse las empresas multinacionales que se establezcan en el sector de servicios, especialmente banca, instituciones financieras, seguros y reaseguros, turismo, transporte, consultoría y asistencia técnica.

*Artículo C)* — El presente Régimen estrará en vigor cuando todos los Países-Miembros hayan depositado en la Secretaría de la Junta los instrumentos por los cuales lo pongan en práctica en sus respectivos territorios, de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 28 del Acuerdo de Cartagena.

## Decisión n.º 169 — Comisión del Pacto Andino

La COMISIÓN del ACUERDO DE CARTAGENA;

Vistos: Los artículos 28, 38, 86 y 89 del Acuerdo de Cartagena, las Decisiones 24, 45 y 103 y la Propuesta 150 de la Junta.

Considerando: Que es indispensable complementar y fortalecer el régimen de la empresa multinacional establecido en la Decisión 46 a fin de promover y estimular la asociación de capitales subregionales y alcanzar, entre otros, los siguientes objetivos:

a) propender al perfeccionamiento del proceso y al logro de los objetivos de la integración subregional andina;

b) canalizar el ahorro subregional y facilitar la ejecución de proyectos de interés compartido;

c) coadyuvar al fortalecimiento de la capacidad subregional en los órdenes financiero, tecnológico y de competencia en los mercados de terceros países; y

d) contribuir a la generación de fuentes de ocupación en la Subregión.

Decide:

*Artículo 1.º* — Para los efectos del presente Régimen se entiende por empresa multinacional andina la que cumple con las siguientes condiciones:

a) que su domicilio principal esté situado en el territorio de uno de los Países-Miembros;

b) que tengan aportes de propiedad de inversionistas nacionales de dos o más Países-Miembros que en total sean mayores al ochenta por ciento del capital de la empresa;

c) que, cuando esté constituida con aportes de inversionistas de sólo dos Países-Miembros, la suma de los aportes de los inversionistas de cada País-Miembro, no podrá ser inferior al quince por ciento del capital de la empresa. Si existieran inversionistas de más de dos Países-Miembros, los aportes provenientes de por lo menos dos países cumplirán, cada uno, con el porcentaje mencionado. En ambos casos, los inversionistas del país sede del domicilio principal representarán el quince por ciento o más del capital de la empresa;

d) que la mayoría subregional del capital se refleje en la dirección técnica, administrativa, financiera y comercial de la empresa, a juicio del correspondiente organismo nacional competente a que se refiere el artículo 6.º de la Decisión 24.

*Artículo 2.º* — Durante un plazo de diez años a partir de su constitución, las empresas multinacionales andinas que se constituyan en Bolivia o el Ecuador podrán tener los aportes a que se refiere el literal b del artículo anterior en cuantía no inferior al 60 por ciento de su capital. El vencimiento de dicho plazo no podrá exceder el de quince años contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente Decisión. Mientras permanezcan al amparo de esta excepción, tales empresas no podrán instalar sucursales en Colombia, Perú y Venezuela en los términos y condiciones de la presente Decisión.

*Artículo 3.º* — El capital de la empresa multinacional andina estará representado por acciones nominativas y de igual valor que conferirán a los accionistas iguales derechos e impondrán iguales obligaciones.

*Artículo 4.º* — El valor nominal de las acciones se expresará en la unidad monetaria nacional del País-Miembro del domicilio principal o en otra unidad cuando así lo permita la legislación correspondiente. La inversión subregional y extranjera deberá efectuarse en moneda libremente convertible o bienes físicos o tangibles de los enumerados en el literal b del punto II del Anexo I de la Decisión 24, evaluarse y registrarse en moneda libremente convertible, de conformidad con lo previsto en la legislación del País-Miembro del domicilio principal.

*Artículo 5.º* — Las inversiones subregionales en una empresa multinacional andina serán autorizadas por el organismo nacional competente del país receptor con la sola verificación de que las mismas son propiedad de empresas nacionales constituidas en un País-Miembro, comprobada esta condición a través de la calificación de inversionista nacional otorgada por el organismo competente del país de origen, así como las de propiedad de personas naturales con la sola verificación de su calidad de nacionales de otro País-Miembro por parte del organismo nacional competente del país receptor. A estos efectos bastará la presentación del carnet, documento o cédula de identidad en la que conste la condición de nacional del respectivo País-Miembro.

*Artículo 6.º* — Los Países-Miembros se comprometen a facilitar las transferencias destinadas al pago de los aportes que correspondan a sus inversionistas nacionales para constituir o participar en las empresas multinacionales andinas y al funcionamiento de dichas empresas, de conformidad con los requisitos establecidos en sus respectivas legislaciones.

*Artículo 7.º* — La transferencia de acciones de un inversionista subregional en una empresa multinacional andina a otro inversionista subregional requerirá de autorización previa del organismo nacional competente del País-Miembro del domicilio principal, a fin de preservar las participaciones mínimas exigidas en el literal c del artículo 1.º

Para efecto de la transformación prevista en el artículo 10, el organismo competente del correspondiente País-Miembro podrá autorizar la transferencia de acciones de inversionistas nacionales en la empresa que se transforma a inversionistas subregionales.

*Artículo 8.º* — Las empresas multinacionales andinas destinadas a la producción o explotación de productos asignados o reservados dentro de cualquiera de las modalidades de la programación subregional no podrán constituirse sino en los Países-Miembros beneficiarios de la correspondiente asignación o reserva, excepto en los casos de convenios de coproducción, complementación o ensamblaje; pero podrá abrir sucursales en otros Países-Miembros distintos del de su constitución con el propósito de comercializar los productos asignados o reservados.

## CAPÍTULO II

### *De la Constitución de las Empresas Multinacionales Andinas*

*Artículo 9.º* — Las empresas multinacionales andinas deberán constituirse como sociedades anónimas con sujeción al procedimiento previsto en la legislación nacional correspondiente y agregar a su denominación las palabras “Empresa Multinacional Andina” o las iniciales “EMA”.

Sólo podrá utilizar la denominación de “Empresa Multinacional Andina” o las iniciales “EMA”, la constituida o transformada de conformidad con el presente Régimen.

*Artículo 10* — Cualquier empresa podrá transformarse en empresa multinacional andina con sujeción al presente Régimen.

*Artículo 11* — El estatuto social de las empresas multinacionales andinas deberá sujetarse a las disposiciones del presente Régimen y en todo lo que no estuviere señalado en él, a las de la legislación del país donde establezca su domicilio principal.



*Artículo 12* — La empresa multinacional andina se registrá por las siguientes normas:

- 1 — su estatuto social;
- 2 — el presente Régimen en todo lo que no estuviere establecido en su estatuto social;
- 3 — en aspectos no regulados por el estatuto social o por el presente Régimen, se aplicarán:
  - a) la legislación del país del domicilio principal; y
  - b) cuando fuere el caso, la legislación del país donde se establezca la relación jurídica o la de aquel donde hayan de surtir efectos los actos jurídicos de la empresa multinacional andina, según lo establezcan las normas de derecho internacional privado aplicables.

*Artículo 13* — Las reformas del estatuto social deberán cumplir con todas las formalidades exigidas para la constitución de la empresa.

*Artículo 14* — Los Países-Miembros, por medio del organismo nacional competente y dentro de los sesenta días siguientes a la constitución o transformación, informarán documentadamente a la Junta y ésta llevará un registro de las empresas multinacionales andinas. La Junta a su vez, dentro de un plazo de treinta días a partir de la fecha de recepción de la información, la llevará a conocimiento de los demás Países-Miembros.

### CAPÍTULO III

#### *Del Domicilio y de la Administración de las Empresas Multinacionales Andinas*

##### SECCIÓN 1

###### *Del Domicilio*

*Artículo 15* — El domicilio principal de la empresa multinacional andina estará situado en el País-Miembro en que se constituya o tenga lugar la transformación a que se refiere el artículo 10.

##### SECCIÓN 2

###### *De la Administración*

*Artículo 16* — La conformación, funcionamiento, atribuciones y responsabilidad de los órganos de administración, así como la disolución y la liquidación de la empresa y la solución de los conflictos que surjan en-

tre los accionistas o entre éstos y la empresa, se regirán por la legislación del País-Miembro del domicilio principal, sin perjuicio de las siguientes disposiciones:

- 1 — el domicilio principal será sede de las sesiones de la Asamblea o Junta General de Accionistas y del órgano ejecutivo de la empresa;
- 2 — deberán contemplarse plazos y previsiones que aseguren a los accionistas el ejercicio del derecho de preferencia y otros que contemple la legislación respectiva o se hubieren estipulado en el estatuto social;
- 3 — deberá preverse por lo menos un Director por cada País-Miembro cuyos nacionales tengan una participación no inferior al quince por ciento en el capital de la empresa.

#### CAPÍTULO IV

##### *Del Control y de la Supervisión*

*Artículo 17* — Corresponde al organismo encargado del control de las sociedades o campañas del País-Miembro donde las empresas multinacionales andinas estén constituidas o tengan sucursales, ejercer su vigilancia y supervisión sin perjuicio de la que ejerzan los organismos nacionales a que se refiere el artículo 6.º de la Decisión 24 de la Comisión en los aspectos de su competencia.

#### CAPÍTULO V

##### *Del Tratamiento Especial a las Empresas Multinacionales Andinas*

*Artículo 18* — Los productos de las empresas multinacionales andinas gozarán de las ventajas derivadas del programa de liberación subregional de conformidad con lo establecido en el mismo.

*Artículo 19* — Las empresas multinacionales andinas gozarán en materia de impuestos nacionales internos del mismo tratamiento establecido o que se estableciere para las empresas nacionales en la actividad económica que desarrollen, siempre que cumplan con los requisitos exigidos por la legislación correspondiente.

*Artículo 20* — Las empresas multinacionales andinas tendrán acceso al crédito interno y, en general, al tratamiento financiero establecido o que se estableciere para las empresas nacionales en la actividad económica que desarrollen, siempre que cumplan con los requisitos exigidos por la legislación y política crediticias respectivas.

*Artículo 21* — Las empresas multinacionales andinas no requerirán de autorización para invertir o reinvertir en el país del domicilio principal, subsistiendo la obligación del registro para el caso de las reinversiones.

Cuando las inversiones de las empresas multinacionales andinas se realicen en un País-Miembro distinto del país del domicilio principal, requerirán de registro, y de autorización previa únicamente a efecto de preservar la aplicación del artículo 22. En tal caso, las inversiones de las empresas multinacionales andinas tendrán derecho a transferir en divisas libremente convertibles la totalidad de sus utilidades netas comprobadas, previo el pago de los impuestos correspondientes.

*Artículo 22* — Con autorización del organismo nacional competente, del país receptor, las empresas multinacionales andinas o sus sucursales podrán participar en los sectores de actividad económica comprendidos en el Capítulo III de la Decisión 24.

*Artículo 23* — Sin perjuicio de lo previsto en los artículos 2, 21 y 22, las empresas multinacionales andinas tendrán derecho a instalar sucursales en los Países-Miembros distintos del país del domicilio principal. Su representación legal, asignación de capital y funcionamiento se sujetarán a lo dispuesto en la legislación nacional pertinente del País-Miembro en que se instalen.

*Artículo 24* — Las sucursales de las empresas multinacionales andinas tendrán derecho, previa autorización del organismo nacional competente, a transferir al domicilio principal, en divisas libremente convertibles, la totalidad de sus utilidades netas comprobadas, previo el pago de los impuestos correspondientes.

*Artículo 25* — Los inversionistas extranjeros y subregionales en una empresa multinacional andina, previa autorización del organismo nacional competente, tendrán derecho a transferir al exterior, en divisas libremente convertibles, la totalidad de las utilidades netas comprobadas que provengan de su inversión directa, previo el pago de los impuestos correspondientes.

*Artículo 26* — Con el fin de evitar situaciones de doble tributación, no se gravará con impuesto a la renta o a las remesas:

a) en el País-Miembro del domicilio principal de la empresa multinacional andina: la parte de los dividendos por ella distribuida y correspondiente a utilidades previamente gravadas en el País-Miembro de domicilio de la sucursal, así como la renta proveniente de la redistribución de dicha parte de los dividendos efectuada por empresas inversionistas e nel mismo país;

b) en los demás Países-Miembros: la renta proveniente de la redistribución de dividendos previamente gravados que perciban sus empresas inversionistas de una empresa multinacional andina.

Para tales efectos se tendrá en cuenta la legislación nacional y en ningún caso generará situaciones discriminatorias para las empresas nacionales colocadas en situación similar.

*Artículo 27* — Los Países-Miembros podrán considerar como nacional al personal de origen subregional de las empresas multinacionales andinas, para los efectos de la aplicación de las disposiciones sobre cupos de trabajadores extranjeros.

*Artículo 28* — Para los efectos de la constitución y el funcionamiento de las empresas multinacionales andinas, los Países-Miembros facilitarán la movilización e ingreso a sus respectivos territorios de los promotores inversionistas y ejecutivos de dichas empresas.

*Artículo 29* — Los Países-Miembros facilitarán la contratación dentro de la Subregión de tecnología, patentes y marcas, en que participen empresas multinacionales andinas.

## CAPÍTULO VI

### *Disposiciones Finales*

*Artículo 30* — Corresponderá al organismo nacional competente a que se refiere el artículo 6.º de la Decisión 24, emitir las autorizaciones y demás actos administrativos a que se refiere la presente Decisión.

*Artículo 31* — Los aportes de la Corporación Andina de Fomento se considerarán como de inversionistas nacionales para efectos del cálculo del porcentaje de la participación subregional prevista en el literal *b* del artículo 1.º de esta Decisión.

*Artículo 32* — En todo lo no previsto en la presente Decisión, los inversionistas subregionales y extranjeros en una empresa multinacional andina se registrarán por las disposiciones de la Decisión 24.

## CAPÍTULO VII

### *Disposiciones Transitorias*

*Artículo 33* — Hasta tanto la Comisión defina el tratamiento general a las inversiones de la empresa mixta y para el solo efecto del presente Régimen, las inversiones que ésta realice o sus filiales o subsidiarias en una empresa multinacional andina se computarán en la misma proporción nacional y extranjera que tengan en su capital los aportes nacionales y extranjeros.

Las inversiones de una empresa multinacional andina que cumplan con la condición señalada en el literal *b* del artículo 1.º se computarán como

de propiedad de inversionistas nacionales. Las inversiones de la empresas multinacionales andinas a que se refiere el artículo 2.º de esta Decisión se computarán como nacionales y extranjeras en la misma proporción que tengan en su capital los aportes subregionales y extranjeros.

No se considerarán como de inversionistas nacionales las inversiones que realice una empresa extranjera o sus filiales o subsidiarias en una empresa multinacional andina.

*Artículo 34* — Hasta tanto la Comisión, previa propuesta de la Junta, adopte las normas y procedimientos definitivos para la solución de las infracciones a esta Decisión, se aplicarán las disposiciones siguientes:

Cuando se trate de infracciones al presente Régimen cometidas en el país del domicilio principal, el organismo nacional competente aplicará las sanciones o medidas correspondientes e inclusive podrá dejar sin efecto la calidad de multinacional andina de la empresa, participándolo a la Junta y a los Países-Miembros donde aquella hubiese establecido sucursales.

Cuando un País-Miembro distinto al del domicilio principal de una empresa multinacional andina considere que ésta ha infringido las disposiciones del presente Régimen, denunciará el hecho a la Junta, acompañando las pruebas pertinentes. La Junta presentará su opinión preliminar al organismo de control y fiscalización del País-Miembro del domicilio principal y, de no obtener solución dentro del plazo que le señale según la gravedad y urgencia del caso, la Junta emitirá su opinión definitiva y la comunicará a los organismos nacionales competentes del país del domicilio principal y del país denunciante. Si dicha opinión confirma la existencia de la infracción, el organismo nacional competente aplicará las sanciones o medidas correspondientes e inclusive podrá dejar sin efecto la condición de sucursal de una empresa multinacional andina.

En caso de que se haya dejado sin efecto la calidad de multinacional andina de la empresa o de su sucursal, perderá el derecho de ampararse en las disposiciones del presente Régimen y le serán aplicables de manera inmediata la Decisión 24 y las disposiciones legales y medidas de política económica del respectivo país.

## CAPÍTULO VIII

### *De la Vigencia*

*Artículo 35* — La presente Decisión entrará en vigencia cuando dos Países-Miembros hayan depositado en la Secretaría de la Junta los Instrumentos por los cuales la pongan en práctica en sus respectivos territorios. Para los demás Países-Miembros la fecha de entrada en vigencia será la del depósito de los instrumentos correspondientes.

## Obras Publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

*Os pedidos a serem atendidos através da ECT deverão ser acrescidos de 50% (cinquenta por cento) de seu valor, para a cobertura das respectivas despesas postais, acompanhados de cheque nominal à Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal ou de vale postal remetido à agência APT Senado.*

*Deixamos de atender pedidos por reembolso postal em virtude de o preço de várias publicações desta Subsecretaria estar abaixo do mínimo exigido pela ECT para remessa através do referido sistema.*

*Não estão relacionadas as obras esgotadas.*

Posto de Venda no Senado Federal: Via nº 2 - - Unidade de Apoio I (fundos do CEGRAF, pelo estacionamento à direita deste) — Praça dos Três Poderes — CEP 70165 — Brasília, DF -- Telefones: (061) 311-3578 e 311-3579. Fax: (061) 321-7333. Telex: (061) 1357.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA. N.º 10, 12, 15/14, 17, 18, 46, 62, 79 a 85, 87 a 114.

*Cr\$20.000,00*

— Periódico trimestral de pesquisa jurídica. Lançamento: jan./mar. 1964, com circulação ininterrupta.

## ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA N.º 1 a 100.

*Distribuição gratuita aos assinantes da Revista*

- Conteúdo: índice temático dos artigos publicados; índice onomástico dos autores (colaboradores); sumários.
- Editado de 10 em 10 números. Índices já publicados: 1 a 10; 1 a 20; 1 a 30; 1 a 40; 1 a 50; 1 a 60; 1 a 70; 1 a 80; 1 a 90; 1 a 100.

## CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL — QUADRO COMPARATIVO

- Texto de 1988 comparado às Constituições de 1946 e 1967 e à Emenda Constitucional n.º 1, de 1969. Índice temático e tabelas.

*Cr\$20.000,00*

## CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS. Série, com 6 volumes publicados; edição de 1987.

*Cr\$30.000,00 a coleção.*

- *Volume 1:* Alemanha (República Democrática); Bulgária; Hungria; Polônia; Romênia; Tchecoslováquia.
- *Volume 2:* Costa Rica; Nicarágua.
- *Volume 3:* Angola; Cabo Verde; Moçambique; São Tomé e Príncipe.
- *Volume 4:* Dinamarca; Finlândia; Noruega; Suécia.
- *Volume 5:* Áustria; Iugoslávia.
- *Volume 6:* Coreia; Filipinas; Suriname.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS. 4 volumes; edição de 1984, com suplemento de 1986.

Cr\$20.000,00

CÓDIGO CIVIL — ANTEPROJETOS. 6 volumes; edição de 1989.

Cr\$50.000,00

- *Volume 1*: Anteprojeto de Código de 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 Créditos (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).

LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS. 3 volumes; 2.<sup>a</sup> edição — 1987.

Cr\$10.000,00

- Textos atualizados, consolidados e anotados das Leis Orgânicas dos Municípios de todos os Estados.
- Índice temático comparativo.

CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS DE 1989. 5 volumes.

Cr\$550.000,00



## OBRAS NO PRELO

### CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS DO BRASIL

— Textos de 24 Estados, promulgados em 1989. Índice temático comparativo.

### REGIMENTOS INTERNOS: SENADO FEDERAL — CÂMARA DOS DEPUTADOS — COMUM (CONGRESSO NACIONAL)

### TEXTOS POLÍTICOS DA HISTÓRIA DO BRASIL

### PROCESSO LEGISLATIVO

### DADOS BIOGRÁFICOS DOS PRESIDENTES DO SENADO FEDERAL — 1826 A 1993

### ANAIS DO SENADO FEDERAL

### ANAIS DO CONGRESSO

### DECRETOS-LEGISLATIVOS

### RESOLUÇÕES DO SENADO FEDERAL

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA  
(Números 113 a 116 — jan./mar. a out./dez. 1992)

**Cr\$100.000,00**

O preço está acrescido de 50% de seu valor para a cobertura das despesas postais.

Os pedidos deverão ser acompanhados de cheque nominal à Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal ou de vale postal remetido à agência APT Senado.

*Autorizo a remessa dos números 109 a 112 da Revista de Informação Legislativa para o endereço abaixo discriminado:*

Nome: .....

Endereço: .....

CEP: ..... Cidade ..... UF: .....

Data: .... / .... / .... Assinatura: .....

**Obs.:** O Índice da Revista de Informação Legislativa (nºs 1 a 100) é de distribuição gratuita aos assinantes.

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 Secções Regionais)  
Faculdades de Direito

Estas Bibliotecas recebem, regular e gratuitamente, todas as obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas.