



# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

JANEIRO MARÇO 1994 • BRASÍLIA • ANO 31 • Nº 121

REVISTA  
INFORMAÇÃO  
LEGISLATIVA

02

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 31 • n.º 121

janeiro/março — 1994

*Editor:*

*João Batista Soares de Sousa, Diretor*



SENADO FEDERAL  
SECRETARIA DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMAÇÃO  
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

REVISTA  
de  
INFORMAÇÃO  
LEGISLATIVA

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade

Presidente do Senado Federal — 1961-1967

Isaac Brown

Secretário-Geral da Presidência — 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel

Diretora — 1964-1988

---

ISSN 0034-835-x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

Senado Federal, Anexo 1, 22.º andar

Praça dos Três Poderes

70.165-900 – Brasília, DF

Editor

Diretor João Batista Soares de Sousa

Diagramação

João Evangelista Belém

Composição e impressão

Centro Gráfico do Senado Federal

Capa

Paulo Cervinho e Cícero Bezerra

---

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta.

Pídese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

---

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA ano 1- nº 1- mar. 1964-. Brasília, Senado Federal.  
v. trimestral.

Ano 1-3, nº 1-10, publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, nº 11-33, publ. pela Diretoria Informação Legislativa; ano 9-, nº 34-, publ. pela Subsecretaria de Edições Técnicas.

1. Direito — Periódicas. I. Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. II. Sousa, João Batista S. de, dir.

CDD 340.05

CDU 34(05)

---

REVISTA  
de  
INFORMAÇÃO  
LEGISLATIVA

Brasília · ano 31 · nº 121 · janeiro/março — 1994

*Senador Humberto Lucena*  
*Josaphat Marinho*  
*Carlos Mário da Silva Velloso*

*André Franco Montoro*

*Geraldo Ataliba*  
*Celso Antônio Bandeira de Mello*

*A. Machado Pauperio*  
*Raul Machado Horta*

*Adilson Abreu Dallari*  
*Lafayette Pondé*

*Francisco Fernández Segado*

*Diogo de Figueiredo Moreira Neto*

*Nelson Saldanha*  
*Paulo Borba Casella*

*Paulo Affonso Leme Machado*

*Arnoldo Wald*

*Welber Barral*  
*Álvaro Lazzarini*

*Gilmar Ferreira Mendes*

*Joás de Brito Pereira*  
*Oswaldo Othon de P. Saraiva Filho*

*Ruy Rosado de Aguiar Júnior*

**Apresentação 5**

**Parlamento, política e cultura 7**

**Controle externo do Poder Judiciário e controle de qualidade do Judiciário e da magistratura: uma proposta 13**

**Transição política na América Latina: de regimes autoritários a democracias ainda não consolidadas 25**

**Ação declaratória de constitucionalidade (ADC) 33**  
**Superfaturamento e os vetos à nova Lei de Licitações 35**

**Do Estado de direito ao Estado de justiça 39**

**Natureza, limitações e tendências da revisão constitucional 45**

**Crime de responsabilidade do Prefeito 55**

**Concessões e permissões de serviços públicos: proposta legislativa 61**

**La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional 69**

**Instrução criminal, democracia e revisão constitucional 103**

**Por uma Constituição mista 111**

**Soberania e aplicação do direito da concorrência na CE e no Mercosul 117**

**Poder de polícia ambiental na América Latina e inovações na jurisprudência 145**

**Do regime jurídico dos depósitos bancários e o Plano Collor 159**

**Direitos humanos: uma abordagem conceitual 167**

**O papel da investigação e do sistema judiciário na prevenção do crime 171**

**Kelsen e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro 185**

**Governadores de Estado: crimes comuns 189**

**O IPMF é constitucional 199**

**A Convenção de Viena e a resolução do contrato por incumprimento 211**

<i>José Matias Pereira</i>	Os direitos básicos do consumidor: interpretação e crítica 227
<i>Francisco Amaral</i>	Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro 233
<i>Clayton Reis</i>	A responsabilidade civil do notário e do registrador 245
<i>José Reinaldo de Lima Lopes</i>	Em torno do direito alternativo 255
<i>Ricardo Lobo Torres</i>	O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade 265
<i>Sérgio Sérvulo da Cunha</i>	Regime Jurídico Único: inclusão, sem concurso, de servidores celetistas 273
<i>José de Ribamar Barreiros Soares</i>	A revisão constitucional e suas limitações 281
<i>Carlos Frederico Oliveira Pereira</i>	Aspectos da pena no Código Penal Militar em face do Código Penal Brasileiro e da Constituição Federal 289

## Apresentação

A *Revista de Informação Legislativa* completa agora 30 anos de existência, sem qualquer interrupção, significando um dos mais exitosos empreendimentos culturais de caráter oficial, na história de nosso Legislativo Federal. Tem sido, ademais, um salto renovador, em termos de suas publicações técnicas, as quais, até então, pautavam-se pelos cânones clássicos. Sem se livrarem das muitas imperfeições e outros problemas, que acabavam por não contribuir documentariamente para unir objetiva e criativamente os fatos passados com as realizações do presente, parafraseando o saudoso Senador Auro Moura Andrade, então Presidente do Senado Federal, e seu lídimo idealizador.

Criada em 1964, como parte do programa de edições técnicas do então Serviço de Informação Legislativa, posto em funcionamento um ano antes, a *Revista* destinava-se a propiciar, tanto aos membros da Casa como a todos que se interessassem por suas maté-

rias, um novo tipo de informação, capaz de prover elementos importantes à análise das questões em tramitação no Congresso Nacional. E assim publicaram-se, até hoje, 120 números, em tiragem trimestral, mantendo irretocável seu objetivo original.

Como no seu início, a *Revista* continua de portas abertas às mais variadas contribuições que se destinem a subsidiar pertinentemente o trabalho legislativo nacional, além de também ser um veículo significativo de transmissão, para fora, das discussões e deliberações que aqui são tomadas.

De modo que, neste seu trigésimo aniversário, não apenas temos o contentamento de sabê-la em pleno cumprimento do seu papel, mas também a certeza de que ela, contando com nosso apoio, continuará nessa trilha profícua.

Senador HUMBERTO LUCENA, Presidente do Senado Federal.

# Parlamento, política e cultura

JOSAPHAT MARINHO

## S U M Á R I O

Fonte de idéias. Divulgação da cultura. Poder e crenças. Democracia, experiência e cultura. Vigilância democrática. Política e cultura.

### *Fonte de idéias*

O decurso de 30 anos de uma publicação especializada, sem interrupção apesar de não haver interesse de renda, tem significado cultural relevante. Maior é a expressão do fato se se trata de esforço oficial, como no caso da *Revista de Informação Legislativa*, editada pelo Senado Federal.

Nascida em 1964, por decisão do Senador Auro Moura Andrade, então Presidente do Senado, e confiada à supervisão do Dr. Isaac Brown, Secretário-Geral da Presidência, conta, hoje, 120 números, publicados por trimestre. Ao anunciar-lhe a circulação, seu criador a vinculou a "novos caminhos", para que pudesse "ser útil tanto ao estudo dos problemas em exame nesta Casa do Congresso – através de trabalhos doutrinários e de pesquisa – como à divulgação, lá fora, do que aqui dentro se fizer, no trato dessas matérias". Fiel a essa diretriz, os textos que a compõem são de excepcional variedade, nos diferentes campos do direito.

Não há autores preferidos. Prevalece a boa qualidade dos trabalhos elaborados. É justo assinalar, mesmo, que tem assegurado oportunidade a jovens estudiosos na revelação de suas contribuições, o que nem sempre ocorre com revistas assemelhadas. Se não remunera materialmente os colaboradores, dá-lhes espaço para transmissão do conhecimento a esferas qualificadas do saber jurídi-

Josaphat Marinho é Senador pela Bahia

co e da experiência política. A par disso, re-produz leis, nacionais e estrangeiras, notadamente de direito público, proporcionando a comparação da ordem positiva diversificada. E decisões do Supremo Tribunal Federal, de especial importância jurídica e política, têm sido recolhidas a suas páginas.

### *Divulgação da cultura*

A manutenção regular da *Revista*, sem reserva doutrinária ou privilégio de partidos, demonstra que a instituição parlamentar, embora vivendo a controvérsia e as contradições da política, não ignora nem despreza a cultura. Ao contrário, considera-a fator de aperfeiçoamento da atividade legislativa e dado inseparável do desenvolvimento geral. É que a cultura impregna o homem do senso da realidade e das transformações em curso, despertando-o sobretudo nos períodos de transição. Por singular coincidência, num dos números da *Revista*, de 1968, quando a crise social brasileira se agravava com o domínio autoritário, Anísio Teixeira, o grande educador perseguido pelo obscurantismo, publicou profundas reflexões sobre "a longa revolução do nosso tempo". Nessa oração de paraninfo, ele observou que, "em períodos de mudança social, a função do intelectual é descobrir e formular as idéias capazes de dar direção e articulação às mudanças em curso". E acrescentou, com lucidez: "As idéias se efetivam quando incorporadas aos meios de ação instituídos para o fim de transformar ou conduzir a mudança social". Ora, entre "os meios de ação", que concorrem "para o fim de transformar ou conduzir a mudança social", situam-se as idéias ordenadas em livros, porque assim se expandem e geram convicção.

A inteligência refletida no pensamento escrito tende a perpetuar-se e a alargar-se, abrangendo gradativamente maior número de indivíduos. O pensamento assim gravado desdobra-se em juízos diferenciados. O contraste caracteriza, não raro, proposições inconciliáveis. O conflito de idéias corporifica e realça, portanto, múltiplas convicções na sociedade. A extensão e o pluralismo da sociedade moderna criam, naturalmente, relações e tendências ilimitadas, que tornam di-

ficil a coordenação necessária à paz coletiva. É desnecessário mencionar exemplos, tamanha a evidência das dissensões.

Mas os fatos que perturbam a vida associada, mesmo quando constitutivos de crises, não devem superar os instrumentos de disciplina comum, representados no Estado como instituição superior aos indivíduos e aos grupos e suas inclinações. Se a revolução vitoriosa ultrapassa esse limite, é porque, configurando a crise no seu ápice, visa a criar nova ordem social e jurídica.

### *Poder e crenças*

O poder político, mais intenso no Legislativo e no Executivo do que no Judiciário, requer, dentro da divergência inevitável, amplo convencimento para que seja exercido e se afirme normalmente. A aceitação popular é medida da eficácia dos atos e decisões de autoridade. Salvo, relativamente, o que emana de sentença judicial, convém não impor, mas conquistar opinião. O poder político há de preferir a adesão espontânea dos governados, e não a submissão deles ao mando imperativo. O consentimento é rico de consequências no tempo. Como não é possível, nem democrática, a concordância unânime, a aquiescência de parcela saliente do corpo social traduz a crença indispensável ao exercício normal do poder. O confronto demasiado prejudica a energia coordenadora.

Conforme observa Burdeau, com irrecusável propriedade, "o Poder é um fato que não se sustenta senão por crenças". "Não é exato, pois, que a realidade substancial do Poder seja o comando, o *imperium*; ela reside na idéia que o inspira". Se o Poder se baseia em idéias e as projeta em atos, estimula a solidariedade social e reduz a resistência e a oposição. Quando, por exemplo, o governo converte suas iniciativas em programas, com prioridades e recursos financeiros definidos, na direção da sociedade, e não de setores privilegiados, cresce o assentimento público e diminuem as condições de discordância legítima e formadora de opinião. Se o Poder Legislativo, por sua vez, ausculta o sentimento geral e fundado nele delibera, as normas elaboradas terão mais prestígio do que se decorrentes da simples competência constitucio-

nal. Tal se verifica porque o instrumento editado participa da crença coletiva, reflete-a, sem prejuízo da capacidade da instituição organizada.

Os mecanismos instituídos não se enfraquecem, antes se revigoram, na medida em que decidem arrimados nas manifestações do meio social. A questão está em distinguir anseios gerais de pretensões de grupos e corporações. Se todas as reivindicações lícitas são dignas de consideração, cabe dar primazia às que exprimem necessidades essenciais da maioria. Esse procedimento não significa desapreço às postulações da minoria, se baseado em segura hierarquização dos problemas. Provada ou reconhecida a justeza da graduação estabelecida, serve de suporte a oportuna conquista da minoria, por se tornar maioria ou por mostrar a prioridade do que reclama, do ponto de vista social.

Desta sorte, exprimindo crenças e captando as da sociedade nas suas diferenciações, o poder político fixa e respeita o interesse geral.

### *Democracia, experiência e cultura*

Nas democracias, especialmente, este é o caminho certo. Se nelas há variações correspondentes às peculiaridades da existência de cada povo, subsistem práticas comuns, que marcam o regime. Não há democracia sem povo com direito de opinar, divergir e reclamar vida decente. Não basta assegurar a liberdade, sem condições de oportunidades iguais. A democracia liberal, de cunho formal, percorreu seu ciclo, a que sobreveio a de índole social, destinada a corrigir desigualdades. Não importa indagar se o fundamento filosófico dessa democracia é socialista ou apenas social. A controvérsia teórica é insuficiente para esmaecer o objetivo maior do destino do homem, a que adere a idéia ou a exigência de igualdade, que já não tolera dessemelhanças artificialmente criadas, e mantidas para prolongar privilégios. Se a educação varia entre os povos e neles as condições de defesa dos direitos humanos, ao Estado cumpre amparar a fraqueza dos indivíduos para garantir o equilíbrio na sociedade. Ainda que esse equilíbrio seja sempre, e em toda gente, relativo, é a partir dele que

se realiza a justiça social. Não há que desanimar, portanto, dessa composição incompleta de forças. Toda vitória no plano social é impulso para outras reivindicações, ou matriz delas.

A ação perseverante é útil de modo particular na democracia, que "não pode existir se não for o reflexo de uma experiência política, de um acordo autêntico e responsável do corpo social alicerçado no interesse geral", segundo o ponderado juízo de Federico Mayor, no prefácio ao livro de Guy Hermet - *Culture et démocratie*, de 1993. De fato a democracia não se instaura num ímpeto, nem é dádiva de governantes, pois nasce e se consolida como expressão da vontade comum do povo, a que dirigentes eventuais emprestam a solidariedade de sentimentos e a força dos instrumentos legais. Assim, a democracia resulta de um processo, que se aperfeiçoa no tempo. No dizer de Guy Hermet, na obra referida, "a democracia é uma cultura, mais que um conjunto de instituições", e hoje sobrevive "garantindo precisamente a qualidade mínima da existência ordinária e quotidiana dos membros de uma sociedade". Sendo uma "cultura", transforma-se no processo histórico, porém conserva, renovando, valores que lhe são inerentes, como o respeito a crenças ou convicções, o fortalecimento da individualidade do homem e o exercício do poder limitado.

### *Vigilância democrática*

Para que possa realçar sempre esses e outros valores permanentes, a democracia deve ser vigilante, e não inerte ou indiferente. Garantir e conter, simultaneamente, o indivíduo e o Estado constituem-lhe tarefa primordial: o indivíduo, para que não desconheça e desacate o interesse geral; o Estado, para que não transmude o interesse geral em motivo de violação de situações legítimas da ordem privada. A fim de ser livre, o indivíduo não precisa prejudicar a coletividade, como o Estado prescinde do arbítrio no propósito de preservar o patrimônio público ou do povo. Conquanto o indivíduo abuse comumente do direito que lhe é reconhecido, ao Estado, como instituição superior da sociedade, cabe o exemplo da moderação, até por ser titular

da sanção criada no sistema jurídico por ele mesmo formulado. Ordinariamente, entretanto, autoridades exorbitam de suas atribuições. Assiste razão a Barthélemy ao sustentar que "os governos necessitam que se lhes resista e se os controle". E não enfraquece a sentença a recomendação de ser o controle "esclarecido". Exercido no interesse da sociedade e da ordem livre, o controle legítimo não atinge a função superior do Estado, consistente nos deveres e responsabilidades que o sobrecarregam.

Importante é manter o equilíbrio na relação entre o indivíduo e o Estado, assegurando a este, nos limites da lei, a superioridade natural que emana de sua função eminente de promover o desenvolvimento global e resguardar a paz a todos. O exercício da autoridade fortalece-se na proporção em que, em condições normais, substitui a força organizada pelos mecanismos ou processos de convencimento pedagógico dos indivíduos. Entre tais meios educativos, tem papel relevante a transmissão do conhecimento das leis e das concepções e dos institutos que configuram a ordem jurídica e política. Daí a tradição, nos Estados Unidos, de ser reproduzido o texto da Constituição nas obras de direito constitucional, e de publicação e comentários múltiplos dos grandes arestos da Suprema Corte, nomeadamente dos que traçam lindes aos direitos do indivíduo e às prerrogativas do Estado.

Dar larga publicidade às leis, sobretudo às de ordem geral, e aos julgados principais que as esclarecem, proporciona ao povo conhecer o direito vigente, cuja eficácia, conseqüentemente, se torna mais natural e mais ampla. A respeito das revistas especializadas nos Estados Unidos, observam André e Suzanne Tunc que representam "impressionante fonte de informação, por seu volume", e tocam "verdadeiramente ao interesse comum dos juristas e dos editores, quase ao interesse geral".

Em país como o Brasil, de intensa inflação legislativa, pode-se dizer que tais publicações são de "interesse geral". Cresce, assim, a utilidade da *Revista de Informação Legislativa*, que talvez deva ser mais difundida e conter maior contribuição selecionada

dos trabalhos parlamentares, ampliando seu inestimável serviço à cultura nacional.

### *Política e cultura*

A atividade política, que se desenvolve entre idéias e interesses confluentes e dissonantes, pressupõe, mais que nenhum outro encargo, a informação idônea, factual e técnica, de caráter ordenado. Os estudos pesquisados e meditados são suporte necessário às decisões de sua alçada, e tanto mais indispensável pela repercussão das soluções sobre a sociedade ou larga parte dela. Por isso, também, os órgãos executivos e legislativos devem ser atentos na escolha dos dados informativos, para que não opinem ou decidam baseados em elementos evitados de parcialidade ou de insegurança. No particular, o respeito à liberdade de pesquisa e de pensamento, garantida na Constituição, casa com o interesse institucional de deliberar sem risco de amparo em subsídios imprecisos ou incompletos.

O critério de segurança na obtenção de informações não deve transformar-se, porém, em pretensão de orientar estudos e pesquisas, condicionando a apuração da verdade. Nesse campo, autoridades executivas e legislativas podem e devem exercer severa vigilância na escolha dos subsídios em que assentem suas deliberações, mas não lhes cabe influir no processo de colheita, ordenação e interpretação do material objeto de análise. Esta é tarefa reservada à consciência e à apreciação crítica do estudioso e do pesquisador. Constituições e leis de índole democrática desautorizam ingresso do Poder no que é próprio e exclusivo da técnica e da liberdade de espírito.

O poder político aprecia o produto do estudo e da pesquisa, valoriza-o como elemento para sua decisão, recebendo-o, no entanto, qual foi elaborado. Inferência lógica, igualmente, é que em publicação como a *Revista de Informação Legislativa*, o critério valorizador, por sinal até aqui seguido, está na garantia de isenção com que são acolhidas as colaborações. Assim a política serve à inteligência e se beneficia de suas investigações, sem submetê-la a razões de conveniência.

Não é fácil manter essa relação correta. O poder político, no âmbito administrativo e no de legislar, inclina-se freqüentemente a desprezar os dados racionais por fatores ou objetivos circunstanciais. Crises, calamidades, programas ou leis de emergência, causas diversas, enfim, concorrem para o abandono de fundamentos respeitáveis. Quer se reconheça ao poder político a "dupla função" a que se refere Lapierre, a de "manter o mínimo de ordem" e a de "estimular o máximo de progresso", ou se lhe designem outros misteres específicos do Estado moderno, certo é que o Poder defronta sempre uma obra "à faire et refaire au cours du temps", ainda segundo o mesmo autor, o que implica decisões por vezes inesperadas. Não raro, pretextos substituem razões. Se é legítimo ceder, a espaços, à gravidade de situações excepcionais de interesse público, cumpre ter cuidado para que o efêmero não suprima o duradouro, o transitório não se sobreponha ao permanente.

Sem dúvida, há casos em que o rigor da razão formal deve ceder à realidade invencível: é exigência da vida complexa. Mas o Estado de direito cria mecanismos e fórmulas que, por sua força e extensão, se destinam a regular os fatos da existência associada, mesmo os incomuns, para que não haja necessidade repetida de apelo a exceções perigosas. Ainda quando o Estado não se revestira da armadura robusta de hoje, Rui Barbosa ponderou, com a convicção provinda do estudo e da experiência, que "a política é a arte de gerir o Estado, segundo princípios definidos, regras morais, leis escritas, ou tradições respeitáveis". Logo, as regras permanentes, as medidas consagradas, os costumes que completam as leis, constituem o regime de normalidade, em que a liberdade disciplinada não teme o arbítrio. Na prática desse regime, o indivíduo é livre e o Estado soberano, nos limites da lei.

A Constituição de 1988 estabelece esse regime esclarecido: com a liberdade política,

assegura "a todos o pleno exercício dos direitos culturais" e lhes garante "o acesso às fontes da cultura nacional", a cujas manifestações recomenda "valorização" e "difusão" (art. 215). Examinando o texto, sobretudo em face do enunciado do art. 216, o professor Washington Albino de Souza salienta, com justiça, que "o legislador constituinte brasileiro de 1988 revelou uma visão realmente moderna e atualizada do conceito de "bens culturais"". Compete ao Estado, como à sociedade, dar desenvolvimento adequado a essa forma civilizada de convívio da Política e do Poder com a Cultura.

#### Fontes

ANDRADE, Auro Moura. Novos caminhos, Brasília, *Revista de Informação Legislativa*, a. 1, n. 1, jan./mar. 1964. Apresentação.

BARBOSA, Rui. *Teoria política* (seleção de textos coordenados por Homero Pires), Clássicos Jackson, 1952, v. 36, p. 3.

BARTHÉLEMY, Joseph. *Essai sur le travail parlementaire*, Paris, Lib. Delagrave, 1934, p. 373.

BURDEAU, Georges. *L'État*, Paris, Editions Seuil, 1970, pp. 25 e 77-78.

HERMET, Guy. Ob. cit., pp. 12 e 41-42.

MAYOR, Federico. Prefácio ao livro *Culture et démocratie*, de Guy Hermet, Paris, Albin Michel/Unesco, 1993, p. 111.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Constituição e Direito Cultural, *Rev. Bras. de Estudos Políticos*, Univ. Fed. de M. Gerais, n. 76, jan. 1993, p. 117, cit. p. 126.

TEIXEIRA, Anísio S. A longa revolução do nosso tempo, Brasília, *Revista de Informação Legislativa*, a. 5, n. 18, abr./jun. 1968, pp. 45-62, cit. p. 50.

TUNC, André et TUNC, Suzanne. *Le Droit des États-Unis d'Amérique, sources et techniques*, Paris, Lib. Dalloz, 1955, pp. 140-141.

# Controle externo do Poder Judiciário e controle de qualidade do Judiciário e da magistratura: uma proposta

CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO

## S U M Á R I O

1. Introdução. 2. A crise das instituições brasileiras. 3. O controle externo do Judiciário: exame do tema no âmbito do direito público. 4. O controle externo no sistema parlamentar de governo. 5. O controle na Itália, na Espanha, em Portugal e na França. 6. A impossibilidade do controle externo no sistema presidencial de governo. 7. A doutrina dos freios e contrapesos como forma de controle. 8. Demais mecanismos de controle do Poder Judiciário. 9. O abastardamento da função jurisdicional. 10. O controle de qualidade do Judiciário e da magistratura. 11. O século XXI será o século do Poder Judiciário. 12. O aperfeiçoamento do Poder Judiciário: controle de qualidade e Conselho Nacional da Magistratura. 13. O Conselho Nacional da Magistratura: composição. 14. O Corregedor-Geral ou "investigador da Justiça". 15. Conclusão.

### 1. *Introdução*

Está na moda falar sobre o controle externo do Poder Judiciário. E é interessante anotar que, sempre que o Judiciário profere decisão que desagrade a certos políticos, o tema vem à baila, provocado por esses mesmos políticos. No fundo, o que desejam é mesmo controlar as decisões do Poder Judiciário, o que representaria um retrocesso de mais de cem anos e significaria um retorno à África de Idi Amin Dada. O povo, portanto, que fique atento, porque qualquer retrocesso, qualquer diminuição do Poder Judiciário, atingiria a cidadania, faria menor o indivíduo.

Trago-lhes, por isso mesmo, alguns temas para reflexão em torno do controle externo do Poder Judiciário. Penso que é importante,

Carlos Mário da Silva Velloso é Ministro do Supremo Tribunal Federal e professor titular da UnB.

Texto básico das palestras proferidas no "XIII Congresso Brasileiro de Magistrados", patrocinado pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Magistrados do Espírito Santo, em Vitória, ES, em 10 de setembro de 1993, no "I Encontro de Direito da Universidade Estadual Paulista", em Franca, SP, em 29 de outubro de 1993, e na Escola Judicial da Magistratura Trabalhista, Associação dos Magistrados Trabalhistas da 3ª Região, Amatra, em Belo Horizonte, em 5 de novembro de 1993.

neste momento, refletir sobre o Poder Judiciário. Os povos do Primeiro Mundo, os povos civilizados, na Europa e nos Estados Unidos, estão preocupados com a formação dos seus juízes, com a sua Justiça, com a qualidade do Poder Judiciário. É natural que isto ocorra, porque a maior garantia dos indivíduos está num Judiciário independente e forte. Em 1215, os ingleses pugnaram, no pacto que ficou conhecido como a Magna Carta do Rei João Sem Terra, por tribunais independentes e imparciais. Logo após as primeiras Declarações de Direitos, registrei em palestra que proferi em 1985 – "O Poder Judiciário na Constituição – Uma Proposta de Reforma", em *Temas de Direito Público*, Del Rey Editora, pp. 25 e ss. – os povos perceberam que elas só não são suficientes, sendo necessária a existência de mecanismos que tornem realidade os direitos declarados. Esses mecanismos são as garantias. Os povos perceberam, também, que a garantia maior de direito são as medidas judiciais a serem utilizadas pelas pessoas perante juízes e tribunais independentes e imparciais. Os ingleses e os norte-americanos sempre se preocuparam menos com as Declarações de Direito e mais com as suas garantias e sempre fizeram do Judiciário a maior dessas garantias. Daí a longa tradição de respeito aos direitos individuais, ou de limitação do poder, existente na Inglaterra e nos Estados Unidos. Os Estados Unidos, aliás, têm o Judiciário mais poderoso do mundo.

## 2. A crise das instituições brasileiras

As instituições brasileiras passam por situação de crise, afirma-se, situação de crise que parece ser geral: há crise na educação, no sistema de saúde, na previdência social, na economia. No ano de 1992, houve crise séria no Poder Executivo, mas as instituições, os Poderes Legislativo e Judiciário, e o povo brasileiro, dando mostras de maturidade política, realizaram pela primeira vez, no mundo, o *impeachment* do Presidente da República, pondo fim à crise do Poder Executivo. Pela primeira vez no mundo, vale realçar, o *impeachment* de um Presidente da República chegou ao seu final. Agora, a crise atinge o Poder Legislativo, que está às voltas

com o que a imprensa denomina de o escândalo da "máfia do orçamento", ou o escândalo dos "sete anões", uma complicada história de corrupção, de apropriação de dinheiro público.

Neste quadro de crises, é natural que o Poder Judiciário também tenha a sua crise. E tem. Em conferência que proferi no "XI Congresso Brasileiro de Magistrados", realizado em Santa Catarina, em setembro de 1990, sob o patrocínio da Associação Brasileira de Magistrados, analisei e discuti vários dos problemas do Judiciário brasileiro ("Problemas e Soluções na Prestação da Justiça" em "Temas de Direito Público", cit., pp. 56 e ss.). Felizmente, entretanto, a crise do Poder Judiciário é bem menor do que as crises lidas atrás indicadas. É importante registrar que, diante da situação de crise dos Poderes Executivo e Legislativo, nenhum juiz pediu a instituição de mecanismos de controle do Executivo e do Legislativo, que pudessem redundar em desprestígio dessas instituições. É que nós, juristas, sabemos que a democracia não se realiza com o enfraquecimento das instituições políticas, com o desprestígio do Poder Legislativo. Ruim com o Legislativo, muito pior sem ele. Estamos certos, aliás, de que os Poderes Executivo e Legislativo sairão fortalecidos, pois terão resolvido os seus problemas com os mecanismos postos na Constituição. É assim que deve pensar um povo que deseja viver num Estado de direito, num Estado democrático de direito.

## 3. O controle externo do Judiciário e o exame do tema no âmbito do direito público

Diante dos problemas do Poder Judiciário, problemas que foram criados muito mais pelos que têm a chave do cofre, fala-se, entretanto, em controle externo. O controle externo seria a vara de condão, a varinha mágica que daria solução aos problemas da Justiça brasileira. Alguns chegam a preconizar a existência de um conselho, que efetivaria esse controle externo, integrado por membros dos dois outros Poderes.

Gostaria, então, de suscitar alguns temas para reflexão. Vamos situar a nossa conversa sobretudo no direito público. Infelizmente, a formação do jurista brasileiro é marcada-

mente de direito privado, o que é uma pena. Então, quando surgem questões como a de que estamos tratando, a tendência é visualizar essas questões fora do seu campo, fora do campo do direito público. Quando falamos em controle externo do Poder Judiciário, temos que situar a crítica, a reflexão, no campo do direito público.

Acabei de ler uma notável palestra a respeito do tema, do Deputado Álvaro Vale, que é um cientista político – *O Controle Externo do Poder Judiciário*, proferida no Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, em 23 de agosto de 1993 – em que essa questão foi trazida ao debate e o tema foi discutido sob a ótica do direito público. Nessa linha, o Deputado Álvaro Vale lembrou que, num sistema de governo presidencialista, não é possível um controle externo do Poder Judiciário, controle que, no sistema parlamentarista, torna-se possível.

#### *4. O controle externo no sistema parlamentar de governo*

Na verdade, num sistema parlamentar de governo, é possível o controle externo do Poder Judiciário. É que, no sistema parlamentarista, há o predomínio do parlamento, o governo é do parlamento. Nesse sistema de governo, o Poder Executivo é dualista, dado que o Governo situa-se no Gabinete, liderado pelo primeiro-ministro, que é o chefe do governo. O gabinete, na verdade, não passa de uma comissão do parlamento. O chefe de Estado, que é o Presidente da República, ou o rei, onde a forma de governo é a monarquia, distingue-se do chefe de governo. Por isso, o Executivo é dualista, no parlamentarismo. Neste, dizia eu, o governo é do parlamento, que encarna a nação, representa a vontade popular. Num autêntico sistema parlamentar de governo, não é possível a existência de constituição rígida, dado que o parlamento, já falamos, representa a vontade do titular do poder constituinte. Assim, identificando-se o parlamento com a nação, com a vontade popular, não se justifica a existência nem de constituição escrita. Onde o parlamentarismo é praticado na sua expressão mais pura, a Inglaterra, não há constituição escrita e o parlamento pode tudo.

No parlamentarismo, dizia eu, o parlamento há de estar identificado com a vontade popular. Quando isto não ocorre, ou quando há dúvida de que isto não está ocorrendo, o chefe de Estado, que é neutro, dissolve o parlamento e convoca o titular do poder, que é o povo, a escolher novos representantes.

#### *5. O controle na Itália, na Espanha, em Portugal e na França*

Num sistema de governo assim, onde o parlamento se sobrepõe ao Poder Executivo e até ao Poder Judiciário, pode haver controle externo deste, este costuma ser controlado pelo parlamento. Registre-se que os Estados que adotam controle externo do Judiciário são parlamentaristas. Começo por mencionar a Itália, onde há um Conselho Superior da Magistratura, presidido pelo Presidente da República, assim pelo Chefe de Estado, Conselho esse que faz o controle do Judiciário. Esse Conselho Superior da Magistratura, na Itália, presidido pelo Presidente da República, compõe-se de membros eleitos pelo Parlamento e pela Magistratura, e tem poderes disciplinares sobre os juízes. São trinta e três os membros do Conselho, contando-se o Presidente, assim distribuídos: vinte magistrados escolhidos pela magistratura; dez juristas escolhidos pelo Parlamento; o Ministro da Justiça e o Procurador-Geral da República.

Na Espanha, há um Conselho Geral do Poder Judiciário, composto de vinte e um membros: doze juízes escolhidos pelo Parlamento, oito juristas escolhidos pelo Parlamento e mais o Presidente do Conselho, que é escolhido pelo primeiro-ministro e nomeado pelo Rei, que é o Chefe de Estado. Os membros do Conselho têm mandato de cinco anos.

Em Portugal também há um Conselho Superior da Magistratura, com dezessete membros: o Presidente do Conselho é o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça; dois juristas são escolhidos pelo Presidente da República, sendo um deles magistrado; sete juristas são eleitos pela Assembléia da República; sete juízes são eleitos pelos seus pares.

Na França há um Conselho Superior da Magistratura, presidido pelo Presidente da República. O Ministro da justiça será o seu vice-presidente. O Conselho se compõe de mais nove membros designados pelo Presidente da República. Quando funcionar como conselho de disciplina dos magistrados, será presidido pelo Primeiro-Presidente da Corte de Cassação. Conforme vêem, o Conselho Superior da Magistratura, na França, recebe grande influência do Presidente da República. O Presidente da República, aliás, na França, está no art. 64 da Constituição, é quem garante a independência da autoridade judicial. O Judiciário, na França, não é um poder. O Judiciário, na França, é uma autoridade judicial, nada mais. A Constituição francesa de 1958 recebeu grande influência de seu criador, o General Charles de Gaulle, um homem de personalidade fortíssima. Enquanto a França esteve ocupada, manteve o General De Gaulle, em Londres, o governo da Resistência Francesa. Chefe da Resistência, tinha assento à mesa com Churchill, com Roosevelt, com Stalin. De modo que a Constituição que teve a sua inspiração haveria de refletir a sua forte personalidade. Ele reservou para o Presidente da República, para ele próprio, poderes amplos: o Presidente da República é o árbitro do funcionamento regular dos poderes públicos, o árbitro da política. Tem-se, ali, portanto, um sistema semiparlamentar de governo, onde predomina a vontade do Presidente da República. Num sistema assim, é natural que, também no âmbito do Judiciário, haja o predomínio do Presidente da República, que, além de escolher os nove membros do Conselho Superior da Magistratura, o preside, tendo como vice o Ministro da Justiça.

Os dados de que falamos, a respeito de Estados que contam com controle externo da magistratura, são importantes, porque, comumente, ouvimos, principalmente de leigos – não deixa de existir, entretanto, advogados distraídos que fazem coro com os leigos – que países do Primeiro Mundo contam com controle externo e que, por isso, esse controle é bom. Esquecem-se, todavia, de que o sistema de governo adotado nesses Estados é o parlamentarista. Não sabem, também, que

em tais países o Judiciário não chega a ser um poder político.

#### 6. A impossibilidade do controle externo no sistema presidencial de governo

No sistema presidencial de governo as coisas ocorrem diferentemente, certo que o sistema presidencial de governo foi consagrado nas urnas, pelo povo, no plebiscito de abril próximo passado. No sistema presidencial de governo, a separação dos poderes dá-se com nitidez. A Constituição brasileira estabelece que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (CF, art. 2.º). A separação dos poderes é característica do sistema presidencial de governo: os Poderes exercem as suas atribuições com independência e sem subordinação nenhuma, não havendo o predomínio de um Poder sobre o outro. A separação dos Poderes, aliás, como garantia do sistema presidencial de governo, constitui limitação material ao poder constituinte derivado ou de revisão, assim cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4.º, inciso III).

No presidencialismo, o Poder Executivo se diz monocrático, no sentido de que se concentram no Presidente da República as funções de Chefe de Estado e de Chefe de Governo. O presidencialismo surgiu com a Constituição americana de 1787. Na Convenção de Filadélfia, os pais fundadores tinham em mãos o *Bill of Rights* de 1689, que surgiu no bojo da "Gloriosa Revolução". Com o *Bill of Rights*, os ingleses fizeram, em termos empíricos, o que cem anos depois Montesquieu teorizou no *Espírito das Leis*, livro que, registra Afonso Arinos de Melo Franco, é o "mais célebre de todo o século XVIII, o estudo histórico-jurídico de maior repercussão política que a humanidade conheceu antes do *Capital*, de Marx, cujo dinamismo ideológico superou incontestavelmente a *Política*, de Aristóteles, a *República*, de Platão, *O Príncipe*, de Maquiavel, ou o *Governo Civil*, de Locke" (Afonso Arinos de Melo Franco, *O Som do Outro Sino* – um *Breviário Liberal*, Rio, Civilização Brasileira, e UnB, 1978, p. 200). Com o *Bill of Rights*, os ingleses estabeleceram, em termos empíricos, a separação das funções do Esta-

do: enquanto o monarca governava, o parlamento legislava e os juízes, com independência em relação ao monarca e ao parlamento, aplicariam contenciosamente a lei a casos particulares. Os convencionais de Filadélfia tinham em mãos o *Bill of Rights*: constituiriam um parlamento, instituiriam um poder judiciário e porque não tinham um rei, porque queriam uma república, o chefe do Poder Executivo seria um Presidente que o povo elegeria. Surgiu, então, o sistema presidencial de governo, em que as funções estatais – legislativa, administrativa e jurisdicional – seriam exercidas por órgãos distintos e independentes, mas harmônicos entre si. Essa harmonia é conseguida na medida em que se pratica a doutrina que os norte-americanos denominam de *checks and balances*, freios e contrapesos. Essa doutrina, que institui uma certa colaboração entre os poderes, e da qual resulta uma fiscalização mútua, para o fim de realizar justamente aquilo que Montesquieu propugnava: a limitação do poder pelo poder. No *O Espírito das Leis*, teorizando a respeito da separação dos poderes, e trabalhando sobre o *Bill of Rights*, que denominou de Constituição da Inglaterra, escreveu Montesquieu que "em todo o Estado há três espécies de poderes, o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o Poder Executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia e recebe embaixadas, estabelece a ordem, prevê as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes e julga os dissídios (...) Chama-se a última o poder de julgar e a outra simplesmente o Poder Executivo do Estado" (*O Espírito das Leis*, livro 11, cap. 6, Ed. UnB, p. 187). Antes, entretanto, escrevera:

"A liberdade política somente existe nos governos moderados. Mas nem sempre ela existe nos governos moderados. Só existe quando não se abusa do poder, mas é uma experiência eterna que todo homem que detém o poder é levado a dele abusar: e vai até onde encontra limites. Quem o diria? A pró-

pria virtude precisa de limites. Para que não se abuse do poder é necessário que pela disposição das coisas o poder limite o poder" (Ob. cit., cap. 4, p. 186).

### 7. Os freios e contrapesos como forma de controle

A Constituição brasileira consagra a doutrina dos freios e contrapesos, que pode ser assim visualizada, de forma sintética e exemplificativa: A) Legislativo sobre o Executivo, ou a fiscalização daquele sobre este, dá-se, por exemplo, pela rejeição do veto (CF, art. 66 e parágrafos); pela aprovação, pelo Legislativo, de nomes para determinados cargos (CF, art. 52, III e IV); pela aprovação de Tratados (CF, art. 49, I); pela sustação de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (CF, art. 49, V); pela fiscalização dos atos do Poder Executivo mediante Comissões Parlamentares de Inquérito (CF, art. 58); pelo controle orçamentário (CF, art. 70); pelo *impeachment*, que muitos julgavam ser "peça de museu" e que, entretanto, teve boa prática no Brasil, em 1992. O *impeachment* está tratado nos artigos 51, I, 52, I e parágrafo único, 85 e 86 da Constituição. B) Executivo sobre o Legislativo: o Presidente da República pode vetar projetos de leis (CF, art. 66, § 1.º); nas técnicas de delegação legislativa, mediante a iniciativa legislativa, em certos casos exclusiva (CF, arts. 61, § 1.º, e 63); na elaboração de leis delegadas (CF, art. 68); na expedição de medidas provisórias (CF, art. 62). C) Legislativo sobre o Poder Judiciário: o Legislativo elabora as leis de que necessita o Poder Judiciário (CF, art. 48); o Poder Legislativo cria os cargos do Poder Judiciário (CF, art. 48, X); a organização judiciária é votada pelo Legislativo (CF, art. 48, IX); o Legislativo vota o orçamento do Poder Judiciário e fiscaliza a execução orçamentária (CF, arts. 48, II; e 70). O Poder Judiciário tem, hoje, por força da Constituição, autonomia financeira. Vale dizer, apresenta a sua proposta orçamentária, mas cabe ao Poder Legislativo a elaboração do orçamento. O Legislativo aprova os nomes de magistrados do Supre-

mo Tribunal e dos Tribunais Superiores (CF, arts. 52, III, *a*, e 101, par. único; art. 104, par. único; art. 111, § 1.º; art. 123). Convém registrar que os ministros do Supremo Tribunal são aprovados pelo voto da maioria absoluta do Senado Federal (CF, art. 101, par. único); pelo julgamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade. Isto quer dizer que os Ministros do Supremo Tribunal estão sujeitos a *impeachment* perante o Legislativo, mais precisamente perante o Senado Federal (CF, art. 52, II). D) Poder Executivo sobre o Poder Judiciário: o Presidente da República nomeia os Ministros do Supremo Tribunal, dos Tribunais Superiores e de Tribunais Regionais (CF, arts. 101; 104, par. único; 107; 111, § 1.º; 115; 119, II; 120, § 1.º, III; e 123); pela concessão de indulto e pela comutação de penas (CF, art. 84, XII). E) Poder Judiciário sobre os Poderes Executivo e Legislativo: no controle da administração e no controle da constitucionalidade das leis. É efetivando esses controles, que o Poder Judiciário se afirma como poder político.

Nessa interação de funções, nessa colaboração de poderes, que resulta numa fiscalização mútua, realiza-se a doutrina dos *checks and balances*, ou dos freios e contrapesos, tornando harmônicos os Poderes.

A doutrina dos freios e contrapesos realiza, outrossim, o controle do Poder Judiciário, como é fácil verificar, sem violar as garantias que a Constituição concede a esse Poder. Hoje, aliás, no mundo inteiro — quando falo no mundo inteiro, refiro-me ao mundo civilizado — os povos se preocupam — retorno às minhas palavras iniciais — com as garantias do Poder Judiciário, com a independência do Poder Judiciário, porque os povos perceberam que a garantia das garantias é mesmo a prestação jurisdicional, a possibilidade que o indivíduo tem de se dirigir, desde que violado um direito seu, a um tribunal independente e imparcial. Na Magna Carta do Rei João Sem Terra isto foi escrito. Os ingleses, no seu pragmatismo, pugnaram por isso na Magna Carta de 1215: todo aquele que tivesse atingida a sua fazenda ou a sua liberdade poderia reclamar a um juiz independente e imparcial.

É conhecida a atitude adotada por Mangabeira, quando recebeu a intimação do Tribunal de Segurança Nacional, ao Tribunal respondendo que não se defenderia perante juízes que não tinham garantias de independência.

#### 8. *Demais mecanismos de controle*

Falamos que a doutrina dos freios e contrapesos é um mecanismo de controle do Poder Judiciário. Há, ao lado dos *checks and balances*, outros mecanismos de controle do Poder Judiciário. É falsa, portanto, a afirmativa no sentido de que o Poder Judiciário é um Poder sem controle. O eminente Desembargador Antônio Carlos Amorim, Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tem escrito, proficientemente, a respeito do tema, demonstrando a existência desse controle. Da mesma forma, o eminente Senador Josaphat Marinho, que é dos melhores juristas deste País. Vejamos os inúmeros mecanismos de controle do Poder Judiciário: 1) os juízes ingressam na carreira após aprovação em concurso público de provas e títulos, concurso que conta com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil (CF, art. 93, I); 2) todos os julgamentos são públicos e fundamentadas todas as decisões (CF, art. 93, IX); 3) as decisões administrativas dos Tribunais são motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros (CF, art. 93, X). Uma palavra a respeito disso. Estive na Suprema Corte americana. Constatei que esse notável Tribunal decide, sobretudo, em reuniões reservadas. O Tribunal Constitucional da Espanha decide, preliminarmente, em reunião reservada, mediante comissão de membros do Tribunal. E assim ocorre em diversos outros países. No Brasil, entretanto, todos os julgamentos são públicos, todas as decisões serão fundamentadas; 4) os tribunais, no Brasil, são integrados por juízes de carreira e por juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público. O art. 94 da Constituição consagra o "quinto" constitucional, certo que os juízes do "quinto" são escolhidos, preliminarmente, pelos seus órgãos de classe, em listas sextuplas. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de um terço de juízes oriundos da ad-

vocacia e do Ministério Público; 5) os orçamentos do Poder Judiciário são estipulados em conjunto com os demais Poderes (CF, art. 99, § 1.º) e votados pelo Poder Legislativo; 6) a fiscalização externa da gestão orçamentária do Poder Judiciário é realizada pelos Tribunais de Contas, que são órgãos auxiliares do Poder Legislativo (CF, arts. 70 e ss.); 7) os membros do Supremo Tribunal, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais Regionais são nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação dos indicados para o STF e Tribunais Superiores pelo Senado Federal; 8) os Ministros do Supremo Tribunal Federal estão sujeitos a *impeachment* perante o Senado Federal; 9) a regra é o duplo grau de jurisdição. Por isso, são assegurados recursos, vale dizer, as decisões estão sujeitas a recursos, recursos que estão previstos na Constituição e nas leis processuais.

Não há dúvida, portanto, de que o Poder Judiciário é um Poder sob intenso controle. Todavia, esse controle a que o Poder Judiciário está sujeito, por força da Constituição, não atenta contra a independência e a imparcialidade dos juízes, não atenta contra a separação dos Poderes, que é garantia do sistema presidencial de governo. É fácil verificar que aqueles que afirmam que o Poder Judiciário é um Poder sem controle, o fazem por ignorância ou por má-fé.

### 9. O abastardamento da função jurisdicional

Há um controle que os juízes brasileiros não admitem e com o qual o Supremo Tribunal Federal, como cúpula do Judiciário, não concorda, que é aquele que abastarda a função jurisdicional, que atenta contra a separação dos Poderes, que é esse controle externo que certas vozes propagam e que, conforme bem disse o professor Geraldo Facó Vidigal, da USP, em artigo publicado na *Folha de São Paulo*, não passa de "uma idéia-travesti, engana quem a olhe, mas, despida, é o que é. Hitler e Goebbels invejariam esta mentira que, se convenientemente repetida, se tornará o princípio do fim das liberdades públicas e das garantias individuais", porque é ela "a espada de Dâmocles" que o penúltimo bastião da sociedade ergue sobre o último, que é, no Brasil, de longe, o melhor dos três po-

deres. A ameaça representará, na verdade, caso o Judiciário termine por ser dobrado, o enterro definitivo do Estado democrático de direito no Brasil" (Geraldo Facó Vidigal, "Controle do Poder Judiciário, Idéia Nazista", *Folha de São Paulo*, 25 abr. 1993).

Jamais concordei e continuo não concordando com a idéia infeliz de submeter o Poder Judiciário a controle externo, que seria exercido por pessoas estranhas ao Judiciário e cuja verdadeira finalidade é manietar os juízes.

### 10. O controle de qualidade do Judiciário e da magistratura

O fato de não concordar com o "controle externo do Judiciário", não quer dizer que não reclame eu a instituição de um Conselho Nacional da Magistratura que realizaria um controle de qualidade do Judiciário e dos juízes. Primeiro que tudo, não podemos ignorar que há problemas no Judiciário que precisam ser corrigidos. Reporto-me, novamente, à palestra que proferi em setembro de 1990, em Santa Catarina, no "XI Congresso Brasileiro de Magistrados", na qual analisei e discuti alguns desses problemas. É preciso, na verdade, que o Poder Judiciário efetive o seu controle de qualidade, controle de qualidade da Justiça e dos juízes.

### 11. O século XXI será o século do Poder Judiciário

Ouvi magnífico discurso, em São Paulo, do Presidente do Tribunal Federal da 3.ª Região, Juiz Américo Lacombe. O Juiz Lacombe, que é, também, notável professor de Direito, fez uma afirmativa muito interessante no seu discurso. Disse ele que o século XVIII e o século XIX foram os séculos do Poder Legislativo. O século XX foi o século do Poder Executivo, mas o século XXI será o século do Poder Judiciário.

Refleti sobre o tema. A reflexão me fez concordar com Lacombe. Dou-lhes as razões do meu convencimento. Em primeiro, porque as constituições deste final de século conferem um novo sentido à cidadania. As novas constituições querem fazer do povo o grande fiscal do poder político, despertando e convocando as pessoas para o exercício da

cidadania consciente, cidadania no seu sentido mais amplo. Essa fiscalização do poder político se faz e se fará mediante a atuação do Poder Judiciário.

Situemo-nos no Brasil. A Constituição de 1988, a mais democrática das constituições que tivemos, fortaleceu essa fiscalização, ao ampliar o campo de proteção, por exemplo, da ação popular, que protege, agora, também, a moralidade administrativa (CF, art. 5.º, LXXIII). A Constituição de 1988, aliás, fez da moralidade administrativa princípio constitucional, ao lado da legalidade, da impessoalidade e da publicidade, estabelecendo, expressamente, a sujeição da administração pública a esses princípios (CF, art. 37).

Hoje, na Europa, e também entre nós, há correntes doutrinárias de direito administrativo que inovam no tema do controle da administração pública pelo Poder Judiciário. Assim as posições doutrinárias de Eduardo Garcia de Enterría, na Espanha, de Afonso Queiró, em Portugal, de Guido Falzone, na Itália, de Agustin Gordillo, na Argentina, de Celso Antônio Bandeira de Mello, no Brasil. Num Estado de direito tudo se faz de conformidade com a lei, vale dizer, a Administração age dando execução à lei, observando rigorosamente a lei. Em certos casos, a lei estabelece o único comportamento a ser adotado pelo administrador perante casos concretos. Noutras palavras, casos há em que o legislador preestabelece a situação de fato e o modo de agir do administrador diante de tal situação. Tem-se, em caso assim, vinculação, ou o ato a ser praticado pelo administrador é um ato vinculado. Noutros casos, entretanto, o legislador permite ao administrador, diante de certas situações fáticas, determinada margem de liberdade no praticar ou não praticar o ato, ou concede-lhe competência para escolher o momento de praticar o ato, ou defere-lhe opção quanto à forma do ato, ou autoriza o administrador a decidir sobre a providência a ser adotada entre alternativas que lhe são oferecidas. Nestas hipóteses, estamos diante da discricionariedade administrativa, que Celso Antônio Bandeira de Mello resume da seguinte forma: "Nestes casos, diz-se que há discricionariedade, porque cabe interferência de um juízo subjetivo do

administrador no que atina, isolada ou cumulativamente: a) à determinação ou reconhecimento – dentro de certos limites mais além referidos – da situação fática ou b) no que concerne a não agir ou agir ou c) no que atina à escolha da ocasião azada para fazê-lo ou d) no que diz com a forma jurídica através da qual veiculará o ato ou e) no que respeita à eleição da medida considerada idônea perante aquela situação fática, para satisfazer a finalidade legal" (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, São Paulo, Malheiros Ed., 1992, p.17).

Posta assim a questão, indaga-se: quando a lei concede ao administrador a faculdade de decidir com discricionariedade, ela o faz com que sentido? Ela estaria, ao conceder discricionariedade ao administrador, permitindo que este deixe de adotar comportamento que satisfaça a sua exata finalidade? Responde Celso Antônio que, bem ao contrário, a discricção é a "prova de que a lei sempre impõe o comportamento ótimo". É que, "quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal" (ob. cit., p. 32). Ora, se o legislador quer que o administrador, diante das circunstâncias fáticas, adote a melhor solução, "se o comando da norma sempre propõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, nos casos de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente, aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei" (Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., p. 33).

Então, a obrigação que a lei impõe ao administrador de tomar a melhor das decisões, para o fim de atender à finalidade posta na lei, não é apenas uma obrigação política, mas é, também, uma obrigação jurídica, mesmo porque, na lição de Guido Falzone, há um dever jurídico de boa administração e não apenas um dever moral, "porque a norma só quer a solução excelente". E se não for adotada a solução querida pela lei, que é

a solução excelente, "haverá pura e simplesmente violação da norma de direito, o que enseja correção jurisdicional, dado que terá havido vício de legitimidade" (Guido Falzone, *Il Dovere di Buona Amministrazione*", A. Giuffrè Editore, 1953, pp. 87 e ss., apud Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., pp. 36/37).

Repito: se a lei quer que o administrador tome a solução melhor para o fim de satisfazer a sua finalidade, vale dizer, a finalidade inscrita na lei, tem-se uma obrigação jurídica, por isso mesmo sujeita ao controle judicial. A doutrina é, na verdade, inovadora, inovadora e benfazeja. Ela altera conceitos, deixa longe o conceito clássico de mérito administrativo, aparta-se da afirmativa no sentido de que os motivos de oportunidade e de conveniência administrativa, utilizados pelo administrador, na prática do ato discricionário, são intangíveis ao controle judicial. Ora, diante de uma tal doutrina, o juiz passa a ter uma atuação política – claro que quando falo em política, refiro-me à política em seu exato sentido, no seu sentido grego, não, evidentemente, à política partidária, que esse tipo de política nós, juizes, não praticamos e a queremos distante dos Tribunais –, atuação política que confere preeminência à função jurisdicional. Essa doutrina de direito administrativo toma corpo, é objeto de considerações dos publicistas, constitui a tônica do moderno direito público. Ela contribuirá, sobremaneira, ao que penso, para fazer do Poder Judiciário o Poder do século XXI.

Retorno às considerações a respeito da moralidade administrativa. O que se percebe é que os povos, quanto mais tomam consciência de sua cidadania, mais desejam que os atos dos governantes sejam marcados pela moralidade. Há como que uma fome de moralidade. Isto é muito bom. É claro que a moralidade administrativa, a moralidade jurídica, distingue-se da moralidade comum. Elas, entretanto, a moralidade jurídica e a moralidade comum, se entrelaçam nos seus objetivos. O que parece certo é que, erigida a moralidade administrativa em princípio constitucional, muita vez o juiz terá que decidir a respeito de um ato administrativo formalmente perfeito, mas que é atentatório à

moralidade administrativa. O Judiciário, por isso mesmo, deverá anulá-lo.

Na medida em que as pessoas, no exercício de sua cidadania, fiscalizando o poder público, exigem efetiva atuação do Judiciário, para o fim de restaurar a moralidade administrativa, e na medida em que o Judiciário preste, a tempo e modo, a tutela jurisdicional, estará se fortalecendo.

E mais: a jurisdição constitucional das liberdades, de que nos fala o príncipe dos processualistas, Mauro Cappelletti, e que se efetiva mediante a utilização dos remédios constitucionais, ou das ações constitucionais, tem sido fortalecida e viu-se fortalecida, por exemplo, no Brasil, com a Constituição de 1988, que instituiu novos remédios constitucionais, o mandado de segurança coletivo, a proteger interesses coletivos e difusos, o mandado de injunção, o *habeas data*, que fez a ação popular proteger, também, a moralidade administrativa. O reconhecimento, pela Constituição, da legitimação coletiva, o prestígio concedido à ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, reforça, sobremaneira, a jurisdição das liberdades, faz crescer de importância a função jurisdicional.

Tudo isto, meus senhores, leva-me a concordar com o Juiz Américo Lacombe, tudo isto concede relevância ao Poder Judiciário e fará dele o Poder do século XXI.

## 12. *O aperfeiçoamento do Poder Judiciário: controle de qualidade e o Conselho Nacional da Magistratura*

Penso, por isso mesmo, que é dever dos juizes, que é dever dos juristas, propugnar por um Judiciário melhor, cujos problemas sejam atacados de frente, por um Judiciário transparente, sem as mazelas que causam desgostos aos magistrados e aos advogados e afligem o jurisdicionado, que não recebe, a tempo e modo, a prestação jurisdicional, mazelas que mancham e desacreditam a função jurisdicional. Por isso, tenho proposto e tenho propugnado por um controle de qualidade do Judiciário e da magistratura.

Para que se efetive esse controle – controle que o próprio Judiciário realizará –, pro-

ponho a criação de um Conselho Nacional da Magistratura, que seria instituído junto ao Supremo Tribunal Federal e que teria as atribuições principais de fiscalizar o andamento dos serviços judiciários, tornar efetiva a pronta prestação jurisdicional, mediante a investigação e o exame das causas de emperramento da máquina judiciária, formulando proposta de soluções, punindo, se for o caso, o juiz ou o servidor que não seja laborioso, afastando e punindo os juízes e servidores desonestos ou que não tenham vocação para o cargo. Se numa determinada comarca os processos se avolumam, a prestação jurisdicional se torna lenta demais, o Conselho investigará as causas disso e verificará o que é necessário ser mudado, ser alterado, inclusive no que toca às leis processuais, para que o processo se torne mais ágil e seja menos objeto da "chicana" judiciária. O Conselho terá como atribuição, ademais, velar pelo exato comportamento dos juízes, porque a sociedade deseja que os magistrados sejam exemplares na sua conduta. O Conselho recomendaria, sempre que necessário, a instauração de procedimentos disciplinares contra servidores e magistrados, com recurso para o próprio Conselho, que poderia formalizar atos de exoneração, disponibilidade e aposentadoria de servidores e magistrados faltosos. E mais: o Conselho teria competência para expedir decisões normativas a respeito de questões administrativas, como, por exemplo, aquelas que dizem respeito a vencimentos e vantagens de juízes e servidores. Quantas vezes o Supremo Tribunal Federal se vê diante de situações curiosas: há decisões de Tribunais em torno de vencimentos e vantagens, divergentes de decisões de outros Tribunais, o que reduz a em desprestígio para o Poder Judiciário.

Este meu pensamento foi exposto, pela primeira vez, na conferência que proferi, em maio de 1985, na Escola Superior da Magistratura gaúcha, num simpósio promovido pela Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – Ajuris. A palestra, que se subordinou ao título – "O Poder Judiciário na Constituição – Uma Proposta de Reforma" – está no meu livro, *Temas de Direito Público*, Del Rey Editora, pp. 23 e ss.. Posteriormente, em

palestra que proferi no "XI Congresso Brasileiro de Magistrados", realizado em Santa Catarina, de 13 a 15 de setembro de 1990, sob o patrocínio da Associação dos Magistrados Brasileiros, voltei ao tema. De lá para cá tenho trabalhado a idéia, tenho tentado aperfeiçoá-la.

### 13. O Conselho Nacional da Magistratura: composição

O Conselho Nacional da Magistratura, instituído junto ao Supremo Tribunal Federal, cujas decisões poderiam ser revistas por este, em mandado de segurança originário, por exemplo, seria integrado por quatro Ministros do STF, por quatro Ministros que representariam os quatro Tribunais Superiores – STJ, TSE, STM e TST – por três Desembargadores que representariam os Tribunais dos Estados-Membros, escolhidos pelo Colégio de Presidentes dos Tribunais de Justiça, por um Juiz representante dos Tribunais Regionais Federais e um Juiz representante dos Tribunais Regionais do Trabalho. E aqui estou diante de uma questão que, geralmente, os meus colegas magistrados costumam divergir de mim. É que penso que o Conselho Nacional da Magistratura pode e deve ser integrado, também, por representante do Conselho Federal da OAB, indicado, por este, ao Supremo Tribunal Federal, em lista tríplice, cabendo ao Supremo Tribunal Federal a designação. E, junto ao Conselho, oficiará o Procurador-Geral da República. Os grandes problemas do Poder Judiciário seriam levados ao Conselho, principalmente, pelo representante da OAB, porque os advogados é que podem sentir e perceber mais nitidamente esses problemas. Assim, o representante da OAB seria – utilizo-me de imagem formulada por um eminente colega, em conversa informal – o homem que apagaria o estopim, porque este homem, repito, transmitiria ao Conselho os problemas da Justiça e ajudaria, com a sua experiência, a eliminar esses problemas.

Não considero nem o advogado nem o representante do Ministério Público elementos estranhos ao Poder Judiciário. É que o Ministério Público é considerado, pela Constituição, instituição essencial à função jurisdic-

cional (CF, art. 127), enquanto que o advogado, segundo dispõe o art. 133 da Constituição, é indispensável à administração da Justiça. Nenhum Tribunal funciona e nenhum juiz decide sem a participação do advogado. Juízes, advogados e membros do Ministério Público estamos todos empenhados no distribuir justiça, integramos uma mesma instituição, fazemos parte de uma mesma família. Creio, por isso mesmo, que estaria justificada a participação, no Conselho, do advogado e do promotor, aquele como membro do Conselho, o Ministério Público, pelo seu chefe, o Procurador-Geral, nele oficiando, exercendo a função de fiscal da lei.

O Conselho Nacional da Magistratura poderia sugerir um conjunto de leis, quer no campo processual, quer na área administrativa, para o fim de tornar mais ágil o processo, banindo a burocracia cartorária, conforme já foi dito, racionalizando os serviços dos cartórios e das secretarias, eliminando práticas administrativas viciosas, como, por exemplo, o nepotismo, mediante a proibição de nomeação, para cargos em comissão, de parentes de magistrados e de servidores. Isto seria fácil. Bastaria que uma lei estabelecesse a aplicação obrigatória, em todos os Tribunais, das normas regimentais, que dizem respeito a servidores, vigentes no Supremo Tribunal Federal. É que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal estabelece, expressamente, que, "salvo se funcionário efetivo do Tribunal, não poderá ser nomeado para cargo em comissão, ou designado para função gratificada, cônjuge ou parente (arts. 330 a 336 do Código Civil), em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, de qualquer dos Ministros em atividade." Eu acrescentaria: "de qualquer dos Ministros ou servidor da Casa em atividade".

#### 14. *O Corregedor-Geral ou o "investigador da Justiça"*

E mais: o Conselho Nacional da Magistratura teria um Corregedor-Geral, que seria o "investigador da Justiça". O Corregedor-Geral seria um Ministro do Supremo Tribunal Federal, que, enquanto Corregedor, não teria funções judicantes no Tribunal, porque

ficaria, em tempo integral, por conta do Conselho. Para que isto se efetive, seria criado mais um cargo de Ministro do Supremo Tribunal, com a finalidade de exercer as funções de Corregedor, sem funções judicantes. O Corregedor exerceria as funções por um espaço de tempo determinado, três anos, por exemplo, e seria eleito pelo Supremo Tribunal Federal no momento em que o Tribunal escolhesse os seus representantes no Conselho Superior da Magistratura. O Corregedor, nas correções e nas investigações que realizasse, poderia requisitar juízes de quaisquer órgãos do Poder Judiciário, para auxiliá-lo, podendo aos juízes delegar atribuições. Assim, por exemplo, diante de denúncias ou representações contra órgãos jurisdicionais de certa região do País, requisitaria o Corregedor juízes de órgãos jurisdicionais de outras regiões, que o auxiliariam nas investigações. O Corregedor-Geral seria o órgão executivo do Conselho.

O Conselho Superior da Magistratura, assim composto, poderia, respeitando a independência da magistratura, efetivar aquilo que chamo de controle de qualidade do Poder Judiciário, controle de qualidade da magistratura. Com isto, teríamos contribuído para tornar verdade a afirmativa de que o século XXI será o século do Poder Judiciário.

No Supremo Tribunal Federal, quando da elaboração do projeto de lei complementar que dispõe sobre o Estatuto da Magistratura Nacional, nos termos do artigo 93 da Constituição, a questão foi posta em mesa. O Supremo Tribunal propôs, então, a criação do Conselho Nacional de Administração da Justiça, com a seguinte composição:

I - o Presidente e o Vice-Presidente do STF;

II - três outros Ministros do STF, com mandato de dois anos, admitida a recondução por um período;

III - os Presidentes dos quatro Tribunais Superiores;

IV - dois Presidentes dos Tribunais de Justiça, escolhidos, com os respectivos suplentes, pelos Presidentes desses Tribunais, na forma do Regimento Interno do Conselho. (Projeto, art. 81.)

Tanto na composição como nas atribuições do Conselho, a nossa proposta difere da proposta do Supremo Tribunal Federal. Elas encontram convergência, entretanto, nos seus objetivos fundamentais.

De uma feita, falando assim numa reunião como esta, alguém, durante os debates, indagou se eu não estaria a propugnar por uma ditadura dos juízes, por uma ditadura do Poder Judiciário. Respondi, então, ao meu interlocutor, com as palavras do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que, escrevendo sobre o tema, disse que "temer a ditadura do Judiciário seria o mesmo que temer o seqüestro de pessoas por navés interplanetárias ao invés de temer os assaltantes que invadem as ruas. Temer a ditadura judicial seria o mesmo que temer hipóteses de ficção científica em lugar de fatos concretos".

### 15. Conclusão

Concluindo, podemos afirmar que o controle externo do Judiciário não seria compatível com o sistema presidencial de governo, em que há nítida separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ademais, o controle externo atentaria contra garantias de independência e de imparcialidade do Poder Judiciário, causando danos à cidadania, assim aos jurisdicionados. De outro lado, a doutrina dos freios e contrapesos, própria do sistema presidencial de governo, e mais os mecanismos de fiscalização hoje existentes – o ingresso na carreira mediante concurso público, com a participação da OAB, a publicidade dos julgamentos e a obrigatoriedade de as decisões serem fundamentadas, a existência do "quinto" constitucional, com a participação, nos Tribunais, de juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público, a estipulação dos orçamentos em conjunto com os demais Poderes, a fiscalização externa da gestão orçamentária pelos Tribunais de Contas, a nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais Regionais pelo Chefe do Poder Executivo, depois de aprovada a escolha, pelo

Senado Federal, dos indicados para o STF e para os Tribunais Superiores, o *impeachment* dos Ministros do Supremo Tribunal, pelo Senado, o amplo sistema de recursos previsto na Constituição e nas leis processuais, e a possibilidade de fiscalização da gestão patrimonial, orçamentária e administrativa pelos cidadãos, por entidades representativas da sociedade e pelo Ministério Público, mediante a propositura, por exemplo, de ações populares, ações civis públicas e ações diretas de inconstitucionalidade – demonstram que o Judiciário não é um Poder sem controle. A nocividade do controle externo e a sua absoluta desnecessidade não afasta, entretanto, a possibilidade da implantação de um controle de qualidade do Judiciário e da Magistratura, que seria exercido por um Conselho Superior instalado junto ao Supremo Tribunal Federal e integrado por quatro Ministros do Supremo Tribunal, por quatro representantes dos quatro Tribunais Superiores, STJ, TSE, STM e TST, por três desembargadores, por um Juiz representante dos Tribunais Regionais e Federais e um Juiz representante dos Tribunais Regionais do Trabalho, mais um advogado, indicado, em lista tríplice, pelo Conselho Federal da OAB e designado pelo Supremo Tribunal Federal, oficiando, perante o Conselho, o Procurador-Geral da República. O Conselho teria, dentre outras atribuições, a coordenação superior da Justiça brasileira, fiscalizaria o andamento dos serviços judiciários, propondo ao Congresso projetos de leis que tornassem mais ágil a prestação jurisdicional e que eliminassem práticas administrativas viciosas e velaria pelo exato comportamento de juízes e servidores da Justiça. O Conselho teria um Corregedor-Geral da Justiça, que seria o "investigador da Justiça", podendo requisitar juízes que o auxiliariam nas correções e investigações. O Corregedor-Geral seria o órgão executivo do Conselho Nacional da Magistratura.

Meus senhores: convoco-os a meditar e a refletir, sem preconceitos, sobre esses temas.

# Transição política na América Latina: de regimes autoritários a democracias ainda não consolidadas

ANDRÉ FRANCO MONTORO

## S U M Á R I O

1. Cinco pontos de referência. 2. Tradição autoritária. 3. Tendência para a democracia. 4. Democracias ainda não consolidadas. 5. Do presidencialismo ao parlamentarismo. 6. Integração latino-americana. 7. Exigência ética na vida pública. 8. Democracia participativa, social e pluralista. 9. O caminho da solidariedade. 10. Indicações bibliográficas.

### 1. *Cinco pontos de referência*

A história não está feita. Ela está sendo feita. Nesse processo dinâmico, a transição política da América Latina apresenta, hoje, perspectivas de profundas mudanças.

Numa tentativa de simplificação, podemos sintetizar em cinco pontos a realidade e as tendências atuais dos regimes políticos e da vida pública na América Latina:

1. o processo político latino-americano tem sido tradicionalmente autoritário e centralizador;

2. a essa tradição foram sempre contrapostas resistências e experiências de sentido democrático nos diversos países da região;

3. hoje, a tendência predominante é a transição para regimes democráticos e de descentralização, com progressiva participação da sociedade;

4. essas democracias ainda não estão consolidadas e correm o risco de recaída em experiências autoritárias, principalmente em decorrência do problema da desigualdade e da miséria, que aumenta dramaticamente e atinge setores cada vez mais numerosos da população; em 1980, 100 milhões de latino-americanos viviam abaixo do nível de pobre-

André Franco Montoro é Presidente do Instituto Latino-Americano; ex-Governador de São Paulo e ex-Senador.

za; em 1990 esse número subiu para mais de 200 milhões (Cepal, 1991);

5. entre as perspectivas de mudanças que se apresentam destacam-se: a) a substituição dos atuais regimes de poder unipessoal do Presidente, por fórmulas de poder colegiado características do sistema parlamentar; b) o processo de crescente integração da América Latina; c) a exigência de ética na vida pública, com a conseqüente tendência participativa, social e pluralista nas novas democracias.

### 2. *Tradição autoritária*

A tradição autoritária e centralizadora dos países da América Latina tem suas origens no período colonial. As antigas Metrôpoles mantinham rígido controle sobre as Colônias, impondo-lhes leis, ordenações e meticolosas normas de conduta em todos os campos: produção, comércio, política, cultura, religião, etc. Autoritarismo das Metrôpoles, dependência e submissão das Colônias.

A mesma linha autoritária vigorou nas relações poder local-população, dentro das antigas Colônias. "Deus está no céu, o Rei está longe, quem manda aqui sou eu", dizia o colonizador Lope de Aguirre (in "La Sangre y las Letras", Jaime Concha, *Cuadernos Casa* n.º 31, Habana, 1986).

Após sua independência, as nações latino-americanas, com algumas exceções de institucionalidade democrática, mantiveram a tradição autoritária. Lideranças de caudilhos e ditaduras militares se sucederam em todos os países do continente, impedindo ou interrompendo as experiências de governos constitucionais.

Na segunda metade do século 20, especialmente a partir dos anos 60 a 80, praticamente todos os países da América Latina, com exceção da Venezuela e Costa Rica, viveram sob regimes autoritários e ditaduras militares.

### 3. *Tendência para a democracia*

Mas, a partir dos anos finais da década de 80, a virada da América Latina em direção à democracia foi um processo contínuo e significativo. Em 15 de novembro de 1989, o Brasil realizou sua primeira eleição presi-

dencial direta desde 1960. E o Chile, a primeira desde 1970. Com essas eleições, que completaram o processo de democratização no continente, presidentes eleitos pelo voto popular foram levados ao poder em todos os países da América do Sul, pela primeira vez em sua história.

Como observa o Relatório de 1990 do Instituto Aspen: "Agora, o poder na América Latina é transferido de modo rotineiro e pacífico de um presidente eleito a outro. Nos últimos anos, em países tão diversos como Argentina, Bolívia, República Dominicana, Equador, Peru e Uruguai, governos estabelecidos no poder cederam os cargos a adversários eleitos em alguns casos, pela primeira vez. Desde 1928 que um presidente democraticamente eleito não sucedia a outro na Argentina."

### 4. *Democracias ainda não consolidadas*

As regras democráticas prevalecem hoje como tendência geral na América Latina. Mas as democracias da região não estão consolidadas. Pelo contrário, correm sério risco e estão ameaçadas de serem substituídas por regimes autoritários em virtude das seguintes causas:

1. agravamento da desigualdade e da miséria, que atinge progressivamente camadas cada vez mais amplas da população;
2. tráfico de drogas e movimentos terroristas, que atuam intensamente na região;
3. desmoralização dos poderes públicos – executivo, legislativo e judiciário – e dos partidos políticos, em decorrência da freqüente denúncia e divulgação de casos de corrupção e tráfico de influência;
4. reduzida participação da população nos acontecimentos políticos e no processo de desenvolvimento do país.

Esse quadro permitiu que surgisse o pretexto para um primeiro golpe nas instituições democráticas, depois do avanço institucional da América Latina. Em 5 de abril de 1992, o Presidente do Peru, Alberto Fujimori, deu um golpe de estado: dissolveu o Congresso, a Suprema Corte de Justiça e suspendeu a Constituição.

O golpe de Fujimori recebeu a condenação da consciência democrática internacio-

nal, mas teve apoio popular no país e produziu grande impacto nos países da região. "Fujimori derrubou a inflação, colocou o terrorismo na cadeia e ganhou apoio popular por causa do ódio aos políticos" é o título significativo de uma reportagem especial da revista *Veja*, a de maior circulação no Brasil, em sua edição de 20 de junho de 1993.

Muitos vêem no golpe peruano um precedente capaz de se estender a outros países. E há, sem dúvida, no Brasil e, Venezuela, Guatemala, Argentina e outros, grupos isolados que pretendem levantar a bandeira da "fujimorização", especialmente para o combate à corrupção e à incapacidade dos governantes.

Mas acontecimentos recentes em três países: Brasil, Venezuela e Guatemala, mostram o fortalecimento da tendência democrática. Brasil e Venezuela afastaram seus presidentes, acusados de corrupção e desvios de governo. E o fizeram sem a quebra da institucionalidade democrática e sem o emprego de golpes autoritários, mas, pelo contrário, dentro do respeito às regras institucionais vigentes. Demonstraram, assim, que a democracia dispõe de meios hábeis para combater a corrupção e as fraudes.

Da mesma forma, a tentativa de golpe de estado no estilo de Fujimori, realizada pelo Presidente da Guatemala, em maio de 1993, redundou no fortalecimento do processo democrático. A reação nacional e internacional contra a tentativa de golpe trouxe como resultado o fracasso do golpe, a destituição do presidente golpista e a solução constitucional da crise.

As crises vêm sendo superadas, mas os riscos de desestabilização dos regimes democráticos se acentuam com o agravamento da situação econômica, a insatisfação crescente das populações mais pobres e a perda da confiança pública em governos elcitos.

Quais os caminhos para superar esses riscos?

Há uma consciência generalizada nas lideranças da região de que o avanço democrático está vinculado à passagem do atual sistema de governo, que confere amplos poderes unipessoais aos presidentes, para um sistema parlamentar ou colegial. Admite-se, ademais, como necessária a integração dos países da América Latina, a exemplo da Co-

munidade Européia. E, acima de tudo, passa a ser exigido o respeito e cumprimento rigoroso das normas da ética na vida pública.

### 5. *Do presidencialismo ao parlamentarismo*

Múltiplas razões aconselham a adoção de um sistema parlamentar de governo ou, ao menos, de fórmulas que limitem o poder unipessoal do Presidente da República.

Tentaremos resumir essas razões a alguns pontos.

1. O sistema de governo presidencialista na América Latina confere ao Presidente da República poderes imperiais. Concentra em suas mãos tal soma de poderes e recursos que o transformam no senhor absoluto da vida pública. Nomeia ministros, magistrados e funcionários. Diretores de bancos nacionais e de empresas públicas. Decide sobre aplicações de verbas miliardárias. Esse poder unipessoal alimenta o paternalismo, estimula a centralização e facilita a concessão de favores e privilégios. Presidencialismo significa monólogo autoritário. O parlamentarismo, pelo contrário, é, essencialmente, diálogo democrático. Diálogo entre os partidos, que assumem responsabilidade de governo. Diálogo dentro do gabinete de Ministros, que é um colegiado. Diálogo com as lideranças nacionais e as forças da sociedade, em virtude da transparência inerente ao sistema. Essa desconcentração de poderes é um primeiro passo para o avanço do processo de descentralização, que a realidade nacional exige, mas o presidencialismo – com o poder imperial do Presidente – impede ou dificulta.

2. O sistema parlamentarista, corrigindo essa concentração de poderes, institui um Chefe de Estado, na pessoa do Presidente da República, e um Chefe de Governo, que é o Primeiro-Ministro. Este é aprovado pelo Parlamento, juntamente com seu programa de governo e o gabinete de Ministros. O Chefe de Estado tem elevados e efetivos poderes assegurados pela Constituição, mas a chefia da administração pública e do governo cabe ao Primeiro-Ministro.

3. É essencial ao parlamentarismo a fixação de um programa de governo, apresentado pelo Primeiro-Ministro e aprovado pelo Parlamento, com discussão pública e, por-

tanto, aberto a sugestões e críticas de todos os setores da população. No presidencialismo, o programa de governo é a vontade do Presidente que pode modificá-lo a seu arbítrio a qualquer tempo, o que provoca instabilidade e insegurança para maiores empreendimentos.

4. É também essencial ao parlamentarismo, para assegurar a continuidade da administração, a existência de um quadro independente de funcionários, organizado em carreira e recrutado mediante concurso público. Na tradição presidencialista latino-americana, os funcionários são, em geral, nomeados ou demitidos livremente pelo Presidente ou seus Ministros, por critérios políticos, pessoais ou partidários.

5. Decorrido certo prazo, a Câmara dos Deputados poderá apreciar moção de censura ao governo e decidir sua substituição. Cai o Ministério, mas o regime constitucional não se altera. No sistema presidencial, pelo contrário, se o governo vai mal não há como substituí-lo sem a quebra da ordem constitucional, salvo nos casos de crimes julgados pela justiça. Daí a origem das freqüentes crises, golpes de estado e "pronunciamentos" característicos da vida pública latino-americana.

6. No sistema parlamentar, em casos de crise insuperável, a Câmara de Deputados poderá ser dissolvida e convocadas novas eleições, para que o eleitorado mantenha ou substitua seus representantes. Ao contrário do que ocorre no presidencialismo, o deputado não terá seu mandato assegurado por prazo certo. Dependerá de uma nova aprovação do eleitorado.

7. Em suma, o sistema parlamentar assegura a descentralização do poder e a efetiva responsabilidade dos partidos; a substituição do "eu" pelo "nós", a passagem do monólogo autoritário pelo diálogo democrático; a fixação de um programa de governo debatido e aprovado publicamente; a transparência das decisões do governo e maior participação e fiscalização da população, além da flexibilidade que permite, sempre que necessário, substituir o governo e até a Câmara dos Deputados, sem quebra da legalidade democrática.

Sem dúvida, o parlamentarismo não é o remédio milagroso, a grande panacéia para a solução dos problemas coletivos, mas é certamente um caminho mais democrático, participativo e responsável para a promoção do interesse público e o combate aos desmandos, às fraudes e à corrupção.

## 6. *Integração latino-americana*

A união da América Latina é hoje uma bandeira de luta. Cresce a convicção generalizada de que se impõem medidas de cooperação e integração entre os países da região, na perspectiva da constituição de uma futura Comunidade Latino-Americana de Nações.

Essa integração não é apenas a aspiração ou o ponto de vista de alguns grupos. Não é também uma opção facultativa. Ela é hoje um imperativo histórico e caminho necessário para o desenvolvimento econômico, social e político dos países da região e para sua integração competitiva na economia mundial.

Apesar dos obstáculos e das dificuldades que enfrenta, esse processo de integração está em marcha. Por vários caminhos, o antigo isolacionismo e a confrontação estão sendo substituídos por iniciativa de cooperação e entendimento, que vão instaurando progressivamente a união dos países latino-americanos.

Várias razões explicam e justificam amplamente esse processo de união.

Em primeiro lugar, há uma exigência de maiores mercados para a expansão normal de importantes setores da economia. E a América Latina possui uma população superior a 400 milhões de habitantes. Por outro lado, a junção de esforços pode multiplicar a capacidade das instituições e das empresas locais na corrida tecnológica, no aproveitamento de recursos potenciais e na solução de problemas comuns. Em suma, a união de esforços e atividades constitui poderoso meio de promoção do desenvolvimento.

É por essa razão que, em todas as partes do mundo, nações vizinhas estão se unindo em blocos continentais para melhor assegurar seu progresso e segurança. Aí está o grande exemplo da Comunidade Européia unindo 12 países. Na mesma linha, o Acordo de Livre Comércio estabelecido pelos Esta-

dos Unidos, Canadá e México, o entendimento entre o Japão e os países de recente industrialização do Sudeste Asiático e, no mesmo sentido, os acordos firmados entre Austrália e Nova Zelândia e outros.

Diante desse quadro, as nações da América Latina não poderiam continuar isoladas e fragmentadas ou em atitude de confrontação e conflito. Sua posição vem se modificando. Na mesma linha da constituição dos grandes blocos regionais, elas tomam consciência cada vez mais clara da necessidade de sua união. Juntas, elas possuem população, recursos naturais e peso político que, se adequadamente combinados, colocarão a região entre as principais economias mundiais. Separadas e divididas, elas se reduzirão a um conjunto de populações empobrecidas, castigadas por crises econômicas e regimes políticos instáveis.

Cresce, por isso, entre as lideranças e em setores cada vez mais amplos da população a tomada de consciência de que essa integração é indispensável para enfrentar problemas cuja solução deve ser encarada de forma coletiva, como o aproveitamento dos recursos existentes na região, o da dívida externa, a defesa conjunta diante do protecionismo dos países desenvolvidos, o tratamento adequado para o capital estrangeiro e as empresas transnacionais, a criação de mecanismos de cooperação na área tecnológica, científica e de complementação econômica, "joint ventures", ampliação do volume do comércio intra-regional e outras medidas de importância fundamental para o efetivo desenvolvimento dos países da América Latina.

Dentro dessa perspectiva estão sendo dados passos importantes em todas as áreas.

Assim, na área econômica podem ser citados, entre outros, o exemplo da Cepal, Comissão Econômica para a América Latina, com sede em Santiago, Chile, destinada ao estudo da economia latino-americana; a Aladi, Associação Latino-Americana de Integração, com sede em Montevidéu; o Sela, Sistema Econômico Americano, com sede em Caracas; as experiências de integração sub-regional do Grupo Andino (Pacto Andino), da América Central (Mercado Comum Centro-Americano), da Comunidade do Caribe e

outras; o Tratado de Cooperação e Desenvolvimento entre Argentina e Brasil, de 29 de novembro de 1988, que constituiu importante passo para a integração continental e a formação do Mercosul; o Tratado do Mercosul (Assunção, 26 de março de 1991), que cria condições para o estabelecimento de um mercado comum entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai; o projeto da hidrovía Paraguai-Paraná com a extensão de 3.300 km, unindo cinco países do Cone Sul: Bolívia, Paraguai, Uruguai, Argentina e Brasil, além de outros projetos de integração em andamento no campo do transporte e energia, estes incluindo o petróleo, a energia elétrica, o gás natural, a biomassa, a energia nuclear, eólica, solar, etc., capaz de assegurar a auto-suficiência energética da América Latina.

Na área da integração cultural, estão em andamento, entre outros, os seguintes projetos e/ou realizações: ensino obrigatório do idioma espanhol no Brasil e do português nos países de fala espanhola; o Memorial da América Latina, em São Paulo; revistas, artigos, estudos e publicações dedicados a problemas da América Latina; elaboração de uma história da América Latina escrita por uma equipe de historiadores de todos os países da região; abertura de nova área de mestrado e doutorado especializada em problemas de América Latina, em universidades do continente; festivais de música, teatro e artes típicas da região e formação da Orquestra Sinfônica da Juventude Latino-Americana para promover a integração através da música.

Na área política e administrativa, podem ser mencionados: o Parlamento Latino-Americano, instituído em 1964 e fortalecido com o retorno dos regimes democráticos na região; foi institucionalizado pelo Tratado de Lima (1987) firmado por representantes plenipotenciários de 18 países; prevê-se a futura eleição direta de seus membros pela população de cada país; sua sede permanente já está instalada em São Paulo, junto ao Memorial da América Latina; o Parlamento Andino, o Parlamento Centro-Americano, o Parlamento Amazônico e, mais recentemente, a Comissão Parlamentar do Cone Sul, em nível sub-regional; o Grupo do Rio, ou Grupo

dos Oito, mecanismo permanente de consulta e de concertação política, de nível ministerial, que vem realizando freqüentes e importantes reuniões entre os Ministros das Relações Exteriores e, em momentos importantes, entre os Presidentes das principais nações da América Latina; tem realizado também reuniões com Ministros das Relações Exteriores da Comunidade Européia: Nova York (1987), Hamburgo (1988), Nova York (1988), Granada (1989) e Roma (1990); trabalhos de cooperação regional no sentido do aperfeiçoamento e modernização dos órgãos e serviços da administração pública; elaboração de um Código de Ética dos Governantes e Administradores da América Latina; movimentos e instituições em defesa da democracia e dos direitos humanos no continente.

Na área social, podem ser mencionadas inúmeras iniciativas, como: os movimentos conjuntos em defesa do meio ambiente, especialmente da Amazônia e do Pantanal; programas regionais de saúde, educação, alimentação e habitação popular; centros latino-americanos de aperfeiçoamento profissional e administração do trabalho, como o CIAT (Centro Interamericano de Administração do Trabalho), PREALC (Programa Regional de Emprego da América Latina e Caribe), o CINTERFOR (Centro Interamericano de Formação Profissional); associações, federações e confederações latino-americanas de trabalhadores, profissionais, empresários, etc.; formação da JULAD, Juventude Latino-Americana, pela Democracia (1992); e da ULAM, União Latino Americana de Mulheres (1992).

### *7. Exigência de ética na vida pública*

Os casos reveladores de ampla corrupção na vida pública, o escândalo da injusta contraposição entre a riqueza afrontosa de uma minoria privilegiada e a situação de miséria e fome de camadas cada vez maiores da sociedade, além de outras violações de direitos humanos fundamentais, estão levando as populações latino-americanas a lutar pelo respeito às exigências de ética nas atividades do Estado e da sociedade.

Movimentos de jovens, mulheres, trabalhadores, empresários e outros se organizam,

promovem eventos e vão às ruas para exigir a punição dos corruptos e medidas de combate às violações da ética na administração, na política, na justiça, na economia e nos múltiplos setores da vida social.

A luta por uma democracia moderna está na base dessas reivindicações. A população não aceita fórmulas ultrapassadas de uma democracia formal e simplesmente representativa ou delegativa, em que os eleitores, de 4 em 4 anos, delegam aos governantes ou legisladores poderes para conduzir, sem limites éticos, os destinos da vida pública.

Além da exigência de transparência, moralidade e critérios de justiça na administração pública, luta-se pela adoção de normas que assegurem:

- a participação dos cidadãos no encaminhamento e solução dos problemas coletivos;
- a prioridade no combate às desigualdades e à miséria crescente, que atingem dramaticamente as populações locais;
- o respeito ao pluralismo, isto é, à diversidade de opiniões, à multiplicidade de grupos sociais, organizações e partidos políticos.

### *8. Democracia participativa, social e pluralista*

Nessa perspectiva, as democracias latino-americanas lutam por ser participativas, sociais e pluralistas.

A passagem do "paternalismo governamental" para a "participação organizada da população" no processo de desenvolvimento e na solução de problemas coletivos é considerada exigência essencial da democracia, especialmente em nosso continente. É importante que setores cada vez mais amplos da sociedade civil passem da posição de espectadores passivos à de agentes participantes das soluções e medidas que atendam a suas necessidades. Passem da posição de "súditos" para a de "cidadãos". A população local e os diversos segmentos da sociedade conhecem melhor seus problemas e soluções. Por isso, a substituição do "centralismo" pela "descentralização", do "autoritarismo" pela "participação" organizada da comunidade passam a ser fator insubstituível do desenvolvimento real e bem-estar social.

Além disso, as democracias latino-americanas tomam consciência de que devem ter acentuado conteúdo social, isto é, precisam corrigir as graves desigualdades e injustiças sociais, que marcam dramaticamente a região, e dar prioridade, não a obras e empreendimentos suntuários, mas ao atendimento das necessidades básicas da população, como a alimentação, a educação, a saúde, a habitação, o meio ambiente, o transporte e o emprego.

Finalmente é cada vez mais claro que, num Estado moderno, a democracia deve ser pluralista. Pluralismo significa, de um lado, o respeito às opiniões e pensamentos divergentes e, de outro, o reconhecimento da multiplicidade de organizações, interesses e forças da sociedade. Ele é uma decorrência da liberdade e o reconhecimento prático de que ninguém é dono da verdade. A democracia reconhece e respeita os interesses opostos e procura chegar a um entendimento através da negociação. Seu instrumento é o diálogo, o entendimento, a abertura. Em lugar da imposição de uma solução centralizada e única para os problemas da economia, da cultura e da sociedade em geral, o pluralismo abre perspectivas para soluções diferenciadas e para a participação de todos os agentes públicos ou privados, nacionais ou internacionais, que possam trazer contribuição positiva para o desenvolvimento do país. Em oposição ao monismo estatal ("nada fora do Estado") e ao privatismo individualista (soberania do mercado), uma visão pluralista da sociedade é o ponto de partida para o aproveitamento de todos os agentes produtivos, dentro das diretrizes de um projeto nacional de desenvolvimento.

Dentro dessa perspectiva democrática: pluralista, participativa e social, abrem-se os caminhos a serem percorridos pelos países da América Latina, no seu esforço de superação do atraso e da miséria. Esse é o caminho da promoção de seu desenvolvimento sustentável e de sua inserção competitiva na economia mundial.

### 9. O caminho da solidariedade

Como fonte de inspiração e dinamizadora das medidas de transformação das socieda-

des latino-americanas, ganham hoje importância destacada a consciência e o sentimento de solidariedade. Em contraposição às atitudes de indiferença, de confrontação ou de violência, a solidariedade se afirma como consciência de um destino comum e caminho insubstituível para a promoção de um autêntico desenvolvimento, não apenas econômico, mas sobretudo social e humano, isto é, um desenvolvimento que assegure o respeito à dignidade de todos os homens.

O crescente sentimento de solidariedade entre pessoas, grupos e nações na América Latina é o grande fator humano que alimenta hoje os avanços da democracia e de desenvolvimento da região. A Constituição do Brasil de 1988 declara expressamente que um dos "objetivos fundamentais" do País é "construir uma sociedade livre, justa e solidária". E dispõe que "A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de Nações". De forma semelhante dispõem as novas constituições dos demais países da América Latina.

Será um sonho irrealizável?

É oportuno lembrar as palavras de um grande líder latino-americano, D. Helder Câmara: "Quando sonhamos sozinhos é só um sonho. Quando sonhamos juntos é o começo de uma nova realidade".

Essa realidade não será uma dádiva dos poderosos, mas a conquista dos que souberem lutar pelo respeito à dignidade de todos os homens, isto, é, pela justiça e pela liberdade.

### 10. Indicações bibliográficas

ADORNO, Sérgio. *Nos limites do direito, nas armadilhas da tradição: a revolução descolonizadora na América Latina*. São Paulo, USP/Instituto de Estudos Avançados, nov. 1989. 14p.

ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon de e DURHAM, Eunice Ribeiro (coord.) *A Transição política: necessidades e limites da negociação*. USP, 1987. 507p.

AMÉRICA LATINA. LA ENCRUCIADA DE LOS NOVENTA. *Pensamiento Iberoamericano* n.º 19, jan./jun. 1991.

AS AMÉRICAS NUM NOVO MUNDO. Relatório de 1990 do Diálogo Interamericano. Aspen Institute, 1990. 97p.

CAMARGO, Sonia de & VASQUEZ OCAMPO, José Maria. *Autoritarismo e democracia na Argentina e Brasil: uma década de política exterior (1973-1984)*. São Paulo, Convívio, 198. 397p.

CHAUÍ, Marilena de Souza. A "Questão democrática". In: *A Questão da democracia*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1980. pp. 139-172.

CUEVA, Agustín. La cuestión democrática en América Latina: algunos temas y problemas. *Estudios Avanzados* 2(1): 41-77, jan./mar. 1988.

FAUCHER, Philippe. *The improbable stabilization and inconceivable popular market capitalism: Argentina, Brazil, Mexico and Peru*. São Paulo, USP/Instituto de Estudos Avanzados, julho 91. 42p.

HIRST, Monica. *Transición democrática y política exterior*. Buenos Aires, FLACSO, abril 1990.

IANNI, Octavio. A questão nacional na América Latina. *Estudios Avanzados* 2(1): 5-40, jan./mar. 1988.

LACLAU, Ernesto. Democracia e luta socialista na América Latina. In: *A Questão da democracia*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1980. pp. 127-138.

LAMOUNIER, Bolívar. O modelo institucional brasileiro dos anos 30 e a presente crise brasileira. *Estudios Avanzados* 6(14): 39-57, jan./abr. 92.

MONTORO, André Franco. *Da "democracia" que temos para a democracia que queremos*. São Paulo, Paz e Terra, 1974. 207p.

-. Democracia participativa; seus fundamentos e instrumentos. In: *Hay que reinventar la democracia*. Buenos Aires, Fondo Editorial Ifes, 1976. pp. 57-73.

-. Integración, democracia y desarrollo. In *Integración y democracia, descentralización y reforma constitucional*. Bolívia, EDOBOL, 1988. pp. 71-80.

-. *A luta pela democracia na América Latina*. Brasília, 1979.

-. *Participação: desenvolvimento com democracia*. São Paulo, Laser Press, 1991. 198p.

-. *Perspectivas de integração da América Latina*. São Paulo, ILAM, 1993. 47p.

O'DONNELL, Guillermo e outros. *Transições do regime autoritário. América Latina*. São Paulo, Vértice, 1988.

REIS, Fábio Wanderley & O'DONNELL, Guillermo. *A democracia no Brasil dilemas e perspectivas*. São Paulo, Vértice/Ed. Revista dos Tribunais, 1968. 382p.

SALLUM JR., Brasílio & KUGELMAS, Eduardo. O Leviathan declinante: a crise brasileira dos anos 80. *Estudios Avanzados* 5(13): 145-159, set/dez. 91

SOUZA, Herbert de. Notas sobre a questão atual da democracia no Brasil. In: *A Questão da democracia*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1980. pp. 99-125.

STEPAN, Alfred. Parlamentarismo X Presidencialismo no mundo moderno: revisão de um debate atual. *Estudios Avanzados* 4(8): 96-107, jan./abr. 90.

TORRE, Juan Carlos. *América Latina, el gobierno de la democracia en los tiempos difíciles*. São Paulo, USP/Instituto de Estudos Avanzados, julho 1991. 31p.

VACCHINO, Juan Mario. *Los parlamentos regionales en los procesos de integración: las experiencias europeas y latino-americanas*. Madrid, IRELA, 1989. 39p.

WEFFORT, Francisco. *Novas democracias. Quais democracias?* São Paulo, USP/Instituto de Estudos Avanzados, jul. 1992. 31p.

# Ação declaratória de constitucionalidade

GERALDO ATALIBA

## S U M Á R I O

1. Não protege a Constituição. 2. Separação de Poderes. 3. Não é exercício de jurisdição. 4. Escancarada violação do art. 5.º da Constituição. 5. Conclusão.

### *1. Não protege a Constituição*

Não se assemelha à ação declaratória de inconstitucionalidade a inovadora ação declaratória de constitucionalidade; nem no fundo, nem no objeto, nem na funcionalidade.

A ação declaratória de inconstitucionalidade protege a Constituição. A ação declaratória de constitucionalidade protege o Governo, o legislador, o fisco. Na mesma medida, desprotege o cidadão.

### *2. Separação de Poderes*

A ação declaratória de constitucionalidade viola o art. 2.º da CF: põe o Supremo Tribunal Federal no plano de cooperador da formulação de normas gerais e abstratas, completando a função de formulação da justiça comutativa. Implica comprometer o STF com a elaboração da lei, antes de qualquer ato de aplicação concretamente resistido ou questionado. Conhecendo a ação declaratória de constitucionalidade, o STF atua como aperfeiçoador ou sancionador da edição da norma, e não como seu aplicador jurisdicional.

Configura execução de funções legislativas, colaboração direta com o legislador, com o fito de inibir a jurisdição dos órgãos próprios, inclusive do próprio STF, ulteriormente. É expediente para amarrar as mãos, amordaçar, paralisar todo o Judiciário.

Geraldo Ataliba é professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Significa concentração de poderes repugnante ao espírito da Constituição e negador do Estado de direito.

### 3. Não é exercício de jurisdição

Conhecendo uma ação declaratória de constitucionalidade, o STF não exerce jurisdição, mas função de aprovação abstrata e geral de ato normativo dos Poderes Legislativo e Executivo. Não há jurisdição sem ação, no Estado de direito. O que o STF vai fazer não será julgar (no sentido constitucional de *exercício da jurisdição*), mas legislar, sancionar (homologar) legislação.

A jurisdição é função dirimente de conflitos. Supõe dissídio concreto. Exige dedução processual de uma lide. Implica existência de partes, que estabelecem o contraditório. Não há jurisdição sem lide, sem processo, sem partes e sem contraditório.

A jurisdição suprema constitucional do STF só se instaura diante de provocação de parte legítima, em litígio concreto (seja originariamente, seja em grau de recurso).

A única exceção (ação declaratória de inconstitucionalidade) abre-se *para defender a Constituição*; jamais para proteger o Poder, seja ele qual for.

### 4. Escancarada violação do art. 5.º da Constituição

A Emenda Constitucional n.º 3/93 viola o contraditório (art. 5.º, LV), o devido processo legal (LVI), o duplo grau de jurisdição, o direito de acesso ao Judiciário (XXXV), o juiz natural, anula o controle difuso de constitucionalidade do art. 2.º, já que – confundindo justiça comutativa com distributiva, distinção que está na base da separação de Poderes – põe o STF na função de aprovador e apreciador de preceitos gerais e abstratos, num procedimento (não processo) sem partes, sem contraditório, sem causa, sem lide. Enfim, uma hipótese impossível (primária, primitiva, tribal) de jurisdição sem processo.

### 5. Conclusão

Atuando o órgão máximo do Judiciário no plano abstrato e genérico de apreciação da norma, para dá-la por compatível com a Constituição, desenvolve função legislativa, rompendo a separação de Poderes, com a agravante de inibir todo o Poder Judiciário de afirmar a sua eventual inconstitucionalidade.

Apreciando norma no momento de sua edição (ou imediatamente após), sem lide, para declará-la constitucional; apreciando seu conteúdo normativo abstratamente, na sua generalidade conatural, sem processo, sem partes, sem controvérsia, o STF atuará no momento pré-jurídico (como que funcionando como comissão jurídica do Legislativo). Isso não é exercer jurisdição. É colaborar na criação da justiça comutativa (função política, normativa), e não distributiva, como cabe a órgão verdadeiramente judiciário.

#### *Arremate*

A conseqüência é a transformação da própria natureza da Constituição: de rígida passa a ser flexível. Sim, porque eventual lei inconstitucional – declarada *ab initio*, pelo STF constitucional, com eficácia absoluta – modifica a Constituição.

Enfim, o desígnio máximo do constitucionalismo – proscrever a concentração dos poderes – institucionaliza-se mediante essa medida, que importa destruir todo o sistema básico da Constituição. A cidadania atreve-se a afirmar sua certeza de que o STF repudiará essa frontal agressão aos próprios fundamentos do sistema constitucional.

O STF não permitirá, em nome da transcendência dos valores constitucionais, que o Brasil regride na sua evolução constitucional e construção de um verdadeiro Estado de direito.

## Superfaturamento e os vetos à nova Lei de Licitações

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

Alguns dos vetos presidenciais, conquanto se acredite que foram efetuados com retos propósitos, produzem o singular efeito de retirar da nova lei exata e precisamente certos dispositivos que representavam a eliminação de uma poderosíssima causa responsável tanto pelos chamados preços "superfaturados", quanto pela corrupção. Pessoas bem intencionadas, mas sem suficiente experiência na matéria, podem produzir resultados opostos aos que pretendiam.

Expliquemo-nos. Induvidosamente, uma causa importantíssima determinante das duas pragas referidas decorre da seguinte realidade.

O poder público, como é sabido e ressabido, atrasa seus pagamentos e o faz de modo sistemático. Isso ocorre tanto porque assume compromissos de antemão sabidos como superiores aos recursos com que poderia enfrentá-los, quanto por vicissitudes econômicas ou financeiras. Em país de economia instável e inflacionária, é claro que ditos atrasos, já antecipadamente previsíveis, implicarão significativa elevação de custos para o contratado. Acresce que, mesmo não havendo pagamento em dia ou simplesmente cessados os pagamentos durante meses, o contratado será forçado a prosseguir na obra ou fornecimento (conforme entendimento dominante), sob pena de rescisão de contrato, multas, indenizações e *declaração de inidoneidade*, com suspensão ou cassação do direito de licitar e contratar com o poder público.

Celso Antônio Bandeira de Mello é professor titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Se sua atividade exclusiva ou principal for a de fornecedor ou executor de obras e serviços para o poder público, como normalmente ocorre, dita sanção (declaração de inidoneidade) equivale à quebra da empresa. Assim, para não ser apenada, vê-se constrangida a custear a obra ou fornecimento, captando recursos no mercado e arcando com as elevadas taxas praticadas. Acresce que, ao tentar obter normalização dos pagamentos, correção monetária dos valores atrasados e recuperação das despesas incorridas para custeio das prestações contratuais, o contratado sabe que despendará enormes esforços, incorrerá em novas despesas, lícitas ou não, e, ademais, corre o risco sério de não obter, ou não obter integralmente, o ressarcimento que lhe corresponderia. É que o poder público, quando lhe convém, suprime algum ou alguns meses de correção monetária (como já o fez várias vezes), adota os índices de reajuste que deseja e, sistematicamente, se recusa a considerar as despesas financeiras em que o contratado incorreu para enfrentar a mora do contratante ou, quando menos, irá subestimá-las.

O licitante e eventual contratado sabe de tudo isso. Sabe também que é inútil ou quase inútil recorrer ao Poder Judiciário, não só pela gigantesca demora da solução, como ainda porque o sistema de ressarcimento pecuniário, em caso de condenação judicial da Fazenda Pública (mediante precatórios), faz com que o recebimento se efetue entre, no mínimo dos mínimos, sete (pode chegar a dezoito) e dezoito meses (pode chegar a trinta) após a condenação. Isso porque os precatórios entrados até 1.º de julho são incluídos no orçamento do ano seguinte, e os posteriores a 1.º de julho só entram no orçamento sucessivo. Como a Fazenda pode saldar o débito até o final do exercício orçamentário para o qual estava previsto o pagamento, claro está que prefere retardá-lo ao máximo. Assim, quando o valor é recebido, a inflação ocorrida durante tal período (que, como dito, varia entre sete e trinta meses após a condenação) já corroeu praticamente tudo. É lógico que o interessado pede a correção monetária relativa a tal diferença, mas vai se repetir a mesma corrosão, de sorte que

o recebido estará sempre completamente erodido pela inflação e, assim, sucessivamente, a cada novo pedido de correção.

Se já não fora pela inutilidade do uso de tal via, o contratado também evita o recurso ao Judiciário porque não deseja litigar – e por vários anos – com quem é e vai continuar a ser o seu principal cliente. Além de não lhe convir de um ponto de vista de política comercial, expõe-se a retaliações, seja nos contratos em curso, seja nas licitações que venha a disputar ou nos contratos que, em despeito disto, venha a travar. Veja-se que ações judiciais de indenização movidas por contratantes do poder público contra este são raríssimas.

Diante desta realidade indiscutível, que poderá fazer o licitante? Desde logo, como é certo que, se não se precatar, arcará com prejuízos – e podem ser de proporções gigantescas –, trata de prevenir-se na própria cotação do que oferta.

Se subestimar os prejuízos que lhe advirão da indefectível mora do poder público, irá arcar com um contrato que, dia a dia, causar-lhe-á o oposto do que busca obter: lucro. Ou seja, terá de cumprir até o fim um contrato que só lhe acarretará prejuízos. Se superestimar os custos em que incidirá por força desses atrasos do poder público, pode até levar vantagem.

É óbvio que buscará a margem de segurança mais ampla possível, e, com isso, inevitavelmente, os preços subirão muito em relação ao mercado disponível para os particulares, isto é, para os contratantes confiáveis, pontuais ou que podem ser judicialmente compelidos a sê-lo, ainda que não o desejem. Ademais, nos contratos comuns (não administrativos), vigora o princípio de que, se uma das partes não efetua a prestação que lhe competia, a contraparte pode cessar a que lhe correspondia. Logo, se um lesa a outro, tal lesão é limitada, pois o lesado não está obrigado a continuar incorrendo nos custos de sucessivas prestações sem contrapartida.

Seria um engano supor que a disputa na licitação deveria evitar tal elevação de preços. Com efeito, todos os licitantes sabem dos problemas referidos e, obviamente, pre-

ferem perder uma licitação, a obter um contrato que, ao invés de proporcionar ganhos, acarrete perdas. Logo, todos se vêem na contingência de ofertar preços altos.

Não é preciso dizer que o sistema aludido, no qual uma das partes tudo pode e a outra não tem meios jurídicos para conter-lhe os eventuais abusos, é um poderoso estímulo para a corrupção. Quem dispõe de muitos poderes pode usá-los de formas muito persuasivas. Quem dispõe de poucos ou de quase nenhum direito eficaz trata de suprir tal carência com a conquista de muita "boa vontade".

O direito não tem como superar essas conseqüências, salvo se eliminar as *causas jurídicas* que as condicionam.

Foi precisamente o que a nova Lei de Licitações e Contratos aprovada no Congresso tratou de fazer, embora, ainda, com certa timidez. E foi, precisamente o que alguns vetos presidenciais trataram de desfazer. Querendo evitar desmandos, querendo, certamente, coibir práticas danosas aos cofres públicos, fizeram o seu inverso. Estimularam – e ainda mais do que na lei anterior – esses resultados negativos.

Aclaremos o que acaba de ser dito. O texto, tal como aprovado pelo Congresso, impedia a administração pública de retardar pagamentos além de noventa dias, sob pena de o contratado ficar autorizado a pedir a rescisão do contrato ou, se preferisse, a paralisar, até normalização dos pagamentos, a execução da obra, do fornecimento ou do serviço, sendo-lhe assegurado o ressarcimento de todos os prejuízos decorrentes do atraso do poder público (inciso IV do art. 79 e § 4.º). Com isso, evidentemente, a administração não teria interesse em atrasar, ou não se abalancharia a assumir compromissos econômicos superiores a suas forças (o que já seria benéfico, por antiinflacionário). Segue-se que o contratado também não estaria sob o acicate, quando da disputa da licitação, de prever e incluir, na estimativa do preço, os custos adicionais que lhe adviriam de uma mora certa e irresponsável, pois inconseqüente para o poder público. Graças a isso, desapareceria uma causa certa – e de outro modo inevitável – geradora de preços altos.

Pois bem: o Presidente vetou tais dispositivos.

Além disso, o texto aprovado no Congresso incluía a regra, já existente no diploma anterior, pela qual o contrato poderia ser alterado para restabelecer o equilíbrio inicial, isto é, o que as partes haviam pactuado quando da celebração do ajuste (art. 65, II, *d*). Ademais, se fatores supervenientes gerassem tal desequilíbrio, passava a ser reconhecida como direito do contratado a celebração de aditivo para restaurar o equilíbrio original, uma vez feitas e atuadas as demonstrações e justificativas, bem como sua aprovação pela autoridade competente (§ 7.º do art. 65). Pelas mesmas razões já mencionadas, o contratado, seguro de tal direito e garantido na esfera administrativa, também poderia cotar preços menores, por não temer ficar a descoberto no caso de desequilíbrios econômicos (tão comuns no País), que se refletissem na equação contratual.

Pois bem: o Presidente vetou tais dispositivos.

Nem se diga que o veto se justificava para impedir eventual uso desmandado de tais reajustes. Se isso poderia ocorrer antes da nova lei, dificilmente se repetiria sob sua vigência, pois nela foi previsto que proporcionar modificação contratual ou vantagem indevidas configura crime e sujeita, tanto o agente público responsável quanto o beneficiário, a uma pena de dois a quatro anos de detenção e multa (art. 92 e parágrafo único). É certo, ainda, que qualquer pessoa pode provocar a iniciativa do Ministério Público para propositura da ação penal em razão dos crimes previstos na referida lei, e, se este não a promover no prazo legal, o interessado poderá fazê-lo (arts. 101 e 103). Assim, já estão ali estabelecidos todos os possíveis cuidados capazes de desestimular o uso indevido dos dispositivos que foram vetados.

Em suma: se se quer moralizar as licitações e contratos e suprimir uma causa que acarretará sempre e sempre o chamado superfaturamento, não se pode mais conferir ao contratante poderes ilimitados, deixando o contratado sem proteção *jurídica* alguma para seus interesses legítimos. Tal atitude é ingênua e irrealista, pois aqueles a quem se

negue direitos inerentes à sua razão de contratar irão inexoravelmente buscar vias ilegítimas para defendê-los e até mesmo para ir além dos que lhes corresponde-

riam em uma relação honesta e equilibrada.

Foi essa coisa simples que os responsáveis pelos vetos presidenciais não compreenderam.

# Do Estado de direito ao Estado de justiça

A. MACHADO PAUPERIO

Combatendo a filosofia do direito, o positivismo passou a ser a própria filosofia jurídica.

Isso levou Wenzel, em *Naturrecht und Rechtspositivismus*, a dizer que um sacerdote que pregue algo contra suas convicções é um homem desprezível, mas o juiz que não se deixa influenciar por seu senso de justiça merece encômios, dentro da filosofia positivista.

Com os eventos da época nazista, porém, a verdade ressurgiu. E o próprio Radbruch, antes positivista dos mais ferrenhos, afirmou peremptório em 1947 que

"as ciências jurídicas deviam voltar a tomar em consideração as antigas e sábias afirmações de que há um direito superior à lei, um direito natural, um direito divino, um direito da razão e de que a injustiça continua sendo injustiça aos olhos desse direito, ainda que adote a forma de uma lei".<sup>1</sup>

O direito não conseguiu até hoje superar integralmente as forças que se lhe opõem. O poder arbitrário, no domínio político e econômico, foi e continua a ser grande potência no mundo dos homens. Não há, por isso, ainda, uma ordem de paz.

"A história geral do direito mostra-nos a vida do direito na pugna com os demais fatores da vida social. Por isso é a melhor escola preparatória para o jurista que tem logo que afirmar e

A. Machado Pauperio é professor emérito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, e membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

<sup>1</sup> RADBRUCH, Gustav. *Die Erneuerung des Rechts, em Die Wandlung*, v. 2, 1947, pp. 9-10.

impor o direito na luta das forças sociais de sua época".<sup>2</sup>

*Toda autêntica concentração de poder, seja ela de natureza política, militar ou econômica, põe em perigo a existência do direito.*

*A grandeza do direito é também a sua fraqueza: tanto mais puro é ele quanto mais destituído de influências do poder que o deve garantir mas jamais o conspurcar. O poder, qualquer que ele seja, o poder político, o poder militar ou o poder econômico, tiram-lhe a grandeza quando lhe submetem os princípios aos seus próprios interesses.*

Identificando-se o direito com a ordem jurídica, o positivismo jurídico retira dela o seu próprio fundamento.

O direito que não se perfaz pelas instâncias valorativas não é direito para nós. Censuramos, portanto, Kelsen e seus seguidores por haverem distinguido o gênero lógico do direito de seu caráter valorativo.

Contudo, numa revivescência de Hobbes, passou o direito, em muitos lugares, a preocupar-se muito mais com a segurança do que com a justiça. Convenceram-se muitos homens de Estado de que a segurança é a única forma possível de justiça, uma vez que só a ordem jurídica sob a égide do poder pode vencer o barbarismo contemporâneo.

A expressão *segurança jurídica* (segundo valor fundamental da idéia de *direito*) parece haver aparecido em meados do século XIX, traduzindo, de modo geral, eficácia do sistema jurídico.

A ordem jurídica há de ter vigência, validade intrínseca e eficácia. Deve, por isso, satisfazer a todos, na concretização por excelência da justiça, tão bem chamada por Rodolfo Stammler de "a estrela polar da realidade social". A justiça é a fonte, aliás, da verdadeira segurança e sem ela só poderemos ter a *ordem da compressão* ao invés da *ordem da persuasão*. Direito e justiça são termos de mútua atração e mútua compreensão.

A justiça e a segurança são, como o bem comum, *valores fundamentais*.

Alguns outros valores representam consequência imediata da harmônica realização dos valores fundamentais: dentre os mais importantes, contam-se a *liberdade*, a *igualdade* e a *paz social*. Esses são chamados *valores jurídicos consecutivos*.

Finalmente, todas as garantias constitucionais e processuais valem instrumentalmente como meio de realização dos outros dois tipos de valores. São os chamados *valores jurídicos instrumentais*.<sup>3</sup>

Não importa que as concepções da justiça deixem de primar em toda a sua magnitude. Sabemos que o direito é construção humana e está, por isso mesmo, sujeito a desvios da própria razão, levados, quase sempre, por uma experiência de interesses e de egoísmo. Obra do homem, só pode ser compreendida, entretanto, "no círculo da conduta impregnada de valor", como quer Radbruch.

Os valores são os dinamizadores por excelência do processo cultural, em geral, tomando a característica *normativa* quando fonte de *ins*, ou razão de comportamento. Instrumentos prestantes da vida prática, os valores são também fatores necessários da vida cultural, pois são eles que intencionalmente trazem sentido aos atos humanos, que se transformam, assim, de objetos em objetivos a serem alcançados.

Se o homem fosse incapaz de valorar e se a vida humana deixasse de ser, ou bem ou mal, uma experiência de valores, como poderíamos falar em Ciência do Direito? Só com a valoração, que dignifica a espécie humana, pode passar o homem a ser realmente o rei da Criação e agente ativo e operante do próprio drama do mundo.

A consciência jurídica é uma *consciência de valores* na vida social que implica na *consciência hierárquica*, que hierarquiza esses valores de modo a determinar-lhes o lugar e portanto a precedência de cada um na vida da sociedade.

A hierarquia dos valores a que chegou o homem é irreversível e basta para manifes-

<sup>2</sup> COING, Helmut, *Fundamentos de filosofia del derecho*, tradução espanhola de Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ediciones Ariel, 1961, p. 286.

<sup>3</sup> MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Filosofia del derecho*. México Editorial Porrúa, 1974, p. 430.

tar-nos os graus elementares do reino dos valores, inclusive para eliminar a tese do historicismo radical que crê no princípio da igual dignidade das idéias morais eficazes no transcurso da história.<sup>4</sup>

A investigação da justiça e de seus correlatos direitos naturais leva-nos a abandonar o positivismo jurídico, sempre mesclado com as mais extravagantes pretensões humanas, caracterizadas pela ânsia de poder, pela intolerância, pela inveja e pela cobiça.

Presentemente, superado já o positivismo com a corrente da filosofia da cultura, que, como diz Cossio, culmina com Rickert, Dilthey e Scheler e com a metafísica existencial de Heidegger, passou a ser "verdade de ordem comum que a experiência jurídica, por ser precisamente experiência humana, não é uma experiência natural, isto é, neutra no valor, mas uma experiência estimativa, valiosa".<sup>5</sup> A experiência jurídica é, assim, uma experiência axiológica.

A sociedade humana, hoje profundamente complexa e cheia de contradições, é uma arena de interesses múltiplos e contraditórios, em que o egoísmo e a cupidez, com todas as suas decorrências, vão criando verdadeiro *estado de guerra*, que transfunde aspreza e periculosidade à vida.

Nessa luta sem tréguas, só o amor, edificando também para o tempo, "constrói para a eternidade".<sup>6</sup>

Não há dúvida de que fizemos alguns progressos. Abolimos a escravidão, concretizamos alguns direitos humanos, enveredamos, apesar dos pesares, pela democracia, conseguimos, mais ou menos a igualdade dos sexos e a proteção da infância, tornamos realidade o movimento em prol do operário formamos, com a consciência da Humanidade, uma comunidade universal... até certo ponto. Tudo isso é progresso admirável, que só temos que louvar, e que cumpre se mantenha e se aperfeiçoe... Enquanto, porém, os

progressos da técnica não geram, por sua natureza, involuções, as lacunas da moral e, portanto, da justiça vão-se insensivelmente avolumando.

O exame concreto da justiça é sempre imperfeito e incompleto. A justiça humana não é senão, constantemente, uma justiça parcial e aproximada. O julgamento integral de qualquer caso, a rigor, só se poderá fazer dentro dos critérios divinos do Juízo Final.

Os conflitos, aliás, entre a justiça e o poder, mostram quão difícil é a concretização da primeira.<sup>7</sup>

O Poder não deixa de ser um valor. Mas, sob o ângulo moral e ético, tanto o Poder pode favorecer a justiça quanto a injustiça. Isso, porém, é comum a todos os valores que dizem respeito à ordem do comportamento.

Afinal, pode-se dizer que o que conhecemos por "consciência" é, em última análise, a consciência estimativa que cada um de nós traz em seu sentimento. A consciência, portanto, não é nem instinto nem simples sentimento, nem muito menos produto evolutivo de certas disposições animais. Mas o sentimento de justiça não é personalíssimo, como podemos pensar. Antes, ao contrário, é idêntico em todos.

Como já se disse, porém, o conhecimento e a realização da justiça é sempre parcial.

Na realidade, a justiça humana é sempre incompleta e apenas uma idéia reguladora como ideal. Muitas vezes, como certos metais, não pode comportar a pureza absoluta, amalgamando-se com elementos menos idealistas para conseguir a rotina capaz de enfrentar a prosaica realidade.

No domínio moral, torna-se inócuo buscar a justiça absoluta. Tal busca pode muitas vezes até favorecer injustiças relativas.

Apesar de não poder ser a justiça humana integral, infalível ou mesmo imediata, é sua

<sup>4</sup> COING, Helmut, ob. cit., p. 123.

<sup>5</sup> COSSIO, Carlos, *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954, pp. 69-70.

<sup>6</sup> PAUPERIO, A. Machado, *Introdução axiológica ao direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 194.

<sup>7</sup> Sobre o assunto, veja-se a resenha de Maria Antonietta Andreoni em torno da investigação do Edmond N. Cahn, titular de direito da Universidade de Nova Iorque, a respeito do sentido da injustiça. Estudando o dualismo entre a justiça como princípio e o poder como manifestação da autoridade, Cahn vê em suas tensões a origem da injustiça. v. a revista *Filosofia*, Turin, a. 7, fase 1, jan. 1956, pp. 57-86.

realização que nos leva necessariamente ao gozo da segurança jurídica.

A rigor, a justiça vem a ser a repartição de todos os bens e males pela totalidade dos homens, de acordo com regras racionais.

Por direito natural, todos os homens nascem livres, não podendo haver, de modo algum, homens que não sejam pessoas de direito. A escravidão foi simplesmente introduzida de modo degenerativo pelo *ius gentium*. Já antes do Cristianismo, porém, segundo Sêneca, não havia diferenças entre senhores e escravos.

A igualdade de todos os homens e a unicidade de cada um como pessoa é cada vez mais o fundamento do moderno humanismo.

Nem sempre o Estado de direito é Estado de justiça. Foram Estados de direito as cidades gregas no mundo antigo e a Prússia de Frederico o Grande. Entretanto, não foram Estados de justiça, que devem comportar os progressos da justiça distributiva contemporânea, não integralmente concretizada mas por toda parte mais ou menos proclamada.

O Estado de justiça, em oposição ao próprio Estado de direito, requer, além da garantia do livre desenvolvimento da personalidade, também uma eficaz proteção da pessoa humana contra a contumaz exploração econômica que rege egoisticamente o mundo.

A razão está, assim, com Radbruch, quando chega à idéia de que há leis que não são direito, de que há um direito supralegal.

O direito, como sabemos, sofre a influência da conjuntura histórica. Mas é capaz também de atuar como elemento prestante da própria transformação desta. Tal função transformadora para concretização do fim último do direito – a realização da plena harmonia de convivência entre os homens – possibilita a constante projeção da vida nas escalas do futuro, sem esquecer a importância dos valores cujo sentido conservador se impõe. Atualmente, impõe-se a ênfase, sobretudo, dos valores comuns, aceitos por aquilo a que se dá o nome genérico de civilização.

Dentro da sistemática ocidental, avessa à negação da liberdade a alguns e ao igualitarismo, que são em si injustos, os cidadãos de

uma sociedade justa devem ter os mesmos direitos básicos.

Assim, em primeiro lugar, a liberdade de cada pessoa deve compatibilizar-se com a liberdade semelhante dos outros, deixando de existir somente quando lhes acarrete qualquer prejuízo ou viole o bem comum.

Em segundo lugar, as desigualdades sociais e econômicas devem trazer vantagens a cada um mas devem estar ligadas a posições e ofícios abertos a todos.<sup>8</sup>

Estamos aqui, no fundo, diante do conhecido princípio democrático da igual oportunidade para todos, que só tem existência prática em face da igual oportunidade educativa.

De tudo isso, resulta o *bem comum*, sem o qual não há sociedade humana legitimamente constituída, capaz de atingir os seus próprios fins.

Enquanto a *justiça* é o *valor-fundamento* por excelência, a *ordem*, a *paz*, a *segurança* e o *bem comum* são *valores-conseqüências* do direito.

Quando a *ordem jurídica* é *justa*, dela deflui naturalmente a *segurança*, valor imanente ao direito, por exprimir-lhe a própria validade. Obviamente um direito positivo justo traz como conseqüência a *segurança*, que não precisa assim ser mantida à custa da atividade de órgãos específicos. Quando o direito assegura a justiça, a segurança torna-se automática, não só para os indivíduos como para a sociedade.

Quando, porém, falta, por exemplo, a justiça social, a segurança já se não consegue espontaneamente, passando então a ser fruto de medidas de repressão da sociedade, que podem ser eficientes mas não perdem nunca a característica de temporárias.

Dentro dessa perspectiva é que as conclusões de Puebla, dos bispos da América Latina, não hesitaram em considerar *ideologia* uma política de segurança que a promove independentemente da elevação das condições precaríssimas de vida da maior parte da população. Tal segurança aproveita tão-só às classes dominantes.

<sup>8</sup> RAWLS, John. *A theory of justice*. Harvard University Press, 1971, pp. 60 ss.

Não há bem comum, sem comunicação do mesmo aos membros da comunidade, ou seja, sem redistribuição, como nos adverte Jacques Maritain. O bem comum não existe sem que se concretize o bem da comunidade e da pessoa. Dentro de uma filosofia humanista, o bem comum há de ser *comunitário e personalista*.<sup>9</sup>

Por toda parte, na formação do direito novo, ameniza-se cada vez mais a ação do individualismo absorvente e egoísta. A luta contra o individualismo há de ser, porém, sem tréguas, porque, vitoriosa a evolução em benefício dos direitos sociais, logo em seguida se apresta o egoísmo para provocar a involução do conseguido em prol dos débeis.

O abuso do direito é sempre fruto do egoísmo e, em última análise, produto sempre da tendência individualista. Dentro do espírito das encíclicas ainda ecoa o grito inicial da *Rerum Novarum*, de que "os bens se possuem como se fossem próprios e se administram como se fossem comuns".

Cumprido ao Estado de hoje, portanto, atualizar a sua ordem jurídica de acordo com os princípios, em si universais, da justiça social.

Força é lembrar, porém, que sem redistribuição da renda já não há bem comum, porque este, como vimos, deve possibilitar o bem de cada um dos componentes da sociedade. De que adianta o crescimento da nossa renda bruta se este não melhorou sequer as condições pessoais do nosso homem das classes inferiores da população, que são a sua esmagadora maioria? Enquanto isso, a inflação que não é vencida enriquece uma minoria, que tem bens a valorizar, à custa da queda do poder aquisitivo de milhões.

Nas pegadas de George Remard, o Papa atual gloriosamente reinante, em discurso a mil representantes de 150 pessoas, na Conferência sobre Reforma Agrária e Desenvolvimento Rural, em 14 de julho de 1979, lembrou, por exemplo, "a hipoteca social que pesa sobre todo o direito de propriedade da terra", dando ênfase à importância da agricultura, quer como elemento de justiça,

quer como meio de conservar os bens ecológicos e prover o mundo de energia. A terra, como bem naturalmente coletivo, está hipotecada à sociedade, em função de cujos interesses deve existir, mesmo quando em mãos individuais.

Impõe-se que o poder político só tenha, afinal, um lado: o da escravidão à lei e à justiça, mais à justiça que à lei, porque esta é muitas vezes a negação daquela.

"A liberdade inglesa, a democracia americana e a igualdade russa são os três pontos avançados dos três caminhos" que se abrem na história do mundo, como tão bem entreviu Pontes de Miranda num dos seus mais lapidares livros.<sup>10</sup>

A *tese liberal*, plena do princípio de liberdade, está representada pelo *capitalismo* do ocidente. A ela opõe-se a *antítese social*, representada pelo *socialismo* do mundo oriental, sobretudo, pleno do princípio da igualdade. A um e a outro impõe-se a *síntese da liberdade e da justiça*, num misto *liberal-social*, em que a *liberdade* é compatibilizada com a *justiça social*.

O novo caminho, a esta altura da História, é irreversível por suas características altamente racionais e mais do que nunca vivas e promissoras neste limiar já fecundo do terceiro milênio, que alvorece com a força das grandes sínteses.

O social-liberalismo, prenunciado já por muitas de nossas sociais-democracias, resume-se agora num problema de *prudência política* que se caracteriza, afinal, por dosar a liberdade e a justiça social, que não devem negar-se uma e outra, quando necessário.

O social-liberalismo concebe-se, antes de mais nada, como liberalismo ético. A política, não é maquiavelismo, nem ciência amoral. Como o direito e a ética, a política é uma ciência de fundo essencialmente axiológico, como procuramos demonstrar no prólogo de nosso último livro *O Estado e a Realidade Nacional*.

Em última análise, o fim do social-liberalismo está centrado nos interesses permanen-

9 PAUPERIO, A. Machado. *Introdução à Ciência do direito*. 4.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 64.

10 MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade*. Rio de Janeiro, São Paulo: Livraria José Olympio Editora 1945.

tes da pessoa, para quem existe o Estado, o direito, a justiça e tudo mais. Na constelação de valores que então se levanta, o objetivo e

a meta final só há de ser a elevação temporal da pessoa, para que, através dela, se concretize a sua própria elevação espiritual.

# Natureza, limitações e tendências da revisão constitucional

RAUL MACHADO HORTA

## S U M Á R I O

1. Reforma, emenda e revisão. 2. Limitações ao poder de revisão. 3. Irreformabilidade, limitações materiais explícitas e limitações materiais implícitas. 4. Tendências dominantes da revisão constitucional.

### 1. *Reforma, emenda e revisão*

A revisão constitucional encarada como técnica de mudança na Constituição não goza de preferência na terminologia do direito constitucional brasileiro. O poder de reforma constitucional ou o poder constituinte derivado tem recebido no constitucionalismo brasileiro a designação de *reforma*, adotada na Constituição monárquica de 1824 (art. 174) e na Constituição republicana de 1891 (art. 90) e de *emenda* nas Constituições Federais de 1934 (art. 178, § 1.º - a - b), de 1946 (art. 217), de 1967 (art. 50) e de 1988 (art. 60). A Carta de 1937, não obstante destacar no título a locução *Das Emendas à Constituição*, na regulação do processo de reforma adotou, indistintamente, os termos emenda, modificação ou reforma, dando-lhes sentido equivalente (art. 174), em solução reveladora do relativismo terminológico do documento outorgado. No prolongado ciclo constitucional de nosso País, com cento e sessenta e nove anos de existência, o termo indicativo da revisão constitucional aflorou na Constituição de 1934 (art. 178, § 2.º), de brevíssima duração, podendo-se dizer que, na história constitucional brasileira, a Constituição de 1934 não ultrapassou a fugaz permanência das rosas de *Malherbe*. É certo que a Constituição de 1934, com melhor per-

Raul Machado Horta é Professor Catedrático e Emérito da Faculdade de Direito da UFMG.

Conferência proferida no IV Fórum Nacional de Direito Constitucional, sob os auspícios da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em 21 de outubro de 1993.

cepção técnica do processo de mudança constitucional, conferiu à revisão constitucional tratamento mais adequado, para dispor sobre as matérias que poderiam constituir seu objeto, quando se cuidasse de modificação na estrutura política do Estado, na organização ou na competência dos poderes de soberania e no processo reformador (art. 178), disciplinando a formal e mais complexa tramitação do processo de revisão (art. 178, § 2.º). Acentuando a autonomia dos procedimentos, o texto de 1934 previa que a *revisão* seria incorporada à Constituição e a *emenda* a ela anexada, com o respectivo número de ordem (art. 178, § 3.º).

A Constituição de 1988 encarregou-se de reintroduzir no poder constituinte derivado a técnica da revisão constitucional na brevíssima referência do artigo 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Concebido como processo extraordinário de mudança constitucional, para distingui-lo do processo permanente e normal, que é o da emenda à Constituição (arts. 59, I, e 60, I, II, III, §§ 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, I, II, III, IV, e 5.º), localizado na seção consagrada ao Processo Legislativo, a norma de seu enquadramento afastou-se da técnica da de 1934, que conferiu à revisão autonomia material e formal e ignorou os subsídios que poderia facilmente recolher na Constituição da República Portuguesa de 1976, que dedicou título próprio à revisão constitucional, nela configurando a revisão quinquenal e a revisão extraordinária (art. 284, 1.2), as etapas da iniciativa, da aprovação, da promulgação (arts. 285 e 286) e as minuciosas limitações materiais e circunstanciais condicionadoras da revisão (arts. 288 e 289).

## 2. Limitações ao poder de revisão

A laconicidade do artigo 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é responsável, em grande parte, pelos equívocos da interpretação jurídica e política sobre a época, o conteúdo e a extensão da revisão constitucional, largamente difundidos na doutrina, nos discursos parlamentares, nas manifestações de partidos políticos e nos veículos de comunicação social.

Tratando-se de norma constitucional, que impõe acatamento obrigatório, é irrecusável a realização da revisão constitucional "após cinco anos, contados da promulgação da Constituição", salvo se, a exemplo do que ocorreu com o plebiscito, interpusesse emenda à Constituição, para alterar a fluência do prazo, o que não ocorreu.

As dúvidas e os equívocos sobre a natureza limitada da revisão constitucional decorrem, em parte substancial, da inexperiência brasileira na utilização da revisão como processo de mudança constitucional e, também, da redação textual que não subordinou, de forma explícita, a revisão às limitações inerentes ao poder constituinte derivado ou poder de reforma, alimentando a falsa impressão de que à revisão, prevista no artigo 3.º do ADCT, não se aplicavam as limitações materiais que convivem com a emenda à Constituição. A visão dissociadora entre revisão e as limitações do poder constituinte derivado não encontra arrimo no direito constitucional.

É ilustrativo recordar que a regra concisa sobre revisão no artigo 8.º da Lei Constitucional da França, de 25 de fevereiro de 1875, não frustrou e, ao contrário, favoreceu a clássica doutrina francesa sobre a natureza limitada do processo de revisão constitucional. Sustentando que o artigo 8.º da fragmentária Constituição de 1875 exigia resolução das duas Câmaras do Poder Legislativo, para instaurar a revisão, Carré de Malberg extraiu dessa exigência o princípio da limitação do órgão revisor. O mencionado artigo da Lei Constitucional de 1875, dizia o mestre da Faculdade de Direito de Strasbourg, subordinava toda revisão a uma condição prévia: a declaração de ambas as Câmaras, deliberando, separadamente, sobre a necessidade de rever as leis constitucionais. A Assembléia Nacional só poderia rever os temas e os artigos que constituíssem objeto da prévia deliberação das Câmaras.<sup>1</sup> Partindo da afirmação de que toda constituição escrita e rígida – salvo se ela for profundamente ilógica e soberana-

<sup>1</sup> MALBERG, Carré de. *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, v. II, Recueil Sirey, 1922, Réimpression (1962), p. 588.

mente imprudente – deve organizar o processo de sua revisão e mudança, Esmein,<sup>2</sup> na análise da extensão do poder de revisão no período de vigência das leis constitucionais de 1875, fragmentárias na sua apresentação formal e breves no seu conteúdo, igualmente coincidia na concepção da revisão limitada, que exprimia, segundo o professor da Faculdade de Direito de Paris, o direito comum das constituições escritas e rígidas. Dando continuidade ao pensamento clássico de Carre de Malberg e de Eismein, Georges Burdeau,<sup>3</sup> entre os contemporâneos, desenvolveu a doutrina da limitação do poder de revisão, que decorre da sua qualificação de órgão do Estado, portador da idéia de direito contida na Constituição. Não é diverso o ensinamento que se recolhe na doutrina italiana de nossos dias, representada, dentre outros, por Costantino Mortati,<sup>4</sup> Biscaretti de Ruffia<sup>5</sup> e Stefano Maria Cicconetti.<sup>6</sup> Este último autor, no livro que dedicou ao estudo da revisão constitucional, procede ao levantamento das limitações que incidem sobre o poder de revisão, para classificá-las em limitações expressas e limitações tácitas, limitações textuais expressas e limitações textuais implícitas. A constituição que não dispuser sobre limitações ao poder de revisão transformar-se-á em constituição provisória, uma *BlankoVerfassung* – constituição em branco –, figura inadmissível no universo constitucional, conforme assinala Cicconetti.<sup>7</sup>

É relevante a contribuição de Jorge Miranda<sup>8</sup> e Gomes Canotilho<sup>9</sup>, figuras expo-nenciais do direito constitucional português

de nossos dias, à doutrina contemporânea das limitações ao poder de revisão. Jorge Miranda conceitua a revisão como

"a modificação da Constituição com uma finalidade de auto-regeneração e autoconservação, quer dizer, de eliminação das suas normas já não justificadas política, social ou juridicamente e de adição de elementos novos que a revitalizem."

As palavras do festejado professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa encerram os elementos definidores da revisão e antecipam a formulação de um programa de revisão, para sua projeção na dinâmica política do processo de revisão no curso de sua realização concreta e operacional.

Gomes Canotilho enriqueceu o tratamento da revisão constitucional com a decomposição conceitual de suas limitações, para abranger os limites circunstanciais, os limites expressos e os limites tácitos, os limites textuais expressos e os limites textuais implícitos, os limites absolutos e os limites relativos, a oponibilidade dos limites absolutos à técnica da dupla revisão. A profunda análise do acatado professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra encerra uma diretriz para o programa de revisão, que se condensa na regra da

"solidariedade entre os princípios fundamentais da Constituição e as idéias constitucionais consagradas pelo poder de revisão."

O reconhecimento da natureza limitada do poder de revisão é tema comum aos publicistas brasileiros. Pontes de Miranda,<sup>10</sup> nos Comentários à Constituição Federal de 1934, documento que inovou substancialmente a técnica da reforma constitucional brasileira, frisou o caráter limitado do "poder emendador e revisor". Pinto Ferreira<sup>11</sup> sem-

<sup>2</sup> ESMEIN, A. *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, v. II, Recueil Sirey, 1921, pp. 495, 502, 505.

<sup>3</sup> BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*, 2.<sup>a</sup> ed., v. IV, LGDJ, Paris, 1969, pp. 234/235.

<sup>4</sup> MORTATI, Costantino. *Istituzioni di Diritto Pubblico*, v. II, 8.<sup>a</sup> ed., Padova, Cedam, 1969, pp. 234/235.

<sup>5</sup> RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Diritto Costituzionale*, 9.<sup>a</sup> ed., Eugenio Jovenc, 1972, p. 250.

<sup>6</sup> CICCONEI, Stefano Maria. *La Revisione della Costituzione*, Cedam, 1972, pp. 219, 253.

<sup>7</sup> CICCONEI, Stefano Maria. Ob. cit., p. 253.

<sup>8</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, v. I, t. II, Coimbra Ed., 1981, p. 433.

<sup>9</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Dirito Constitucional*, 5.<sup>a</sup> ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1991, pp. 1130, 1134/1138.

<sup>10</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, t. II, Ed. Guanabara, p. 528.

<sup>11</sup> FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, 2.<sup>a</sup> ed., t. I, Konfino Ed., 1951, pp. 174/175. *Curso de Direito Constitucional*, 5.<sup>a</sup> ed., 1991, Ed. Saraiva, p. 19. *Comentários à Constituição Brasileira*, 3.<sup>a</sup> v., 1992, Ed. Saraiva, pp. 192 a 195, 208/209.

pre insistiu na barreira oposta à atividade de reforma constitucional. Nelson de Souza Sampaio,<sup>12</sup> recordando a múltipla designação do poder de reforma, aprofunda o estudo das limitações materiais explícitas e das limitações materiais inerentes à reforma constitucional. José Afonso da Silva<sup>13</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>14</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>15</sup> e Celso Ribeiro Bastos<sup>16</sup>, em valiosas análises dedicadas ao tema, acentuam a natureza limitada do poder de reforma constitucional. Ivo Dantas<sup>17</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 reformador. Edvaldo Brito,<sup>18</sup> no título da obra que contém sua excelente contribuição ao estudo da Teoria da Constituição – Limites da revisão constitucional –, torna inequívoco o entendimento do professor da Faculdade de Direito da Bahia sobre a

natureza limitada do poder de revisão, identificada nos limites imanentes à Constituição jurídica e nos limites transcendentais à ordem constitucional positivada.

### 3. Irreformabilidade, limitações materiais explícitas e limitações materiais implícitas

Como processo de duração transitória, criado pelo constituinte originário, a revisão constitucional recebeu escasso tratamento normativo, que se esgotou na fixação da época – "será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição" –, na estipulação do *quorum* deliberativo – "pelo voto da maioria absoluta dos membros" –, na designação do órgão da revisão – "Congresso Nacional" – e na particularização da modalidade de revisão – "em sessão unicameral" –, dispensando, neste caso, de forma expressa, a solução da sessão conjunta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que melhor preservaria o funcionamento do bicameralismo federal, consagrado na organização constitucional do Poder Legislativo (Constituição, arts. 44-57, § 3.º). Sessão unicameral é sessão de uma só câmara, que conduz ao Congresso monocameral, apagando o Congresso bicameral, não obstante a presença naquele de deputados e senadores, que são os membros do Congresso Nacional.

O órgão da revisão constitucional, seja ele o Congresso em "sessão unicameral" ou o Congresso em sessão conjunta ou bicameral, é ente criado pela Constituição, na fase da atividade do constituinte originário, e a ela congenitamente vinculado. Recebeu do constituinte originário a delegação para rever a Constituição, com a finalidade de auto-regeneração e autoconservação, eliminando as normas que a evolução política, social e jurídica assim aconselhar e aditando no lugar das normas revistas o conteúdo normativo novo, para revitalizar a Constituição. Revisão não é ruptura da Constituição. É o procedimento de alteração material sem a erosão dos fundamentos da Constituição, que se confundem com as decisões políticas fundamentais, o "centro comum de imputação" do sistema constitucional, para nos valermos da formulação conceitual de Francisco Cam-

12 SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*, 2.ª ed. atualizada, 1961, Imprensa Oficial-Bahia, pp. 40, 80, 88.

13 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*, 7.ª ed., 1991, p. 58.

14 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "Teoria Geral do Poder Constituinte". *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n.º 52, janeiro de 1981, pp. 40/41, 50, 57.

15 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 17.ª ed., 1989, Ed. Saraiva, pp. 24/26.

16 BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, 1.º v., 1988, Ed. Saraiva, pp. 155/159. *Curso de Direito Constitucional*, 11.ª ed., 1989, Ed. Saraiva, pp. 32, 36.

17 CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. *Poder de Reforma como Garantia da Supralegalidade Constitucional*. Tese de Doutorado em Direito, Belo Horizonte, 1990, pp. 156/161, 189/200.

18 BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993, pp. 80/81, 92/93.

pos,<sup>19</sup> antigo professor desta Casa de Afonso Pena, que iluminou com os fulgores de sua poderosa inteligência as lições de Direito Público Constitucional, denominação da disciplina nas primeiras décadas deste século.

Do "centro comum de imputação", que limita a atividade do órgão de revisão constitucional, dimanam, inicialmente, as matérias incluídas na cláusula da irreformabilidade do artigo 60, § 4.º, I, II, III, IV, da Constituição. São improponíveis no Congresso Nacional, em sessão apartada de cada Casa, os temas irreformáveis, que não podem ser objeto de emenda à Constituição: a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes, os direitos e garantias individuais. Se não podem ser objeto de emenda, para aboli-las – e a abolição não se circunscreve às formas grosseiras e ostensivas, mas também alcança as formas oblíquas, dissimuladas e ladeantes –, as matérias irreformáveis não poderão constituir objeto de proposta de revisão. Poder de emenda e poder de revisão são poderes instituídos e derivados, instrumentos da mudança constitucional de segundo grau, submetidos um e outro ao "centro comum de imputação", que assegura a permanência das decisões políticas fundamentais reveladas pelo poder constituinte originário.

As limitações do § 4.º do artigo 60 da Constituição são limitações materiais explícitas, assim configuradas na sede da norma constitucional. Essas limitações não exaurem as linhas da demarcação intransponível pelo poder de emenda e de revisão.

Há outras limitações difundidas nas regras constitucionais e de cuja pesquisa se recolherá o conjunto das limitações materiais implícitas. Integram essa categoria os fundamentos do Estado democrático de direito (art. 1.º, I, II, III, IV, V), o povo como fonte de poder (art. 1.º, parágrafo único), os objetivos fundamentais da República Federativa (art. 3.º, I, II, III, IV), os princípios das relações internacionais (art. 4.º, I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, parágrafo único), os direitos sociais (arts. 6.º e 7.º), a definição da

nacionalidade brasileira (art. 12, I, a, b, c, II, a, b), a autonomia dos Estados Federados (art. 25), a autonomia dos Municípios (art. 29, 30, I, II, III), a organização bicameral do Poder Legislativo (art. 44), a inviolabilidade dos deputados e senadores (art. 53), as garantias dos juizes (art. 95, I, II, III), a permanência institucional do Ministério Público (art. 127) e de suas garantias (art. 128, I, a, b, c), as limitações do Poder Tributário (art. 150, I, II, III, a, b, IV, V, VI, a, b, c, d, art. 151) e os princípios da Ordem Econômica (art. 170, I, II, III, IV, V, VI VII, VIII, IX, parágrafo único).

A autonomia dos Estados e dos Municípios e a organização bicameral do Poder Legislativo são princípios abrangidos por dupla limitação de irreformabilidade, a que provém da forma federativa de Estado (art. 60, § 4.º, I), nesta se incluindo a composição plural da República Federativa (art. 18), objeto de limitação material explícita e a que decorre da limitação implícita, por ilação extraída do enunciado da regra explícita.

O plebiscito de 21 de abril de 1993, que consagrou a inequívoca preferência do eleitorado brasileiro pela forma republicana e o regime presidencial, incorporou outra limitação material ao exercício da revisão constitucional. No tocante ao regime presidencial, parece-me que violaria a vontade soberana do eleitorado a introdução no Poder Executivo presidencial de técnicas inerentes ao regime parlamentar, através de regra desconhecida no regime presidencial brasileiro, exprimindo forma oblíqua de manifestação de confiança no Congresso ou de órgão do Congresso em ato do Presidente da República e no Ministério por ele constituído, como seria, por exemplo, a regra que impusesse a aprovação política do Congresso ou de órgão do Congresso na escolha de Ministros de Estado, a qual no regime presidencial, que o eleitorado consagrou plebiscitariamente, sempre caracterizou ato presidencial desvinculado.

O plebiscito, sufragando a República, recomenda o restabelecimento da irreformabilidade dessa forma de governo, que teve origem na Constituição de 1891, associando República e Federação na proibição de pro-

<sup>19</sup> CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*, II v., Livraria Freitas Bastos, 1956, p. 80.

posta de emenda, sempre reproduzida nas constituições republicanas posteriores, regra que o texto de 1988 suspendeu em homenagem à manifestação soberana do eleitorado, afinal verificada, para os efeitos de cancelar a cláusula da provisoriedade da forma de governo.

#### 4. Tendências dominantes da revisão constitucional

Mirkine-Guetzévitch,<sup>20</sup> em livro que alcançou grande notoriedade no direito constitucional do primeiro pós-guerra – *Les Nouvelles Tendances du Droit Constitutionnel* –, analisando as constituições daquele período de intensa elaboração constitucional, extraiu dos novos textos uma tendência dominante e essencial, que o professor do Instituto de Altos Estudos Internacionais da Universidade de Paris denominou de tendência da *racionalização do poder*, locução feliz, que se converteu, provavelmente, nas palavras de maior referência nos *Anais da Assembléia Nacional Constituinte Brasileira de 1934*. A *racionalização do poder* indicava o processo de transposição para o domínio das regras jurídicas da Constituição de práticas e de convenções que disciplinavam o funcionamento consuetudinário das instituições políticas. A organização constitucional do regime parlamentar constituiu-se no tema predileto da racionalização do poder, mediante a apropriação jurídica das regras convencionais do governo de gabinete. Mirkine analisou constituições dotadas de vigência, quando ultrapassadas as indefinições da Assembléia Constituinte. Uma tendência dominante pode ser fixada desde logo. É a natureza limitada da competência do Congresso de Revisão. As limitações são extensas. Basta percorrer a relação das limitações materiais explícitas e a identificação do conteúdo de cada tema da cláusula da irreformabilidade material explícita. A forma federativa de Estado, por exemplo, abrange desde a estrutura da República Federativa (art. 18), percorre a repartição de competências,

nas modalidades da competência geral da União (art. 21), da competência privativa da União (art. 22), da competência comum (art. 23) e da legislação concorrente da União, dos Estados, do Distrito Federal (art. 24), a auto-organização constitucional dos Estados Federados (art. 25), a competência autonômica dos Municípios na organização própria, na legislação de interesse local, na suplementação da legislação federal e estadual, na instituição e arrecadação dos tributos de sua competência e aplicação de suas rendas (arts. 29 e 30, I, II, III), a intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal (art. 34), a intervenção dos Estados nos Municípios (art. 35), alcança a organização bicameral do Poder Legislativo, de forma a assegurar ao Senado a representação igual dos Estados e do Distrito Federal (arts. 44-46) e à Câmara dos Deputados a representação do povo (art. 45), a existência do Poder Judiciário federal e do Poder Judiciário dos Estados e do Distrito Federal (arts. 92-125), a função de guarda da Constituição Federal no Supremo Tribunal Federal (art. 102), a repartição da competência tributária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (art. 145) e as vedações dirigidas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, inscritas nas limitações do poder de tributar.

As limitações materiais explícitas se desdobram nas limitações implícitas mediante a revelação de ilações que decorrem das limitações materiais. A interpretação da proposta de emenda tendente a abolir não se detém na emenda frontal, grosseira, rombuda, aleijão jurídico escandaloso, para abranger na sua eficácia proibitória a proposta oblíqua, indireta, sinuosa, capaz, pelos seus efeitos nocivos, de incorrer no comprometimento da irreformabilidade e na virtual abolição da regra e do princípio protegidos pela intangibilidade.

No domínio dos temas suscetíveis de revisão, as tendências dominantes parecem confluir para os seguintes, em relação não exaustiva:

1. Reformulação do sistema tributário nacional.
2. Adoção do sistema eleitoral misto.

<sup>20</sup> MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. *Les Nouvelles Tendances du Droit Constitutionnel*, Paris, Marcel Giard, 1931, p. VII.

3. Estabelecimento de percentuais do eleitorado, para assegurar a representação dos partidos políticos na Câmara dos Deputados e nas Assembléias Legislativas estaduais.

4. Reintrodução do princípio da fidelidade partidária.

5. Recomposição da representação dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados.

6. Limitações na expedição presidencial de medidas provisórias.

7. Dilatação dos espaços da livre concorrência e da economia de mercado na Ordem Económica.

8. Financiamento da seguridade social.

4.1. Pesquisa de opinião<sup>21</sup> entre membros do Congresso de Revisão apurou que 61% dos congressistas ouvidos consideram prioritária a reformulação do sistema tributário da Constituição de 1988. Há vários projetos, alguns sob a forma de proposta de emenda à Constituição, apresentados em período anterior ao da instalação do Congresso de Revisão. Projetos não formalizados e propostas de emendas exprimem o propósito comum de simplificar o sistema tributário nacional, reduzindo o número dos impostos, de modo geral, e concentrando a tributação nos impostos não declaratórios. O Professor Sacha Calmon Navarro Coelho, titular de Direito Tributário e Financeiro da Faculdade de Direito da UFMG, apresentou, recentemente, ao plenário da Comissão Especial de Revisão Constitucional,<sup>22</sup> instituída pelo Senhor Presidente da República, com a finalidade de "identificar propostas de interesse fundamental para a Nação", um completo projeto

<sup>21</sup> O Estado de São Paulo, 3 de outubro de 1993, A 10.

<sup>22</sup> A Comissão Especial de Revisão Constitucional, prevista no Decreto presidencial de 5 de agosto de 1993, publicado no *Diário Oficial* de 6 de agosto, compreende, atualmente, os seguintes membros, conforme o ato de designação do Sr. Presidente da República, reproduzido no *Diário Oficial* de 31 de agosto de 1993: Alexandre de Paula Dupeyrat Martins, Raul Machado Horta, Sérgio de Andréa Ferreira, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Sacha Calmon Navarro Coelho, Eros Roberto Grau, Washington Peluso Albino de Souza, Maurício José Godinho Delgado, Inocêncio Mártires Coelho, Arthur Pereira de Castilho Neto, Hugo Gueiros Bernardes, sob a coordenação do Dr. Alexandre de Paula Dupeyrat Martins.

de reformulação do sistema tributário brasileiro. O projeto contempla a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com três impostos em cada nível de governo. Caberá à União o imposto sobre comércio exterior (importação de produtos estrangeiros e exportação de produtos nacionais ou nacionalizados), o imposto seletivo sobre consumos de massa, com alíquotas moderadas, exceto para fumo e bebidas – nesse quadro a União recupera para sua competência a tributação sobre minerais do País, combustíveis líquidos e gasosos e seus derivados – e mantém o imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza. Aos Estados e ao Distrito Federal tocarão os impostos sobre transmissão *causa mortis*, doação de quaisquer bens ou direitos, propriedade de veículos automotores e valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias, com alíquotas reduzidas para os gêneros de primeira necessidade e produtos agropecuários. Os Municípios ficarão com o imposto sobre a propriedade imobiliária urbana, o imposto sobre a propriedade territorial rural, este por seu deslocamento da competência da União, e o imposto sobre serviços de qualquer natureza, exceto comunicações e transportes, salvo se forem estritamente municipais. A concepção federativa que inspira o Projeto Sacha Calmon projeta-se na repartição da receita tributária da União, para beneficiar Estados e Municípios, e na dos Estados, para favorecer os Municípios com o produto de percentuais de impostos estaduais. O projeto corrige demasias da Constituição de 1988, que redistribuiu 47% da arrecadação federal dos impostos sobre a renda e proventos e produtos industrializados e, ainda, atribuiu aos Estados e ao Distrito Federal dez por cento do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados (Constituição Federal de 1988, art. 159, I, II). Corrigindo desequilíbrios da repartição tributária de 1988, sem sacrificar a competência dos Estados e dos Municípios, o Projeto Sacha Calmon é um modelo de equilíbrio federativo.

4.2. A introdução de modificações no sistema eleitoral vem sendo recomendada, com

insistência crescente, nos últimos trinta anos. Revelam esse estado de espírito reformista os numerosos projetos de leis, na Câmara e no Senado, preconizando o voto distrital e o sistema eleitoral misto: Projeto de Lei n.º 38, de 1960 (Milton Campos), Projeto de Lei n.º 132, de 1963 (Cunha Bueno), Projeto de Lei n.º 1.036, de 1963 (Oscar Corrêa), Projeto de Lei n.º 2.152, de 1964 (Franco Montoro), Projeto de Lei n.º 280, de 1977 (José Sarney), Projeto de Lei n.º 233, de 1979 (Tarso Dutra). O Senador Gustavo Capanema<sup>23</sup> elaborou substancioso trabalho, a título de "um conjunto de bases para elaboração de projeto de lei", no qual justificou o que o ilustre mineiro chamou de sistema eleitoral eclético, "resultante da conciliação de um conjunto de regras, umas próprias do princípio majoritário e outras oriundas do princípio da representação proporcional".

O sistema eleitoral misto, que parece reunir preferência dominante, inspira-se no modelo alemão, inaugurado em 1949 e aprimorado em sucessivas leis eleitorais, que concilia a representação proporcional, em listas partidárias, e a votação majoritária no distrito eleitoral. No sistema eleitoral misto alemão, como esclarece o Professor Gregor Baranow,<sup>24</sup> da Universidade de Brasília, "o eleitor dispõe de dois votos. O primeiro é distrital propriamente dito, isto é, por meio dele o eleitor inscrito no distrito eleitoral escolherá, diretamente, o candidato de sua preferência". "É com o seu segundo voto que o eleitor vota em uma das listas propostas pelos partidos. Nestas, ele não elege candidatos individualmente, mas o partido de sua preferência, prevalecendo a ordem dos candidatos ali fixada pelo próprio partido".

A representação proporcional exprimiui na sua origem e implantação no Código Eleitoral de 1932 e na Constituição Federal de 1934 uma aspiração coletiva de aprimoramento das eleições e das instituições políticas, como pregaram os corifeus da Aliança Liberal, sob a invocação tutelar da *Justiça e*

*Representação*. Na evolução de sua prática, deformou-se a representação proporcional, distanciando-se da proteção das minorias, para contaminar-se na corrupção eleitoral, submergir no artificialismo da representação sem autenticidade e patrocinar a fragmentação do sistema partidário. O sistema eleitoral misto está em condições de renovar o processo eleitoral, conciliando as vantagens da representação proporcional na apuração das preferências políticas e a autenticidade da eleição majoritária no distrito, aproximando na imediatidade do voto o candidato e o eleitor.

4.3. Em relação aos partidos políticos, configurou-se a tendência de fixar na Constituição percentuais do eleitorado, distribuídos por Estados, e os da representação partidária na Câmara dos Deputados, para assegurar o funcionamento de partido político de âmbito nacional.

4.4. Visando ao fortalecimento da estrutura dos partidos políticos, ressurgiu a tendência de reintroduzir na Constituição o princípio da fidelidade partidária, em caso de oposição às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária, com a sanção de perda do mandato legislativo.

4.5. Pesquisa de opinião<sup>25</sup> indicou a tendência favorável à recomposição da regra de fixação do número total de deputados na Câmara. Essa recomposição poderá ser alcançada pela estipulação de uma proporção entre habitantes e o número de deputados, com o mínimo e o máximo da representação, previstos na Constituição. A regra da proporcionalidade entre o número de habitantes e o número de deputados, enunciada diretamente na Constituição – um deputado para cada trezentos mil habitantes até cinquenta deputados e, além desse limite, um deputado para cada quinhentos mil habitantes, por exemplo – restauraria critério consagrado nas Constituições Federais de 1891 (art. 28, § 1.º), 1934 (art. 23, § 1.º), 1946 (art. 58) e 1967 (art. 41, § 2.º). A adoção desse critério não deve comprometer o equilíbrio federativo. O sacrifício na representação dos Estados menos populosos será mínimo. A representação do Estado de São Paulo, que sofre os

<sup>23</sup> *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, abril/junho de 1983, n.º 78, p. 431.

<sup>24</sup> BARANOW, Ulf Gregor. "Lei Eleitoral da República Federal da Alemanha", *Revista de Informação Legislativa*, abril/junho 1992, n.º 114, p. 634.

<sup>25</sup> *O Estado de São Paulo*, 3 de outubro de 1993, A 12.

efeitos negativos de notória sub-representação, poderá fixar-se em oitenta e seis deputados, com ampliação de vinte e seis deputados na representação atual. O aumento global na composição da Câmara dos Deputados não ultrapassará sete deputados: 503 para 510. Os Estados menos populosos teriam sua representação reduzida de 1 deputado: 8, que é o mínimo atual, passaria para 7 (sete). A preservação da representação mínima e da representação máxima, nos limites ora oferecidos, estaria em condições de manter o equilíbrio federativo e assegurar o mecanismo compensatório a ele inerente, de modo a evitar desequilíbrios que poderiam repercutir na integração nacional da Federação.

4.6. A expedição de medidas provisórias, autorizada pelo artigo 62 da Constituição de 1988, conferiu ao Presidente da República o exercício da legislação governamental, que Burdeau<sup>26</sup> qualificou de "fenômeno geral e irreversível" nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. A Constituição de 1988 buscou na Constituição da Itália de 1947 o modelo da medida provisória. Originariamente introduzida no Projeto de Constituição (A) da Comissão de Sistematização da Assembléia Nacional Constituinte, a técnica se integrava no processo legislativo do governo parlamentar, organizado naquele projeto. Posteriormente, o Projeto de Constituição (B) da Comissão de Sistematização, votado no segundo turno da Assembléia Nacional Constituinte, inclinou-se pelo regime presidencial e manteve a medida provisória na competência do Presidente da República.

A decisão plebiscitária de 21 de abril de 1993, que manteve o regime presidencial de governo, aconselha a reformulação da medida provisória, para ajustá-la às exigências do regime de governo, mediante a introdução de regras de controle da competência presidencial, de modo a resguardar o equilíbrio entre os poderes do Congresso Nacional e os poderes do Presidente da República. No elenco das regras de controle, poderá prever-se a limitação da renovação da medida provisória,

a exclusão de determinadas matérias legislativas do âmbito da medida provisória, como as que são vedadas à delegação legislativa – os atos de competência exclusiva da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Congresso Nacional, a matéria reservada à lei complementar – e a esse conjunto, que identificaria o tratamento comum à delegação legislativa e à medida provisória, seriam acrescidos casos vedatórios específicos, assim a instituição, alteração e cobrança de tributos, os direitos individuais, os direitos sociais, os direitos políticos, a legislação eleitoral, a legislação penal, comercial, civil, trabalho e processual.

4.7. O eminente Professor Washington Peluso Albino de Souza, analisando os "conflitos ideológicos na Constituição econômica",<sup>27</sup> demonstrou a convivência de modelos antagônicos no Título da Ordem Econômica e Financeira da Constituição de 1988. Pesquisas de opinião<sup>28</sup> confirmam a presença de duas tendências dominantes, em relação aos temas constitucionais da Ordem Econômica. Uma, mantendo as regras atuais e, portanto, os conflitos ideológicos entre os modelos antagônicos, e a outra, preconizando soluções favoráveis à expansão da livre iniciativa e da livre concorrência. Se prevalecer a primeira tendência, a Ordem Econômica não receberá maiores alterações, conservando o modelo dualista, fundado na convivência conflituosa entre princípios contraditórios: livre iniciativa e atividade monopolística, livre concorrência e discriminação entre empresa brasileira e empresa de capital nacional. Se a segunda tendência preponderar nas deliberações da revisão, o conflito entre modelos antagônicos tenderá a desaparecer para consolidar a economia de mercado, com a eliminação ou a considerável redução da atividade monopolística e o desaparecimento da discriminação entre empresa brasileira e empresa de capital nacional.

4.8. É generalizada a convicção de que o financiamento da seguridade social é tema

<sup>26</sup> BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*, v. VIII, LGDJ, 1974, p. 554.

<sup>27</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. "Conflitos Ideológicos na Constituição Econômica", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 74/75, janeiro/julho de 1992, pp. 27/28.

<sup>28</sup> *O Estado de São Paulo*, 3 de outubro de 1993, A 12.

prioritário para superar o quadro atual de insuficiência de recursos e de insatisfatória prestação de serviços. Em declarações o ex-Ministro Antônio Brito,<sup>29</sup> à época responsável pela Previdência Social, assinalou que "o sistema de financiamento da saúde, da previdência e da assistência social não deu certo". Entre os pontos críticos do sistema, destacou que a "previdência tem que pagar 100% dos brasileiros, mas se financia por apenas 39% dos que recebem salários e têm carteira assinada"; "estamos gastando este ano, disse o Ministro, US\$ 5 bilhões com o setor rural, enquanto as contribuições do campo não chegam a US\$ 800 milhões". Há propostas para introduzir na seguridade social o modelo da complementação dos benefícios da aposentadoria. Sem embargo da reformulação do modelo, o ponto central da seguridade social reside na mobilização de recursos financeiros capazes de suportar os encargos reclamados pela previdência social e assistência social, especialmente se for mantido o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento. O Projeto Sacha Calmon prevê os impostos sociais, recaindo sobre os empregadores, sob a forma de adicionais sobre o valor das prestações de serviços e das operações financeiras, sobre circulação de mercadorias,

mensalmente, com alíquotas nunca inferiores a 3% (três por cento), imposto não cumulativo; sobre o lucro líquido, apurado anualmente, com alíquota nunca inferior a 3% (três por cento); dos empregados sobre o recebimento de salários e proventos, progressivamente, com alíquota máxima de 18%; sobre a receita de concurso de prognóstico, jogos, planos de apostas e capitalização e afins, com alíquotas nunca inferiores a 30%. A concepção dos impostos sociais procura atender ao princípio constitucional de que "a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta".

Contida pelas limitações materiais explícitas e pelas limitações implícitas, que circunscrevem o quadro de sua competência, a revisão constitucional disporá, entretanto, de margem apreciável de atuação. A atividade revisionista representará oportunidade histórica para, em nova leitura da Constituição, corrigir demasias, aprimorar institutos e regras, eliminar rumos conflitantes, de modo que se possa consolidar na alma e no espírito do povo o acatamento à Constituição, como instrumento da evolução pacífica do Estado e da sociedade, indispensável ao bem-estar social dos brasileiros.

---

<sup>29</sup> *O Globo*, 9 de outubro de 1993, fls. 3.

## Crime de responsabilidade do Prefeito

ADILSON ABREU DALLARI

Ao se abordar o tema do crime de responsabilidade, é preciso deixar claro, antes de mais nada, que a responsabilidade é algo elementar ao sistema republicano, adotado em nossa Constituição, e reafirmado em consulta plebiscitária.

Em sistemas outros, como a monarquia conforme já ocorreu no Brasil quando vigente a Constituição do Império, de 1824, pode-se adotar a regra de que o rei não erra, de que o rei é irresponsável.

No regime republicano, que é baseado na igualdade entre as pessoas, todo governante governa, por força de uma outorga dos governados, dos iguais. O governante não é alguém imaneamente mais importante ou diferente dos cidadãos. Todo e qualquer governante é um cidadão que foi investido numa função de comando. Esse governante continua sendo um cidadão, um igual, que recebeu um mandato para desempenhar uma determinada função. E se não for fiel ao mandato recebido pode ser responsabilizado, pode ser apeado do poder.

É elementar no sistema republicano a possibilidade de se responsabilizar todo e qualquer governante.

Esta consideração preliminar é feita para afastar entendimento equivocado a respeito do assunto, no sentido de que a possibilidade de cassação do mandato de chefe do Executivo é como uma bomba atômica, que existe para não ser usada, pois configuraria, ou pelo menos poderia representar, uma agressão ao sistema. Ora, agressão ao sistema é não usar a possibilidade de responsabilização de todo e qualquer governante. Agredir

Adilson Abreu Dallari é professor titular da PUC/SP.

o sistema é não aplicar esse mesmo sistema em toda a sua inteireza.

Responsabilidade é algo elementar. Tem que haver. Onde houver exercício de poder, haverá responsabilidade e, no caso da responsabilidade de Prefeito, cabe verificar, inicialmente, como essa matéria era tratada entre nós.

É imperioso que se faça um retrospecto à Constituição de 1946 para que se tenha uma visão de conjunto, para que não se fique, apenas e tão-somente, baseado no famoso Decreto-Lei n.º 201/67, como se nada houvesse antes disso, como se a responsabilidade tivesse sido "inventada" pela ditadura ao editar o citado decreto-lei.

A responsabilidade política do chefe do Poder Executivo estava prevista na Constituição Federal de 1946. O crime de responsabilidade era previsto no texto constitucional, que remetia para a legislação ordinária tanto a sua tipificação quanto o seu julgamento. Tais assuntos eram tratados pela Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950.

Essa lei dispunha sobre a responsabilidade do Presidente da República, dos Governadores, dos Ministros de Estado e de outras autoridades, mas não se referia aos Prefeitos.

A responsabilidade dos Prefeitos foi objeto de uma lei específica, a Lei n.º 3.528, de 3 de janeiro de 1959, que, depois de tipificar as condutas qualificadas como crime de responsabilidade (em seu art. 1.º), dizia, em seguida, que a punição pelo cometimento de crime de responsabilidade (perda do cargo e inabilitação para o exercício de função) não impediria o processo e julgamento por crime comum "perante a Justiça ordinária", quando a mesma conduta também fosse tipificada como infração penal.

Importante é salientar que a Lei n.º 3.528/59 estipulava que a competência para disciplinar o processo e julgamento dos Prefeitos era da legislação estadual, mas que, na inexistência de lei estadual, aplicar-se-iam, no que fosse cabível, as normas estabelecidas na Lei n.º 1.079/50.

De todo modo, tal lei cuidava especificamente do julgamento dos crimes de responsabilidade dos Prefeitos, e fazia menção a uma outra lei, que também tratava exclusiva-

mente desta matéria, deixando claro que crime de responsabilidade era algo que existia paralelamente aos crimes comuns, crimes funcionais, crimes contra a administração pública, previstos no Código Penal. Uma coisa era crime comum; outra coisa era crime de responsabilidade.

Cabe, agora, examinar, com maior detença, a questão do julgamento dos crimes de responsabilidade cometidos pelos Prefeitos. Dizia o art. 3.º da Lei n.º 3.528/59 que "os Prefeitos municipais serão processados e julgados, nos crimes de responsabilidade, pelo modo previsto na Constituição e nas leis estaduais". Tal estipulação é um importante ponto de partida para levar a uma conclusão preliminar extremamente significativa.

Como se sabe, no regime da Constituição de 1946, competia à União Federal legislar sobre direito penal. Portanto, crime de responsabilidade não era matéria de direito penal e, por isso, era tratado pelas Constituições e leis estaduais. Como no regime da Constituição de 1946, o Município era parte da organização estadual, era, então, possível que essa matéria fosse disciplinada na legislação estadual.

Dizia, portanto, essa lei, que disciplinava a responsabilização dos Prefeitos, que o processo seria feito nos mesmos termos da lei federal que dispunha sobre crime de responsabilidade do Presidente da República, Ministros e Governadores, mas tais crimes seriam "processados e julgados de acordo com a Constituição e leis estaduais", e completava, no parágrafo único do art. 4.º dizendo que, "quando não dispuser de outra forma a legislação estadual, o julgamento incumbirá à Câmara dos Vereadores, que só poderá proferir sentença condenatória pelo voto de 2/3 de seus membros...".

Convém sublinhar que, no regime normal, democrático, constitucional, de 1946, uma coisa era o crime de responsabilidade e outra coisa era o crime comum. Crime de responsabilidade não é matéria penal. Nós sabemos que a interpretação mais pobre é aquela que se restringe à literalidade.

Jurista não é aquele que sabe ler a lei. Se assim fosse, bastaria que alguém fizesse um Mobral para ser jurista. Jurista é aquele que

conhece o sistema jurídico, que consegue interpretar o sistema; não a literalidade das palavras. Crime de responsabilidade não é crime; crime de responsabilidade é infração político-administrativa, e, por isso, deve ter um julgamento de natureza política, por um órgão político. Quem julga crime de responsabilidade, infração político-administrativa, não é o Poder Judiciário; é um órgão político, é o Poder Legislativo. Isso era a normalidade existente no regime constitucional de 1946.

Depois disso, o País atravessou um período de excepcionalidade. Nesse período de excepcionalidade, havia uma particularidade muito importante: o Presidente da República era nomeado pelos donos do poder; os Governadores eram designados pelo Presidente da República; portanto, pelo mesmo sistema, nada democrático.

Para dar uma certa conotação "democrática", os Municípios que eram miseráveis, desprovidos de recursos financeiros, e que tinham uma autonomia puramente nominal, não real, poderiam eleger os seus governantes. Mas, para efeitos externos, para mostrar ao mundo que neste País governante desonesto era punido, criou-se uma legislação específica para punir Prefeitos. Não por acaso, isso se fez por meio de um decreto-lei, que foi editado quando o Poder Legislativo estava em recesso forçado, ou seja, fechado por um ato de força.

O Decreto-Lei n.º 201, que dispõe sobre a responsabilidade de Prefeitos e Vereadores, foi editado com base no Ato Institucional n.º 4; ele jamais teve qualquer suporte constitucional. O Decreto-Lei n.º 201 não se coaduna absolutamente com o sistema constitucional, é uma excrescência dentro do sistema constitucional; ele viola completamente o sistema constitucional. É muito importante salientar e repertir que ele foi editado com base em ato institucional.

O fato é que o Decreto-Lei n.º 201 estabeleceu uma distinção totalmente esdrúxula entre crime de responsabilidade e infração político-administrativa, dando ao crime de responsabilidade a natureza de infração penal, o que se chocava com a doutrina e com a Carta Constitucional então vigente.

Mas ato institucional, como ato de força, não tem limites, faz o que quiser. Ato institucional não tem qualquer compromisso com o sistema jurídico. O problema é que o Decreto-Lei n.º 201, e especialmente a distinção feita pelo mesmo, não encontra amparo no sistema constitucional vigente.

A Constituição Federal de 1988 evidencia, claramente, que crime de responsabilidade não é e não se confunde com infração penal. Quando cuida de crime de responsabilidade do Presidente da República, a Constituição faz uma distinção muito clara entre crime de responsabilidade e crime comum (infração penal).

Crime comum do Presidente da República é julgado pelo Supremo Tribunal Federal; por um órgão do Poder Judiciário. Crime de responsabilidade do Presidente da República é julgado pelo Senado Federal; não pelo Poder Judiciário, porque não se trata de crime no sentido penal, porque não é uma infração penal. Crime de responsabilidade é uma infração político-administrativa.

Na Constituição do Estado de São Paulo, o crime comum do Governador é julgado pelo Tribunal de Justiça. Crime de responsabilidade do Governador é julgado por uma comissão mista de parlamentares e desembargadores; por um órgão estranho, externo ao Poder Judiciário. Isso porque crime de responsabilidade não é infração penal; é infração político-administrativa.

A Constituição do Estado de São Paulo, quando cuida da competência do Tribunal de Justiça, no inciso I do art. 49, diz que "competete ao Tribunal de Justiça julgar, nos crimes comuns...", uma série de autoridades, inclusive o Prefeito; e, no inciso II, ela se refere, "nos crimes de responsabilidade...", a uma série de autoridades, mas não inclui o Prefeito.

Pode-se até questionar essa competência para julgar crimes de responsabilidade; qual seria sua natureza? Jurisdicional ou política? Mas o fato inquestionável é o de que não abrange o Prefeito municipal.

Portanto, não pode haver dúvida. Uma coisa é infração penal, comum, disciplinada pela legislação penal. O Código Penal está em vigor, cuidando dos crimes contra a ad-

ministração pública, que podem ser cometidos, inclusive, por Prefeitos. O Prefeito pode perfeitamente ser julgado, pelo Tribunal de Justiça, no caso de cometer peculato, emprego irregular de verbas públicas, concussão, prevaricação. Tudo isso não é crime de responsabilidade; tudo isso é crime comum que o Prefeito pode cometer, e ser julgado pelo Poder Judiciário.

Ao lado disso, existe o crime de responsabilidade, que é uma infração político-administrativa e, portanto, sujeita a julgamento por um órgão político, que é o Poder Legislativo.

A Constituição do Estado de São Paulo fez uma separação bem grande, dizendo que compete ao Tribunal de Justiça julgar os Prefeitos nos crimes comuns; mas, ao dispor sobre a competência do Tribunal de Justiça para julgar crimes de responsabilidade, ela omitiu o Prefeito, ela foi silente, mas esse é um silêncio eloqüente. Ao dispor sobre o julgamento de crimes de responsabilidade, não faz referência ao Prefeito, mas faz referência a Secretários de Estado, ao Procurador-Geral de Justiça, ao Procurador-Geral do Estado.

Não obstante esse silêncio eloqüente, o Tribunal de Justiça de São Paulo baixou um assento dizendo que "compete às câmaras criminais o julgamento dos Prefeitos municipais, nas infrações penais comuns e de responsabilidade". Notem: infrações penais comuns e de responsabilidade, como se o gênero infração penal comportasse duas espécies: comuns e de responsabilidade.

Já o Tribunal de Justiça da Bahia decidiu o seguinte: que o julgamento do Prefeito, por crime de responsabilidade, não compete às câmaras, e sim ao tribunal pleno, mas, de qualquer maneira, declarando a competência do Tribunal de Justiça.

Não é possível aceitar esse entendimento dos tribunais, pelas razões já expostas e que precisam ficar muito bem assentadas. Uma coisa é infração penal, e o que é infração penal é disciplinado pela legislação federal, que cuida de direito penal, e o julgamento se fará pelos órgãos do Poder Judiciário. Outra coisa é infração político-administrativa.

No caso dos Prefeitos, compete ao Município se organizar. Ao se organizar, o Muni-

cípio não pode deixar de tratar dessa matéria, que é elementar ao sistema republicano. A lei orgânica de cada Município deve tratar dessa matéria. É a lei municipal que vai definir os casos que são considerados infrações político-administrativas, e é a lei municipal que vai definir o julgamento das infrações político-administrativas, crimes de responsabilidade, pela Câmara Municipal.

É forçoso, entretanto, admitir uma sobrevida do Decreto-Lei n.º 201, apenas em função do seguinte: como a responsabilidade é elementar, não pode, por falta de uma legislação específica, o Prefeito ficar incólume. Não é porque não se tenha editado lei municipal que ele não pode ser responsabilizado. Supletivamente, se não houver lei municipal, pode-se tomar os tipos previstos no Decreto-Lei n.º 201, mas o julgamento continuará sendo, de qualquer forma, feito pela Câmara Municipal, pela simples e pura razão de que crime de responsabilidade não é infração penal; infração político-administrativa.

Não obstante o presente trabalho pretenda ser uma digressão teórica, é muito esclarecedor e significativo um fato deveras ocorrido que passa a ser relatado.

Um Prefeito telefona para seu advogado e diz: – Doutor, há dois policiais aqui, na Prefeitura. – Dois policiais, na Prefeitura! Fazendo o quê? – Eles estão verificando, aqui, as minhas contas, os meus arquivos, a contabilidade. – Mas o que é que eles estão fazendo aí? – Bom, eles dizem que têm uma ordem judicial. – Então, peça a ordem judicial e me diga o que está escrito lá. – Tudo bem, mas se eles não derem? – Se não lhe derem, ponha os dois na rua, porque só há dois jeitos de policial em serviço entrar na Prefeitura: um é com ordem judicial e o outro é com o consentimento do Prefeito.

A essas alturas, veio, por fax, a tal ordem judicial. A ordem judicial era a seguinte: era uma representação do Procurador-Geral da Justiça, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, dizendo que recebeu uma denúncia de fatos que teriam ocorrido no Município, e concluindo, literalmente: "Não há dúvida que a conduta do Sr. Prefeito municipal pode caracterizar, pelo menos em tese, práti-

ca de crime de responsabilidade, prevista no Decreto-Lei n.º 201".

Ora, ainda que pudesse, em tese, infringir o Decreto-Lei n.º 201, caberia lembrar que o mesmo não tem amparo constitucional, porque foi editado com base no Ato Institucional n.º 4. Ele não foi e nem poderia ter sido recebido pelo sistema constitucional vigente.

Mesmo que, em tese, houvesse prática de crime de responsabilidade, isso não seria problema do Tribunal de Justiça, nem do Ministério Público, mas sim da Câmara Municipal. Se, em tese, configurasse crime comum, aí sim, o Tribunal de Justiça e o Ministério Público teriam a ver com isso. Mas nesse caso, dizendo que, em tese, estaria configurado crime de responsabilidade, o Procurador-Geral do Estado requereu ao Tribunal de Justiça a instauração do competente inquérito policial, já sugerindo um exame pericial contábil na Prefeitura. Isso tudo foi deferido.

Tal deferimento é uma agressão brutal à autonomia municipal. Quem tem que zelar

pelo correto, pelo correto cumprimento do mandato recebido pelo Prefeito é o próprio Município, através dos seus representantes políticos. Quem é juiz de saber se o Prefeito está ou não está se comportando de acordo com o mandato recebido é única e exclusivamente a Câmara Municipal, porque os Vereadores receberam uma delegação nesse sentido dos munícipes, dos constituintes, daqueles mesmos que outorgaram o mandato ao Prefeito.

Como conclusão, cabe afirmar, com absoluta segurança, que o art. 29 da Constituição Federal (que diz competir ao Tribunal de Justiça o julgamento dos Prefeitos) deve ser entendido corretamente no seguinte sentido: compete ao Tribunal de Justiça o julgamento dos Prefeitos, no caso de crime comum.

Na sistemática constitucional, onde fica claro que crime de responsabilidade não é infração penal, mas infração político-administrativa, os crimes de responsabilidade dos Prefeitos devem ser definidos pela lei municipal e julgados pela Câmara Municipal.

## Concessões e permissões de serviços públicos: proposta legislativa

LAFAYETTE PONDÉ

O assunto sobre que devemos hoje conversar é o do substitutivo da Câmara dos Deputados do projeto de lei do Senado Federal que "dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal" – assunto de grande interesse, já por envolver uma forma tradicional de gestão administrativa, já por pretender que o legislador decifre uma linha divisória entre os vocábulos *concessão*, *permissão* ou *autorização*, vocábulos esses tão afins que, por terem múltiplas acepções, em especial quando aplicados à execução de serviços públicos, muita vez se interpenetram e valem como sinônimos.

Essa polissemia, aliás, é uma constante no direito administrativo, facilitada por sua formação histórica – seus conceitos construídos pela doutrina, mais do que pelas leis escritas. Diz-se até que essa é a sua *fraqueza* acentuada pelo professor Marcel Waline, um de seus mais consagrados mestres, de renome universal:

"A maior fraqueza do direito administrativo é a incerteza de sua terminologia. Sem insistir nas confusões que resultam dos múltiplos significados de um termo tão vago como o de *concessão* ou mesmo o de *requisição*, basta lembrar a expressão *serviço público*, da qual Duguit pretendeu fazer a base única de todo o direito público, e hoje é quase destituída de significação precisa." (*Rev. Droit Publ.*, 1953/469.)

Lafayette Pondé é professor da Faculdade de Direito da Faculdade Federal da Bahia.

E, insistindo sobre as dificuldades de interpretação dos textos, repetia exemplifican-

do com *l'imprécision, le caractere amphibologique de cette expression concessionnaire n'a pas fini non plus de susciter de véritables quiproquos* (id.; 1957/522).

...É exatamente sobre esses termos que devemos conversar.

Este é o texto da Constituição a que o Projeto alude:

"Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado."

O dispositivo difere das Constituições anteriores (o art. 167 da Emenda Constitucional n.º 1/69, o 160 da Carta de 1967, o 151 da de 1946, o 147 da de 1937, o 137 da de 1934) na parte em que estas reservavam a matéria à competência legislativa da União e ele a define como "incumbência", isto é, função institucional do poder público a que interesse a prestação de seus próprios serviços, direta ou indiretamente (*sic*). Tanto mais válida é essa ampliação quanto ao Legislativo federal somente é dado hoje emitir "normas gerais sobre contratação administrativa", nos limitados termos do art. 22, VII, da Constituição. Por via de consequência, a "lei", a que aquele parágrafo único alude, há de ser a do Estado, ou Município, a que o serviço pertença.

O projeto, pois, dispõe *ultra vires*, quando pretende envolver os serviços estaduais, ou os municipais.

Por outro lado, todavia, o dispositivo nada inova quando desdobra o vocábulo *concessão* em *concessão* ou *permissão*, a

modo da Constituição de 1934, que dizia "concessão ou delegação de serviço".

Ali, em 1934, como hoje, a conjunção é explicativa e, como tal, designa uma relação de identidade entre os dois termos. Essa aliás é a sua função gramatical, e tanto a delegação se identifica com a concessão quanto esta tem o mesmo sentido de "permissão".

A concessão é um ato administrativo unilateral, um ato de autoridade, por efeito do qual esta delega a outrem o exercício de um de seus poderes, ou lhe atribui um direito, ou condição jurídica. No primeiro sentido, é *traslativa* (v.g., concessão de uso de domínio público, ou a mesma execução de serviço público, ou a de espaço aéreo etc.); no segundo, é *constitutiva* (v.g., naturalização, *status*, título honorífico). Em ambos os casos, sempre um ato administrativo unilateral. Sempre foi assim, desde os reis absolutos, na outorga de privilégios e regalias. Entre nós, desde as capitânicas, as minas de ouro e prata, as sesmarias.

A forma contratual é tão-só um expediente para garantir o concessionário contra eventual arbítrio do concedente, em face dos altos custos de implantação e manutenção do empreendimento concedido. Em rigor, não se configura uma situação de natureza contratual, senão em parte, porque são dois atos diferentes – um, do concedente, outro, a estipulação ajustada com o concessionário: um, de natureza regulamentar, inegociável, matéria fora do comércio, o outro, de natureza negocial, acessório e subordinado, mediante o qual se ajustam as condições financeiras, os direitos e obrigações, de interesse econômico, patrimonial, do concessionário.

Por isso, exatamente por isso, diz-se que aí se configura um *contrato*, mas um *contrato parcial*, isto é, um contrato pela metade, senão um ato misto, um "ato complexo"; e até há quem o tenha como a junção de três atos distintos: a) um ato condição, unilateral, do concedente; b) um ato regulamentar, que dispõe sobre as relações do serviço com os usuários; c) um terceiro ato, este contratual entre o concedente e o concessionário, concernente à gestão do serviço (F.P. Benoit, *Droit adm. français*, 1968, n.º 1.582; A. Laubadère, *Droit publ. économique*, Dalloz, p.

294; e *Th. gén. contr. adm. I*, Auby-Ducos, *Grandes services publ.*, 1969, pp. 205-209; G. Landi Potenge, *Dir. Amm.*, 1960, 178; B. Cavallo – Di Plinio, *Man. dir. pubbl. econ.*, 1983, pp. 452 ss; M.S. Giannini, *Dir. pub. econ.*, 1985, pp. 188 ss.)

Essa garantia contratual é a pedra de toque para distinguir, no regime da execução de serviço público, a concessão, a autorização, ou permissão – tanto é indiferente, para a administração e para os usuários, a adoção de uma ou outra. Daí a observação do professor Caio Tácito: "a legislação, como a doutrina ou a jurisprudência, não consolidaram, entre nós, a clara linha divisória entre a autorização ou permissão administrativa e a concessão" (*Rev. Dir. Adm.*, 86, p. 335). Ou, como acentua Hely L. Meirelles: "além dos serviços *concedidos*, há ainda os *serviços permitidos* e os *serviços autorizados*. Todos são modalidades de serviços delegados ao particular, apenas por formas e com garantias diferentes" (*Dir. Adm. Bras.*, 1985, p. 235).

E são incontáveis os exemplos da legislação:

– No Código da Aeronáutica (Lei n.º 7.565, de 19-12-86): o regime de concessão, ou de autorização conforme se trate de transporte "regular", ou "irregular", ou "de serviços especializados" (art. 180).

– No Código de Telecomunicações (Lei n.º 4.117, de 27-8-62 e Decreto n.º 52.026, de 20-5-63) "autorização", se condicionado a prazo certo; "concessão é a autorização" (*sic*) para execução dos serviços de caráter nacional ou regional e de televisão; "a permissão é a autorização" (*sic*) ... para execução de serviços especificados". No art. 17: "a outorga de autorização ... será através de concessões ou permissões" (*sic*). E no art. 27: "os prazos de concessão e permissão serão de 10 anos para o serviço de radiodifusão sonora e de 15 anos para o de televisão" (*sic*).

– Na legislação sobre transporte rodoviário (Decreto n.º 92.353, de 31-1-86): *concessão* mediante contrato com o vencedor da concorrência (art. 16), *permissão* "mediante assinatura do termo de obrigações com a vencedora da seleção sumária, realizado" (art. 18).

– E o Decreto n.º 96.756, de 22-9-88, "transforma em regime de permissão serviços executados no regime de concessão" (*sic*).

– No Estado da Bahia, "a concessão é outorgada mediante contrato" (para exploração do serviço de transporte coletivo rodoviário), e *permissão*, por prazo indeterminado (art. 19).

Por sua vez, a jurisprudência equipara a concessão contratual à autorização, ou permissão, com a ressalva de que esta última – a autorização, ou permissão –, quando por prazo indeterminado, é "revogável" (cf. *Rev. Dir. Adm.* 154/205, 121/304, 114/276, 110/253, 99/234, 97/185, 95/121, 93/199, 41/225, 59/277, 54/114, 46/134, 67/742, 70/359, 72/468, 79/229; *Rev. Trim. Jur.* 47/650, 49/225, 52/240, 64/455 e 817, 65/820; *Rev. Tribs.* 329/881, 247/551, 281/463 etc.).

Não há, pois, diferença de ordem conceitual entre os vocábulos concessão, autorização, permissão, quando utilizados para efeito do regime de prestação de serviço público. A explicação disto está em que essas três categorias jurídicas atendem, por igual, o interesse da administração e o dos usuários: "os interesses aí envolvidos, seja no regime de autorização, seja no de concessão, são os mesmos, ainda que de maior intensidade no de concessão" (M.S. Giannini, *Dir. pubblico dell'economia*, 1985, p. 198; cf. também P. Virga, *Il provved. amministr.*, 1968, pp. 76-77).

Ou, em outras palavras, essas expressões – *concessão, autorização, permissão* –, todas têm uma base comum, que as confunde:

"Le terme de concession est l'un des plus vagues du droit administratif. On l'emploie pour désigner des opérations qui n'ont pas grand-chose de commun entre elles, sinon qu'il y a, à la base, une autorisation, une permission de l'administration". (G. Vedel, *Droit adm.*, Dalloz, 1964, p. 593)

O substitutivo da Câmara destoa por inteiro desses conceitos acima expostos, desde o seu art. 1.º, assim enunciado:

"Art. 1.º As concessões de serviços públicos, precedidos ou não de obras públicas e as permissões de serviços

públicos reger-se-ão pelos termos desta lei ..."

E o art. 19:

"Art. 19. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente" (*sic*).

"Concessão de serviço, precedida da execução de obra pública..."

Mas todo serviço de transporte coletivo, por exemplo, ou o de fornecimento de água ou de energia, todos terão sido precedidos da construção de ruas, praças, rodovias, ou ferrovias, ou represas, ou equipamentos e instalações imobiliárias, ou aeroportos... Que vinculação terão essas obras públicas com a posterior concessão, se construídas por outrem? É evidente, que se feitas por aquele a quem incumbirá a prestação do serviço, a figura será a de *contrato de concessão de obra pública*, caso em que o rendimento do serviço absorverá o custo da obra. Esse é um contrato tradicionalmente usado entre nós, de que são exemplos a construção de pontes mediante pedágio, a estrada de ferro São Paulo - Rio Grande (em 1899), o Regulamento da Lei n.º 641, de 26-9-1852, o Decreto n.º 1.746, de 13-10-1809 (a construção de portos, docas e armazéns portuários), a construção das estradas de ferro Minas - Bahia e Minas - Rio Grande (Decreto n.º 401, de 31-10-1835).

De outro lado, o art. 19 do substitutivo faz da permissão administrativa um "contrato de adesão", e acrescenta um contrato condicionado a uma cláusula de "precariedade e revogabilidade a critério do concedente" (*sic*).

"Um contrato a título precário, revogável ao arbítrio de um dos contratantes..."

Por que há de ser a permissão um contrato e diferente do da concessão, se ambos se confundem na prestação de serviço público? E por que contrato de adesão a ela e não a concessão?

O contrato de adesão vem de Saleilles:

"*sans doute, il y a contrats et contrats ... ne serait-ce que pour ce que l'on pourrait appeler, faute de mieux, les contrats d'adhésion ...*, nos quais há a predominância exclusiva de uma só vontade, como vontade unilateral que se impõe não a um indivíduo, mas a uma coletividade indeterminada e que se obriga de antemão, unilateralmente, salvo adesão daqueles que aceitem como lei do contrato... como o faz, com a aquisição do bilhete da passagem, o viajante, que adere assim às condições da companhia"... (R. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, 1929, n.ºs 89-90; a primeira edição foi de 1907).

Sua peculiaridade está não apenas na predominância da vontade de um dos contratantes, não na sua oferta de condições em bloco, impostas ao outro, que as aceita, ou rejeita. Isto não bastaria à sua caracterização, nem lhe daria maior relevo jurídico, até porque nenhuma lei exige igualdade absoluta de motivação dos contratantes e já se observou que "la liberté économique n'est pas une condition de validité" (Josserand). Isso só não basta e até seria "sans grande utilité" (Planiol et Ripert). Sua característica está em que a proposta de um dos contratantes é dirigida não a uma ou outra pessoa individualizada, mas a uma coletividade, uma pluralidade de pessoas a que as cláusulas ali oferecidas devam interessar. É, aliás, a lição de Orlando Gomes, no mesmo rumo daquele pensamento de Saleilles, acima transcrito:

"O contrato de adesão só se torna viável quando os interesses em jogo permitem, e até impõem, a multiplicidade de situações uniformes, de modo que, em verdade, se apresenta como uma oferta feita a uma coletividade de ...". "O que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, por isso que tem necessidade de dar satisfação a um interesse que, por outro

modo, não pode ser atendido." (Contratos n.ºs 82-83).

Dá que, no direito privado, os exemplos desse contrato são os de seguro, de transporte, contratos bancários, os de direito marítimo, os de trabalho em grandes empresas, bilhetes de teatro, de cinema, etc.

Mas observe-se que é muito difícil o transplante desse contrato para o direito administrativo, já porque a autoridade concedente não se dispõe a contrair uma pluralidade de contratos, já porque, seja concessão, seja autorização, seja permissão, o contrato de administração será sempre um contrato parcial, isto é, um contrato só *em parte*, e só esta parte é que comporta ajustes, mas ajustes específicos, estipulados com o concessionário, relativos aos custos e ao equilíbrio financeiro do empreendimento.

Por outro lado, em relação aos usuários do serviço, estes estarão sempre em uma situação extra-contratual, uma situação regulamentar, regida diretamente pela lei ou regulamento de serviço, seja este executado diretamente, seja indiretamente, seja a prestação gratuita, ou não, como o serviço de saneamento, ou o de polícia, água, luz, televisão, qualquer outro.

Mas ainda aí, quando fosse possível falar de *contrato de adesão*, este não deixaria de obrigar seus contraentes, e não haveria como buscar aquela imaginária cláusula de precariedade, ou revogabilidade, inserida no substitutivo. Esse *contrato* seria em tudo igual ao da concessão – um *contrato parcial*; e não se explicaria tratá-lo de modo diferente. Porque a permissão, a autorização, como por igual a concessão, são todos atos unilaterais e, quando vinculados a prazo ou a ajuste com terceiro, obrigam a administração a esse prazo, ou às condições ajustadas.

É certo que, em qualquer caso, o concedente mantém sobre o seu serviço um amplo poder de interferência e controle, aí compreendido o de lhe alterar as prestações e até, a qualquer tempo, retomá-lo (STF, *Rev. D. Adm.*, 155/251, 95/121). Isso, porém, não é particularidade da permissão, tampouco da concessão: resulta, unicamente, da inalienabilidade do serviço público, de que decorre o princípio, de validade universal, de que a de-

legaço não implica abandono do serviço, ou sua transferência a outrem. Em outros termos, a revogabilidade, no caso, não está no conceito de permissão, mas na qualificação jurídica do serviço público.

Não há ato discricionário, ou revogável, por natureza, mas *poder discricionário*, de que se investe a autoridade para emitir ou revogar seu ato, conforme a lei que disponha sobre sua motivação ou sobre a situação jurídica dele resultante. A precariedade, a discricionariedade, não é caráter distintivo de um ato mas um acidente, complemento circunstancial, contingente, que pode ocorrer, ou não, delimitando a vigência do ato, não um elemento constitutivo de uma dada categoria jurídica: uma autorização, ou permissão, pode ser revogável (*v.g.*, porte de arma) ou irrevogável (licença para construir, autorização de lavra ou de pesquisa, autorização para funcionamento de sociedade, ou de indústria, ou de instituição de ensino, ou para uso de águas públicas – esta última podendo transformar-se em concessão); uma concessão pode ser irrevogável (naturalização, concessão de lavra) ou revogável (concessão de uso de domínio público, ou de estacionamento em via pública). Uma nomeação a título interino, ou para cargo em comissão, ou de confiança, é absolutamente igual à nomeação para cargo de provimento efetivo, ou vitalício...

Todos eles – a autorização, ou licença, ou permissão, ou concessão – são atos unilaterais. A qualquer deles podem ser aditadas, ou justapostas, cláusulas convencionadas pela administração com uma outra pessoa, ou sujeito de direito, cláusulas negociáveis, como acima o dissemos. A adição dessas cláusulas é que dá uma configuração contratual –, um *contrato parcial*. Por isto é que a jurisprudência e a legislação tratam aqueles atos como iguais, na execução dos serviços concedidos ou permitidos. Essas cláusulas é que os transformam em *atos mistos*. Quando não existam, os atos permanecem atos unilaterais, embora sua eficácia condicionada à aceitação do particular. Mas esta aceitação do interessado é apenas um requisito da eficácia, não da formação, ou constituição do ato. Nem sempre a sucessão de dois atos

transforma-os em contrato: a nomeação do funcionário, a eleição do deputado, ou a do Presidente, não são atos contratuais, a naturalização não é um contrato, nem a licença para construir dada ao proprietário; nem a aceitação do legado faz do testamento um ato bilateral.

Observe-se afinal que as mesmas expressões do art. 175 da Constituição – autorização, concessão – estão escritas no art. 176, e a ninguém ocorrerá tomá-las como atos bilaterais ou contratos.

Sem perceber que a gestão dos serviços públicos, seja mediante concessão, seja mediante permissão, é um relacionamento pessoal entre o concedente e o concessionário, inteiramente estranho aos usuários, o substitutivo impõe a estes "obrigações" (*sic*), entre as quais a de fiscalização e a de "contribuírem para a permanência (*sic*) dos bens públicos (*sic*) através dos quais (*sic*) lhes serão prestados os serviços" (art. 7.º IV, V, e VI); e alude a um "inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade" (*sic*, art. 6.º, II)...

De outro lado, as tarifas deixam de ser ato de natureza regulamentar, unilateral, privativo, do concedente e passam a figurar entre cláusulas contratuais e até "critério decisivo de escolha do licitante" (art. 8.º) fixadas "em razão do preço da proposta vencedora" (*sic*, art. 15, I, II). Passam também para o contrato "o modo, a forma, as condições do serviço" (art. 23, II e III) e assim ficarão os horários, as áreas de extensão, o padrão de qualidade do serviço, presos a ajuste contratual, indiferentes às eventuais exigências do interesse público.

A fixação da tarifa, a regulação das prestações e da utilização do serviço, a definição dos direitos dos usuários são cláusulas de natureza regulamentar, não contratual. Por isso mesmo, a Constituição as menciona como preceito da lei, não do contrato (art. 175, parágrafo único).

Serviço adequado é o apto a prover a necessidade coletiva, em função da qual tenha sido ele instituído – provimento esse, nas melhores condições de eficiência ou, quando menos, nas mesmas condições em que o

prestaria a administração concedente, se ela própria diretamente o executasse.

As tarifas são o preço de utilização do serviço: – tarifas *razoáveis*, não espoliativas, que possam levar à ruína o concessionário, não extorsivas, que sem causa o enriqueçam, mas garantam o justo equilíbrio financeiro e econômico do empreendimento: tal é a sua correlação (sem caráter de contraprestação) entre o serviço e o direito do usuário – matéria essa de natureza regulamentar, legal, privativa do concedente, diversa da relação contratual entre este e o concessionário.

É certo que o serviço exige, por definição, grande investimento de capital, por conta e risco do concessionário; e o contrato é a garantia da preservação e justa remuneração desse investimento, assumida pelo concedente. Daí que o contrato terá de estipular os indicadores econômicos em função dos quais essa obrigação será cumprida.

O substitutivo, aliás, pretende obstar os serviços em monopólio ou "em caráter de exclusividade, salvo justificativa expressa" (art. 16).

Mas esse será um fator preponderante de elevação das tarifas, em prejuízo dos usuários, quando não incompatível com a natureza mesma de certos serviços, como, por exemplo, os de luz, água, telefone. A competição, a menos que configure um conluio, implica parcelar entre os competidores os usuários e obriga a cada qual destes a pagar uma tarifa que remunere a totalidade dos investimentos.

Além disso, e para mais desfazer as noções sobre a concessão de serviços públicos, o projeto admite a habilitação de consórcios (arts. 2.º, II; 18, III, e 19) sem atentar em que um dos traços dominantes desse contrato é o de ser contraído *intuitus personae* – o concessionário identificado por sua capacidade técnica, financeira –, sua credibilidade moral, menos um "contratante" do que um associado ao concedente, colaborador empenhado no propósito comum de prover a necessidade social, a que o serviço se destina.

Um consórcio é uma coligação de pessoas ou empresas para proteção de seus próprios interesses, não o de outrem. Obrigam-se mutuamente. O consórcio não tem personalidade

de (Lei n.º 6.404, art. 278) nem se identifica sequer com os seus consorciados, dado o princípio de que as pessoas dos sócios não se confundem com a associação ou sociedade a que pertençam.

Nada importa pensar no Decreto n.º 2.300, de 1986, ou nos n.º 73.140, de 1973, e n.º 8.025, de 1981, que, dis-

pondo genericamente sobre licitações, possibilitam a habilitação de consórcios. Valerá essa habilitação, de certo, para os contratos de engenharia, ou de igual qualificação técnica. Não porém, especificamente, para o de concessão de serviços públicos, com cujas peculiaridades é incompatível a flutuante figura do consórcio.

# La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

## SUMARIO

1. Consideración previa: la judicialización del ordenamiento constitucional. 2. El sistema axiológico positivizado por la Constitución de 1978. 3. La fundamentación del orden político en la dignidad de la persona y en los derechos que le son inherentes. 4. La doble naturaleza de los derechos fundamentales. 5. El ámbito de vigencia de los derechos. 6. El principio del "mayor valor" de los derechos y la interpretación del ordenamiento jurídico. 7. La titularidad de los derechos fundamentales. 8. Los límites de los derechos fundamentales.

### *1. Consideración previa: la judicialización del ordenamiento constitucional*

En nuestros días se admite de modo generalizado que la creación judicial del Derecho no es ya patrimonio exclusivo de sistemas, como el norteamericano, de common law, en donde el Derecho progresa en buena medida a golpe de sentencias, que perfeccionan, matizan y a veces incluso inflexionan el orden jurídico. Bien al contrario, la importancia de lo que suele denominarse "Derecho judicial", para contraponerlo al "Derecho legal", ha aumentado de modo muy sensible en los sistemas jurídicos continentales europeos.

En el ámbito de la formación jurisprudencial del Derecho, la Jurisdicción Constitucional se sitúa en una posición muy peculiar, que proviene, de un lado, de que los Tribunales Constitucionales no suelen ser órganos integrados en el Poder Judicial, y de otro y sobre todo, de que sus decisiones gozan de una eficacia muy superior a la propia de una

---

Francisco Fernández Segado é catedrático de Derecho Constitucional da Universidade de Santiago de Compostela.

---

Ponencia presentada al Simposio de "Derecho del Estado", organizado por la Universidad Externado de Colombia (mayo de 1993).

sentencia ordinaria, de una, dirá Sandulli,<sup>1</sup> verdadera y propia fuerza de ley.

El Tribunal Constitucional lleva a cabo una función que si, por una parte, supone el ejercicio de una actividad, propia de un legislador negativo, por otra, a través de su carácter de "intérprete supremo de la Constitución" (como lo considera el art. 1.º 1 de su propia Ley Orgánica), cuyas sentencias vinculan a todos los poderes públicos, ejerce una actividad creativa de normas generales.<sup>2 e 3</sup>

La función asumida por los Tribunales Constitucionales encuentra su justificación en lo que Otto Bachof entendiera<sup>4</sup> como "enérgica pretensión de validez de las normas materiales de nuestra Constitución" (en referencia, como es de sobra conocido a la Bonner Grundgesetz), y todo ello como resultante última de un orden de valores que vincula directamente a los tres clásicos poderes del Estado, un orden axiológico que ha de ser considerado anterior a la Constitución y que, consecuentemente, no ha sido creado por ésta, que se limita a reconocerlo y garantizarlo, y cuyo fundamento último se encuentra en los valores determinantes de la cultura occidental.

No deja de ser sorprendente que la aparición de un mecanismo de defensa del orden constitucional como es la Jurisdicción cons-

titucional tenga lugar en el constitucionalismo de entreguerras, período en el que se produce la quiebra histórica del concepto de constitución clásica, pero tal hecho, lejos de toda incoherencia, casa a la perfección con la circunstancia, advertida por De Vega<sup>5</sup>, de que la impresionante quiebra histórica de los principios organizativos en que descansaba el viejo orden liberal, no implica en modo alguno la quiebra de los valores que ese orden pretendía realizar. De lo que se trataba, pues, no era de negar los supuestos en que reposaba todo el constitucionalismo, sino de procurar que esos supuestos no quedaran convertidos en letra muerta de la ley. A tal fin responderá la aparición de la Jurisdicción constitucional, y así, Leibholz podrá decir del Tribunal Constitucional que es el "supremo guardián de la Constitución".<sup>6</sup>

La sustancia material de la Constitución, ese orden de valores subyacente a ella, propiciará que el texto constitucional se convierta en la clave normativa del sistema, circunstancia que afectará al funcionamiento de todo el sistema jurídico, tanto por la necesaria reordenación del mismo a través del postulado esencial de la "interpretación conforme a la Constitución", como porque, como bien señalara entre nosotros García de Enterría,<sup>7</sup> ese postulado inoperará, en su más alto grado, el criterio interpretativo por principios generales, por cuanto la identificación de los principios constitucionales va a remitir constantemente a un cuadro de valores que no por genéricos o imprecisos habrán de ser menos operativos.

El orden axiológico de la Constitución encuentra su manifestación culminante en los derechos fundamentales, que aunque am-

<sup>1</sup> SANDULLI, Aldo: "Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte Costituzionale sulla legittimità delle leggi", en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1959, pp. 44 s.

<sup>2</sup> GUSTAVO ZAGREBELSKY ha hablado al respecto del "ruolo normativo" de la "Corte Costituzionale" en Italia, "nel duplice significato di produzione immediata di regole di diritto non legislativo e di partecipazione al processo legislativo" (Gustavo Zagrebelsky: "La Corte Costituzionale e il legislatore" en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di Paolo Barile, Enzo Cheli y Stefano Grassi, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 103).

<sup>3</sup> En este sentido, son ejemplos significativos de creación judicial del Derecho, en el ámbito de nuestro ordenamiento constitucional, la extensión de la garantía judicial de algunos derechos fundamentales, como es el caso, muy relevante por lo demás, del derecho a la tutela judicial efectiva; asimismo, la extraordinaria proyección de algunos principios o valores del ordenamiento jurídico, como es el caso del valor libertad o del valor igualdad.

<sup>4</sup> OTTO BACHOF: *Grundgesetz und Richtermacht*, Tübingen, 1959. Traducción española de Rodrigo Bercoitz, *Jueces y Constitución*, Madrid, 1963 (posterior edición en Civitas, Madrid, 1985), pp. 27-28.

<sup>5</sup> PEDRO DE VEGA: "Jurisdicción Constitucional y crisis de la Constitución", en *Estudios político constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1.ª ed., 1.ª reimpr., México, 1987, 283 y sigs.; en concreto, pp. 293-298.

<sup>6</sup> GERHARD LEIBHOLZ: *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, pp. 147-148.

<sup>7</sup> EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA; en el Prólogo a la traducción española de la obra de BERNARD SCHWARTZ, *Los diez mejores jueces de la Historia norteamericana*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 13-14.

pliamente contemplados por el constituyente español, requieren de una constante redefinición a fin de acomodarlos a las siempre mutantes exigencias de la realidad social, todo ello al margen ya de la ineludibilidad, en ciertos casos, de acotar el ámbito de vigencia de determinados derechos que colisionan entre sí. Es aquí donde cobra especial relevancia la labor del Tribunal Constitucional.

El Alto Tribunal es competente para conocer del recurso de amparo "por violación de los derechos y libertades referidos en el art. 53.2" de la Constitución (art. 161.1, b/ CE), esto es, del derecho a la igualdad jurídica, de los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución acoge en la Sección primera del Capítulo 2.º de su Título I y del derecho a la objeción de conciencia. Y como bien ha dicho Rubio Llorente<sup>8</sup>, el recurso de amparo tiene como auténtica función la de servir de instrumento para precisar, definir y, en cuanto sea necesario, redefinir continuamente el contenido de los derechos fundamentales.

La Constitución española ha sido bastante parca a la hora de suministrar cláusulas interpretativas, pues, en realidad, su articulado tan sólo acoge una: la cláusula del art. 10.2, de conformidad con el cual, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Ello no quiere decir que en el articulado constitucional no existan principios que puedan tener un valor interpretativo; bien al contrario, por poner tan sólo un ejemplo, los principios fundamentales del orden jurídico-político (así, la definición del Estado como social y democrático de derecho de art. 1.º 1. (CE)) tienen ese valor hermenéutico; más aún, el principio del Estado social preside en buena medida la labor interpretativa del

<sup>8</sup> Francisco Rubio Llorente: "Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 4, enero-abril 1982, pp. 35 y ss.: en concreto, 67.

Tribunal Constitucional, de modo similar a como acontece en la República Federativa Alemana<sup>9</sup>. Ahora bien, a partir de esos principios, es al Tribunal a quien corresponde su canalización jurídica y la concreción de su operatividad, por lo que bien puede sostenerse, como se ha apuntado<sup>10</sup>, que el constituyente dejó en manos del Tribunal Constitucional la tarea de elaborar una teoría jurídica de los derechos fundamentales acorde con la Constitución.

Cuanto acabamos de exponer revela, a nuestro juicio con meridiana claridad, la extraordinaria relevancia de la labor que viene realizando el Tribunal Constitucional en todos los ámbitos materiales de la Constitución, pero de modo muy particular en el que se refiere a los derechos fundamentales de la persona. Por ello mismo, una exposición sistemática de la dogmática de los derechos en la Constitución de 1978 exige prestar una prioritaria atención a la doctrina constitucional, esto es, a la jurisprudencia sentada por el Juez de la Constitución a lo largo de los más de doce años en que ya viene actuando.

## 2. El sistema axiológico positivado por la Constitución de 1978

La Constitución de 1978 encabeza su texto dispositivo con esta determinación: "España se constituye en un Estado social y

<sup>9</sup> En este sentido, Amirante, en un estudio sobre la transformación de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, llega a la conclusión de que las dos cláusulas generales del "Estado de derecho" (entendido en un sentido material) y del "Estado social" se han proyectado por la jurisprudencia del Tribunal hacia el futuro, en especial en la interpretación de los derechos fundamentales, con la mirada puesta en el pasado.

En definitiva, esas cláusulas han operado como elemento dinamizador de la interpretación de los derechos. Carlo Amirante: "La Costituzione come "sistema di valori" e la trasformazione dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale Federale", en *Politica del Diritto*, año XII, n.º 4, diciembre 1981, Il Mulino, Bologna, pp. 9 y ss., en concreto, 38.

<sup>10</sup> LUIS AGUIAR DE LUQUE: "Dogmática y Teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional español", en *Revista de Derecho Político*, n.ºs 18-19, verano-otoño 1983, pp. 17/18.

democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político". A la vista de este precepto, puede avanzarse ya que la Constitución ha evitado caer en el reduccionismo del positivismo estatalista.

El hecho de que la norma en cuestión recurra al concepto de "ordenamiento jurídico" podría ofrecernos una argumentación suficiente como para sostener que el constituyente ha evitado caer en un positivismo normativista, pues, como es de sobra conocido, si bien el concepto de "ordenamiento jurídico" arranca del positivismo, tras una serie de desarrollos logra superarle. Tras las fundamentales aportaciones de Santi Romano<sup>11</sup>, hoy resulta evidente que el ordenamiento no es un mero agregado de normas, sino una realidad dinámica en la que las normas cambian, si bien el ordenamiento permanece, en tanto subsisten los principios que le dan vida.

Con todo, la superación constitucional del normativismo positivista hay que buscarla de modo prioritario en la sujeción del ordenamiento a un orden de valores. Es al Estado a quien se imputa el ordenamiento en el art. 1.º.1, pero también es el propio Estado quien "propugna" unos valores superiores del ordenamiento. Y como recuerda Hernández Gil<sup>12</sup>, "propugna" equivale a decir que el Estado, definido como social y democrático de derecho, asume la misión de que el ordenamiento jurídico tienda hacia esos valores, los alcance y realice. En consecuencia, para nuestra Constitución, el ordenamiento jurídico no se legitima per se, por proceder del Estado y atenerse a los cauces procedimentales de elaboración y formulación formalmente enunciados por la propia Constitución; bien al contrario, el ordenamiento se nos ofrece como el instrumento para la realización de los fines que la Norma Suprema enuncia como valores. De esta forma, queda establecida una íntima conexión entre orde-

namiento y valores, con lo que ello supone de reconocimiento de la dimensión axiológica del Derecho.

El carácter objetivo de los valores ha de compaginarse, en la línea que ya Recaséns apuntara<sup>13</sup>, con la relatividad de las estimaciones concretas. En efecto, la objetividad que reconocemos a los criterios estimativos básicos no impide ni estorba el que los juicios de valor concretos, las estimaciones particulares, sean inevitablemente relativos a situaciones reales concretas, históricas, y por lo tanto a las circunstancias de hecho, del lugar y de la época. Estas relatividades no se oponen a la objetividad de los criterios, porque tales relatividades no implican subjetivismo fortuito, antes bien representan el condicionamiento y la influencia que la realidad social particular debe y tiene que ejercer sobre la elaboración de las normas jurídicas. Y en esta proyección de los valores sobre la realidad social concreta el Tribunal Constitucional está llamado a desempeñar un papel fundamental.

Por lo demás, conviene destacar que en cuanto la Constitución de 1978 no se ha limitado a considerar los valores alojados en el cuadro de los derechos fundamentales (pensemos, por ejemplo, que la libertad y la igualdad irrumpieron en el constitucionalismo liberal burgués como contenido de los derechos individuales), sino que ha preferido declararlos de modo expreso, los valores han venido a impregnar el conjunto del ordenamiento jurídico objetivamente entendido.

Este *Wertordnung* que debe impregnar el conjunto del ordenamiento jurídico aparece expresado no sólo por el art.º 1.º.1, sino también por el art.º 10.1 de la "Lex Superior", que eleva la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, como también el respeto a la ley y a los derechos de los demás, a la categoría de "fundamento del orden político y de la paz social".

Ambas disposiciones (los artículos 1.º.1 y 10.1 CE) nos proporcionan auténticos prin-

<sup>11</sup> SANTI ROMANO: *L' ordinamento giuridico*, Ed. Sansoni, Florencia, 1918.

<sup>12</sup> ANTONIO HERNÁNDEZ GIL: *El cambio político español y la Constitución*, Planeta, Barcelona, 1982, p. 371.

<sup>13</sup> SICHES LUIS RECASÉNS, *Introducción al estudio del Derecho*. Porrúa, México, 1981, p. 289.

cipios constitucionales, o lo que es igual, principios que encarnan los valores esenciales del orden jurídico en su conjunto, al que dotan de unidad de sentido, pues, como bien dice García de Enterría<sup>14</sup>, la unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido, expresada en unos principios generales del Derecho, que o al intérprete toca investigar y descubrir, o, como en el caso español, es la propia Constitución la que los declara de manera formal.

Consecuentemente con todo lo expuesto, los valores materiales a que venimos refiriéndonos no son mera retórica; no estamos en presencia de unos simples principios programáticos; por el contrario, nos hallamos ante el mismo soporte básico del ordenamiento en su conjunto, ante la base que le otorga su sentido y su coherencia. Por ello mismo, estas normas materiales se han convertido en los principios jerárquicamente superiores que han de presidir la labor de interpretación jurídica, lo que a su vez ha consolidado el principio de interpretación del ordenamiento conforme a la Constitución.

En definitiva, de la Constitución de 1978 puede afirmarse lo mismo que el Tribunal Constitucional Federal alemán sostuvo de la Ley Fundamental de Bonn: se trata de un ordenamiento vinculado a los valores, que por ello mismo se sitúa en las antípodas de aquellos ordenamientos constitucionales supuestamente caracterizados por su neutralidad valorativa, de entre los que bien puede citarse como ejemplo la Constitución de Weimar<sup>15</sup>.

El orden axiológico a que venimos refiriéndonos encuentra su manifestación más visible y destacada en los derechos fundamentales de la persona, que, como ha reconocido el Juez de la Constitución<sup>16</sup>, responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios

internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España, y que asumidos como "decisión constitucional básica", han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico. Quiere todo ello decir que los derechos fundamentales forman parte del sistema axiológico positivizado por la Constitución y, por lo mismo, constituyen los fundamentos materiales del ordenamiento jurídico.

### 3. La fundamentación del orden político en la dignidad de la persona y en los derechos que le son inherentes

El art. 10.1 de la Constitución – al que nos referimos con anterioridad – supone la consagración de la persona y de su dignidad no sólo como el fundamento de la totalidad del orden político, sino, y por ello mismo, también como el principio rector supremo del ordenamiento jurídico. Se condensa aquí, en clave principal, dirá Parejo<sup>17</sup>, la filosofía, los criterios axiológicos a que responde el ordenamiento constitucional y que sustentan el orden dogmático constitucional. El valor último es evidentemente el de la dignidad de la persona humana, de la que fluye el principio de libertad, único que puede asegurar, como afirmara Recaséns<sup>18</sup>, un contenido valorativo al Derecho.

"En el ordenamiento liberal democrático la dignidad del hombre – según el Tribunal Constitucional Federal alemán<sup>19</sup> – es el valor superior. Por lo mismo, el hombre goza de una personalidad capaz de organizar su vida de un modo responsable. Su dignidad exige que se garantice el más amplio desarrollo posible de su personalidad".

Como dijera Goldschmidt<sup>20</sup>, cada persona humana individual es una realidad en sí misma, mientras que el Estado no es más que una realidad accidental, ordenada como fin al bien de las personas individuales.

<sup>14</sup> EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1986, p. 128

<sup>15</sup> BVerfGE 2, 12.

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 21/1981, de 15 de junio, fundamento jurídico 10.

<sup>17</sup> LUCIANO PAREJO ALFONSO: *Estado social y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1983, p. 71.

<sup>18</sup> LUIS RECASÉNS SICHES: *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., p. 334.

<sup>19</sup> –BVerfGE 39, 41.

<sup>20</sup> WERNER GOLDSCHMIDT: *Introducción Filosófica al Derecho*, Depalma, 6.ª ed., Buenos Aires, 1983, p. 543.

Parece, pues, perfectamente oportuno afirmar que el derecho fundamental para el hombre, base y condición de todos los demás, es el derecho a ser reconocido siempre como persona humana. El Derecho, el ordenamiento jurídico en su conjunto, no quedará iluminado, en términos de Lucas Verdú<sup>21</sup>, legitimado, sino mediante el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y de los derechos que le son inherentes. Pues bien, en cuanto la Constitución parte de este principio, al fundamentar la totalidad del orden político en él, bien puede sostenerse que en nuestra Norma Suprema late un sustrato filosófico iuspersonalista.

Entre nosotros, el Tribunal Constitucional ha precisado el significado de esta primacía de la dignidad de la persona al subrayar que la proyección sobre los derechos individuales de la regla del art.º 10.1 implica que, "en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona"<sup>22</sup>, la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, seian unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona<sup>23 e 24</sup>.

La elevación por el propio art. 10.1 de "los derechos inviolables que le son inherentes" (a la persona) a idéntica categoría de fundamento del orden político no es sino la resultante obligada de la primacía del valor constitucional último, la dignidad de la persona humana. Todos los derechos

que la Constitución proclama, de una u otra forma, se encaminan a posibilitar el desarrollo integral del ser humano exigido por su misma dignidad.

El reconocimiento de estos derechos se vincula íntimamente con dos de los valores superiores del ordenamiento jurídico: la libertad y la igualdad.

El valor libertad, en una de sus dimensiones, la organizativa<sup>25</sup>, se constituye en la misma raíz de los derechos fundamentales. A su vez, éstos no son comprensibles al margen del valor igualdad.

Y en relación con el valor igualdad es obligado que nos hagamos brevemente eco del principio de igualdad material que acoge el trascendental art. 9.º2 de la Constitución, fiel trasunto de la conocida "cláusula Lelio Basso" de la Constitución italiana<sup>26</sup>. El referido art. 9.º 2 exige de los poderes públicos la promoción de "las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas" y la remoción de "los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud". Un precepto como el inmediatamente anterior viene a desmentir, como el propio diputado italiano Lelio Basso ya sostuviera, todas aquellas afirmaciones constitucionales que dan por realizado lo que aún está pendiente por realizar (la democracia, la igualdad... etc.). Por ello, el precepto asume una virtualidad jurídica que desborda la propia de un mero mandato al legislador, convirtiéndose en una norma llamada a superar esa flagrante contradicción constitucional mediante la transformación de la propia estructura constitucional en un sentido

21 PABLO LUCAS VERDÚ: *Curso de Derecho Político*, vol. IV ("Constitución de 1978 y transformación político-social española"), Tecnos, Madrid 1984, p. 320.

22 STC 53/1985, de 11 de abril, fund. jur. 8.º

23 STC 120/1990, de 27 de junio, fund. jur. 4.º

24 El Tribunal, en la misma Sentencia 120/1990, ha procedido a delimitar negativamente el significado de esta cláusula constitucional, al precisar que el art.º 10.1 no significa ni que todo derecho le sea inherente (a la persona) – y por ello inviolable – ni que los que se califican de fundamentales sean "in toto" condiciones imprescindibles para su efectiva inculmidad, de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad (fund. jur. 4.º).

25 A juicio de GREGORIO PECES-BARBA (en *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 135), el valor "libertad" tiene dos grandes dimensiones, una organizativa y otra relacionada con el *status* de las personas en la organización social.

26 De conformidad con el párrafo segundo del art. 3.º de la Constitución italiana: "E compito della repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

material.<sup>27</sup> Los potenciales efectos transformadores de la cláusula quedan perfectamente compendiados en un conocido comentario de Calamandrei, realizado respecto del párrafo segundo del art. 3.º de la Constitución italiana: "per compensare le forze di sinistra della rivoluzione mancata, le forze di destra non si opposero ad accogliere nella costituzione una rivoluzione promessa".<sup>28</sup>

El progreso de la civilización humana, ha dicho Frosini con evidente razón,<sup>29</sup> se mide sobre todo en la ayuda dada por el más fuerte al más débil, en la limitación de los poderes naturales de aquél como reconocimiento de las exigencias morales de éste, en el aumento del sentido de una fraternidad humana sin la cual los derechos a la libertad se convierten en privilegios egoístas y el principio de igualdad jurídica, en una nivelación basada en el sometimiento al poder del más fuerte. Es preciso, pues, que esos derechos que Bidart ha denominado "imposibles",<sup>30</sup> esto es, aquellos que un hombre no alcanza a ejercer y gozar, encuentren un remedio efectivo.

De lo anteriormente expuesto se desprende la enorme virtualidad político-constitucional de una cláusula como la del art. 9.º2 de nuestra "Lex Superior", cuya eficacia debe verse reforzada, por lo menos en el nivel de la interpretación jurídico-constitucional, si se atiende, como es obligado hacer a efectos hermenéuticos, a algunas de las proclamaciones realizadas en el Preámbulo de la Constitución, y de modo específico a la voluntad de la nación española de "garanti-

zar la convivencia democrática..., conforme a un orden económico y social justo", y asimismo a su deseo de "establecer una sociedad democrática avanzada", idea ésta que bien podemos entender que marca un aspecto radical del "telos" de la Constitución, encerrando enormes posibilidades de desarrollo, dado el enorme valor político-declaratorio del Preámbulo de la Constitución.

Nuestro Tribunal Constitucional ha ratificado la virtualidad jurídica de la cláusula de igualdad material del art. 9.º2 al entender que un acto del Poder Legislativo se revela arbitrario cuando engendre desigualdad. "Y no ya - precisa el Juez de la Constitución<sup>31</sup> - desigualdad referida a la discriminación (que ésta concierne al art. 14), sino a las exigencias que el art. 9.º2 conlleva, a fin de promover la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, finalidad que en ocasiones exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la ley".

Retornando a la significación de la cláusula constitucional del art. 10.1, hemos de decir que la elevación de los derechos de la persona a la categoría de fundamento del orden político se enmarca en una evolución constitucional cuya génesis se retrotrae al constitucionalismo de entreguerras, por lo menos a nivel de discusión doctrinal, eclosionando con toda intensidad a partir de 1945.

Recordemos a este respecto que en la doctrina alemana ya Smend reaccionaría contra las tesis de Schmitt. Mientras para éste los derechos fundamentales en sentido propio son, esencialmente, derechos del hombre individual libre frente al Estado<sup>32</sup>, para Smend los derechos fundamentales son un medio de integración objetiva, concepción que apoya en que "los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución. Desde el punto de vista político, esto significa una voluntad de integración material; desde el

<sup>27</sup> UMBERTO ROMAGNOLI: "Il principio d'uguaglianza sostanziale", en el colectivo, *Commentario della Costituzione*, a cura di GIUSEPPE BRANCA, vol. 1.º (Principi fondamentali), Nicola Zanichelli Editore - Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna - Roma, 1975, pp. 162 y ss.; en concreto, p. 166.

<sup>28</sup> PERO CALAMANDREI: "Introduzione storica sulla Costituzione", en *Commentario sistematico alla Costituzione Italiana*, diretto da P. CALAMANDREI y A. Levi, Barbera, Firenze, 1960, vol. 1.º, p. CXXXV.

<sup>29</sup> VITTORIO FROSINI: "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica", en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 2, Universidad Complutense, Madrid, 1983, pp. 101 y ss.; en concreto, p. 107.

<sup>30</sup> GERMAN J. BIDART CAMPOS: *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, tomo I (El Derecho Constitucional de la libertad), Ediar, Buenos Aires, 1986, p. 210.

<sup>31</sup> STC 27/1981, de 20 de julio, fund. jur. 10.

<sup>32</sup> CARL SCHMITT: *Verfassungslehre*, traducc. española, *Teoría de la Constitución*, Alianza/Editorial, Madrid, 1982, p. 170.

punto de vista jurídico, la legitimación del orden positivo estatal y jurídico. Este orden positivo es válido sólo en cuanto que representa este sistema de valores y precisamente por él se convierte en legítimo<sup>33</sup>. Poco tiempo después de formular tales reflexiones, en su famosa conferencia pronunciada en la Universidad "Friedrich Wilhelm" de Berlín, el 18 de enero de 1933, Smend llegará a sus últimas conclusiones al afirmar que la esfera de los derechos fundamentales emerge "no como una barrera o reserva que separe al ciudadano del Estado, sino como lazo de unión con él, como fundamento de su adecuación política"<sup>34</sup>.

A partir de 1945, como recuerda Klein<sup>35</sup>, se ha ido intentando liberar de su contraposición a un conjunto de conceptos enfrentados en el inmediato pretérito, como los de "democracia", "Estado" y "derecho". En la misma dirección debe situarse la nueva visión de los derechos fundamentales, que dejan de concebirse como meras libertades individuales, o lo que es igual, como simples derechos de defensa frente al Estado, para revestirse a la par de un carácter funcional, institucional, a tenor del cual se convierten en el fundamento último del propio Estado.

A partir de este momento, estaban sentadas las bases teóricas de la consideración de los derechos fundamentales como parte esencial de un ordenamiento jurídico democrático, a la par que como elemento de legitimación del mismo.

<sup>33</sup> RUDOLF SMEND: *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), en la obra de recopilación de algunos de sus trabajos, *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 232.

<sup>34</sup> RUDOLF SMEND: "Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht", en *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 1955, pp. 309 y ss. Recogido en la obra, *Constitución y Derecho Constitucional*, op. cit., pp. 247 y ss.; en concreto, p. 258.

<sup>35</sup> HANS H. KLEIN: *Die Grundrechte in demokratischen Staat-Kritische Bemerkungen zur Auslegung der Grundrechte in der deutschen Staatsrechtslehre des Gegenwart*, Stuttgart Kohlhammer Verlag, 1974. Cit. por EDUARDO MENÉNDEZ REXACH: "Interpretación judicial y derechos fundamentales", en *Actualidad Administrativa*, n.º 10, marzo, 1988, pp. 533 y ss.; en concreto, p. 535.

La *Bonner Grundgesetz* haría suya esta nueva concepción de los derechos al contemplarlos en el párrafo segundo del art. 1.º como el "fundamento de toda comunidad humana". Y en análoga dirección, el art. 2.º de la Constitución italiana se abre con la fórmula de que "la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre".

En definitiva, los derechos fundamentales se han convertido en un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente considerados, a la par que en un elemento constitutivo del ordenamiento jurídico, con lo que han venido a establecer una especie de vínculo directo entre los individuos y el Estado, operando en último término como fundamento de la propia unidad política, concepción que, como tendremos más adelante oportunidad de ver, ha sido plenamente asumida por nuestra jurisprudencia constitucional.

Pero es que, además, como antes anticipamos, los derechos fundamentales han dejado de concebirse como simples libertades negativas, como meros derechos de defensa frente al Estado. Como advierte Barbera,<sup>36</sup> la libertad ha pasado a ubicarse entre los derechos y las instituciones, pues las exigencias de nuestro tiempo parecen demandar más "institutos de libertad" que "derechos de libertad". Los ciudadanos perciben la conveniencia de reivindicar más "contrapoderes" que "libertad" (negativa) y los poderes públicos, correlativamente, han de "promover" más que "garantizar" la libertad, en un marco que se oriente a la superación de la vieja concepción de la libertad como mera libertad frente al Estado, como simple derecho individual.

Esta concepción institucional de los derechos se manifiesta con especial intensidad en algunos de ellos, como es el caso, por poner un ejemplo bien significativo, de las libertades informativas reconocidas por el art.º 20 de la Constitución, que presentan no sólo una dimensión individual, sino también una

<sup>36</sup> AUGUSTO BARBERA: "Comentario al art. 2.º de la Constitución italiana" en el colectivo, *Commentario della Costituzione*, a cura de GIUSEPPE BRANCA, op. cit., pp. 50 y ss.; en concreto, p. 76.

vertiente institucional. En afecto, el derecho a la libertad de expresión no sólo es un derecho fundamental de toda persona que se entrelaza con su dignidad, sino que se nos presenta asimismo como indispensable para que pueda existir un auténtico sistema democrático, por cuanto que las elecciones sólo pueden desempeñar con exactitud su función cuando el ciudadano se encuentra en condiciones de poderse formar un juicio sobre la vida política y la conducta de sus gobernantes, de modo tal que pueda aprobar o rechazar su gestión. De ahí que nuestro Tribunal Constitucional, ubicándose en esta línea conceptual, haya admitido, en lo que constituye una reiteradísima doctrina constitucional,<sup>37</sup> que las libertades informativas del art.º 20 no son sólo derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que "significan asimismo el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre", indisolublemente ligada al pluralismo político, valor fundamental de nuestro ordenamiento y requisito de funcionamiento del Estado democrático.

#### 4. La doble naturaleza de los derechos fundamentales

Como ya hemos tenido oportunidad de señalar, los derechos fundamentales son la expresión más inmediata de la dignidad humana, y desde esta perspectiva es indiscutible que presentan sustancialmente una vertiente subjetiva que se traduce en la posibilidad de un *agere licere* dentro de un determinado ámbito. Sin embargo, y como creemos que se desprende con facilidad de todo lo inmediatamente antes expuesto, los derechos fundamentales poseen además otra significación, esta vez objetiva. Como ha al efecto sostiene Schneider<sup>38</sup>, los derechos son, simultáneamente, la *conditio sine qua non* del Estado constitucional democrático,

puesto que no pueden dejar de ser pensados que peligre la forma de Estado o se transforme radicalmente. Por lo mismo, hoy se admite de modo generalizado que los derechos cumplen *funciones estructurales* de suma importancia para los principios conformadores de la Constitución.

De esta forma, en el Estado de derecho, al mismo tiempo que los derechos fundamentales operan como derechos de defensa frente al Estado, contribuyendo de esta forma a la salvaguarda de la libertad individual, se objetivizan, operando, como ya significara el Tribunal Constitucional Federal alemán, en lo que constituye una reiteradísima doctrina, como elementos del ordenamiento objetivo.

En el Estado democrático, los derechos, muy especialmente los de participación política, constituyen, como ha dicho Häberle,<sup>39</sup> el "fundamento funcional de la democracia" por *autonomasia*.

Por último, en el Estado social, los derechos, aún los de naturaleza civil y política, tienen implicaciones de naturaleza económica y social, como bien reconociera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>40</sup>. Pero es que, además, los derechos fundamentales, como señala Schneider,<sup>41</sup> cristalizan como "directrices constitucionales y reglas de actuación legislativa", de las que se desprende la obligación – no accionable, pero sí jurídicamente vinculante – de una determinada puesta en marcha de la actividad estatal.

Como puede apreciarse, los cambios que han experimentado los derechos son más que notables, en especial si se confrontan con la clásica concepción de los mismos en el Estado liberal. Estas mutaciones se han visto reflejadas en los ordenamientos constitucionales, y aún más en la jurisprudencia sentada por los órganos titulares de la jurisdicción constitucional. Y así, en la República Federal alemana

<sup>37</sup> Entre otras, SSTC 6/1981, de 16 de marzo; 12/1982, de 31 de marzo; 104/1986, de 17 de julio, y 159/1986, de 16 de diciembre.

<sup>38</sup> Hans-Peter Schneider: "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 7 (nueva época), enero-febrero 1979, pp. 7 y sigs.; en concreto, p. 23.

<sup>39</sup> Peter Häberle: *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, Karlsruhe, 1962, p. 17. Cit. por Hans-Peter Schneider: *Peculiaridad y función de los derechos...*, op. cit. p. 27.

<sup>40</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de octubre de 1979 (Caso Airey), fundamentos de derecho, 26.

<sup>41</sup> Hans-Peter Schneider: *Peculiaridad y función de los derechos...*, op. cit. p. 32.

se ha podido constatar una transformación de las normas referentes a los derechos, que de normas destinadas a la defensa del ciudadano frente al Estado, han pasado a ser normas-principio con la función de defender a la persona humana frente a las intervenciones inconstitucionales del legislador, e incluso, frente a aquellas agresiones a los derechos que tengan su origen en terceros, esto es, en ciudadanos privados<sup>42</sup>. En sintonía con estos cambios, el Tribunal Constitucional español ha podido afirmar<sup>43</sup> que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, sino asimismo garantías institucionales y deberes positivos por parte del propio Estado.

El Tribunal Constitucional español se ha hecho eco, ya en uno de sus primeros pronunciamientos, de la que bien podríamos considerar como doctrina de la doble naturaleza, subjetiva y objetiva, de los derechos fundamentales, cuya transcendencia jurídica será indiscutible.

A juicio del Tribunal,<sup>44</sup> los derechos tienen un doble carácter. En primer lugar, los derechos fundamentales son "derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia". Pero al propio tiempo, y sin perder esa naturaleza subjetiva, los derechos son "elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto éste se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho y, más tarde, en el Estado social de derecho o el Estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.º.1)".

Como con facilidad se puede apreciar, el influjo tanto de la doctrina como de la misma jurisprudencia del Tribunal de Karlsruhe es bien visible en la doctrina acuñada por

nuestro "intérprete supremo de la Constitución".

Esta vertiente objetiva de los derechos fundamentales, que complementa su tradicional naturaleza subjetiva, y que los erige en "componentes estructurales básicos" del ordenamiento jurídico<sup>45</sup>, al que dan sus contenidos básicos, se explica en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política. Por lo mismo, el Juez de la Constitución ha entendido<sup>46</sup> que los derechos fundamentales constituyen la esencia misma del régimen constitucional y, en sintonía con ello, nada que les afecte puede ser considerado trivial o inimportante<sup>47</sup>. Esta relevancia constitucional de los derechos explica que el Alto Tribunal haya considerado<sup>48</sup> que nada que concierna al ejercicio por los ciudadanos de los derechos que la Constitución les reconoce podrá entenderse nunca ajeno al propio Tribunal.

En conexión con el carácter subjetivo de los derechos, el Tribunal ha estimado que los mismos son irrenunciables, considerando esta irrenunciabilidad como una proposición jurídica indiscutible<sup>49 e 50</sup>. Asimismo, el Alto Tribunal ha proclamado la permanencia e imprescriptibilidad de los derechos desde su reconocimiento por la Constitución<sup>51</sup>. Sin embargo, ese carácter de "permanentes e imprescriptibles" es compatible con que para reaccionar frente a cada lesión concreta que un ciudadano entienda haber recibido contra un derecho fundamental, el ordenamiento li-

45 SSTC 53/1985, de 11 de abril, fund. jur. 4.º y 129/1989, de 17 de julio, fund. jur. 3.º.

46 STC 34/1986, de 21 de febrero, fund. jur. 1.º.

47 STC 1/1985, de 9 de enero, fund. jur. 4.º.

48 SSTC 26/1981, de 17 de julio, fund. jur. 14, y 7/1983, de 14 de febrero, fund. jur. 1.º.

49 STC 11/1981, de 8 de abril, fund. jur. 14.

50 En función de la irrenunciabilidad de los derechos, se considera en el Voto Particular I, 19, a la STC 5/1981, de 13 de febrero, que sería nula de pleno derecho cualquier cláusula de un contrato laboral en la que una de las partes (en el caso que nos ocupa, un profesor de un centro privado con un ideario propio) se comprometiera a renunciar de antemano a ejercer en un sentido determinado cualquier derecho o libertad fundamental (en el supuesto en cuestión, en atención al ideario del centro).

51 STC 7/1983, de 14 de febrero, fund. jur. 3.º.

42 Carlo Amirante: La Costituzione come 'sistema di valori' e la trasformazione dei diritti fondamentali... op. cit., p. 45.

43 STC 53/1985, de 11 de abril, fund. jur. 4.º.

44 STC 25/1981, de 14 de julio, fund. jur. 5.º.

mite temporalmente la vida de la correspondiente acción, cuya prescripción en modo alguno puede extinguir el derecho fundamental de que se trate que el ciudadano podrá continuar ejerciendo y que podrá hacer valer en relación con cualquier otra lesión futura<sup>52</sup>.

Del carácter objetivo de los derechos, o lo que es lo mismo, de su peculiar significación y finalidades dentro del orden constitucional, se desprende a su vez que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. De ahí que el Tribunal Constitucional haya entendido<sup>53</sup> que de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución, que contempla el art.º 9.º.1 de la "Lex Superior", no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano.

El legislador es quien en mayor medida resulta obligado por lo que acabamos de decir, pues es él quien recibe de los derechos fundamentales "los impulsos y líneas directivas", obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental constitucionalmente positivizado quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa.

Nuestro "intérprete supremo de la Constitución" ha descendido al análisis específico de dicha obligación en algún ámbito concreto, como el laboral, en el que la desigual distribución de poder social entre trabajador y empresario y la distinta posición que uno y otro ocupan en las relaciones laborales elevan en cierto modo el riesgo de eventuales menoscabos de los derechos fundamentales del trabajador.

Por ello mismo, el Tribunal se ha cuidado de advertir que nada legítima que quienes

presten servicios en organizaciones empresariales por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares "deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas"<sup>54</sup>, de suerte que "la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano"<sup>55</sup>.

La precedente doctrina no es sino la resultante obligada de la más amplia reflexión de que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público, y, en consecuencia, han de tenerse por nulas, a juicio del Alto Tribunal<sup>56</sup>, las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto. Ello nos conduce automáticamente a la problemática de la vigencia de los derechos en las relaciones *inter privados*, pero el análisis de esta cuestión lo abordaremos con posterioridad.

En todo caso, conviene significar que de la necesidad de respetar los derechos fundamentales no se sigue el derecho de una de las partes de una relación contractual (ni tan siquiera de la más débil) a imponer a la otra las modificaciones que considere oportunas. Y así, el Juez de la Constitución ha entendido<sup>57</sup> que los derechos constitucionalmente garantizados al trabajador no pueden constituir un factor de alteración del entramado de derechos y obligaciones derivados de la relación laboral, pues, sin perjuicio de que por contraste con las normas constitucionales puedan ser invalidadas las normas legales o estipulaciones convencionales rectoras de la relación laboral, los derechos fundamentales no añaden a ésta contenido determinado alguno, ya que "no constituyen por sí mismos ilimitadas cláusulas de excepción" que justifiquen el incumplimiento por parte del trabajador de sus deberes laborales.

La obligación positiva de contribuir a la efectividad de los derechos fundamentales, que sobre todos los poderes públicos recae,

<sup>52</sup> SSTC 58/1984, de 9 de mayo, fund. jur. 1.º, y 7/1983, de 14 de febrero, fund. jur. 3.º.

<sup>53</sup> STC 53/1985, de 11 de abril, fund. jur. 4.º.

<sup>54</sup> STC 129/1989, de 17 de julio, fund. jur. 3.º.

<sup>55</sup> STC 88/1985, de 19 de junio, fund. jur. 2.º.

<sup>56</sup> STC 19/1985, de 13 de febrero, fund. jur. 1.º.

<sup>57</sup> STC 129/1989, de 17 de julio, fund. jur. 3.º.

puede en determinados casos decidir al legislador a proteger estos derechos penalmente, y en tal caso, como ha reconocido el Alto Tribunal,<sup>58</sup> no es posible desconocer que la protección penal forma parte del derecho fundamental mismo. En consonancia con ello, si se produce una perturbación del derecho fundamental que esté penada por la ley, hay un derecho del ciudadano a esta protección penal, que en su caso podrá hacerse valer a través del recurso de amparo constitucional ante el Tribunal.

### 5. El ámbito de vigencia de los derechos

I. El carácter normativo de la Constitución, unánimemente aceptado en nuestros días, quiere significar que no estamos en presencia de un mero catálogo de principios, sino de una norma cuyo contenido material a todos (ciudadanos y poderes públicos) vincula de modo inmediato, siendo sus preceptos, como regla general, sin perjuicio de algunas matizaciones particulares a esta regla, alegables ante los tribunales y debiendo considerarse su infracción antijurídica.

Como en la misma dirección ha proclamado el Tribunal Constitucional<sup>59</sup> que la Constitución es precisamente nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su art. 9.º 1, donde se dice que "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución", sujeción o vinculatoriedad que se predica desde su misma entrada en vigor. Bien es verdad que este valor normativo necesita ser modulado en lo concerniente a los principios rectores de la política social y económica (arts. 39 a 52 CE), pero de lo que no puede caber la menor duda es de la vinculatoriedad inmediata, esto es, sin necesidad de una *interpositio legislatoris*, de una mediación previa del legislador ordinario, de los artículos 14 a 38, que integran el Capítulo 2.º del Título I, Capítulo que acoge los derechos y libertades, pues, por si aún cupiese alguna duda, el art. 53.1 declara que los derechos y

libertades reconocidos en dicho Capítulo "vinculan a todos los poderes públicos".

En definitiva, los preceptos constitucionales relativos a los derechos y libertades del Capítulo 2.º del Título I de la Constitución vinculan a todos los poderes públicos y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos,<sup>60</sup> con lo que sus titulares no han de esperar para su ejercicio a ningún reconocimiento previo por parte de ningún poder público.<sup>61</sup>

La constitucionalización no supone, pues, como ha reconocido el Alto Tribunal,<sup>62</sup> la mera enunciación formal de un principio, sino la plena positivación de un derecho a partir del cual cualquier ciudadano podrá recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios.

Esta vinculatoriedad o eficacia inmediata de los derechos no quiebra ni tan siquiera respecto de los llamados "derechos de configuración legal". Cuando la Norma Suprema opera con arreglo a esa técnica, por la que se reserva al legislador la configuración del derecho, el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido<sup>63</sup>, pero ese mínimo contenido ha de ser protegido, incluso, llegado el caso, por el propio Tribunal Constitucional, en la vía del amparo constitucional, ya que, como el propio Tribunal ha reconocido<sup>64</sup>, en caso contrario se produciría la negación radical de un derecho (siempre y cuando, claro está, el derecho en cuestión sea susceptible de tutela en vía de amparo).

En definitiva, la propia Constitución (en especial sus artículos 9.º 1 y 53.1) y la jurisprudencia unánime y reiterada de su intérprete supremo sustentan la tesis de la plena virtualidad de los derechos desde el mismo momento en que han sido reconocidos por el texto constitucional sin que sea precisa una ulterior concreción legislativa.

<sup>60</sup> STC 21/1981, de 15 de junio, fund. jur. 17.

<sup>61</sup> STC 77/1982, de 20 de diciembre, fund. jur. 1.º.

<sup>62</sup> STC 56/1982, de 26 de julio, fund. jur. 2.º.

<sup>63</sup> Así, en relación con la objeción de conciencia, el Alto Tribunal entendió que, hasta el momento de su regulación legal, el contenido mínimo del derecho debía consistir en la suspensión provisional de la incorporación a filas. STC 15/1982, de 23 de abril, fund. jur. 8.º.

<sup>64</sup> STC 15/1982, de 23 de abril, fund. jur. 8.º.

<sup>58</sup> SSTC 71/1984, de 12 de junio, fund. jur. 2.º, y 73/1984, de 27 de junio, fund. jur. 2.º.

<sup>59</sup> STC 80/1982, de 20 de diciembre, fund. jur. 1.º.

Nuestra Constitución se sitúa de esta forma en la misma línea que la Ley Fundamental de Bonn, cuyo art. 1.º, párrafo tercero, más explícitamente aún, proclama el principio de vinculatoriedad de los derechos fundamentales a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable, cláusula de la que, como recuerda Amirante,<sup>65</sup> el Tribunal de Karlsruhe ha deducido la centralidad de los derechos fundamentales como característica esencial de la Ley Fundamental de Bonn, rasgo éste de la centralidad de los derechos que, a nuestro entender, también puede ser aplicado al ordenamiento constitucional español a la vista de la determinación del art. 10.1. Ello, a su vez, ha supuesto una auténtica revolución copernicana, que Kruger ha compendiado<sup>66</sup> en su conocida afirmación de que: "Antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales".

De la fuerza vinculante de los derechos se desprende la invalidez de todos aquellos actos de los poderes públicos que los desconozcan o que sean resultado de un procedimiento en el curso del cual hayan sido ignorados.<sup>67</sup>

Por lo demás, aunque algún sector doctrinal<sup>68</sup> ha defendido la existencia de sensibles diferencias en el modo y grado de vinculación a los derechos fundamentales, precisando que la vinculación de los Jueces y Tribunales se produce no de modo inmediato (como sucede con la vinculación a ellos del legislador o del Tribunal Constitucional), sino mediato, en el sentido de que esa vinculación se halla necesariamente mediada por el legislador y por el Tribunal Constitucional,

es lo cierto que esa vinculatoriedad inmediata está expresamente contemplada por nuestro ordenamiento. A tenor del art. 7.º.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1.º de julio, del Poder Judicial, los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo 2.º del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutele efectiva de los mismos. Esta primacía de los derechos, que han de ser reconocidos, especialmente aquellos a que se refiere el art. 53.2 CE (los derechos fundamentales y libertades públicas), en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, impide, como el mismo art. 7.º.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido, si bien, por contra, no conduce, ni puede conducir, como ha precisado el Tribunal Constitucional,<sup>69</sup> a una sucesión ilimitada de recursos judiciales, incompatible con el principio de seguridad jurídica. Finalmente, y también en relación con los propios Jueces y Tribunales, cabe decir que los derechos constituyen un límite que ha de ser respetado por éstos al adoptar las resoluciones relativas a la ejecución de las sentencias.<sup>70</sup>

II. El ámbito de vigencia de los derechos iba a plantear una segunda cuestión que habría de ser resuelta por el Tribunal Constitucional. Nos referimos a la eficacia retroactiva de los derechos.

El tema, como fácilmente puede comprenderse, se conecta muy estrechamente con el de la retroactividad de la propia Constitución. La Constitución es una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política. Como ha reconocido el Juez de la Constitución,<sup>71</sup> esta singular naturaleza se traduce en una incidencia muy intensa sobre las normas anteriores, que han de ser va-

65 CARLO AMIRANTE: *La Costituzione come sistema di valori e la trasformazione dei diritti fondamentali...*, op. cit., p. 40.

66 HERBERT KRUGER: "Die Einschränkung von Grundrechten nach Grundgesetz" en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1950, p. 626.

67 STC 63/1982, de 20 de octubre, fund. jur. 3.º.

68 JESÚS GARCÍA TORRES: "Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales", en *Poder Judicial* (2.ª época), n.º 10, junio 1988, pp. 11 y sigs.; en concreto, pp. 12 y 24.

69 STC 110/1988, de 8 de junio, fund. jur. 3.º.

70 Auto del Tribunal Constitucional 444/1983, de 4 de octubre, fund. jur. 3.º.

71 STC 9/1981, de 31 de marzo, fund. jur. 3.º.

loradas desde la Constitución, produciéndose una pluralidad de efectos que el Tribunal pondría de manifiesto en su Sentencia 5/1981, de 2 de febrero.<sup>72</sup>

La significación retroactiva de la Constitución se acentúa en lo que atañe a los derechos fundamentales, circunstancia que se explica sobre la base de la finalidad principal de la Norma Suprema: establecer y fundamentar un orden de convivencia política general de cara al futuro, singularmente en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, "por lo que en esta materia ha de tener efecto retroactivo, en el sentido de poder afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad y al amparo de leyes válidas en aquel momento, en cuanto tales actos sean contrarios a la Constitución".<sup>73</sup>

Esta doctrina general ha de ser, sin embargo, concretada caso por caso, teniendo en cuenta las peculiaridades del mismo, y entre ellas, la mayor o menor autonomía del acto posterior, el hecho de que proceda o no de los poderes públicos y la circunstancia de que afecte o no a intereses o derechos de terceras personas.

En su jurisprudencia inicial,<sup>74</sup> el Tribunal sustentaría la eficacia retroactiva de la Constitución en el inciso final de la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup>.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, que permite una "débil eficacia retroactiva de la Constitución" en relación con leyes, disposiciones, resoluciones o actos anteriores a ella y que "no hubieran agotado sus efectos". Sin embargo, ya desde el primer momento, se opondría al reconocimiento de

una retroactividad en grado máximo por cuanto que ésta iría contra la misma seguridad jurídica que el art. 9.<sup>o</sup>.3 de la Constitución garantiza.

En un momento ulterior, el Tribunal ha abordado la problemática que nos ocupa desde la perspectiva de una colisión de principios enfrentados: el principio de seguridad jurídica, "que lleva a maximalizar la intangibilidad de la cosa juzgada y a mantener la ejecutoriedad de las sentencias firmes", y el principio de justicia (proclamado por el art. 1.<sup>o</sup>.1 CE) y, por extensión, el de la fuerza vinculante de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE), "que lleva a extremar la preocupación por la justicia del caso concreto y declarar la invalidez de todos los actos de los poderes públicos que los desconozcan o que sean resultado de un procedimiento en el curso del cual hayan sido ignorados".<sup>75</sup>

Con el paso del tiempo, la doctrina referida, de la eficacia retroactiva de la Constitución, se ha ido debilitando. Buena muestra de ello la encontramos en la Sentencia 35/1987, en la que el Tribunal, tras reiterar la *fundamentación de esa retroactividad en el específico orden de convivencia que establece la Constitución*, singularmente en relación con los derechos fundamentales y libertades públicas, y volver a apoyar jurídicamente en la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup>.1 de la LOTC la posibilidad de un recurso de amparo contra actos o resoluciones anteriores que no hubieran agotado sus efectos, ha precisado, sin embargo, que esta doctrina de carácter general debe ser concretada caso por caso, teniendo en cuenta sus peculiaridades, "sin admitir en ningún supuesto una retroactividad de grado máximo que conduzca a aplicar, sin más matización, una norma constitucional a una relación jurídica sin tener en cuenta que fue creada bajo el imperio de una legalidad anterior, así como la época en que consumió sus efectos".<sup>76</sup>

III. La tercera de las cuestiones de que hemos de hacernos eco al contemplar el ámbito de vigencia de los derechos fundamentales es la de su eficacia frente a particulares (*inter privatos*).

<sup>72</sup> El carácter de "Ley posterior" da lugar a la derogación de las leyes y disposiciones anteriores opuestas a la misma, de acuerdo con su Disposición Derogatoria n.<sup>o</sup> 3, es decir, a la pérdida de vigencia de tales normas para regular situaciones futuras.

La naturaleza de "Ley superior" se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución, y en la inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas normas anteriores incompatibles con ella.

<sup>73</sup> STC 9/1981, de 31 de marzo, fund. jur. 3.<sup>o</sup>.

<sup>74</sup> Véanse, entre otras, las SSTC 31/1982, de 3 de junio, fund. jur. 3.<sup>o</sup> y 43/1982, de 6 de julio, fund. jur. 1.<sup>o</sup>.

<sup>75</sup> STC 63/1982, de 20 de octubre, fund. jur. 3.<sup>o</sup>.

<sup>76</sup> STC 35/1987, de 18 de marzo, fund. jur. 3.<sup>o</sup>.

Es de sobra conocido que en su concepción como "derechos públicos subjetivos" los derechos establecían un orden de relaciones jurídicas entre el Estado, concebido como persona jurídica, y los ciudadanos individualmente considerados. Fuera de esta relación era inimpensable la vigencia de los derechos fundamentales.

Es evidente, sin embargo, que los presupuestos políticos y socio-económicos de nuestro tiempo son bien diferentes de los de fines del pasado siglo. Hoy, buen número de derechos encuentra su satisfacción en el seno de complejas relaciones sociales y económicas que enfrentan al individuo con los grandes grupos de poder (social o económico), de forma tal que, como bien dice Barbera,<sup>77</sup> los condicionamientos que esos "poderes privados" – o simplemente otros ciudadanos particulares situados en una posición dominante – pueden llegar a ejercer sobre la efectiva vigencia de ciertos derechos es de tal naturaleza que la tutela de los derechos no podría encontrar explicación, esto es, quedaría como puramente nominal o teórica, si esas relaciones *inter privados* quedaran al margen de los mecanismos constitucionales de garantía de los derechos.

Y es aquí donde nos encontramos con una de las muchas incongruencias del Estado constitucional de nuestro tiempo, que pese a tener que afrontar y dar una adecuada respuesta a las demandas que plantean situaciones sociales, económicas y culturales (al margen ya de políticas) radicalmente diferentes a las del pasado siglo, sigue sin embargo operando con los viejos esquemas jurídicos del Estado liberal. Como con toda razón apunta Ferrajoli,<sup>78</sup> el *Welfare State* no ha desarrollado una normatividad propia. No ha producido una estructura institucional de garantías análoga a la del viejo Estado liberal de derecho y específicamente idónea para garantizar los nuevos derechos sociales correspondientes a las nuevas funciones y pres-

taciones exigibles del Estado. En suma, no ha dado vida a un régimen garantista jurídico-social que se añadiera al régimen de garantías jurídico-liberal característico de los clásicos derechos individuales de libertad. El resultado de estas carencias, la consecuencia de esta convivencia entre el viejo Estado constitucional de derecho y el nuevo Estado social es una profunda divergencia entre las estructuras legales y las estructuras reales tanto de la organización estatal como de la propia organización social.

Uno de los aspectos más importantes en que se nos manifiesta esa incongruencia a que antes apuntábamos es en el tema de la eficacia *inter privados* de los derechos fundamentales. Cifándonos al marco normativo español, recordaremos ahora que el art. 53.1 de nuestra *Lex Superior* contempla el principio de vinculatoriedad de los derechos y libertades del Capítulo 2.º del Título I a todos los poderes públicos. El art. 161.1, b/, a su vez, declara al Tribunal Constitucional competente para conocer del recurso de amparo "por violación de los derechos y libertades referidos en el art. 53.2 de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca". Y en íntima conexión con esta previsión constitucional, el art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone que: "El recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos, en los términos que la presente Ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades... originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes".

Como fácilmente puede apreciarse, este último precepto contempla el amparo como un mero mecanismo de reacción frente a agresiones sufridas en los propios derechos, resultantes de actuaciones de cualesquiera poderes públicos. La amplitud con que se contemplan los poderes públicos contrasta visiblemente con el silencio que se guarda respecto de las agresiones que puedan experimentar los mismos derechos a resultas de actuaciones de particulares. El contraste se

<sup>77</sup> AUGUSTO BARBERA: Comentario al artículo 2.º de la Constitución italiana, op. cit., p. 107.

<sup>78</sup> LUIGI FERRAJOLI: "Stato Sociale e Stato di Diritto", en *Politica del Diritto*, año XIII, n.º 1, marzo 1982, II Mulino, Bologna, pp. 41 y sigs.; en concreto, p. 42.

hace aún más chirriante si se advierte que el art. 9.º.1 de la Constitución dispone que tanto los ciudadanos como los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como, por otra parte, no podía por menos que suceder. En consecuencia, por un lado, la cláusula del art. 9.º.1 sujeta a los particulares a la Constitución, y por ello mismo, obvio es decirlo, a los derechos fundamentales, mientras que, por otro, se excluyen del recurso de amparo aquellas lesiones que puedan encontrar su origen en actuaciones privadas. La inconsecuencia era tan notoria que el Tribunal Constitucional no podía por menos que salvarla mediante una interpretación adecuada. Lo contrario hubiera supuesto mantener el cándido criterio de que los particulares no pueden en ningún caso atentar contra los derechos fundamentales, presuposición rayana en lo absurdo y, en cualquier caso, desconocedora, como antes dijimos, de las realidades sociales de nuestro tiempo.

No es éste el lugar de recordar algo, por lo demás, perfectamente conocido, como es la teoría de la *Drittwirkung der Grundrecht*, elaborada en Alemania por un sector doctrinal que tiene en Nipperdey su figura más representativa, y que parte en su argumentación de la reflexión de que se bien un conjunto de derechos fundamentales (la libertad de reunión, la inviolabilidad del domicilio... etc.) sigue vinculando aún hoy tan sólo a los poderes públicos, no obstante, existen otros derechos que trascienden esa esfera relacional para pasar a garantizar a cada ciudadano un *status socialis* en sus relaciones jurídicas con los demás y, de modo muy especial, con los grandes grupos y organizaciones socio-económicos frente a los que el desamparo del individuo aisladamente considerado es absoluto.<sup>79</sup>

La *Drittwirkung* ilegó al Tribunal Constitucional Federal alemán al hilo del célebre caso *Lüth-Urteil*, que culminó en la Senten-

<sup>79</sup> Cfr. al respecto, JESÚS GARCÍA TORRES y ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO: "Derechos fundamentales y relaciones entre particulares" (La *Drittwirkung* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional), Civitas, Madrid, 1986, en especial, pp. 11-38.

cia de 15 de enero de 1958. A partir de ella, el Tribunal ha mantenido una reiteradísima jurisprudencia sobre esta cuestión.

También en Italia se ha ido a una solución análoga, rechazando la doctrina la afeja concepción de las libertades constitucionales como meros derechos públicos subjetivos, generalizándose por el contrario, como destaca Pace, la idea de que las normas constitucionales relativas a las libertades y derechos tienen eficacia *erga omnes*, o lo que es igual, han de ser tuteladas a los ciudadanos frente a las actuaciones agresoras tanto de los poderes públicos como de otros particulares<sup>80</sup>. Esta doctrina ha sido igualmente asumida por la jurisprudencia de la "Corte Costituzionale" italiana<sup>81</sup>.

Retornando al planteamiento y resolución actual del problema entre nosotros, hemos de referirnos en primer término a lo que bien podemos considerar como la relativización, y subsiguiente ampliación, del concepto tradicional de "poder público", consagrada por la doctrina constitucional. Muy representativa de este cambio de concepción es la Sentencia 35/1983, de 11 de mayo.

El proceso que conduce al anterior fallo es un recurso de amparo en el que se pide al Tribunal que reconozca el derecho de los demandantes a obtener de Televisión Española la rectificación de las informaciones difundidas que aquéllos estiman lesivas. Frente a tal demanda, el Abogado del Estado solicitará la inadmisión del recurso, sobre la base del carácter no impugnabile del acto presuntamente denegatorio de la rectificación solicitada, por cuanto entiende que TVE es una sociedad cuya naturaleza es la propia de un ente privado, por lo que sus órganos rectores no pueden ser considerados poderes públicos a los efectos previstos por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

<sup>80</sup> ALESSANDRO PACE: "Corte Costituzionale e "altri" giudici: un diverso garantismo?", en el colectivo Corte Costituzionale sviluppo della forma di governo in Italia, a cura di Paolo Barile, Enzo Cheli y Stefano Grassi, Il Mulino, Bologna, 1982, pp. 231 y sigs.; en concreto, p. 233.

<sup>81</sup> Entre otras, Sentencia de la Corte Costituzionale de 9 de julio de 1970, n.º 122.

En su argumentación, el Tribunal Constitucional parte de que la noción constitucional de "poderes públicos" sirve como concepto genérico que incluye a todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un "poder de imperio" derivado de la soberanía del Estado y procedente, en consecuencia, a través de una mediación, más o menos larga, del propio pueblo.

La noción de "poderes públicos" no coincide con la de "servicio público", si bien entre ambas existe una conexión que no cabe desconocer y que deriva del hecho de que las funciones calificadas como "servicios públicos" quedan colocadas por ello, y con independencia de cual sea el título (autorización, concesión... etc.) que hace posible su prestación, en una especial relación de dependencia respecto de los "poderes públicos", relación que se hace tanto más intensa, como es obvio, cuanto mayor sea la participación del poder en la determinación de las condiciones en las que el servicio ha de prestarse y en la creación, organización y dirección de los entes o establecimientos que deben prestarlo.

A partir de las precedentes reflexiones en torno a la noción de "poderes públicos", la conclusión del Juez de la Constitución, resulta inequívoca:

"Cuando el servicio público queda reservado en monopolio a un establecimiento cuya creación, organización y dirección son determinadas exclusivamente por el poder público, no cabe duda de que es éste el que actúa, a través de persona interpuesta, pero en modo alguno independiente. La necesidad de hacer más flexible el funcionamiento de estos entes interpuestos puede aconsejar el que se dé a su estructura una forma propia del Derecho privado y que se sometan a éste los actos empresariales que debe llevar a cabo para el ejercicio de su función, pero ésta, en cuanto dirigida directamente al público como tal, ha de entenderse vinculada al respeto de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo 2.º del Título I de la Constitución, según dispone el art. 53.1 de ésta y, en consecuencia, los ciudada-

nos protegidos también frente a ella con los instrumentos que el ordenamiento les ofrece para la salvaguarda de sus derechos fundamentales frente a los actos del poder".<sup>82</sup>

En definitiva, el Tribunal Constitucional ha interpretado la noción que nos ocupa con notable amplitud, lo que a su vez entraña una ampliación del ámbito de vigencia de los derechos fundamentales. Con ser este dato importante, la cuestión de mayor relevancia que aquí se suscita, como ya hemos tenido oportunidad de señalar, es la relativa a la vigencia, a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (*inter privados*), y a ello pasamos a referirnos ahora.

Desde los primeros momentos que siguieron a la promulgación de la Constitución una doctrina cada vez más consolidada entendió que en nuestro ordenamiento constitucional existían argumentos y posibilidades para una eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.<sup>83</sup>

De esta forma, Embid Irujo defendería el influjo directo de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales en el mundo jurídico privado, influencia que había de traducirse, entre otros aspectos, en los dos siguientes:

1) Una acción indirecta sobre el ámbito contractual privado, considerando nulos, por contrarios al orden público, todo tipo de pactos celebrados en contra de las prescripciones constitucionales previa acción, claro es, de una parte interesada. Y

2) Una acción de irradiación sobre cualquier tipo de relaciones privadas (incluso no contractuales) que deben sujetarse en su constitución y efectos a las "decisiones, de valor" implícitas en los derechos fundamentales y en la misma Constitución.<sup>84</sup>

<sup>82</sup> STC 35/1983, de 11 de mayo, fund. jur. 3.º.

<sup>83</sup> LUIS AGUIAR DE LUQUE: "Los derechos fundamentales en las relaciones entre privados. Estado de la cuestión", en *Actualidad jurídica*, 1981 (X) pp. 5 y sigs.; en concreto, p. 8.

<sup>84</sup> ANTONIO EMBID IRUJO: "El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el

(continúa)

Por su parte, Quadra – Salcedo<sup>85</sup> concluiría su estudio sobre el recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, mostrándose partidario de que toda decisión equivocada de los Tribunales ordinarios que verse de forma directa sobre derechos y libertades públicas fundamentales, aun cuando el litigio a que ponga fin se refiera a una relación *inter privados*, sea considerada como determinante de la lesión de los derechos fundamentales de una de las partes, atribuyéndose, pues, de forma inmediata tal lesión al fallo judicial, interpretación que permitiría al Tribunal Constitucional llegar a este tipo de contiendas.

El "intérprete supremo de la Constitución" iba a hacer suya con notable prontitud la doctrina que acabamos de explicitar. En efecto, en su Sentencia 55/1983, y ante la cuestión suscitada por el Ministerio Fiscal en el sentido de si, cuando las presuntas violaciones de derechos fundamentales son debidas a un particular, cabe recurso de amparo para su protección, el Alto Tribunal entendería que "cuando se ha pretendido judicialmente la corrección de los efectos de una lesión de tales derechos y la Sentencia no ha entrado a conocerla, tras la correspondiente averiguación de su existencia, previo el análisis de los hechos denunciados, es la Sentencia la que entonces vulnera el derecho fundamental en cuestión".<sup>86</sup>

Poco tiempo después, el Alto Tribunal iba a elaborar una doctrina de mucho más amplio calado que la inmediatamente antes expuesta, de conformidad con la cual se acepta plenamente que en el Estado social de derecho los derechos fundamentales no se limitan a operar frente a los poderes públicos, sino que se proyectan en la vida social, vinculando de esta forma también a los particulares. A juicio del Tribunal, la concretización que de la Ley Suprema hace la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (al establecer

la posibilidad del recurso de amparo tan sólo contra las disposiciones, actos o simples vías de hecho de los poderes públicos) no debe interpretarse en el sentido de que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que "en un Estado social de Derecho como el que consagra el art. 1.º de la Constitución no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social", reflexión que el Tribunal apoya en las previsiones de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, la cual prevé la vía penal – aplicable cualquiera que sea el autor de la vulneración cuando cae dentro del ámbito penal –, la contencioso-administrativa y la civil, no limitada por razón del sujeto autor de la lesión. A partir de este núcleo argumental, el Juez de la Constitución procede a ofrecer una explicación de conjunto coherente con el bloque de previsiones constitucionales:

"Lo que sucede – razona el Tribunal<sup>87</sup> –, de una parte, es que existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos (como los del art. 24 CE: derecho a la tutela judicial efectiva) y, de otra, que la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (art. 9.º.1) se traduce en una *deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social*, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los Jueces y Tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas. De donde resulta que el recurso de amparo se configura como un remedio subsidiario de protección de los derechos y libertades fundamentales, cuando los poderes públicos han violado tal deber. Esta violación puede producirse respecto de las relaciones entre particulares cuando no cumplen su función de restablecimiento de los mismos, que normalmente correspon-

(continuación de la nota 84)

ámbito privado", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 25, abril-junio 1980, pp. 191 y sigs.: en concreto, p. 205.

<sup>85</sup> TOMÁS QUADRA-SALCEDO: *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 102-103.

<sup>86</sup> STC 55/1983, de 22 de junio, fund. jur. 5.º.

<sup>87</sup> STC 18/1984, de 7 de febrero, fund. jur. 6.º.

de a los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de tales derechos y libertades."

En resumen, a la vista de la doctrina constitucional precedentemente expuesta, puede concluirse que en el Estado social de derecho que diseña la Constitución de 1978, los titulares de los derechos fundamentales no lo son tan sólo frente a los poderes públicos, sino que gozan también de ellos en la vida social. Por lo mismo, es evidente que los actos privados pueden lesionar derechos fundamentales, supuesto en el que los interesados pueden acceder a la vía del amparo constitucional si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales, a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos. Quiere todo ello decir que las relaciones *inter privados*, si bien con ciertas matizaciones, no quedan excluidas del ámbito de aplicación de los derechos a que venimos refiriéndonos, debiendo, pues, la autonomía de las partes respetar esos derechos<sup>88</sup>

Cuanto acabamos de exponer nos revela con nitidez que la determinación del art. 53.1 de la Constitución, que, como ya dijimos, sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, no debe ser interpretada en su estricta literalidad, pues "no implica una exclusión absoluta de otros destinatarios".<sup>89</sup>

#### 6. El principio del "mayor valor" de los derechos y la interpretación del ordenamiento jurídico

I. La naturaleza objetiva de los derechos fundamentales, que les convierte en elementos esenciales del ordenamiento de la comunidad, en una decisión básica que ha de informar todo nuestro ordenamiento jurídico, ha de incidir por fuerza en la interpretación

de los derechos y en la del propio ordenamiento jurídico en su conjunto. Así lo ha admitido el Juez de la Constitución en una reiteradísima jurisprudencia.

A juicio del Tribunal,<sup>90</sup> el lugar privilegiado que en la economía general de nuestra Constitución ocupan los derechos fundamentales y libertades públicas que en ella se consagran, está fuera de toda duda. De ello resulta no sólo la inconstitucionalidad de todos aquellos actos del poder, cualquiera que sea su naturaleza y rango, que los lesionen, sino también la necesidad de interpretar la ley en la forma más favorable a la maximalización de su contenido.<sup>91</sup>

Se comprende de esta forma que la interpretación de los preceptos legales haya de hacerse a la luz de las normas constitucionales y especialmente de aquellas que proclaman y consagran derechos fundamentales y libertades públicas, debiendo prevalecer en caso de duda la interpretación que dote de mayor viabilidad y vigor al derecho fundamental.<sup>92</sup>

Puede, pues, afirmarse que una de las constantes de nuestra doctrina constitucional y, por efecto de ella, de la propia jurisprudencia *tout court*, es la reafirmación del principio hermenéutico *favor libertatis*, esto es, del ya aludido principio de que los derechos deben interpretarse del modo más amplio posible. La legalidad ordinaria – ha reiterado en otro momento el Alto Tribunal<sup>93</sup> – ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos. Bien es verdad, y conviene no olvidarlo, que la interpretación más favorable a los derechos fundamentales presupone la existencia de alguna *res dubia*, esto es, de alguna variante en la interpretación de los preceptos legales, ya que, en otro caso, como el mismo Juez de la constitucionalidad ha advertido,<sup>94</sup>

<sup>90</sup> STC 66/1985, de 23 de mayo, fund. jur. 2.º.

<sup>91</sup> Es ésta una jurisprudencia constante del Alto Tribunal, como prueban, entre otras muchas, las siguientes Sentencias: 34/1983, de 6 de mayo, fund. jur. 3.º; 67/1984, de 7 de junio, fund. jur. 3.º; 32/1987, de marzo, fund. jur. 3.º; 117/1987, de 8 de julio, fund. jur. 2.º; y 119/1990, de 21 de junio, fund. jur. 4.º.

<sup>92</sup> STC 1/1989, de 16 de enero, fund. jur. 3.º.

<sup>93</sup> STC 17/1985, de 9 de febrero, fund. jur. 4.º.

<sup>94</sup> STC 32/1989, de 13 de febrero, fund. jur. 2.º.

<sup>88</sup> En su Sentencia 177/1988, de 10 de octubre (fund. jur. 4.º), el Juez de la Constitución ha precisado que la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas de rango constitucional u ordinario de las que se derive la necesidad de igualdad de trato.

<sup>89</sup> STC 171/1989, de 19 de octubre, fund. jur. 2.º, b/.

no se estaría protegiendo el derecho constitucional, sino confiriendo a las leyes un sentido y alcance que las propias leyes no consienten.

Por lo demás, el mismo Tribunal Constitucional ha entendido que del "mayor valor" de los derechos no cabe deducir, sin embargo, la "exigencia constitucional implícita" de una institución como la del recurso previo de inconstitucionalidad, inicialmente contemplado por el art. 79 de la LOTC<sup>95</sup>, y más tarde derogado por la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio<sup>96</sup>, rechazando así una de las líneas argumentales de quienes habían impugnado la citada Ley Orgánica (por la que se derogaba el art. 79 de la LOTC), que veían en el recurso previo de inconstitucionalidad una "exigencia constitucional implícita" del "mayor valor" de los derechos fundamentales. Por el contrario, el mismo "mayor valor" y la subsiguiente interpretación favorable a los derechos que propicia, ha conducido a una expansión de los derechos que, según los casos, presenta múltiples y muy relevantes manifestaciones<sup>97</sup>.

II. Junto al principio hermenéutico a que acabamos de referirnos, de creación jurisprudencial, la Constitución contempla directamente en su articulado otro principio de indudable relevancia: el principio de inter-

pretación conforme con los Tratados sobre Derechos Humanos ratificados por España. A tenor del art. 10.2 de nuestra Norma Suprema:

"Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España."

Si analizamos la jurisprudencia constitucional comprobaremos la profusión de Sentencias en que se acude a los Tratados de referencia, muy especialmente al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hechos en Roma el 4 de noviembre de 1950. Todo ello no es sino la lógica consecuencia de que, como ha dicho el Alto Tribunal,<sup>98</sup> la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con los referidos textos internacionales. Más aún, como en otro momento ha precisado,<sup>99</sup> esta interpretación afecta no sólo a las normas contenidas en la Constitución, sino a todas las del ordenamiento relativas a los derechos y libertades reconocidos por la Norma Fundamental.

En principio, hay que ver en el art. 10.2 de la Constitución, como muestra a las claras su origen y génesis en el *iter* constituyente, una cláusula de tutela y garantía de los derechos, enderezada a salvar las dificultades de interpretación de los derechos constitucionalmente reconocidos, recurriendo al efecto a las normas de los Tratados internacionales en materia de derechos humanos.

La trascendencia de esta cláusula se acentúa si se advierte que, en cuanto "marco de coincidencias (lo) suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo",<sup>100</sup> la

<sup>95</sup> Los recursos previos de inconstitucionalidad podían presentarse contra los proyectos de Estatutos de Autonomía y de leyes orgánicas, teniendo como virtualidad principal la de que la interposición del recurso suspendía automáticamente la tramitación del proyecto.

<sup>96</sup> STC 66/1985, de 23 de mayo, fund. jur. 2.º

<sup>97</sup> Por hacemos eco de dos concretas manifestaciones, recordaremos que, en un caso, el Tribunal ha entendido que la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la libertad provisional debe hacerse con carácter restrictivo y en favor del derecho fundamental a la libertad que tales normas restringen (STC 88/1988, de 9 de mayo, fund. jur. 1.º). En otro caso (STC 159/1986, de 12 de diciembre, fund. jur. 8.º), el Juez de la Constitución ha considerado que la interpretación más favorable de las libertades informativas del art. 20 CE genera unos precisos efectos sobre las normas penales limitadoras de las mismas, que se concretan en el criterio de que el derecho de un profesional del periodismo a informar, así como el de sus lectores a recibir información íntegra y veraz, constituye, en último término, una garantía institucional de carácter objetivo, cuya efectividad exige en principio excluir la voluntad delictiva de quien se limita a transmitir sin más la información, aunque ésta por su contenido pueda revestir significado penal.

<sup>98</sup> STC 62/1982, de 15 de octubre, fund. jur. 2.º

<sup>99</sup> STC 78/1982, de 20 de diciembre, fund. jur. 4.º

<sup>100</sup> STC 11/1981, de 8 de abril, fund. jur. 7.º

Constitución se limita a consagrar los derechos, otorgarles rango constitucional y atribuirles las necesarias garantías, correspondiendo por ello al legislador ordinario, que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio de cada derecho, que serán más restrictivas o más abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre, claro está, que no exceda de los límites impuestos por las propias normas constitucionales. Quiere ello decir que ante una ordenación normativa de un derecho de carácter restrictivo, bien que respetuosa con los límites constitucionales, la cláusula del art. 10.2 salva en todo caso el que el contenido del derecho se acomode a la regulación dada al mismo por el Derecho convencional, lo que entraña una garantía que, en ocasiones, se ha revelado de gran operatividad.

### *7. La titularidad de los derechos fundamentales*

I. El problema de la titularidad o capacidad de derechos fundamentales es de difícil planteamiento y de difícil solución, como el propio Tribunal Constitucional ha venido a reconocer.<sup>101</sup>

Si repasamos los artículos que integran la Sección primera del Capítulo 2.º del Título I comprobaremos que unos preceptos atribuyen los derechos que enuncian a todas las personas (art. 15: derecho a la vida; art. 17: derecho a la libertad y seguridad personales; art. 24.1: derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva... etc.), mientras que otros los reconocen tan sólo respecto de los españoles (art. 14: derecho a la igualdad jurídica; art. 19: derecho a la libertad de residencia y circulación; art. 29.1: derecho de petición... etc.) o de los ciudadanos (art. 23.1: derecho de participación en los asuntos públicos; art. 23.2: derecho de acceso a las funciones y cargos públicos... etc.).

En cualquier caso, en línea de principio, es preciso significar que los derechos fundamentales y las libertades públicas son derecho individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos. Como ha dicho el Ato Tribunal,<sup>102</sup> se deduce así, sin especial dificultad, del art. 10 de la Constitución, que, en su apartado primero, vincula los derechos inviolables con la dignidad de la persona y con el desarrollo de la personalidad y, en su apartado segundo, los conecta con los llamados derechos humanos, objeto de la Declaración Universal y de diferentes Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España.

Ahora bien, si es cierto que los extranjeros, por lo que acaba de rasonarse, han de gozar, de plena capacidad de derechos, en muchos casos en condiciones de absoluta igualdad con los españoles, no lo es menos que la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental.<sup>103</sup>

Quiere todo ello decir, en definitiva, que la titularidad de los derechos a que venimos refiriéndonos no puede predicarse tan sólo de las personas físicas de nacionalidad española; bien al contrario, han de considerarse, con determinadas matizaciones, titulares de derechos los extranjeros y las personas jurídicas tanto de Derecho privado como de Derecho público. Nos detendremos a continuación en ello de modo más particularizado.

II. En lo que se refiere a la capacidad de los derechos por parte de los extranjeros, conviene recordar que el Juez de la Constitución, en su Sentencia 99/1985, aún admitiendo la afirmación del representante del que-

<sup>101</sup> STC 64/1988, de 12 de abril, fund. jur. 1.º.

<sup>102</sup> *Ibidem*.

<sup>103</sup> *Ibidem*.

rellado en el sentido de que nuestra Constitución "es obra de españoles", rechazaría la subsiguiente de que es sólo "para españoles". A juicio del Tribunal,<sup>104</sup> el párrafo primero del art. 13 de la Constitución<sup>105</sup> no debía entenderse en el sentido de que los extranjeros gozaran sólo de aquellos derechos y libertades que establecieran los tratados y las leyes, sino en el de que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución podía atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinarían los tratados internacionales y la Ley interna española. Ahora bien, ni siquiera esta modulación o atemperación es posible en relación con todos los derechos, pues "existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos".<sup>106</sup> Así sucede con aquellos derechos fundamentales que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo, con "aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español".<sup>107</sup>

Pues bien, uno de estos derechos es el de que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, según dice el art. 24.1 de nuestra Constitución. Ello es así no sólo por la dición literal del citado artículo ("todas las personas..."), sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el art. 10.2 de la CE, de conformidad con el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con el art. 6.º.1 del Convenio de Roma y con el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, textos en todos los cuales el derecho equivalente al que nuestra Constitución denomina tutela judicial efectiva es reconocido a "toda persona" o a "todas las personas", sin atención a su nacionalidad.

<sup>104</sup> STC 99/1985, de 30 de septiembre, fund. jur. 2.º.

<sup>105</sup> A tenor del art.º 13.1 de la Constitución: "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley".

<sup>106</sup> STC 107/1984, de 23 de noviembre, fund. jur. 4.º.

<sup>107</sup> *Ibidem*, fund. jur. 3.º.

Por el contrario, existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23: derechos de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con la salvedad que contempla el art. 13.2 respecto del ejercicio de derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales), y existen otros que pertenecen o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.<sup>108</sup>

En cualquier caso, conviene significar que la admisibilidad por el Tribunal Constitucional de ciertas restricciones para el goce por los extranjeros de determinados derechos fundamentales se ha supeditado a la existencia de un sistema de garantías suficientes que reduzcan al mínimo el riesgo de que se produzca un uso arbitrario o injustificado de las facultades administrativas de intervención.<sup>109</sup> Quiere ello decir, a nuestro entender, que la diferencia de trato entre españoles y extranjeros nunca puede conducir a despojar a éstos de toda garantía frente a una actuación invasora del ámbito de su libertad por parte de la administración.

En resumen, frente a lo que algún sector doctrinal ha podido sostener, la inexistencia de una declaración constitucional que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles no puede considerarse, sin embargo, argumento bastante para estimar que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta constitucionalmente admisible, o, incluso, que el propio planteamiento de una cuestión de igualdad entre extranjeros y españoles está constitucionalmente excluido.<sup>110</sup> La igualdad o diferenciación de trato se hablará en función del derecho concreto de que se trate.

III. En cuanto a la titularidad de ciertos derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas, ya hemos significado con anterioridad que la plena efectividad de tales

<sup>108</sup> STC 107/1984, de 23 de noviembre, fund. jur. 4.º.

<sup>109</sup> STC 115/1987, de 7 de julio, fund. jur. 4.º.

<sup>110</sup> STC 107/1984, de 23 de noviembre, fund. jur. 3.º.

derechos exige reconocer que su titularidad no corresponde tan sólo a los individuos aisladamente considerados.

Esta problemática no puede ser resuelta con carácter general en relación a todos y cada uno de los derechos fundamentales. Bien al contrario, la simple lectura de los artículos 14 a 29 de la Constitución, esto es, de los acogen los derechos susceptibles de amparo constitucional (al margen ya del derecho a la objeción de conciencia del art. 30.2), acredita que existen derechos fundamentales cuya titularidad se reconoce expresamente a quienes no pueden calificarse como ciudadanos, cual es el caso de las "comunidades" del art. 16 (a las que se garantiza, en unión de todos los individuos, la libertad ideológica, religiosa y de culto) y de las personas jurídicas a que alude el art. 27.6 (a las que se reconoce la libertad de creación de centros docentes). Revela dicha lectura igualmente que hay otros derechos fundamentales que por su propio carácter no entran en aquellos de los que eventualmente pueden ser titulares las personas jurídicas, como la libertad personal (art. 17) y el derecho a la intimidad familiar (art. 18). Por último, en algún supuesto, la Constitución utiliza expresiones cuyo alcance hay que determinar, como sucede respecto de la expresión "todas las personas" que utiliza el art. 24.1 a fin de reconocer el derecho de aquéllas a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.<sup>111</sup>

En definitiva, el articulado constitucional no permite la concreción de un régimen homogéneo en lo que se refiere a la titularidad por las personas físicas o jurídicas de los derechos que se engloban en la Sección 1.ª del Capítulo 2.º del Título I. Habrá que atender a cada derecho en particular para decidir si la titularidad del mismo puede predicarse no sólo de las personas físicas, sino también de las jurídicas.

Con carácter general, el Juez de la Constitución reconoció en su Sentencia 137/1985 la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas de derecho privado.

La controversia que iba a dar lugar a un pronunciamiento de carácter general por parte del Alto Tribunal giraría en torno a la titularidad del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE). En la oposición a la demanda al recurso de amparo que sería finalmente resuelto mediante la referida Sentencia se arguyó que aquel derecho fundamental no era atribuible a las sociedades mercantiles, dado que las personas jurídicas no podían ostentar la titularidad del mismo. Frente a tal argumentación, el Tribunal comenzaría recordando – pese a la ausencia en nuestro ordenamiento constitucional de un precepto similar – la previsión del art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, les resulten aplicables. A partir de aquí, nuestro Tribunal recuerda que la jurisprudencia alemana aplicativa de tal norma ha entendido que el derecho a la inviolabilidad del domicilio conviene también a las entidades mercantiles. Tras constatar que el art. 18.2 de nuestra Norma Suprema no circunscribe aquel derecho a las personas físicas y que la doctrina generalizada de otros países sigue al efecto un criterio extensivo, "pudiendo entenderse que este derecho a la inviolabilidad del domicilio tiene también justificación en el supuesto de personas jurídicas, y posee una naturaleza que en modo alguno repugna la posibilidad de aplicación a estas últimas", el Alto Tribunal concluye que "la libertad de domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento en que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional".<sup>112</sup>

En definitiva, en el pronunciamiento a que acabamos de referirnos, el Tribunal, al hilo del supuesto particularizado abordado, iba a sentar una doctrina de carácter mucho más general, de conformidad con la cual parece proyectar sobre nuestro ordenamiento una cláusula constitucional como la del

<sup>111</sup> STC 19/1983, de 14 de marzo, fund. jur. 2.º

<sup>112</sup> STC 137/1985, de 17 de octubre, fund. jur. 3.º

párrafo tercero del art. 19 de la "Bonner Grundgesetz",<sup>113</sup> lo que permite concluir reconociendo a las personas jurídicas de derecho privado la titularidad de aquellos derechos fundamentales que, por su naturaleza, puedan ser ejercitados por este tipo de personas.

A la misma conclusión puede llegarse en lo que concierne a las personas jurídicas de derecho público, siempre que recaben para sí mismas ámbitos de libertad, de los que deben disfrutar sus miembros, o la generalidad de los ciudadanos.<sup>114</sup>

Ya en la Sentencia 4/1982, en la que el Tribunal estimaba parcialmente el amparo solicitado por el Abogado del Estado, en representación de un organismo autónomo (el Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación), se podía leer que "el derecho fundamental acogido en el art.º 24.1 de la Constitución Española de obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales (es) predicable de todos los sujetos jurídicos, en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos".<sup>115</sup> Ello entrañaba reconocer la capacidad de algunos derechos fundamentales a las administraciones públicas personificadas.

Este primer pronunciamiento se ha visto en posteriores fallos cumplidamente ratificado. Y así, en la Sentencia 19/1983, y en relación con el mismo derecho del art.º 24.1, el Tribunal razonaría que la expresión "todas las personas" – que el precepto utiliza en referencia, obviamente, en referencia a la titularidad de ese derecho – "hay que interpretarla en relación con el ámbito del derecho de que se trata, es decir, con la "tutela efectiva de los Jueces y Tribunales", que comprende lógicamente a todas las personas que tienen capacidad para ser parte en un proceso, capacidad que no puede negarse a la Diputación Foral (Gobierno de Navarra) en sus relaciones jurídico-laborales".<sup>116</sup> En definitiva, de la capacidad de las per-

sonas jurídicas de derecho público para ser parte en los procesos judiciales deriva naturalmente la titularidad de aquéllas del derecho fundamental a la tutela judicial.

De cuanto acaba de exponerse no ha de deducirse, sin embargo, que nuestro ordenamiento constitucional establece una plena equiparación entre las personas físicas y jurídicas en lo que a la titularidad de ciertos derechos se refiere. Bien al contrario, no existe tal equiparación. Siendo las personas jurídicas una creación del Derecho, corresponde al ordenamiento jurídico – como ha recordado el Alto Tribunal<sup>117</sup> – delimitar su campo de actuación fijando los límites concretos y específicos, y determinar, en su caso, si una concreta actividad puede ser desarrollada en un plano de igualdad por personas tanto físicas como jurídicas.

Esta doctrina general ha sido, a su vez, particularizada respecto de ciertos derechos concretos. Y así, por poner un ejemplo bien significativo, en relación con el derecho a la tutela judicial, el Juez de la Constitución ha entendido<sup>118</sup> que no se puede efectuar una íntegra traslación a las personas jurídicas de derecho público de las doctrinas jurisprudenciales elaboradas en desarrollo del citado derecho fundamental en contemplación directa de derechos fundamentales de los ciudadanos, pues, como bien ha dicho en otro momento el Tribunal,<sup>119</sup> "lo que con carácter general es predicable de las posiciones subjetivas de los particulares, no puede serlo, con igual alcance y sin más matización, de las que tengan los poderes públicos, frente a los que, principalmente, se alza la garantía constitucional".<sup>120</sup>

<sup>117</sup> STC 23/1989, de 2 de febrero, fund. jur. 3.º.

<sup>118</sup> STC 64/1988, de 12 de abril, fund. jur. 1.º.

<sup>119</sup> STC 197/1988, de 24 de octubre, fund. jur. 4.º.

<sup>120</sup> Un ejemplo concreto de la imposibilidad de trasladar en su integridad a las personas jurídicas una doctrina jurisprudencial elaborada en desarrollo del derecho fundamental a la tutela judicial lo hallamos en la STC 197/1988, de 24 de octubre, respecto de la doble garantía que acoge el art.º 24.1, que – según reconoce la doctrina constitucional – no sólo proscribía que los Jueces y Tribunales cierran arbitrariamente los cauces judiciales legalmente previstos a quienes, estando legitimados para ello, pretenden defender sus propios derechos e intereses, sino que también prohíbe al legislador que, con normas excluyentes de la vía jurisdiccional, les impida el acceso

(continúa)

<sup>113</sup> A tenor del art.º 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn: "Los derechos fundamentales se extienden a las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, con arreglo a su respectiva naturaleza, aquéllos les sean aplicables".

<sup>114</sup> STC 64/1988, de 12 de abril, fund. jur. 1.º.

<sup>115</sup> STC 4/1982, de 8 de febrero, fund. jur. 5.º.

<sup>116</sup> STC 19/1983, de 14 de marzo, fund. jur. 2.º.

Hemos de poner de relieve finalmente que el Tribunal Constitucional ha amparado la titularidad de ciertos derechos fundamentales (en ocasiones el mero ejercicio de los mismos) por determinadas personas jurídicas en razonamientos de dispar naturaleza, que oscilan desde el argumento de que la finalidad específica de los grupos y organizaciones en que el individuo se inserta es la defensa de aquellos ámbitos de libertad que forman el sustrato último del derecho fundamental, hasta la sutil distinción entre titularidad y ejercicio del derecho.

Y así, en una de sus primeras Sentencias, el Alto Tribunal, tras atribuir la titularidad del derecho de huelga a los trabajadores *uti singuli*, correspondiendo por ello mismo a cada trabajador el derecho de sumarse o no a las huelgas declaradas, apostillaba que "las facultades en que consiste el ejercicio del derecho de huelga, en cuanto acción colectiva y concertada, corresponden tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales".<sup>121</sup> Ello entrañaba el reconocimiento sin ambages de que si bien la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores, el derecho podía ser ejercitado por las organizaciones sindicales con implantación en el ámbito laboral al que se extendiera la huelga. De esta forma, los sindicatos quedaban legitimados para ejercitar este derecho, aunque en sentido estricto no fuesen los titulares del mismo.

(continuação da nota 120)

al processo. Esta doutrina, construída em relação com a tutela judicial de las personas privadas, no cabe trasladar-la íntegramente a las personas jurídicas de Derecho público, pues tal doutrina parte de los particulares frente al poder público y desnaturaría esta concepción la tesis simplificadora que sostuviera que los entes públicos gozan, en paridad de posición con los particulares, de un derecho constitucional subjetivo en cuya virtud el legislador venga obligado, en todos los casos, a establecer recursos judiciales para que dichos entes públicos defiendan sus propios actos frente a los que, afectándolos, hayan sido adoptados por otros órganos o personas públicas.

Es, desde luego, incuestionable que, existiendo una vía judicial preestablecida por la ley, los órganos judiciales deberán respetar el derecho a la tutela judicial que demanden los que estén legitimados para ello, sin que este imperativo pueda ser excepcionado cuando el que reclama la prestación jurisdiccional es un ente público.

Distinto es, sin embargo, el supuesto en el que sea la propia ley, y no la autoridad judicial que la aplica, la

En una reiteradísima doctrina, el Juez de la Constitución ha interpretado que el derecho a la libertad de la acción sindical que proclama el art. 28.1 corresponde no sólo a los individuos que fundan sindicatos o se afilian a ellos, sino también a los propios sindicatos. A juicio del Tribunal,<sup>122</sup> el art. 28.1 integra derechos de actividad de los sindicatos (tales como la negociación colectiva o la promoción de conflictos), en cuanto que constituyen medios de acción que, por contribuir de forma primordial al desenvolvimiento de la actividad a que el sindicato es llamado por el art. 7.º de la Constitución (contribuir a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios), son un núcleo mínimo e indisponible de la actividad sindical. Quiere todo ello decir que los contenidos constitucionales de la libertad sindical (que en la literalidad del art. 28.1 se circunscriben al derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como al derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas) han de integrar aquellos medios de acción que, con toda razón, el Alto Tribunal ha entendido que contribuyen de modo primordial al desenvolvimiento de las importantes funciones constitucionales que el art. 7.º reconoce a los sindicatos.

No muy distante de la doctrina precedente se sitúa aquella otra por cuya virtud el Tribunal ha considerado que el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos lo pueden ejercer los partidos políticos. Este derecho de participación, ejercido directamente o por medio de representantes, según el dictado del art. 23.1 CE, lo ostentan sólo "los ciudadanos", y así lo ha reconocido una reiterada doctrina del Tribunal,<sup>123</sup> de

(continuação da nota 120)

que impida al ente público acudir a la jurisdicción para pretender la nulidad o revocación de un acto adoptado por otro ente público, pues no siempre, en tal hipótesis, podrá hablarse de indefensión. (STC 197/1988, de 24 de octubre, fund. jur. 4.º)

<sup>121</sup> STC 11/1981, de 8 de abril, fund. jur. 11.

<sup>122</sup> STC 51/1988, de 22 de marzo, fund. jur. 5.º, culminando una reiteradísima jurisprudencia.

<sup>123</sup> SSTC 53/1982, de 22 de julio, fund. jur. 1.º; 5/1983, de 4 de febrero, fund. jur. 4.º, a/, y, entre otras, 23/1983, de 25 de marzo, f. j. 4.º

conformidad con la cual no son titulares de la situación jurídica así garantizada otras personas o entes, como los sindicatos o los mismos partidos políticos. Ahora bien, la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos se alcanza a través de las elecciones y demás consultas populares previstas por la Constitución, procedimientos éstos en los que habrán de hacerse presentes, sin duda, los partidos políticos, mas no como titulares del derecho mismo a la participación, sino en cuanto instrumentos fundamentales que son para hacerla posible, concurriendo, como la Constitución quiere, a la formación y manifestación de la voluntad popular (art. 6.º CE).<sup>124</sup> Quiere ello decir que aunque la titularidad formal del derecho del art. 23.1 la ostenten los ciudadanos, la centralidad de los partidos en el sistema político democrático diseñado por nuestra Constitución, de la que el art. 6.º de la misma es una buena muestra, comporta que los partidos no sólo se hayan de hacer presentes en todos los procesos que canalizan la participación política ciudadana, sino que desempeñen en ellos una función primordial.

Algo análogo a lo anteriormente expuesto puede sostenerse respecto del derecho de asociación que contempla el art. 22 CE, que puede ser ejercido no sólo por los individuos que se asocian, sino también por las Asociaciones ya constituidas. Y es que el derecho de asociación, como ha dicho el Tribunal,<sup>125</sup> comprende no sólo el derecho de asociarse, sino también el de establecer la propia organización del ente creado por el acto asociativo dentro del marco de la Constitución y de las leyes. Y parece apropiado pensar que la potestad de organización que comprende el derecho de asociación escapa de cada individuo aisladamente considerado para pasar a ejercerse por el ente asociativo así creado.

IV. La cuestión precedentemente aludida de la posible separación entre la titularidad y el ejercicio del derecho exige prestar una mí-

nima atención a lo que podríamos llamar el ejercicio por terceros de ciertos derechos. Nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido en algunas ocasiones diversas dimensiones o manifestaciones de los derechos reconocidos en el art. 18 CE (y muy especialmente del derecho a intimidad personal y familiar y a la propia imagen) que, desvinculándose de la persona del titular pueden ejercerse por terceras personas.

Este es el caso de la posibilidad legalmente prevista (por el art. 4.º de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen) de que las acciones correspondientes de protección civil de los mencionados derechos puedan ejercerse por los designados en testamento por el afectado por un atentado contra tales derechos o por los familiares del mismo. Ahora bien, como ha advertido el Juez de la Constitución,<sup>126</sup> una vez fallecido el titular de esos derechos y extinguida su personalidad, lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional, que está encaminada a garantizar un ámbito vital reservado que con la muerte deviene inexistente. Por consiguiente, si se mantienen acciones de protección civil (encaminadas a la obtención de una indemnización) en favor de terceros, distintos del titular de esos derechos de carácter personalísimo, ello ocurre fuera del área de protección de los derechos fundamentales que se encomienda al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo. En definitiva, en los casos referidos, el ejercicio por terceros de estos derechos, o por lo menos de acciones dimanantes de ellos, pierde su dimensión constitucional.

## 8. Los límites de los derechos fundamentales

I. El carácter limitado de los derechos es hoy una evidencia que no admite contestación alguna. En nuestra Constitución esta regla general no sólo no quiebra sino que encuentra plena confirmación, como más adelante veremos. Bien es verdad que podría pensarse lo contrario a la vista del art. 10.1, que, como ya indicamos, eleva a la categoría

<sup>124</sup> STC 63/1987, de 20 de mayo, fund. jur. 5.º.

<sup>125</sup> STC 218/1988, de 22 de noviembre, fund. jur. 1.º.

<sup>126</sup> STC 231/1988, de 2 de diciembre, fund. jur. 3.º.

de "fundamento del orden político y de la paz social" a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes". Ahora bien, que ello sea así no significa, como ha precisado el Alto Tribunal,<sup>127</sup> ni que todo derecho le sea inherente – y por ello inviolable – ni que los que se califican de fundamentales sean *in toto* condiciones imprescindibles para su efectiva incolumidad, de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad.

El Tribunal Constitucional, ya desde su primera jurisprudencia, ha venido insistiendo en la idea de que "ningún derecho constitucional es un derecho ilimitado",<sup>128</sup> doctrina que ha repetido en numerosas ocasiones. Y así, por poner un ejemplo más cercano en el tiempo, en su Sentencia 181/1990, nos recordaba que según su reiterada doctrina, los derechos fundamentales no son derechos absolutos e ilimitados. Por el contrario, su ejercicio está sujeto tanto a límites expresos constitucionalmente como a otros que puedan fijarse para proteger o preservar otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos.<sup>129</sup>

Si los derechos y libertades no son absolutos, menos aún puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos. Como ha afirmado el Tribunal,<sup>130</sup> tanto las "normas de libertad" como las llamadas "normas limitadoras" se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Se produce, pues, un régimen de concurrencia normativa, que no de exclusión.

Esta concurrencia de normas deviene, en último término, de que tanto los derechos individuales como sus límites, en cuanto éstos derivan del respeto a la ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados

por el art. 10.1 de nuestra "Lex Superior" como "fundamento del orden político y de la paz social".

La concurrencia entre las "normas de libertad" y las "normas limitadoras" entraña que unas y otras operen con el mismo grado de vinculatoriedad y actúen recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas que establecen límites al ejercicio de un derecho,<sup>131</sup> de ahí la exigencia, reiteradísima por el "intérprete supremo de la Constitución", de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos.

II. Los límites de los derechos pueden ser de dos tipos: intrínsecos y extrínsecos.

Los límites intrínsecos derivan de la propia naturaleza de cada derecho y de su función social. Dentro de ellos suelen diferenciarse a su vez los límites objetivos (que de desprenden de la propia naturaleza, de la misma realidad del derecho) de los subjetivos (que derivan de la actitud del sujeto titular y de la forma de realizar el propio derecho).

El Juez de la Constitución se ha referido en algún caso a la existencia de límites necesarios que resultan de la propia naturaleza del derecho, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que pueda establecer el legislador. Así lo haría<sup>132</sup> respecto de la libertad de enseñanza (art. 27.1), del derecho a crear instituciones educativas (art. 27.6), del derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan (art. 20.1, c/) y del derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (art. 27.3).

La infracción del límite objetivo intrínseco nos sitúa por lo general ante un fraude de

127 STC 120/1990, de 27 de junio, fund. jur. 4.º.

128 STC 11/1981, de 8 de abril, fund. jur. 9.º.

129 STC 181/1990, de 15 de noviembre, fund. jur. 3.º.

130 SSTC 159/1986, de 12 de diciembre, fund. jur. 6.º, y 254/1988, de 21 de diciembre, fund. jur. 3.º.

131 Ibidem.

132 STC 5/1981, de 13 de febrero, fund. jur. 7.º.

ley, mientras que la vulneración de un límite subjetivo intrínseco nos coloca ante un abuso del derecho. Y a este respecto, conviene recordar que el Juez de la Constitución, haciendo suya la doctrina jurisprudencial de la Corte Costituzionale italiana, ha reiterado en numerosas ocasiones que el ejercicio ilícito de un derecho no puede protegerse jurídicamente,<sup>133</sup> por lo que si existiere exceso en el ejercicio de los derechos fundamentales nunca podrá otorgarse el amparo, pues en sede constitucional sólo es posible amparar el ejercicio lícito de los derechos.<sup>134 e 135</sup>

Los límites extrínsecos derivan de la propia existencia social y de los demás sujetos de derecho que en ella coexisten, y, como parece lógico, lo normal es que sean establecidos por el propio ordenamiento jurídico, si bien, como ha reconocido el Alto Tribunal,<sup>136</sup> la no expresión por parte del legislador de un límite a un derecho constitucional expresamente configurado como tal no significa sin más su inexistencia. Quiere ello decir que, en ocasiones, estos límites extrínsecos derivan de la Constitución de forma inmediata,<sup>137</sup> mientras que en otras, tan sólo de manera mediata o indirecta.

Así lo reconocería el Juez de la Constitución en uno de sus primeros pronunciamientos, la Sentencia 11/1981. Tras rechazar la tesis de que los derechos reconocidos o consagrados por la Constitución sólo puedan quedar acotados en virtud de límites de la propia Constitución o por su necesaria acomodación con el ejercicio de otros derechos igualmente declarados por la Norma Fundamental, al entenderla una conclusión demasiado estricta y carente de fundamento en

una interpretación sistemática de la Constitución, el Tribunal advertirá que la Constitución, en algunas ocasiones, establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales. En otras, el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos.<sup>138</sup>

En definitiva, omisión hecha de los límites que el articulado constitucional contempla particularizadamente para cada uno de los derechos, los límites extrínsecos pueden derivar de la Norma Suprema de modo mediato. Y así, por poner un ejemplo, el Tribunal ha interpretado<sup>139</sup> que el derecho a un proceso público (art. 24.2 CE) se reconoce con unos límites implícitos, que son los previstos en el ámbito del Derecho Internacional en el que se inserta nuestra Constitución.

Por lo demás, de la articulación recíproca de los diferentes derechos han de derivar, aunque no se prevea así de modo específico por el ordenamiento, límites entre los distintos derechos. Así lo ha precisado el Tribunal en relación con la necesaria armonización entre los derechos del titular de un centro docente concertado (esto es, privado pero sostenido con fondos públicos) y los derechos de los padres, alumnos y profesores. Según el Tribunal,<sup>140</sup> el no señalamiento expreso de los límites, derivados de los derechos del titular, a los derechos de los integrantes de la comunidad escolar, no significa que éstos sean ilimitados, ni que deje de producirse una articulación recíproca entre todos ellos, sino únicamente que el legislador

133 STC 36/1982, de 16 de junio, fund. jur. 6.º

134 STC 120/1983, de 15 de diciembre, fund. jur. 1.º

135 De esta doctrina ha extraído el Tribunal la consecuencia lógica de que cuando la conducta de los demandantes no puede integrarse en el ámbito de ejercicio legítimo de un derecho fundamental, ha de concluirse que las sanciones impuestas, cualquiera que sea el juicio que merezcan a los recurrentes, no vulneran derecho fundamental alguno.

136 STC 77/1985, de 27 de junio, fund. jur. 9.º

137 No resulta especialmente casuística nuestra Constitución a la hora de precisar de modo particularizado los límites de los diferentes derechos que enuncia. Recordemos, bien que sin ánimo exhaustivo, el mantenimiento

del orden público protegido por la ley, como límite de la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16.1); el supuesto de flagrante delito, que opera como límite frente a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2); y el respeto a los derechos del Título I, a los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, al derecho al honor, a la intimidad, y a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia, límites que entran en juego frente a las libertades informativas del art. 20.1 (art. 20.4).

138 SSTC 11/1981, de 8 de abril, fund. jur. 7.º, y 2/1982, de 29 de enero, fund. jur. 5.º

139 STC 62/1982, de 15 de octubre, fund. jur. 2.º

140 STC 77/1985, de 27 de junio, fund. jur. 9.º

no ha estimado oportuno explicitar normativamente la correlación entre diversos derechos.

Es innecesario decir que en el supuesto de conflicto entre derechos o entre un derecho y un bien constitucionalmente protegido, habrá que acudir a la necesaria ponderación judicial, en la que el órgano jurisdiccional, sin estimar preponderante en todo caso uno de los derechos en cuestión y atendiendo a las concretas circunstancias del caso, habrá de decidir sobre el conflicto planteado. En cualquier supuesto, el Tribunal ha reivindicado para sí la revisión del juicio ponderativo realizado por el órgano jurisdiccional ordinario. Y así, en el conflicto entre derechos más común, el que enfrenta a las libertades de expresión e información con el derecho al honor, el Juez de la Constitución ha señalado que entra dentro de su jurisdicción revisar la adecuación de la ponderación realizada por los Jueces, con el objeto de conceder el amparo si el ejercicio de la libertad reconocido en el art. 20 (que contempla las libertades informativas) se manifiesta constitucionalmente legítimo, o denegarlos en el supuesto contrario.<sup>141</sup>

Digamos ya para finalizar que constituye una constante jurisprudencial la de que sólo ante los límites que la propia Constitución imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, pueden ceder los derechos fundamentales.<sup>142</sup> En coherencia con esta doctrina, que entraña la reconducción, directa o indirecta, a la Constitución de cualquier límite que haya de operar frente a un derecho fundamental, el Tribunal Consti-

tucional ha rechazado la genérica argumentación (esgrimida en un caso concreto por el Fiscal General del Estado) de que "el ejercicio de un derecho fundamental no puede alegarse para entorpecer un fin social, que, como general, es de rango superior". Según el Tribunal,<sup>143</sup> una afirmación como la anterior, realizada sin ningún tipo de matizaciones, conduce ineludiblemente al entero sacrificio de todos los derechos fundamentales y de todas las libertades públicas a los fines sociales, lo que es inconciliable con los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama. Existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero – y ello es, a nuestro juicio, lo esencial – ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución. Así, por ejemplo, el art. 33 delimita el derecho de propiedad de acuerdo con su función social, pero ello no ocurre así con otros derechos.

III. La limitación de los derechos fundamentales exige atender a una serie de importantes reglas hermenéuticas que, de una u otra forma, se conectan con el principio del "mayor valor" de los derechos, que requiere inexcusablemente de una interpretación restrictiva de los límites que puedan pesar sobre tales derechos. El Tribunal Constitucional ha desempeñado aquí una importante labor, que se ha materializado en la interpretación restrictiva de ciertas cláusulas constitucionales, como igualmente en la acuñación de ciertos parámetros hermenéuticos con los que el Tribunal ha intentado delimitar estrictamente toda posible limitación de un derecho.

1. Al hilo de la previsión constitucional del inciso segundo del art. 53.1, que exige que "solo por ley" pueda regularse el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo 2.º, reserva que pasa a ser de ley orgánica en el caso de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (art. 81.1), el Tribunal ha concretado una doctrina que bien podríamos tildar de proscripción

<sup>141</sup> SSTC 107/1988, de 8 de junio, fund. jur. 2.º y 105/1990, de 6 de junio, fund. jur. 4.º.

<sup>142</sup> Entre otras muchas, SSTC 11/1981, de 8 de abril, fund. jur. 7.º; 2/1982, de 29 de enero, fund. jur. 5.º; 110/1984, de 26 de noviembre, fund. jur. 5.º, y 120/1990, de 27 de junio, fund. jur. 8.º.

<sup>143</sup> STC 22/1984, de 17 de febrero, fund. jur. 3.º.

del Ejecutivo de toda intervención ordenadora del ejercicio de un derecho, salvo que medie una previa habilitación legal.

La habilitación constitucional al legislador ordinario persigue, pues, fundamentalmente, excluir al Ejecutivo, y a su producción normativa propia, los Reglamentos, de toda posibilidad de incidir sobre la regulación de estos derechos. De esta forma, el principio de reserva de ley no sólo incide sobre la posible remisión a normas reglamentarias, sino que, asimismo, acota la propia libertad de acción del legislador, en cuanto que éste se ve constreñido a dotar la ley de "suficientes referencias normativas de orden formal y material", que permitan, de una parte, conocer que la manifestación de voluntad es propiamente del legislador, y, de otra, delimitar la ulterior actuación del Gobierno al adoptar las oportunas medidas de ejecución de aquella voluntad.

Es paradigmática a este respecto la Sentencia 83/1984, en la que se plantea la función respectiva de la ley y el reglamento. A juicio del Tribunal,<sup>144</sup> el principio de reserva de ley entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, siendo su significado último el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, consecuentemente, del ejercicio por éste de la potestad reglamentaria. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley. Esto se traduce, a su vez, en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que el Tribunal resume en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley.

<sup>144</sup> STC 83/1984, de 24 de julio, fund. jur. 4.º

En definitiva, el principio de reserva de ley debe entenderse en el sentido de una ley expresa, exigencia que se vulnera con cláusulas formales deslegalizadoras que suponen la reducción del rango normativo de una materia regulada por norma legal en el momento en que se dicta la ley deslegalizadora, de tal manera que a partir de ésta y en su virtud pueda ser regulada por normas reglamentarias.<sup>145</sup>

La reserva de esta competencia al legislador ha supuesto asimismo la restricción de la posibilidad de habilitar legalmente al Ejecutivo para que pueda inmiscuirse en ámbitos propios de la libertad. De este modo, las llamadas *regulae agendi*, esto es, las reglas que prescriben conductas que constriñen o limitan la libertad de los ciudadanos, deben estar amparadas por habilitaciones legales expresas.<sup>146</sup>

La reserva de ley del art. 53.1 se ve formalmente reforzada en el art. 53.2 respecto de los derechos fundamentales y libertades públicas, reconocidos en el art. 14 y en la Sección primera del Capítulo 2.º del ya tantas veces citado Título I, al exigir el carácter de "orgánica" a la ley reguladora del derecho, exigencia que el Alto Tribunal ha interpretado que se refiere al desarrollo "directo" de los citados derechos y libertades, pues al exigir el art. 81.2 que la aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas requiera del respaldo de la mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto, convierte a las Cortes en una especie de "constituyente permanente", con los problemas que ello conlleva en cuanto al logro del necesario consenso parlamentario.<sup>147</sup>

<sup>145</sup> STC 29/1986, de 20 de febrero, fund. jur. 2.º, C/.

<sup>146</sup> Sobre la base de esta doctrina, el Tribunal ha entendido que debe reputarse contraria a las exigencias constitucionales no sólo la regulación reglamentaria de infracciones y sanciones carentes de toda base legal, sino también, en el ámbito de las relaciones de sujeción general, la simple habilitación a la Administración, por norma de rango legal vacía de todo contenido material propio, para la tipificación de los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionadoras (STC 42/1987, de 7 de abril, fund. jur. 2.º).

<sup>147</sup> STC 6/1982, de 22 de febrero, fund. jur. 6.º

La doctrina expuesta revela bien a las claras que tanto el rango de la norma aplicable como, en su caso, el tipo de ley a que se encomienda la regulación o desarrollo de los derechos constitucionalmente reconocidos (*Ley orgánica* o *Ley ordinaria*) constituyen una garantía de los mismos, al suponer límites y requisitos para la acción normativa de los poderes públicos, que se traducen, sustancialmente, en la exclusión del ejecutivo, que entraña que sólo el representante en cada momento histórico de la soberanía popular pueda proceder, en su caso, a fijar los límites que han rodear el ejercicio de un derecho.

2. La reserva de ley aparece reforzada materialmente por el art. 53.1 al exigir que la ley que regule el ejercicio de los derechos y libertades del Capítulo 2.º respete, en todo caso, su "contenido esencial".

La desconfianza ante el legislador ordinario, bien explicable ante la desgraciada experiencia de Weimar, está en la base del art. 192 de la Ley de Bonn, que entre otros mecanismos de garantía de los derechos, establece (en su apartado segundo) el de que en ningún caso un derecho fundamental pueda ser afectado en su esencia, en su contenido esencial ("Wesensgehalt").

Como entre nosotros ha destacado Parejo,<sup>148</sup> la garantía de un "contenido esencial" en determinados derechos constitucionales ofrece tanto un aspecto negativo de prohibición o limitación al legislador ordinario, cuanto positivo, de afirmación de una sustancia inmediatamente constitucional en dichos derechos.

La problemática de la precisa conceptualización de esa noción del "contenido esencial" llegó al Tribunal Constitucional bien pronto, procediendo además este órgano a reclamar para sí, expresamente, la resolución de las controversias que en torno a cuál sea el "contenido esencial" de los distintos derechos y libertades puedan suscitarse.<sup>149</sup>

<sup>148</sup> LUCIANO PAREJO ALFONSO: "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 3, septiembre-diciembre 1981, pp. 169 y sigs.; en concreto, p. 170.

<sup>149</sup> STC 37/1981, de 16 de noviembre, fund. jur. 2.º

En su Sentencia 11/1981, el "intérprete supremo de la Constitución" procedería a abordar el análisis de dicha noción, distinguiendo al efecto dos acepciones distintas:

- La primera equivale a la "naturaleza jurídica de cada derecho", esto es, al modo de concebirlo o configurarlo. En ocasiones, el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una "reconoscibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta". Desde esta óptica, constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades, o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito, sin las cuales el derecho se desnaturaría.

- La segunda acepción corresponde a "los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula del derecho". Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del mismo que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el "contenido esencial" cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.<sup>150</sup>

Estos criterios de delimitación del contenido esencial de un derecho no son alternativos ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que pueden ser utilizados conjuntamente por el Tribunal.

La garantía del "contenido esencial" del derecho supone, pues, la existencia de una barrera insalvable por el propio legislador, que protege un núcleo inmediatamente constitucional y, por lo mismo, irreductible del derecho, que en modo alguno puede ser limitado.

<sup>150</sup> STC 11/1981, de 8 de abril, fund. jur. 10.

3. Una de las reglas hermenéuticas más insistentemente reiteradas por la jurisprudencia constitucional es la del principio de motivación de la limitación de un derecho. Ya en su Sentencia 26/1981, el Tribunal significaba que cualquier acto por el que se coarta el libre ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido es de tal gravedad que "necesita encontrar una especial causalización", por lo que el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicitarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo, "la motivación no es sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos".<sup>151</sup> El Tribunal ha vinculado lógicamente este principio de motivación al "mayor valor" de los derechos: "dado el valor central que tienen los derechos fundamentales en nuestro sistema jurídico, toda restricción a los mismos ha de estar justificada".<sup>152</sup> Y de este principio general ha entresacado consecuencias puntuales respecto de las actuaciones concretas de algunos poderes públicos.<sup>153</sup>

4. El principio de proporcionalidad, esto es, la existencia de una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, ha sido asimismo insistentemente invocado por el Juez de la Constitución, quien ya en su Sentencia 62/1982 razonaba que para determinar si las medidas limitadoras aplicadas eran necesarias para el fin perseguido, era preciso examinar si se habían ajustado o si habían infringido el principio de proporcionalidad.<sup>154</sup>

<sup>151</sup> STC 26/1981, de 17 de julio, fund. jur. 13.

<sup>152</sup> STC 62/1982, de 15 de octubre, fund. jur. 3.º, Df.

<sup>153</sup> El Tribunal ha entendido al efecto (STC 62/1982, de 15 de octubre, fund. jur. 2.º, B) que toda resolución judicial que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la razón determinante de la decisión pueda ser conocida por el afectado. De otro modo, se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos, ya que se afectaría al ejercicio del derecho a un proceso público por una resolución no fundada en Derecho, dificultando con ello gravemente las posibilidades de defensa en la vía ordinaria, en su caso, y en último extremo por la vía del recurso de amparo.

<sup>154</sup> STC 62/1982, de 15 de octubre, fund. jur. 5.º.

Quiere ello decir que no basta, sin más, la afirmación de un interés público para justificar el sacrificio del derecho, pues si así fuera, la garantía constitucional perdería, relativizándose, toda eficacia. De ahí que el Tribunal haya entendido que para apreciar si una actuación judicial que afecta el ámbito de ejercicio de un derecho fundamental es o no conforme con la Constitución no basta con atender a la regularidad formal de la decisión judicial (decisión motivada y con fundamento en una inexcusable previsión legislativa), sino que es asimismo preciso, ya en el orden sustantivo, atender a la razonable apreciación, por la autoridad actuante, de la situación en que se halle el sujeto que pueda resultar afectado, pues no respetaría la garantía que consideramos la medida desatenta a toda estimación de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone.<sup>155</sup>

5. Finalmente, dentro de la interpretación restricta de algunas cláusulas constitucionales a que, como antes dijimos, ha conducido el "mayor valor" de los derechos, hemos de hacer una específica referencia a la ineludibilidad de interpretar restrictivamente aquellas normas limitadoras, que, por su propia indeterminación, conducirían, de no mediar esa interpretación limitativa, a la práctica desaparición del derecho.

Un supuesto ilustrativo de la doctrina que estamos contemplando lo hallamos en la STC 62/1982 que pone fin a dos recursos de amparo acumulados, en uno de los cuales se argumenta que el derecho a la libertad de expresión ha resultado vulnerado por una sentencia del Tribunal Supremo dictada para proteger el bien jurídico de la moral, que de esta forma opera como límite mediatamente constitucional, ya que si bien no está incluida la moral entre los límites de las libertades informativas específicamente enumerados por el art. 20.4 CE, sí que puede encontrar cabida o encaje constitucional de un modo indirecto o mediato a través de la cláusula del art. 10.2 de la Constitución, ya comentado en un momento precedente, pues tanto en la Declaración Universal de los Derechos

<sup>155</sup> SSTC 37/1989, de 15 de febrero, fund. jur. 7.º, y 120/1990, de 27 de junio, fund. jur. 8.º.

Humanos como en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos se prevé que el legislador pueda establecer límites a los derechos con el fin de satisfacer las justas exigencias de la moral (art. 29.2 de la Declaración), o simplemente para la protección de la moral pública (art. 19.3, b/ del Pacto Internacional antes citado). En definitiva, el principio hermenéutico del art. 10.2 conduce a la conclusión de que el concepto de "moral" puede ser utilizado por el legislador como límite de las libertades y derechos reconocidos en la Constitución.

A partir de la conclusión inmediatamente anterior, surge el problema de determinar en qué medida y con qué alcance puede ser delimitada la libertad de expresión por la idea de moral pública. Problema éste que el propio Tribunal admite que es de difícil solución si se tiene en cuenta que la moral pública – como elemento ético común de la vida social – es susceptible de concreciones diferentes, según las distintas épocas y países, por lo que no es algo inmutable desde una perspectiva social. Lo que conduce al Tribunal a la conclusión<sup>156</sup> de que la admisión de la moral pública como límite ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que bajo un concepto ético, juridificado en cuanto que es necesario un *minimum* ético para la vida social, se produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico. Como fácilmente puede, pues, apreciarse, esta centralidad de los derechos, de la que se deriva su "mayor valor", exige, de una interpretación restrictiva de las cláusulas limitativas de aquéllos, exigencia que se acentúa de modo muy notable cuando esas cláusulas aparecen dotadas de un alto grado de indeterminación, como acontece claramente con el caso de la "moral pública".

IV. La nueva concepción de los derechos fundamentales propicia su extensión a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, en tanto en cuanto, además, el "libre desarrollo de la personalidad" ha sido considerado por el art. 10.1 de

la Constitución como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Todo ello ha conducido asimismo a alterar más que notablemente el ejercicio por ciertas personas, aquellas que se encuentran sujetas a una "relación de sujeción especial", de determinados derechos de los que en otro tiempo se hallaban virtualmente privados, aproximándolas en lo que atañe al goce de tales derechos a la situación de los restantes ciudadanos.

El Tribunal constitucional se refirió a este cambio en su Sentencia 81/1983, recordando cómo en una primera etapa del constitucionalismo europeo, simultánea a la construcción de un modelo de burocracia creciente, pero no debidamente racionalizada, solía exigirse a los funcionarios públicos una fidelidad silente y acrítica respecto a instancias políticas superiores y, por consiguiente, una renuncia (cuando no se regulaban prohibiciones expresas) al uso de determinadas libertades y derechos, todo lo cual había de admitirse si no quería el funcionario caer en la temida situación del cesante. En la actualidad, la situación es, sin embargo, muy distinta.<sup>157</sup>

El funcionario, ciertamente, en el ejercicio de sus derechos y libertades encuentra límites que no pezan sobre el resto de los ciudadanos, puesto que derivan de su condición de tal. Sin embargo, como el propio Tribunal se ha encargado de advertir,<sup>158</sup> los límites específicos al ejercicio de derechos constitucionales, derivados de su condición funcional, han de ser interpretados restrictivamente. Además, como fruto de una labor de interpretación casuística, la doctrina y la jurisprudencia han precisado algunos de los factores a los que es preciso atender para determinar hasta dónde deben llegar las restricciones a algunos derechos y libertades de los funcionarios públicos, siendo de destacar al respecto estos dos criterios: la comprobación de si la supuesta transgresión de un límite en el ejercicio de un derecho fundamental pone o no públicamente en entredicho la autoridad de sus superiores jerár-

<sup>156</sup> STC 62/1982, de 15 de octubre, fund. jur. 3.º B/.

<sup>157</sup> STC 81/1983, de 10 de octubre, fund. jur. 2.º.

<sup>158</sup> STC 69/1989, de 20 de abril, fund. jur. 2.º.

quicos y la determinación de si tal actuación compromete el buen funcionamiento del servicio.<sup>159</sup>

En definitiva, las relaciones de sujeción especial en que se encuentran ciertas categorías de personas sólo son admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial,<sup>160</sup> al margen ya de que dicha relación debe ser siempre entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales.<sup>161</sup> De todo ello ha sacado el Juez de la Constitución alguna conclusión puntual. Y así, en materia procedimental, ha entendido<sup>162</sup> que en el supuesto de infracciones de derechos fundamentales de la persona, nada importa que se realicen a través de una relación funcional, pues aquéllos siempre son preferentes sobre el ámbito material en que actúan, lo que entraña que en tales supuestos es preciso acudir al procedimiento establecido por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, y no al procedimiento especial en materia de personal fijado por el art. 113 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Digamos ya para finalizar que el Tribunal ha tenido oportunidad de proyectar la doctrina general antes expuesta a algunos supuestos concretos como es el caso de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. A partir de la introducción por el art. 103.1 de la Constitución de un principio de jerarquía en el ámbito de las relaciones internas de la Ad-

ministración que subraya el art. 104.1 por lo que se refiere a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, entiende el Tribunal, como por lo demás reitera el art. 5.º d/ de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que los principios de jerarquía y subordinación se traducen en un deber de "respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos" y en coherencia con este deber se tipifica reglamentariamente como falta grave la "desobediencia o irrespetuosidad a los superiores o autoridades".

Pues bien, este límite específico ha sido interpretado por el Juez de la Constitución<sup>163</sup> no en el sentido de que haya de entenderse excluida toda libertad de crítica de los integrantes de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad hacia sus superiores jerárquicos, o constreñido el ejercicio de la libertad sindical de los mismos, en defensa de sus derechos o intereses profesionales, pues en tal caso se desconocería el contenido esencial de los derechos reconocidos en los arts. 20.1 a/ y 28.1 de la Constitución, sino en el de que la estructura interna de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y la misión que constitucionalmente tienen atribuida, "obligan a afirmar que la crítica a los superiores, aunque se haga en uso de la calidad de representante y autoridad sindical y en defensa de los sindicatos, deberá hacerse con la medida necesaria para no incurrir en la vulneración a este respeto debido a los superiores y para no poner en peligro el buen funcionamiento del servicio y de la institución policial".<sup>164</sup>

<sup>159</sup> SSTC 81/1983, de 10 de octubre, fund. jur. 2.º, y 69/1989, de 20 de abril, fund. jur. 2.º.

<sup>160</sup> STC 21/1981, de 15 de junio, fund. jur. 15.

<sup>161</sup> STC 120/190, de 27 de junio, fund. jur. 6.º.

<sup>162</sup> STC 109/1985, de 8 de octubre, fund. jur. 9.º.

<sup>163</sup> STC 69/1989, de 20 de abril, fund. jur. 2.º.

<sup>164</sup> SSTC 81/1983, de 10 de octubre, fund. jur. 3.º, y 69/1989, de 20 de abril, fund. jur. 2.º.

# Instrução criminal, democracia e revisão constitucional

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

## S U M Á R I O

1. Conceito de instrução criminal. 2. Sistemas de instrução criminal. 3. A instrução criminal no Brasil. 4. O Juizado de Instrução. 5. Instrução criminal e democracia. 6. Polícia de segurança pública.

### 1. *Conceito de instrução criminal*

Entende-se por instrução criminal o conjunto de procedimentos, administrativos e judiciários, necessários para estabelecer a materialidade dos crimes, sua autoria e responsabilidade.

Este conceito é suficientemente amplo para abranger tanto os sistemas de dupla tramitação – administrativa e judiciária – quanto os de tramitação unificada – a puramente judiciária, a mais difundida, e a puramente administrativa, praticamente em extinção, se considerarmos as tendências contemporâneas.

Consoante seja adotada a dupla tramitação ou a tramitação unificada, perante o Judiciário, diferirão as atribuições de Polícia e de Justiça na instrução criminal. Na dupla tramitação, a polícia atuará com ampla margem discricionária para a investigação dos delitos e recolhimento de provas, perfazendo um procedimento preliminar ou preparatório que, entre nós, se denomina de inquérito policial, destinado a oferecer os elementos necessários à propositura da ação penal; à justiça cabe o procedimento principal – o processo penal –, no qual se definirá a existência ou não da infração criminal, seu autor e responsabilidade. Na tramitação una, tudo se processa de uma só vez, perante a autoridade judiciária, cabendo à polícia executar os atos

materiais necessários à apuração dos fatos, à individuação do autor e à sua apresentação à justiça.

Em ambos os casos, a polícia atuará como polícia judiciária, expressão historicamente consagrada na distinção feita no "Código do 3.º Brumário", nos seus artigos 19 e 20, baixado pelo direito revolucionário francês, em 1794, e assim fixada por João Mendes Almeida Júnior, em sua obra clássica:

"A polícia é administrativa ou judiciária. A polícia administrativa tem por objeto a manutenção habitual da ordem pública em cada lugar e em cada parte da administração geral. Ela tende, principalmente, a prevenir os delitos. A polícia judiciária investiga os delitos que a polícia administrativa não pôde evitar que fossem cometidos, colige as provas e entrega os autores aos tribunais incumbidos pela lei de puni-los" ("O Processo Criminal Brasileiro", Tip. Batista de Souza, 1920, 3.ª ed., p. 274).

Costuma-se situar a diferença entre os dois sistemas, sob o ângulo do Direito Constitucional, ou melhor, sob considerações de direito político, no grau de garantia individual *vis-à-vis* à eficiência da proteção à sociedade. Enquanto a existência da instrução preliminar, discricionária, extrajudicial, permissória, em tese, maior agilidade e presteta na ação interrogatória, a submissão à autoridade judiciária realiza, por outro lado, mais eficientemente, a proteção das garantias individuais. Esses têm sido, em conjunto, os argumentos dos que defendem um sistema misto, como o fez Francisco Campos na conhecida Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941.

## 2. Sistemas de instrução criminal

As regras procedimentais da instrução criminal variaram na história consoante o progresso cultural dos povos e sua concepção de liberdade.

Podemos distinguir, esquematicamente, nessa evolução, fases históricas que correspondem, respectivamente, a três grandes sistemas: o acusatório, o inquisitório e o contraditório. Convém examiná-los para situar e

caracterizar, mais comodamente, tanto o que entre nós se adota como as propostas de alteração que surgirão durante a presente fase de debates pré-constitucionais.

O *Sistema Acusatório* se caracteriza pela confusão entre o procedimento civil e o criminal e pela acusação aberta a qualquer um perante tribunais populares, geralmente constituído por homens livres, anciãos ou notáveis. O procedimento se assemelhava a uma pugna ritual entre o acusador e o acusado, o qual, para provar sua inocência, poderia valer-se de vários meios de convicção, os juramentos, as ordálias, o duelo judiciário ou a prova da cruz.

Esse sistema, que vigorou em todas as sociedades primitivas, prevaleceu entre os hindus, os gregos, os romanos (até o período das *cognitio extra ordinum*) e os bárbaros, e alcançou a Idade Média, quando declinou, sob a influência do direito romano e imperial e do direito canônico. Ainda assim, as ordálias mais populares e os duelos judiciários só desapareceram entre os séculos XIII e XV (*apud Paul Caulet, Cours de Police Administrative et Judiciaire, Recueil Sirey, 1951, Livro VI, p.527*).

O *Sistema Inquisitório* se caracteriza pela prevalência do poder público na conclusão da instrução criminal. Desenvolveu-se no direito romano imperial, a partir da criação dos cargos de *Profectus urbi* e de *Profectus vigilum*, na época de Augusto, que, segundo João Mendes, atuavam como "chefes de polícia", sob cujas ordens agentes menores investigavam os crimes, prendiam os indiciados, interrogavam-nos e realizavam buscas e apreensões (v. obra citada, p.39). O sistema foi absorvido pelo Direito canônico e nele evoluiu até atingir a sua forma clássica, com a instituição dos tribunais eclesiásticos, por Inocêncio II, e o procedimento *de officio*, ou inquisitorial (daí o nome inquisição). Os tribunais leigos foram seguindo, mais ou menos proximamente, as regras inquisitórias, sendo muito importante, nessa etapa, a edição das Ordenações Criminais de Luís XII, em 1498, e a forma autoritária acabada das Ordenações de Luís XIV, em 1670, já com a denominação de processo inquisitório. Esse sistema, que espelha o absolutismo cesáreo e

o preconceito religioso, dominou todas as sociedades e os períodos de despotismo político ou religioso até o ocaso das monarquias absolutas, permanecendo, residualmente, em várias legislações.

O *Sistema Contraditório* se caracteriza pela paridade de tratamento dado à acusação e à defesa e, assim, pelo equilíbrio entre os interesses em jogo: o respeito à pessoa humana, de um lado, e os reclamos de autodefesa da sociedade. Recebendo os influxos do Processo Civil, já adiantado no trato do princípio do contraditório (*altera pars audita*) e atendimento dos postulados do liberalismo constitucional, este sistema se afirmou com o advento do Estado moderno como um Estado de direito.

### 3. A instrução criminal no Brasil

O *Sistema Inquisitório* entrou em Portugal com a Inquisição, com sua unilateralidade, seu autoritarismo, sua crença na tortura como processo de chegar à verdade e seu apego ao segredo; sua influência, segundo João Mendes, se estendeu às legislações portuguesa e brasileira, até nossos dias, com o inquérito policial (ob.cit., p.102).

A vertente laica inquisitorial se inicia em Portugal nas Ordenações Afonsinas, com a introdução das célebres *inquirições devassas*, criação do *Direito canônico para levantar* não os fatos relativos aos delitos sob investigação, mas toda a vida pregressa dos indiciados, prosseguindo com as Ordenações Manuelinas e as Filipinas, sempre mantido o sistema para o procedimento instrutório preliminar.

Coube a Dom Pedro, enquanto Príncipe Regente do Brasil, extinguir, em nosso direito, as devassas gerais e, depois, já imperador, a promulgar a Constituição Política do Império, de 25 de março de 1824, em que se declarava, entre as garantias individuais, que ninguém poderia ser preso sem culpa formada, a não ser nos casos estipulados em lei (flagrante delito ou ordem escrita de autoridade competente), e finalmente, em 1830, ao promulgar o famoso Código Criminal do Império, em 16 de dezembro daquele ano, documento extremamente avançado, modelar mesmo para a época, ao qual se seguiu, em

29 de novembro de 1832, nosso primeiro Código de Processo Criminal; nele, instituiu-se o Juizado de Instrução Criminal, com a atribuição de competência para processá-la aos juizes de paz, no mais lúdimo atendimento aos reclamos liberais.

Lamentavelmente, as necessidades de controle e de fortalecimento políticos do Império determinaram um retrocesso: em 3 de dezembro de 1841 emendava-se a Constituição do Império, transferindo as atribuições instrutórias criminais dos juizes de paz para autoridades policiais administrativas, criando-se a figura do *chefe-de-polícia*, ao qual se cometia até alguns poderes jurisdicionais.

Essas atribuições, exabundantes da função policial, embora tivessem sido posteriormente separadas pela Lei n.º 2.033, de 20 de setembro de 1871, o novo Código de Processo Criminal, não desapareceram de todo em seu conteúdo discricionário, quase arbitrário, pois esse diploma, criando o inquérito policial, outorgava à polícia imensa soma de poderes, o que levou Frederico Marques a afirmar que Paulo Pessoa comparava-o à devassa das Ordenações (in *Apointamentos sobre Processo Criminal Brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, 1959, V. I, p.72).

Laertes de Macedo Turrens, em brilhante monografia sobre o "Inquérito Policial e a Distribuição da Justiça", assim nos descreve a repercussão suscitada pela infeliz exumação do processo inquisitorial e do absolutismo policial que vieram a ser tratados no Regulamento n.º 4.824, de 22 de novembro de 1871, que explicitava o nosso Código de Processo Criminal: "Tão grandes foram esses clamores contra o inquérito, que o Conselheiro João Pereira Moura, Ministro da Justiça, nomeou comissão para organizar um trabalho sobre a administração de justiça. Esse projeto, no seu art. 18, abolia simples e definitivamente o inquérito policial como forma de investigação preparatória à ação penal" (Ed. Gráfica de Convicção dos Advogados de São Paulo, 1982, p.15).

A Proclamação da República suspendeu, todavia, essas reações liberais, e, consoante as regras federativas adotadas, os Estados-Membros passaram a legislar sobre o processo penal, mantendo-se, em todos, tanto por

mência quanto por conveniência política das unidades em organização, o inquérito policial, com as características da Lei n.º 2.033, de 20 de setembro de 1871.

O advento da Revolução de 1930, com seus haustos liberalizantes, na esteira dos movimentos precursores de 1922 e de 1924, retomou o debate, no bojo da reconhecida necessidade de reunificar e modernizar o Processo Penal em todo o País. Cumprindo disposição transitória da nova Carta de 1934 (art.11), o Governo, por decreto de 22 de agosto de 1934, nomeava os Ministros da Corte Suprema, Drs. Antônio Bento de Faria e o Professor da Faculdade de Direito de São Paulo, Dr. Luís Barbosa da Gama Cerqueira, para, sob a presidência do próprio Ministro de Estado da Justiça e Negócios Interiores, Professor Vicente Rao, elaborar o anteprojeto do Código de Processo Penal nacional.

O anteprojeto reformava as tradições liberais de 1830 e 1832 e suprimia, sem mais, o inquérito policial, introduzindo o Juizado de Instrução, com a plena aplicação do princípio do contraditório e o abandono, em definitivo, do *Sistema Inquisitorial* no País.

Infezivelmente, logo adviria o golpe do Estado Novo, e as necessidades políticas do governo autocrático novamente impediram o desaparecimento do inquérito policial.

Somente em 1941 veio à luz o Código de Processo Penal da era getuliana, baixado pelo Decreto-Lei n.º 3.589, de 3 de outubro daquele ano. Embora contasse, a Comissão redatora, com nomes do porte de Narcélio de Queiroz, Nelson Hungria, Cândido Mendes, Vieira Braga, Florêncio de Abreu e Roberto Lira, comentou Magalhães Noronha: "Não contém grandes inovações, tendo, antes, se mantido agregado à nossa tradição legislativa" (*in Curso de Direito Processual Penal*, Ed. Saraiva, 1964, p.11).

O Ministro de Justiça de então, Dr. Francisco Campos, assim expunha as razões de rechaçar-se o procedimento instrutório criminal unificado e de manter-se o inquérito policial com seu caráter de procedimento preparatório:

"Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas

características atuais. O ponderado exame de realidade brasileira, que não é apenas dos centros urbanos, senão também dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio ao sistema vigente.

O preconizado Juízo de Instrução, que importaria em limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob as condições de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fáceis e rapidamente superáveis."

Reduzia, portanto, o eminente jurista, ao argumento geográfico, o problema, então existente, de carência de comunicações eficientes, o impedimento técnico ao Sistema do Juizado de Instrução preconizado no anteprojeto de Vicente Rao. Permaneceu, assim, o antigo *Sistema Inquisitorial* na Lei n.º 2.033, com seu Regulamento n.º 4.824, do mesmo ano, com todos os ranços do autoritarismo, que nenhum dos movimentos democráticos ocorridos em mais de um século de vida política conseguiram expurgar e, como se verá adiante, nem mesmo a *Constituição Cidadã* de 1988.

É certo que em 1963, o governo do Estado de São Paulo, por intermédio de seu ilustre Secretário de Estado, Prof. Miguel Reale, procurou reabrir o debate sobre o *Processo Inquisitorial*, apresentando ao Presidente do Congresso Nacional um anteprojeto de lei que introduzisse o Sistema de Juizado de Instrução restrito, referido aos ilícitos apenados com multa ou detenção até um ano. Essa proposta, elaborada com base no trabalho do Prof. Manoel Pedro Pimentel, coordenando uma comissão de juristas, não recebeu do governo federal nenhum apoio.

O anteprojeto elaborado pela Comissão de Estudos Constitucionais, presidida pelo eminente constitucionalista Prof. Afonso Arinos de Melo Franco não foi além de vedar a realização das diligências inquisitivas policiais durante a noite e sem a presença do advogado ou de representante do Ministério Público (art. 41, § 2.º), continuando frustradas as expectativas da democratização defi-

nitiva da instrução criminal, acalentada pelos juristas e por todos os cidadãos que encarecem ter direitos e garantias individuais.

A Constituição de 1988, por fim, manteve o inquérito policial, assegurando, todavia, o "contraditório e ampla defesa" (art. 5.º, LV), a privatividade do Poder Judiciário para efetuar prisões, salvo em flagrante delito (art. 5.º, LXI) e a imediata comunicação da prisão e do local onde se encontre o preso ao juiz competente (art. 5.º, LXIII).

À revisão constitucional cabe nova oportunidade de voltar ao debate e banir de vez o velho sistema, que tantas vezes se demonstrou autoritário, duplicativo de esforços e, por que não dizer, vulnerável à corrupção.

É, portanto, oportuno e necessário a todos que aspiram a uma justiça penal limpa e democrática reabrir o debate do Juizado de Instrução, com toda amplitude possível, vasta divulgação e toda a convicção e firmeza que seus altos princípios inspiram.

#### 4. O Juizado de Instrução

Com o Juizado de Instrução, a formação da culpa criminal se processa perante um juiz togado, membro do Poder Judiciário, revestido das garantias constitucionais, da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos, capaz, assim, de garantir, por sua vez, o pleno atendimento do princípio do contraditório, sem peias, submissões ou necessidades de agradar aos agentes políticos.

Com o Juizado de Instrução, o procedimento instrutório criminal, além de contar com essa presidência isenta e garantidora dos postulados do Estado de direito, contará com a participação necessária do representante do Ministério Público, e do advogado de defesa, sem o que não terão valor os atos praticados. Nada se fará às escondidas ou sem o devido processo legal.

Com o Juizado de Instrução, retirar-se-á da polícia a margem de arbítrio que perigosamente detém, "retira-se da polícia", apenas, "a função que não é sua, de interrogar o acusado, tomar o depoimento das testemunhas, enfim, colher provas de valor legal; conserva-se-lhe, porém, a função investigadora, que lhe é inerente, posta em harmonia

e legalizada pela co-participação do juiz, sem o que os resultados das diligências não podem, nem devem, ter valor probatório" (Exposição de Motivos de Vicente Rao, *DOU* de 25 de setembro de 1935, Suplemento ao n.º 221, fls. 5).

Com o Juizado de Instrução, evitar-se-á que o inquérito policial se transforme de um simples instrumento de preparação da instrução criminal em instrumento de opróbrio e de violência contra os indivíduos, possibilitando abusos de toda sorte, arbitrariedade de todo tipo, inclusive devassas humilhantes e absurdas na vida dos indiciados, acobertados por inexplicáveis segredo, confidencialidade e corporativismo.

Com o Juizado de Instrução, a Polícia Judiciária poderá, realmente, dedicar-se à sua função própria, de investigar os crimes e prender os criminosos, liberada de atividades, como a cartorária, que perturbam e só entravam seu trabalho técnico, ao mesmo tempo que se permitirá aos agentes policiais trabalharem mais tranquilos, bem mais seguros, garantidos pelo manto de legalidade e, porque não se dizer, de dignidade, que lhes conferirão o contraditório e a presidência judicial.

Com o Juizado de Instrução, acrescenta Laertes de Macedo Turrens em sua preciosa monografia, "estar-se-iam evitando os abusos policiais das ações investigatórias, que se pautam pelos excessos e arbitrariedades e que trazem à justiça mais embaraços do que auxílio, sacrificando o procedimento pela desconfiança que inspiram às demais provas, gerando contradições, repetições enfadonhas e supérfluas diligências, tumultos, impunidades e injustiças", citando as palavras de Cautano Mendes de Almeida (ob.cit., p.23).

Com o Juizado de Instrução, conclui ainda Laertes de Macedo Turrens, "não se estaria mais repetindo a prova, e, conseqüentemente, desatrelando o Judiciário do procedimento provisório. Deixaria, o Judiciário, de ser o órgão repetidor de prova policial. Passar-se-ia, realmente, a afirmar a responsabilidade penal em juízo" (ob.cit., p.23).

Com o Juizado de Instrução, dar-se-á ao juiz de direito, no início de sua carreira, a oportunidade ímpar de conhecer de perto os

fatos sociais que depois deverá julgar, ensinando-lhe um tirocínio e uma rica experiência que, de outra forma, dificilmente poderia obter em tão pouco tempo. Quando lhe tocar julgar, estará, por certo, bem mais experiente e preparado.

Com o Juizado de Instrução, simultaneamente, levar-se-á a democracia à instrução criminal e aperfeiçoar-se-á o sistema penal como um todo, devolvendo-lhe a credibilidade. Até seus mais ilustres adversários não deixaram de reconhecer sua superioridade teórica.

Finalmente, o argumento das distâncias, declinado por Francisco Campos, que "teria impedido" sua introdução em 1941, já está superado pelos fatos. O Brasil não é mais o mesmo de meio século atrás: a rede de transportes e de comunicações corta este País de Norte a Sul, e o desenvolvimento das várias modalidades de transportes envelheceram o único argumento que validamente poder-se-ia opor à proscrição do processo inquisitorial.

Mas é necessário acrescentar algo mais sobre o sentido democrático do Juizado de Instrução.

### 5. Instrução criminal e democracia

A democracia pressupõe o respeito fundamental à pessoa humana, daí o acatamento às opções políticas. Mas como seria possível materializar-se esse respeito senão garantindo-se, através do Poder Judiciário, não poder, qualquer indivíduo, ser alcançado pelo Estado a não ser através do devido processo, plenamente informado pelos modernos princípios da ciência processual? Como assegurar-lhe incolumidade contra erros e abusos da administração?

Princípios, como o do contraditório e o da publicidade, entre outros, são essenciais ao processo moderno — qualquer processo — e não devem ser preteridos ou comprometidos justamente na instrução criminal, quando mais são vulneráveis os indivíduos ao abuso e ao arbítrio contra suas próprias pessoas, em sua liberdade e honra, tanto ou com muito mais razão que no processo civil ou trabalhista.

É preciso que voltemos a considerar o problema da instrução criminal sob esse an-

gulo político — reconhecer que o princípio inquisitorial não se coaduna com o conceito de homem livre no Estado de direito, e que deve ser abandonado como resquício autoritário de períodos que custaram a passar ...

Outro aspecto político, não menos importante, diz respeito às desejadas proximidade e celeridade da justiça, também indispensáveis à realização do postulado democrático da "justiça para todos". No cível, recentemente, encontrou-se a solução com o Juizado de Pequenas Causas: não é tudo o que se desejava, mas é muito, aproximando o juiz do povo e possibilitando decisões rápidas. No crime, em que valores mais graves, como a liberdade e a honra, estão em jogo, por que não aproximar também o juiz do povo, fazer o cidadão sentir-se protegido pelo seu juiz e não à mercê do arbítrio policial na condução desse processo preparatório chamado inquérito policial? Por que não se reduzir de duas a uma apenas toda a fase instrutória, barateando o procedimento ao mesmo tempo que evitando os inconvenientes da repetição dos interrogatórios?

Nem descuidar da eficácia da defesa da sociedade, nem afrouxar, sob nenhum pretexto, o compromisso com as garantias da pessoa humana. A solução está num *processo penal democrático* — a adoção do Juizado de Instrução, como na visão lúcida de Vicente Rao, que, por todos os motivos, deve ser lembrada e revivida. O seu anteprojeto luminoso, esplende seu espírito de estadista, de jurista e de democrata, pondo em oportuna evidência os valores que nos devem inspirar nesse novo momento de mudanças.

### 6. Polícia de segurança pública

Assim caracterizada a função de Polícia Judiciária no quadro do Juizado de Instrução, exploremos um pouco, como complemento, a polícia administrativa da segurança pública.

Por exigência da complexidade do Estado contemporâneo, a polícia administrativa se diversificou em vários ramos, especializando-se para melhor atender à proteção de valores de convivência nos campos da saúde, da viação, das profissões, do comércio etc. Toda a atividade de polícia que não se espe-

cializou permanece, todavia, no quadro geral da ordem pública, daí também denominar-se polícia de segurança pública, polícia de ordem pública ou, ainda, polícia de manutenção da ordem pública, como preferia Hely Lopes Meirelles.

A atuação da polícia de segurança pública é essencial nas sociedades contemporâneas, bem mais vulnerável à violência, em todos os graus e modalidades que o progresso nos trouxe como subproduto indesejável; sua atuação *precede*, assim, a repressão judiciária e, por isto, a atuação da polícia judiciária.

A função da polícia de segurança pública é, por isso, muito ampla: é *preventiva* da criminalidade e, também, *repressiva* das perturbações à ordem pública entendida como situação de harmonia e tranquilidade social.

Com a nítida separação da atuação de cada ramo da polícia, que se obtém com o Juizado de Instrução, devem remanescer à polícia de segurança pública todas as atribuições de polícia, com exceção daquelas diligências da investigação criminal, inclusive capturas, buscas e apreensões, em apoio à instrução criminal, próprias da Polícia Judiciária.

As atribuições da Polícia de Segurança Pública são hoje desempenhadas, em nosso País, senão integralmente, quase em sua totalidade, pelas polícias militares. São elas, as forças públicas estaduais, as responsáveis desde o policiamento ostensivo até as ações de defesa interna que precedem, imediatamente, o eventual emprego das Forças Armadas.

Há, ademais, geral reconhecimento de seu excelente trabalho e profissionalismo nessas funções. Desnecessário pensar-se em outras corporações ou em desdobramentos experimentais. Nada mais lógico que, com a introdução do Juizado de Instrução e a consequente discriminação inequívoca das funções policiais, que à Polícia Civil caiba concentrar-se na atividade da Polícia Judiciária – auxiliando o Poder Judiciário na Instrução Criminal – e à Polícia Militar – caiba a Polícia de Segurança Pública.

Multiplicar as polícias tanto como fundir Polícia Judiciária com Polícia de Segurança Pública, são soluções de duvidosa eficiência. A tendência, em todo o mundo, é de reduzir o número de corporações onde existam mais de duas. Por que seremos exceção? Não há razão de ramos "especializados" como a Polícia Rodoviária Federal e a inefável Polícia Ferroviária Federal, que ganharam assento constitucional pela prestidigitação corporativa de 1988. O Juizado de Instrução trará, assim, como corolário de sua instituição, a solução simples e racional da boa definição das atividades policiais e a superação de dissidências e conflitos, que tanto prejuízo trazem à causa da luta contra a criminalidade e a violência, esses graves problemas da atualidade.

Espera-se que estes subsídios mereçam debate e consideração de especialistas e do público; não são utópicos nem de difícil realização e se inspiram num real anseio popular de justiça rápida e efetiva para todos: delinquentes, vítimas e sociedade.

# Por uma Constituição mista

NELSON SALDANHA

## S U M Á R I O

1. Políbio e a Constituição mista. Formulações clássicas. 2. Sobre o conceito de Constituição. 3. Governo, poderes e regimes. 4. Referência ao Brasil: uma sugestão.

### 1. *Políbio e a Constituição mista. Formulações clássicas*

Dentro do vasto mundo de temas de Platão, a teoria das formas de governo aparece no *tardio Político* (291a.C.), com o esquema que seria retomado por Aristóteles ao mencionar formas normais e formas corruptas. Mas antes, na República (*politeia*), o mestre do Teeteto havia aludido a um "ciclo" concernente aos tipos de governo (livro VIII): a aristocracia, a timocracia, a oligarquia, a plutocracia, a democracia, a tirania. Aristóteles, entretanto, mais se preocuparia com os tipos do que com os ciclos.<sup>1</sup>

Em Políbio (*Polibius*, de Megalópolis, nascido cerca de 200 a.C.), reaparece a idéia do ciclo, combinada com a da mistura dos tipos. No século anterior, a Grécia havia sido tomada por Alexandre. Políbio, um grego, presenciou a crise das cidades gregas e conviveu com os grandes políticos romanos que protagonizaram os êxitos de Roma. Em sua obra principal *Histórias*, Políbio menciona as guerras púnicas, cujo resultado consolidou a hegemonia romana, e relaciona a grandeza de Roma à sua constituição. Para

<sup>1</sup> PLATON, *El político*, trad., introdução e notas por A. Gonzalez Laso, IEP, Madrid 1955. PLATON, *La République (Oeuvres, tomo IV)*, trad. R. Baccou, Ed. Garnier, Paris 1950. ARISTOTLE, *Politics*, trad. B. Jowett, Modern Library, N. York, 1943.

Políbio, o ciclo *anakiklosis* das formas políticas representa uma espécie de rodízio, envolvendo a monarquia ou realza, a aristocracia e a democracia; envolvendo também o fenómeno da degeneração ou deterioração (respectivamente resultando a tirania, a oligarquia e o caos demagógico, ou *olocracia*, como em Aristóteles, e sempre em ciclo). O que ocorreu com Roma foi, entretanto, que a oligarquia, após o decenvirato, não se converteu em democracia, como o esquema faria prever, mas em uma Constituição mista. Esta noção se tornou decisiva na visão de Políbio: o governo de Roma incluía o elemento monárquico, com os cônsules; o aristocrático, com o Senado; e o democrático, com o poder do povo de aprovar leis, decidir a paz e a guerra e outras coisas.<sup>2</sup>

Em Cícero (106-43 a.C.), cuja obra reflete a influência do estagirita e dos estóicos, reaparece a diferença entre formas puras e impuras (somente aquelas são verdadeiras *repúblicas*), e também o elogio do governo misto,<sup>3</sup> como o mais equilibrado e o mais estável.

No trecho final da Idade Média inglesa, John Fortescue apresentou idéias comparáveis. Escrita entre 1471 e 1476, sua obra sobre o governo da Inglaterra trazia um subtítulo alusivo à diferença entre a monarquia absoluta e a limitada. Para Fortescue existiriam três espécies de governo: a monarquia absoluta (*dominium regale*), a república (*dominium politicum*) e a monarquia limitada ou constitucional (*dominium politicum et regale*), como combinação das duas primeiras. Fortescue colocava o consentimento (antecipando-se aos liberais), concernente à ob-

diência às leis e ao pagamento de impostos, como critério para reconhecer-se a monarquia limitada, na verdade um misto de república e de monarquia absoluta (que talvez pudesse dizer-se "propriamente dita").<sup>4</sup>

Um certo toque de observação *histórica* parece ocorrer nos autores que defendem o governo misto. Assim obviamente em Políbio, e um tanto em Cícero; como já, talvez, nas frases de Aristóteles sobre as relações entre o poder e as instituições. A perspectiva histórica, evidentemente, vem associada a um certo *relativismo*, que não se encontra nas formulações que defendem determinada forma como (a-historicamente) ideal. O que teria odorado de certa forma com as idéias de Falcas da Calcedônia; ou então, exemplarmente, no pensamento utópico a partir do Renascimento.<sup>5</sup>

## 2. Sobre o conceito de Constituição

A doutrina jurídico-política moderna consagrou, com pequenas variantes, um conceito de Constituição que proveio principalmente da Revolução Francesa: a Constituição como lei fundamental, organizadora dos poderes do Estado e expressadora dos direitos e das respectivas garantias. Uma lei: forma escrita de *dizer-se* quais as formas assumidas pelo Estado, marcadamente o Estado "de direito". Estas formas "constituem" uma estrutura, a estrutura (jurídica) do Estado; mas a lei, que *diz* tudo isto, *constitui* tais formas. O movimento pelo direito escrito, criando o movimento chamado constitucionalismo, criou também os códigos escritos e estruturou as relações modernas entre o direito e o Estado.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> POLYBIUS, *The Rise of the Roman Empire*, trad. J. Scott-Kilvert, Introd. por F. Wallbank, Ed. Penguin Books, Middlesex, 1962 (cf. Introd., 7; cf. livro VI, pp.302 ss). - T.A. SINCLAIR, *A history of greek political thought* (Routledge & K. Paul, Londres 1959), cap. XIII. - N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico* (Giappichelli, Turim 1976), cap. IV.

<sup>3</sup> Textos incluídos e traduzidos na antologia de REY J. Carlos, *Las formas de gobierno en la historia del pensamiento político* (Ed. Univ. de Venezuela, Caracas 1965). Sobre o tema ver também BARACHO J.A. de Oliveira, *Regimes Políticos*, Ed. Rosinha Universitária, S. Paulo 1977, cap. I, pp.27 e ss.

<sup>4</sup> *The Governance of England, otherwise called The Difference between an Absolute and a Limited Monarchy*, by FORTESCUE Sir John. Introdução, notas etc por Charles Plummer. Oxford Univ. Press/H. Milford, Londres 1926 (reimpressão). Cf. princ. pp. 83 e 172. - Sobre Fortescue, HOLDSWORTH William, *Some makers of English Law* (Cambridge Univ. Press, 1966), cap.III.

<sup>5</sup> Sobre a idéia da "Constituição mista" após o século XVI, GIERKE Otto, *Natural Law and the theory of Society, 1500 to 1800*. Trad. e Introd. de E. Barker (Beacon Press, Boston, 1957), pp.154 e ss.

<sup>6</sup> Cf. nosso *Legalismo e Ciência do Direito* (Ed. Atlas, São Paulo 1977), *passim*.

Mas até mais ou menos a Revolução Francesa o termo *constituição* não designava determinada lei. Aludia-se com ele ao próprio governo existente em tal ou qual Estado (em tal ou qual nação), o governo como uma forma de se organizarem os poderes. Assim em Rousseau, quando escreveu sobre o governo da Polônia e sobre o modo de reorganizá-lo e de estabilizá-lo.<sup>7</sup> Nesta acepção, "constituição" se prendia a uma imagem da conexão entre governo e sociedade. A sociedade também se "constituía" de tal ou qual modo: o jusnaturalismo estabelecera a visão de uma ordem social natural e racional, que o contratualismo viria corroborar.<sup>8</sup>

Creemos que, ao adquirir vigência o conceito moderno (legal-formal) de constituição, não desaparece do pensamento político a noção anterior. Por baixo da referência à *lei* (e foi sobretudo no século XIX que a constituição ficou entendida como algo superior às "leis ordinárias"), parece ter permanecido a referência às estruturas: o que *constitui* o Estado é em sentido real a sua ordenação de poderes, com o seu arcabouço de funções. Na medida em que se puder recuperar o sentido clássico dos termos política e politicidade, caberá também, e aqui o propomos, resgatar pelo menos para certos usos a acepção material (clássica) do termo *constituição*.<sup>9</sup>

### 3. Governo, poderes e regimes

De certo modo, pode-se dizer que a teoria política clássica começa com o tema do governo e de suas "formas", sobretudo a partir de Platão e das observações que faz no livro

VIII da *República* sobre a diversificação (e a circularidade) das espécies de governo. Em Platão, o tema ainda oferece aspecto genérico: cada forma de governo se caracteriza pela referência a quem detém o poder e à possível partilha deste. Em Aristóteles, ocorre mais ou menos o mesmo, com a acentuação do aspecto ético, relativo ao problema das "corrupções" correlatas a cada forma (aspecto que Platão colocara, embora sem muitos detalhes, no *Político*). Entretanto, Aristóteles mencionava a diferença de função das diversas "magistraturas", mas a teoria política que se lhe seguiu não desenvolveu o tema senão muito depois. A teoria dos poderes hibernou por séculos, transformada durante a Idade Média no problema do poder temporal e do espiritual, inclusive com Marsílio de Pádua. No pensamento moderno, a teoria aparece ou reaparece com Locke mas sem relacionar-se totalmente com a questão das formas de governo, que ele fundava em parte sobre a diferença entre legislar e executar e em parte sobre a distinção entre o direito interno e o das gentes. O próprio Montesquieu relacionou as formas de governo a determinados "princípios", que as embasariam em sentido essencial.

Na época contemporânea, foi especialmente o advento (e o prestígio) do parlamentarismo que advertiu os teóricos para a correlação entre as formas de *governo* e a articulação dos *poderes*: a diferença, fundamental desde fins do século XVIII, entre presidencialismo e parlamentarismo equivalia a uma variação no jogo de relações (e de forças) entre o executivo e o legislativo. É a partir daí, também, que se gera a ambigüidade terminológica entre sistema, forma e regime.<sup>10</sup>

Entretanto, a emergência dos *ismos* ideológicos dentro do pensamento social (político, econômico, sociológico) afetou o desenvolvimento da teoria das formas de governo.

<sup>7</sup> ROUSSEAU J.J., *Considérations sur le gouvernement de Pologne, en Du Contrat Social* (e outras obras), Ed. Garnier, Paris 1954. A preocupação de Rousseau neste trabalho, longe de ser terminológica, foi a de reexaminar os poderes e as instituições.

<sup>8</sup> A permanência de uma noção por assim dizer "material" do termo *Constituição* remontará evidentemente ao sentido clássico de *politeia*, que o termo "Constituição" expressa insuficientemente. Como o termo latino "república" também não o traduzia devidamente. A propósito da terminologia grega, BORDES Jacqueline, *Politeia, dans la pensée grecque jusqu'à Aristote* (Belles Lettres, Paris 1982).

<sup>9</sup> Para um repasse histórico, BASTID Paul, *L'idée de constitution*, Ed. Économica, Paris, 1985.

<sup>10</sup> Tentamos, em um trabalho de juventude, distinguir entre as formas (opções fundamentais, como monarquia-república, ou como democracia-autocracia) e os regimes, variáveis técnicas ou ideológicas dentro de dada forma (socialismo-liberalismo, parlamentarismo-presidencialismo). Cf. *As formas de governo e o ponto de vista histórico*, Ed. RBEP, Belo Horizonte, 1960.

Inarredáveis, mas precários e provisórios, os *ismos* ideológicos são implicitamente axiológicas, e também são afirmações programáticas (revolucionárias ou conservadoras), distorcidas pela marca polêmica ou pela estratégia de proselitismo. Tudo isso, aliás, entrou na ampla teorização moderna sobre a democracia: profetismo e proselitismo, ênfase axiológica e ambigüidade terminológica. Entrou igualmente na discussão sobre poderes, sobre presidencialismo e sobre parlamentarismo, sempre comprometida pelo constante trânsito entre buscas conceituais e estratégias partidárias.

Na realidade, uma das lições (se é que a história propicia "lições") que se pode tirar das idéias clássicas sobre formas de governo é referente ao valor relativo que elas assumem. O esquema de Platão no *Político*, retomado pelo estagirita na *Política*, alude ao fato de que toda forma pode ser boa, desde que atenda ao bem geral e não se ache corrompida. A propósito disto, é costume citar os conhecidos versos de Pope ("For forms of government let fools contest/whatever is best administered is best"). Mas, ao lado deste relativismo, importa perceber que toda experiência histórica é cumulativa, ou antes, deve ser entendida dentro de um processo de cumulatividade (que em Hegel era uma espécie de contrapartida da dialética). Cada momento, cada estágio guarda algo do anterior, mesmo que surja como negação dele: assim se enriquece o processo histórico, assim se alimenta a relação entre historicidade e consciência histórica. No caso do Estado moderno, por exemplo, o Estado liberal preservou traços – sobretudo administrativos – do "absoluto", e o Estado social preservou traços – sobretudo constitucionais – do liberal.

Enquanto no antigo pensamento grego (e romano) a distinção entre tipos de governo girava entre alternativas a um tempo quantitativas e estruturais, aludindo ao governo de todos – ou de muitos –, ao de poucos e ao de um só, o pensamento ocidental moderno vem usando dois esquemas para o assunto. Assim, permanece a distinção entre parlamentarismo e presidencialismo, vinculada à velha opção entre monarquia e república (há quem mencione a distinção entre democracia

e autocracia, com outro enfoque e outro critério); paralelamente, permanece o esquema concernente aos valores sociais, ou antes, aos *ismos* caracterizados pela dominância de tais ou quais valores. No caso, a distinção versa sobre regimes que são pelo menos tão "sociais", ou político-sociais, quanto político-constitucionais. E é neste esquema que encontramos a opção entre liberalismo e conservadorismo, que ocorreu em uma certa fase do século XVIII e também do XIX, cedendo vez, neste, à opção entre socialismo e liberalismo. A significação de cada termo veio sofrendo alterações (um liberal pôde parecer um conservador, a partir de certa época), e para cada termo as acepções se desdobraram, com o socialismo e o comunismo, com o "direitismo" fascista, com o tradicionalismo, o neo-liberalismo etc.

A nosso ver, a reflexão sobre o tema, onde a noção puramente formal de *constituição* é incapaz de abarcar todos os aspectos, requer que se retome o conceito clássico de constituição: a constituição como estrutura político-social genérica, incluindo a organização jurídica das funções estatais e dos direitos, e também (certamente nela expressado) o regime político-social vigente ou adotado.<sup>11</sup> Neste ponto, o retorno aos realismos clássicos é sempre saudável.

#### 4. Referência ao Brasil: uma sugestão

Evidentemente, o fito deste artigo é o de sugerir que se repense o problema da ordenação sócio-político-constitucional deste País, onde, enquanto as estruturas sociais dificilmente mudam, a organização constitucional formal está sempre sendo alterada; repensá-lo sobretudo em função do equilíbrio, isto é, de um ideal de equilíbrio, em face do constante desequilíbrio de nossas instituições.

Não será o caso, em face da história política brasileira, de utilizar a noção de cumula-

<sup>11</sup> Não exatamente no sentido de Ferdinand Lassalle, cujo ímpeto polêmico deformou, mais que ampliou, o conceito (*A essência da Constituição*, trad. W. Stonner, prefácio de A. W. Bastos, Ed. Liber Juris, Rio de Janeiro 1985). – Para não estender mais a explanação, evitamos discutir aqui as concepções constitucionais de Carl Schmitt.

tividade com referência às "formas" talhadamente opostas que se sucederam, monarquia e república, apesar de um certo caudilhismo – análogo ao que tem ocorrido em outros países latino-americanos – ter conservado na República um tipo de poder pessoal comparável ao do monarca. Aliás, já se disse, a propósito do cargo de presidente no caso mais exemplar (o norte-americano), que configura "um rei sem coroa e com tempo contado".

Mas será o caso, talvez, de pensar na idéia de cumulatividade com alusão aos *ismos* políticos presentes em diferentes etapas da experiência brasileira: o nativismo e o autoritarismo iniciais, o conservadorismo e o liberalismo no primeiro reinado e no segundo, o socialismo utópico, novamente o liberalismo e o autoritarismo no século XX, o socialismo marxista, o conservadorismo de novo e mais recentemente o neo-liberalismo. De permeio, o tomismo com sua doutrina social, a extrema-direita e as formas meio confusas do populismo e do "petismo". Em cada formulação, um lado oco e outro válido; diagnósticos corretos e soluções questionáveis; retórica tendenciosa e implicações úteis.

Como já dissemos em outro texto,<sup>12</sup> no mundo de hoje nenhum *ismo* resolve sozinho as coisas. O conceito de democracia, desdobrado historicamente em diversas subformas, não corresponde propriamente a um *ismo*.<sup>13</sup> Essas subformas correspondem a regimes que se vieram superpondo: repensar tais regimes é entendê-los como fenômenos históricos; é daí que, a nosso ver, o valor do parlamentarismo como "regime da opinião" corresponde ao seu caráter abrangente e pedagógico. No Brasil de hoje, onde todo mundo é sociólogo e cientista político, as imagens políticas se acham contaminadas de dema-

gogia, quando não de oportunismo, ou então moldadas pelas conveniências dominantes. Uns confundem democracia com populismo, outros com "neo-liberalismo"; identifica-se nacionalismo com esquerdismo; junta-se estatização com marxismo. As privatizações, levadas a cabo indiscriminadamente e por conta de interesses ligados ao capital estrangeiro, são anunciadas como "modernização". A "esquerda" combate o Estado como figura genérica, mas pugna pelo estatismo na prática.

Do mesmo modo que na maioria das nações ocidentais, a sucessão de regimes no Brasil apresentou traços de cumulatividade. A administração imperial, constitucionalmente "liberal", manteve elementos da estrutura vigente na colônia; vinda a República, a nova ordem conservou as "conquistas" constitucionais anteriores. Com o gradativo surgimento de um Estado social – inclusive a partir de 1930, 1937 e 1946 –, terminaram por permanecer (sobretudo com a Carta de 1946) os traços liberais preexistentes. Traços, aliás, que certa retórica do tempo de Rui Barbosa identificava com a própria "República". Entretanto, uma certa corrente conservadora veio atravessando tudo isto, desde o primeiro reinado e durante o segundo; na República "velha" e com as alterações posteriores a 1930. Um conservadorismo às vezes diferente do "reacionarismo", às vezes aliado dele. Às vezes inoportuno e falacioso, às vezes ponderado e tendente ao equilíbrio.

O liberalismo brasileiro, que já tem sido estudado por vários autores, não tem apresentado o mesmo sentido: evidentemente o credo linear de Frei Caneca não era o mesmo de Nabuco, nem o de Rui Barbosa.<sup>14</sup> Foi a princípio, com o Iluminismo das leituras iniciais, um misto de nativismo e retórica; no período monárquico foi partidarismo (disputa por ministérios), ou então a valiosa doutrinação de Tavares Bastos, lido nos ingleses. Na passagem ao século XX, foi "republicanismo", mas também debate com o socialis-

<sup>12</sup> "O Brasil-República: considerações intempestivas", ora em *O Declínio das Nações e outros Ensaios*, Ed. Massangana/Fundaj, Recife 1990, p.100.

<sup>13</sup> Cf. nosso estudo em *O Declínio das Nações*, op.cit., pp.45 ss., princ. p.58. – Sobre democracia e liberalismo v. artigo de YTURBE Corina, em *Dianoia, Anuario de Filosofía*, XXXVII (1991), México, pp.71 ss. v. ainda BIELSA Rafael, *Democracia y República*, Ed. Depalma, B. Aires, 1985. – Para uma otimista antevisão do futuro da democracia, BONAVIDES Paulo, *A Constituição Aberta* (Ed. Del-Rey, Belo Horizonte 1993), cap.I.

<sup>14</sup> Cf. nossa *História das Idéias Políticas no Brasil* (Ed. UFPE, Recife 1965), princ. caps. XI e XII, e nosso estudo sobre Rui Barbosa em VVAA (org. Adolpho Crippa), *As idéias políticas no Brasil* – vol.I, Ed. Convívio, São Paulo 1979, pp.163 e ss.

mo – o socialismo que chegaria a tocar Sílvio Romero e o próprio Rui. Depois, seria atropelado pelas Constituições de 1934 e 1937, esta, sobretudo, e refeito pela de 1946. Nesta, porém, se adotaria a idéia da superação do "individualismo jurídico", com alguns traços sociais na lista dos direitos. A de 1988, ampliando-se até à prolixidade e ao casuísmo, explicitou a alusão aos direitos sociais.<sup>15</sup>

Entretanto, a idéia de uma estruturação socialista para o País não teve chance. Têm-se feito concessões e "aberturas", diante de pressões partidárias ou sindicais, mas obviamente as dificuldades são grandes, vindas de dentro e de fora do País. O socialismo brasileiro, também heterogêneo e descontínuo em sua história,<sup>16</sup> tem sido mais um conjunto de correntes de pensamento, com matizes que dependem dos contextos (por exemplo a exacerbção do marxismo logo da *abertura* ao fim da ditadura militar iniciada em 1964).

Em lugar de fazer-se uma Constituição liberal, inclusive economicamente liberal (isto é, favorável ao capitalismo e ao chamado neo-liberalismo), enxertando-se no texto complementações de caráter "social", caberia repensar o todo, isto é, repensar o Estado e a política em função das cumulatividades históricas: há *conquistas* liberais que devem permanecer (como a *própria técnica da Constituição* escrita, com a funcionalidade dos poderes e a garantia dos direitos), mas

sem permanecerem de todo suas correlações econômicas. O liberalismo econômico é outra coisa e sua relação com todo outro regime é sempre muito mais de antagonismo do que de superposição ou complementação. Já o liberalismo constitucional pode combinar-se com esquemas "sociais" por complementação. *Deste modo, teríamos uma ordem política onde socialismo e liberalismo se conjugariam.* Um país como o Brasil não comporta o liberalismo econômico em termos absolutos. Em vez do capitalismo que aí está, com a grande e crescente concentração da riqueza e as enormes desigualdades existentes, o socialismo (de preferência um socialismo moderado e sem extremismos, sem demagogia, sem "democratismos"); um nacionalismo racional, defendendo o patrimônio da Nação; e todavia um quadro genérico de liberdades viáveis, sem listas intermináveis de direitos com milhares de dispositivos à espera de regulamentação. E também algum conservadorismo, desde que se tire ao termo a ganga negativa que lhe pegaram, e desde que se possa falar das coisas com seriedade. O conservadorismo consiste em crer mais na evolução do que na revolução, e desejar a evolução em lugar da estagnação. Em lugar, por exemplo, da manutenção das estruturas feudais que existem no Nordeste. *A evolução com preservações, inclusive a preservação ecológica tantas vezes oposta às desenfreadas e destruidoras "modernizações".*

15 Sobre a elaboração dos textos, MORAES FILHO Evaristo de, *A ordem social num novo texto constitucional*, Ed. LTR, S. Paulo, 1986.

16 CHACON Vamireh, *História das Idéias Socialistas no Brasil*, 2.ª edição, UFC – Civ. Brasileira, Fortaleza, 1981. – Para um panorama histórico muito geral, v.

BARRETTO, Vicente e PAIM, Antonio, *Evolução do pensamento político brasileiro*, Ed. USP – Itatiaia, B. Horizonte 1989. – cf. ainda *O Socialismo Brasileiro*, Introd. e org. de Evaristo de Moraes Filho, Ed. UNB, Brasília 1981.

# Soberania e aplicação do direito da concorrência na CE e no Mercosul

PAULO BORBA CASELLA

## S U M Á R I O

1. Introdução. 2. Natureza jurídico-política do processo de integração europeia e suas transformações conceituais: a soberania. 3. Direito internacional privado e âmbito territorial de aplicação do direito da concorrência na Comunidade Europeia. 4. Direito econômico e sua possível extra-territorialidade. 5. Necessidade de regulamentação econômica em mercado comum: os artigos 85 e 86 do Tratado de Roma e estrutura atual do Mercosul. 6. Conclusão: necessidades e perspectivas.

### 1. *Introdução*

Abordar a temática da soberania em relação ao direito da concorrência, em sua aplicação por tribunal supranacional, utilizando enfoque comparativo entre a Comunidade Europeia (CE) e o Mercado Comum do Cone Sul (Mercosul), neste momento em que se enceta a negociação do Tratado definitivo, nesta prestigiosa *Revista de Informação Legislativa*, visa alertar os integrantes do Congresso Nacional e profissionais da área jurídica quanto à necessidade premente de inserir regulamentação adequada versando dois dos campos principais de atuação ou influência do novo fenômeno de integração regional sobre os sistemas jurídicos e econômicos dos países integrantes, nesta fase em que se pretende passar das negociações à implantação.

O enfoque comparativo entre os dois fenômenos de integração, sem esquecer diferenças temporais e contextuais, significa colocar diversidade conceitual, na medida em que se contrapõe realidade e perspectiva, em campo de extrema relevância para a essência

Paulo Borba Casella é professor de direito internacional e direito da integração econômica (FDUSP). Advogado em São Paulo. Doutor em direito (USP); "Dess" em direito do comércio internacional (Un. Paris X).

da integração econômica, a saber: o direito da concorrência e sua aplicação judicial.

No começo do século, pesquisa realizada mostrava que desde o Imperador Guilherme II até as bailarinas do *Moulin Rouge*, todos se diziam socialistas. Às conclusões desse jornalista não identificado, aduzia Georges Vedel, analisando *mitos da Europa e Europa dos mitos*, em 1958,<sup>1</sup> naquela altura, todos se sentiriam *européus*. Reagindo a questão equivalente, entre nós, muitos seriam favoráveis à integração. Mas cabe indagar, qual é a integração que desejamos? E como deverá ser construída essa integração no Cone Sul? Será o Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, o instrumento apto a colocar as bases sobre as quais o Tratado definitivo, a ser celebrado, nos permita alcançar as finalidades a que se propôs? A questão da soberania em relação ao direito da concorrência e sua aplicação, pela necessidade de regulamentação abrangente e detalhada, cuja implementação seja assegurada por indispensável tribunal supranacional, gerindo a uniformidade de interpretação e aplicação dessa regulamentação, é campo que se reveste de dimensão e valor comparativo paradigmáticos, entre a CE e o Mercosul, em razão da inexistência de padrão de comparação.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Georges Vedel, *Mythes de l'Europe et Europe des mythes* (R.M.C., 1. 1958).

<sup>2</sup> Abordando a matéria, v. Paulo B. Casella, "o direito da concorrência na CEE e no Mercosul" (palestra na Associação dos Advogados de São Paulo, proferida em 19 de março de 1992, no curso "As tendências de integração e globalização dos sistemas jurídicos e o direito brasileiro: algumas influências e perspectivas"; também disponível em vídeo da AASP); "Enfoque comparativo do direito da concorrência na CEE e no Mercosul" (palestra na Comissão Jurídica da Câmara de Comércio França-Brasil, São Paulo, em 28 de abril de 1992; tb. editado no bol. *Atualidades Jurídicas*, n.º XXXIII, 06/92, toda a edição); "Análise comparativa da concorrência na CE e no Mercosul" (palestra no II Seminário Mercosul, promovido pelas Câmaras Alemãs do Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, realizado em Porto Alegre, em 2 de julho de 1992); "Droit de la concurrence dans la ce et le Mercosul: essai d'une approche comparative" (*Lettre du Brésil*, Rio de Janeiro, n.º 165, set. 92); "Direito da Concorrência na CE e no Mercosul" (in *Mercosul: das negociações à implantação*, coord. L.O. Baptista e A.A. Mercadante, São Paulo, Ed. LTr, no prelo, 1993); b/c "A comparative approach to Competition Law in the E.C. and the Mercosul" (palestras no Instituto Europeu da Universidade de Sarre, Saarbücken);

A partir de constatação da realidade atual e em vista das necessidades imperativas de construção da integração econômica, poderia o bem intencionado leitor ter o cuidado de tentar, antecipadamente, comparar os artigos referentes ao direito da concorrência, abuso do poder econômico, *dumping* e subsídios estatais, no Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, e no Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991 – a proximidade das datas, mais do que mera coincidência, me parece antes hipótese passível de explicação arquetípica: o esforço para assemelhar o continente, como busca de equiparação do conteúdo, na linha dos estudos de C.G. Jung ou Mircea Eliade, fenômeno presente desde a pintura mágica das cavernas paleolíticas.<sup>3</sup> Mas esse frustrado leitor, por mais bem intencionado que fosse, me faz lembrar a história do pregador que se despede de

e nos Institutos Max Planck de Heidelberg e Hamburgo, neste último conjuntamente com a Deutsche-Brasilianische Juristenverein, em 19, 20 e 23 de julho de 1993; tb. editado na série dos *Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, Saarbrücken*, 1993, no prelo).

<sup>3</sup> A respeito, v., de Herbert Kühn, *Eiszeitmalerei 50000 – 10000 v. Chr.*, (Munique, R. Piper & Co. Verlag, 1958); Walter Torbrügge, *Europäische Vorzeit* (Munique, Naturalis Verlag, s/d); Magnus Backes e Regine Dölling, *Die Geburt Europas* (Munique, Naturalis Verlag, s/d); Colin Renfrew, *Before Civilization: the radio-carbon revolution and prehistoric Europe* (Londres, Penguin; 1st. publ. by Jonathan Cape, 1973; reprint, 1990); John Reader, *Man on Earth: a celebration of Mankind* (New York, Harper & Row, 1st. publ. 1988) e Jaquetta Hawkes (assisted by David Trump), *The Atlas of Early Man: concurrent developments across the Ancient World 35,000 B.C.-A.D. 500* (Londres, Macmillan, 1976).

No caso de Carl G. Jung, mais do que remissão específica, trata-se de situar o conjunto da obra, seja na versão original, ou em traduções, como a excelente tradução de R.F.C. Hull (*Collected Works of C.G. Jung*, eds. H. Read, M. Fordham, G. Adler e W. McGuire; New York, Bollingen Foundation, Princeton Univ. Press) esp. *Symbols of transformation* (vol. 5, 1st. pb. ed., 1976) e *The Archetypes and the collective unconscious* (vol. 9, part. 1, 1st. pb. ed., 1980).

Numerosos estudos de Mircea Eliade abordam a questão do valor paradigmático da repetição. A respeito, e.g., *La nostalgie des origines: méthodologie et histoire des religions* (Paris, Gallimard, 1971; reimpr. 1991); *Le mythe de l'éternel retour: archétypes et répétition* (1949; Paris, Gallimard; nouv. éd., 1969); *Rites and Symbols of Initiation: the mysteries of birth and rebirth* (New York, Harper & Row, 1st. publ. 1958; 1st. Harper Colophon ed. 1975).

sua grege, exortando-os a lerem o cap. XVII do Evangelho segundo Marcos antes da pregação do domingo seguinte. Nosso pregador, no domingo seguinte, encontra a igreja cheia, e, em resposta à pergunta, quem tivesse lido que se levantasse, ergue-se a comunidade como um só homem. Para ouvir do pregador que, aqueles que afirmavam ter lido o cap. XVII de Marcos, bem a eles se destinava o sermão, versando sobre a mentira, pois o Evangelho segundo São Marcos somente conta dezesseis capítulos.

O "direito da concorrência", em enfoque comparativo entre a CE e o contexto atual do Mercosul, implica contraposição entre o ser e dever-ser – com sérias e abrangentes dúvidas quanto ao verdadeiro alcance de qual essência ou mesmo aparência poderá vir revestir a segunda hipótese, que tanto pode vir a ser parcela mais ou menos significativa da vida econômico-jurídico-política e institucional do Cone Sul, como, em outro extremo, pode não ter passado de *wishful thinking*, desprovido de alcance sobre a vida real, superado como mais uma de tantas iniciativas hegemônicas e/ou integracionais esvaziadas pela evolução subsequente da História.

Desnecessário seria, se não mesmo tedioso, impor retomada do processo histórico da integração europeia ocidental, à partir do imediato pós-guerra de 1945 – tanto mais porque isto já foi muitas vezes feito<sup>4</sup> –, mas é indispensável insistir, sob pena de distorcer qualquer ensaio de análise comparativa: o processo de integração europeia somente pode ser captado e estudado como consequência direta e necessária da II Guerra Mundial, e não pode ser visto exceto em relação a tal pano de fundo, catastrófico, certamente, mas condição vital para os processos subsequentemente encetados.

Encetando o esforço comparativo, pode-se dizer que, felizmente, nunca se experienciou catástrofe continental de dimensões ainda que vagamente comparáveis às catástrofes europeias: as escaramuças neste extremo sul do continente americano não têm destaques

<sup>4</sup> Paulo B. Casella, *Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico* (São Paulo, no prelo, 1993; esp. parte inicial, caps. i., ii. e iii.).

muito mais consideráveis do que as lutas entre Brasil e Argentina pela província Cisplatina, ou aos estragos da Guerra do Paraguai, pela qual os outros tem até hoje sentimentos contraditórios, em suma, tudo em pouco passou de rivalidades entre vizinhos, mais afeitas a exacerbar diferenças do que a criar clima de entendimento que possa almejar a algo além das fronteiras nacionais.

Cabe, ainda, ressaltar a diversidade de momento histórico da Europa Ocidental no imediato pós-guerra, e do Cone Sul nos dias atuais: a integração pode ser necessária em ambos os casos, mas, por pior que estejamos, não estamos em situação comparável, e o discurso de integração, que representou a superação de conflitos seculares e o experimento de era nova de convivência regulamentada e incrementada institucionalmente, sobreveio à catástrofe e destruição humana e material nunca antes experimentada na História, e não somente sujeita às flutuações de alianças políticas na Europa.<sup>5</sup>

Esse conjunto de fatores não encontra paralelo em nosso contexto porquanto, embora estejamos em situação equivalente a de país saído da guerra, econômica, social, institucional, e talvez, agora, também psicologicamente derrotados, não temos nenhum mecenas querendo financiar nossa reconstrução, sob a forma de nova edição do Plano Marshall – veja-se a relutância em desencadear ajuda de magnitude eficaz à Europa Central – por mais que se especule que o Brasil poderia ser peça relevante em jogo internacional, por exemplo, em relação a parceiros comerciais da importância do Japão.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Paulo B. Casella, *Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico* (São Paulo, no prelo, 1993; esp. parte i., "natureza jurídica da Comunidade e de seu ordenamento", caps. iv., v. e vi.).

<sup>6</sup> Nesse sentido Leo Hollerman, "The role of Brazil in Japan's economic strategy: implications for the United States" (J.W.T., 24.1990.1, pp. 25/37).

Dentre muitos estudos a respeito do contexto europeu a partir da II G.M., v., e.g.: Winston S. Churchill, *The Sinews of peace: post-war speeches* (Londres, Cassel & Co., 1948); A. -H. Robertson, *Legal problems of European integration* (Readi, 1957- i. L 91, pp. 105/211); Arnold J. Zurcher, *The struggler to unite Europe: 1940-1958* (New York, NYUP, 1958); William Diebold Jr., *The Schuman Plan: a study in economic cooperation* (1950-1959 (New York, Praeger, 1959); Ernst B. Haas, *The uniting of Europe: political, social and economic* (continua)

Na Comunidade Européia temos realidade de vivência de décadas de ordenamento jurídico novo, de natureza *sui generis* e caráter supranacional, enquanto o Mercosul é um projeto, um plano, que tanto pode ser sério, como pode se esvaziar em torno de interesses eleitoreiros e conjunturas partidárias. A comparação entre a Comunidade Européia e o Mercosul, nas matérias do direito da concorrência e da supranacionalidade no exercício da função jurisdicional, constituem inevitável contraposição entre o *ser* e o *dever-ser*. Ora, tal circunstância, se não compromete a possibilidade da análise – por contrapor o que é e o que pode vir a ser –, ao menos cria-lhe consideráveis riscos adicionais. Contudo, o valor da tentativa estaria em buscar o que de bom se alcançou e como algo equivalente poderia ser tentado, entre nós, com nossos vizinhos.

Por mais admirável que seja a obra de edificação da unidade européia, essa não é a nossa realidade.<sup>7</sup> Devemos enxergar o que fazem os outros, sem nos esquecermos da ação na contemplação, mas buscando adap-

tar o que existe, em termos conceituais e institucionais, às nossas condições e necessidades.<sup>8</sup>

Temos de evitar fracassos anteriores, no sentido da *alalquização*<sup>9</sup> ou *aladização* do Mercosul – na esperança de que a necessidade de alertar para o risco justifique o uso de tão discutíveis neologismos. Temos de ensaiar deixar de lado a emotividade institucionalmente irracional de nossa psiquê coletiva, com suas condicionantes muito bem caracterizadas por J.O. de Meira Penna, em diversos estudos (1967, 1972, 1974, 1980, 1985, 1988, 1991, 1992),<sup>10</sup> e tentarmos, ao menos teoricamente, ser objetivos em nossa avaliação: existem condições viáveis para construção integrada subcontinental? É como deve esta ser implementada?

Tenho, pessoalmente, algumas inquietações a respeito: são justamente os discursos que me fazem duvidar da realidade das intenções grandiloquentemente proclamadas. Enquanto permanecermos repetindo discursos, como o do presidente argentino, na reunião de cúpula de outubro de 1991, segundo o qual "realizamos em dois anos o que os europeus levaram mais de vinte anos para alcançar", desculpem-me a franqueza, mas não conseguiremos, muito possivelmente,

(continuação da nota 6)

*forces* 1950-1957 (Stanford, Stanford UP, 1961); Rolf H. Foerster, *Die Idee Europa 1300-1946: Quellen zur Geschichte der politischen Einigung* (Munique, DTV, 1963); James Caporaso, *The structure and function of European Integration* (Pacific Palisades, Calif., Goodyear, 1974); Leon Hurwitz (ed.), *Contemporary perspectives on European integration: attitudes, non-governmental behaviour and collective decision-making* (Westport, Greenwood Press, s/d-(c) 1980); Pascal Fontaine, *Uma nova idéia de Europa: a declaração Schuman, 1950-1990* (Luxemburgo, Spoce, 1990).

<sup>7</sup> A bibliografia disponível a respeito da Comunidade Européia está tomando dimensões desumanas. Dentre muitos excelentes manuais e tratados disponíveis, referiria bibliografia elencada em meu *Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico* (op.cit., 1993). I.a., v., de Hans Smit & Peter Herzog (eds.), o alentado e respeitável *The Law of the European Economic Community* (Columbia Law School Project on European Legal Institutions, 6 vols., New York, Matthew Bender, publ., com atualização periódica, desde 1976); D. Lasok e J. W. Bridge, *Law & Institutions of the European Communities* (Londres, Butterworths, 5.ª ed., 1991), Dick Leonard *Dicionário da CEE* (trad. Pedro Martinho, Lisboa, Silabo, 1991), b/c, entre nós, Vera Thorstensen, *Comunidade européia: a construção de uma potência econômica* (São Paulo, Brasiliense, 1992) e *Comunidade européia: líder do comércio mundial* (São Paulo, Ed. Aduaneiras, 1993).

<sup>8</sup> J. Renato C. Freire e Paulo B. Casella, *Contratos financeiros internacionais* ("considerações sobre o direito comparado", São Paulo, Ed. RT, 1993).

Hannah Arendt, *Vita activa oder Vom tätigen Leben* (Munique, R. Piper Verl. / Stuttgart, W. Kohlhammer Verl., (c) 1960).

<sup>9</sup> Expressão utilizada por Ib Teixeira, em sua nota "A busca de um grande mercado" (Conjuntura econômica, abril de 1991, no subtítulo: "como evitar um nova Alalc?").

<sup>10</sup> José Osvaldo de Meira Penna, *Política externa, segurança e desenvolvimento* (Rio, Agir, 1967); *Psicologia do subdesenvolvimento* (Rio, APEC Ed., 1972); *Em berço esplêndido: ensaios de psicologia coletiva brasileira* (Rio/Brasília, José Olympio/INL, 1974); *O elogio do burro* (Rio, Agir, 2.ª ed., 1980); *O Brasil na idade da razão* (Rio/Brasília, Forense Univ./INL, 1980); *A ideologia do século XX: uma análise crítica do nacionalismo, do socialismo e do marxismo* (São Paulo, Convívio, 1985); *A Utopia Brasileira* (Belo Horizonte, Itatiaia, 1988; Prêmio Banorte, da Fundação Joaquim Nabuco, do Recife, 1989); *O dinossauro: uma pesquisa sobre o Estado, o patrimonialismo selvagem e a nova classe de intelectuais e burocratas* (S. Paulo, T.A. Queiroz Ed., 1988); *Opção preferencial pela riqueza* (Rio, Inst. Liberal, 1991); *Decência, Já!* (S. Paulo, Nórdica/Inst. Liberal, 1992).

sequer vencer a inércia para sair do ponto inicial.

Em nível nacional, a vivência de dois anos do projeto Mercosul já vem marcada por marchas e contramarchas habituais, desde a alternância de resistência e entusiasmo, que vêm manifestando alguns setores empresariais, até a consolidada resistência institucional do Judiciário em relação a qualquer tribunal supranacional, com interpretação e aplicação uniforme, de caráter vinculante, sem falar nos federais desmandos governamentais, como bem exemplificam as vicissitudes do efêmero *Ministério Extraordinário para Assuntos de Integração no Cone Sul* (instituído pelo Decreto de 2 de setembro de 1991, sem número), cuja memória só não é triste por ser sobremodo inexpressiva – estipulava como a primeira dentre suas atribuições "incentivar a formação de consciência nacional favorável à integração, com a divulgação do projeto e de seus objetivos junto à opinião pública, às lideranças políticas, empresariais, trabalhistas e acadêmicas", seguida de seis outras. Ora, poucos meses depois, extingue-se o Ministério, sem se dar qualquer satisfação a respeito dos motivos que nortearam sua criação ou sua extinção. Em poucos meses, atingiu-se o objetivo? Não, indubitavelmente não. Desistiu-se da empreitada? Infelizmente, esta parecia ser a única conclusão possível, não fosse a necessidade de refletir inconfessáveis acomodações políticas circunstanciais, que no mínimo carecem de toda seriedade.

Estamos diante de oportunidade que pode representar marco histórico, e não apenas histriônico, de superação de desavenças e bairrismos tão desnecessários quanto retrógrados, mas caberá ver, passados alguns anos, se efetivamente algo de concreto aconteceu. Quem sabe teremos ido além do discurso tanto mais ufanista quanto mais se teme destituído de alcance sobre a realidade. Esperemos por isso. A experiência recente, interligando EUA-Canadá-México, é exemplo de tentativa com muitas possibilidades de dar certo, no quadro da Zona Norte-Americana de Livre Comércio, ou Nafta, sem exageros nem maiores pretensões.

Tenho a grande vantagem de não ser governo nem oposição – não tendo, dessa forma, dever funcional de defender, nem tampouco compulsão de criticar –, também a vantagem de não estar vinculado a posições corporativas de qualquer ordem, que me imponham posição pré-determinada a respeito de integração, seja européia, seja no Cone Sul – além da vantagem circunstancial de ter estado estudando, há alguns anos, o direito comunitário, na construção de novo conceito de Europa.<sup>11</sup> Minha tese, em suma, poderia ser enunciada: seria conveniente estarmos em vias de encetar algo semelhante à construção da Europa comunitária ou mesmo da Nafta entre nós. Infelizmente, como já disse, tenho algumas dúvidas. E penso podermos utilizar perfeitamente como dado de comparação conceito de soberania em relação ao direito da concorrência, na CE e no Mercosul, e seu controle supranacional em nível jurisdicional.

## 2. *Natureza jurídico-política do processo de integração européia e suas transformações conceituais: a soberania*

O direito internacional público clássico destinava-se a reger as relações de coordenação entre soberanias nacionais, entendidas como poderes máximos e independentes, na ordem internacional. O ordenamento jurídico comunitário não somente representa fenômeno novo, como acarreta profundas transformações, em relação a conceitos jurídicos clássicos, tais como bastião de conservadorismo intelectual, o conceito de soberania estatal, como instância última e incontestável de expressão do poder político. Cabe, aqui, considerar as relações entre o ordenamento comunitário e o direito internacional público, na relação de ambos com o conceito de soberania.

Pode-se enquadrar o ordenamento comunitário, no direito dos tratados tradicional, enquanto resultante de convenções internacionais, como expressão de direito regulador

<sup>11</sup> Desde 1986, inclusive tendo passado metade do ano de 1991 entre Florença, Heidelberg e São Paulo, fazendo pesquisas e freqüentando especialistas nesse campo experimental, denominado direito comunitário.

de sistema internacional de caráter regional. Embora teoricamente sustentável, tal formulação colide frontalmente com a vida, a evolução e o funcionamento das Comunidades e de suas instituições, na prática. Esse sistema experimental, o direito comunitário, vai além das relações interestatais de coordenação, reguladas pelo direito internacional clássico, que se mostrou insuficiente para assegurar base útil de sustentação para os complexos problemas enfrentados pelo ordenamento comunitário.

Cabe então situar o direito comunitário e o direito internacional público em suas interações e relações recíprocas. Para tanto, caberá, *ab initio*, distinguir o ordenamento comunitário do ordenamento internacional.

É, hoje, indiscutível que a Comunidade seja sujeito pleno de direito internacional, não sendo questionável sua capacidade de manter relações externas, celebrar acordos com terceiros Estados e mesmo estar sujeita à responsabilidade internacional. Em suma, está a Comunidade habilitada a integrar as relações internacionais. Isso não deve significar, alerta o antigo Juiz do TJCE Pierre Pescatore,<sup>12</sup> que a estrutura interna da Comunidade seja considerada como parte desse sistema internacional, o que acarreta a criação de um falso problema, porquanto "todos os Estados mantêm relações internacionais, celebram e ratificam tratados internacionais e observam direito internacional consuetudinário em seus territórios", e prossegue, "a ninguém ocorreria tratar esses ordenamentos internos nacionais como parte do direito internacional, por tal razão", cabendo atentar, isto sim, para a "natureza jurídica de sua ordem interna, ou seja, a natureza de sua constituição, e o perfil jurídico das relações envolvidas na estrutura comunitária".

A inadequação do direito das gentes clássico ao contexto comunitário decorre da mudança qualitativa que se opera no interior

<sup>12</sup> Pierre Pescatore, em seu livro, *L'ordre juridique des Communautés Européennes* (Liège, 1973), bem como nos artigos "L'apport du droit communautaire au droit international public" (C.D.E., 6. 1970, n.º 5, pp. 501/525) e "International Law and Community Law – a comparative analysis" (C.M.L. Rev., 7. 1970, pp. 167/183).

deste último, substituindo as condições sociais que formam a *comunidade internacional*, marcada pela institucionalização das relações de administração de conflitos e solução pacífica de controvérsias, por direito novo, de solidariedade e integração entre Estados-Membros.

Enquanto o direito tradicional se destinava a regular a coordenação, decorrente da primazia de *interesses nacionais*, entre Estados soberanos e independentes, tendo como etapa intermediária a cooperação, onde se vai buscar otimização das relações internacionais, ordenadas, ainda, sempre segundo hierarquia desses mesmos *interesses nacionais*, a integração vai mais adiante na medida em que pressupõe o estabelecimento de interesses comuns, entre dois ou mais Estados, em áreas essenciais, efetivado mediante o estabelecimento de relações interestatais, baseadas em atitude positiva de solidariedade, onde predominem os interesses comuns sobre os motivos derivados da defesa dos, ainda uma vez, *interesses nacionais*. A realização do conceito de solidariedade nas relações internacionais acompanharia a criação das Comunidades Européias. Tal transformação qualitativa e institucional seria a revisão do conceito ou, antes, do dogma político da soberania nacional.

A concepção de soberania nacional, poder supremo, quanto à sua independência e sua autonomia de ação na ordem internacional, é manifestamente divergente entre – até certo ponto, cientistas políticos<sup>13</sup> – internacionalistas e especialistas de direito comunitário, do qual o pioneiro da revisão do conceito teria sido Carl Friedrich Ophüls.<sup>14</sup> Papel significativo, na doutrina do direito comunitário, foi desempenhado pela noção de *transferência* de prerrogativas inerentes às jurisdições

<sup>13</sup> A respeito do conceito de soberania, do ponto de vista da ciência política, entre nós, v. Dalmo de A. Dallari *Elementos de teoria geral do Estado* (S. Paulo, Saraiva, 4.ª ed., 1977; esp. pp. 65/75) e Paulo Bonavides *Ciência política* (Rio, Forense, 3.ª ed., 1976; reporte-se ao índice remissivo).

<sup>14</sup> Carl F. Ophüls, em seu estudo "Staatshoheit und Gemeinschaftshoheit: Wandlungen des Souveränitätsbegriffs" (in *Recht im Wandel: Festschrift 150 Jahre Carl Heymanns Verlag*, Colônia, Carl Heymann Verlag, 1965, pp. 519/590).

nacionais, com destaque para a contribuição de Paul Reuter, cujas obras (1952, 1953, 1958, 1959, 1961, 1970, 1972, 1975, 1980)<sup>15</sup> se tornaram a formulação clássica a respeito do assunto.<sup>16</sup> Tal concepção passou por mudança conceitual significativa, indo da doutrina para a jurisprudência.

O TJCE, em numerosas decisões de importância capital, demonstra as características essenciais do ordenamento comunitário, em suas relações com as ordens jurídicas nacionais: sua autonomia, seu efeito direto e sua primazia. Basta dizer que tal noção integra os conceitos fundamentais do ordenamento jurídico comunitário.<sup>17</sup>

Ensaando, agora, observações de caráter conclusivo a respeito do relacionamento entre o ordenamento comunitário e o direito internacional público, deve-se procurar superar as diferenças que, segundo Pescatore,<sup>18</sup> justificariam a resistência tradicional dos excessivamente estritos internacionalistas, para os quais o ordenamento comunitário, por sua diversidade essencial, em relação ao direito internacional, inviabilizaria as comparações. Não se deve deixar que o caráter revolucionário do direito comunitário, somado ao fato de constituir fenômeno recente, somado à especificidade das instituições comuns e geograficamente circunscrito à Europa *occidental* nos faça esquecer o impacto deste sobre o direito internacional.

<sup>15</sup> Paul Reuter, *Le plan Schuman* (Rcadi, 1952-II, t. 81, pp. 523/628); *La communauté européenne du charbon et de l'acier* (préface de Robert Schuman, Paris, 1953); *Aspects de la Communauté Économique Européenne* (R.M.C., 1.1958, pp. 6/14, 161/168 e 310/316); *Affaires étrangères et Communautés européennes* (Nice, Aff. Etr., 5.1959, pp. 365/388); *Principes de droit international public* (Rcadi, 1961-II, t. 103, pp. 425/656); *La Convention de Vienne sur le droit des traités* (Paris, A. Colin, 1970); *Introduction au droit des traités* (Paris, A. Colin, 1972); *Droit international public* (Paris, Puf, 5.<sup>a</sup> Ed., 1975); P. Reuter e J. Combacau, *Institutions et relations internationales* (Paris, Puf, 1980).

<sup>16</sup> Paul Reuter (*op. cit.*, 1953, p. 139): "À la différence des simples limitations, qui laissent subsister les cloisonnements nationaux, les transferts instituent une compétence commune qui résulte de la fusion partielle des compétences nationales. C'est pourquoi on peut parler d'une Communauté."

<sup>17</sup> P. Pescatore (no art. "Droit com. et droit intl.", cit., 1970, pp. 509 ss.).

<sup>18</sup> P. Pescatore (art. cit., "conclusions", pp. 521/525).

A diversidade entre a vivência comunitária e a regulamentação de convivências estanques são de tal forma significativamente diferentes para que se possa conceber transposição fácil de dados do campo comunitário para o contexto internacional. Mas isto não obsta que o direito comunitário possa e, mesmo, deva ser domínio privilegiado para a análise do funcionamento do direito da integração. Antes de mais nada, o direito comunitário pode servir de modelo concreto, além de inspiração, como já verificado, para outras empreitadas de integração, desde que colocada condição precisa de que os esforços somente se justifiquem em vista dos objetivos perseguidos pelos Tratados de Paris e de Roma, de integração econômica, expressa pela criação de união alfandegária, atualmente em transformação para o patamar de união econômica.

Em outras palavras, somente através da adoção de objetivo de integração em profundidade, a partir de aspectos econômicos, cujos desdobramentos e implicações políticas são plenamente reconhecidos, é que se justifica o recurso aos métodos chamados de *supranacionais*.<sup>19</sup>

Esta circunstância poderia ser invocada para justificar a comparação entre as Comunidades Europeias e outras tentativas de integração, que jamais ultrapassaram o estágio de zona de livre comércio, tais como a Efta e a Alalc, para nada falar a respeito da OCE, ou das tentativas africanas de integração, por terem omitido o que há de essencial e fundamental no modelo comunitário.

O sistema comunitário oferece, ainda, modelo para a reflexão científica na medida em que os trabalhos comunitários representam estágio avançado de experiências com modelos e problemas jurídicos e políticos, com aperfeiçoamentos possíveis para os modelos tradicionais de alguns setores do direito internacional clássico.

A observação das realizações comunitárias pode oferecer ensinamentos de alto valor, em matérias tais como processo decisório, e mais especificamente o processo

<sup>19</sup> A respeito da questão da supranacionalidade, v., e.g., trabalhos de Joseph Weiler, cf. *Il sistema comunitario europeo* (Bologna, Il Mulino, 1984).

legislativo, em âmbito interno, as garantias judiciais, bem como, externamente, a questão da personificação de grupo de Estados, em suas relações exteriores, comportando, ainda, grande potencial futuro. Poderia também a situação na Europa de hoje servir de parâmetro para avaliação crítica e conscientização da necessidade de melhoria do nível de proteção de direitos humanos e direitos sociais – para não mais passarmos por situações constrangedoras, onde reuniões internacionais definem nossa situação continental, em matéria de direitos humanos, de caráter social, como catastrófica.

Às questões jurídicas referidas poderiam ser acrescidas outras, estendendo as considerações para numerosos e importantes problemas de fundo, de natureza econômica e comercial, colocados pela estruturação de mercado comum, tais como a organização dos mercados agrícolas, ou dos transportes internacionais, ou a instauração de regime de concorrência em contexto supranacional, além de tantos outros.<sup>20</sup>

O direito comunitário teria, ainda, o mérito de ter revelado a existência, no conjunto do direito internacional, de dimensão até então ignorada, na medida em que o *concerto das nações* se estendeu com a introdução de novos protagonistas, nações praticando sistemas políticos profundamente distintos, e evidenciando que o contexto interestatal era muito menos homogêneo do que se supunha, até se alcançar a percepção atual de tratar-se de conjunto heteróclito de comportar estratificações de natureza e qualidade profundamente distintas. A tais estratificações o direito comunitário teria vindo acrescentar dimensão nova, ainda que marginal, uma vez que a transição já estaria feita para forma nova de direito público, este de caráter supranacional.

Para delimitar este espaço privilegiado, em relação ao direito da simples coexistência e ao direito da cooperação internacional, poder-se-ia dar-lhe o nome que, segundo Pierre Pescatore,<sup>21</sup> refletiria sua qualidade

<sup>20</sup> Do mesmo Pierre Pescatore, o verbete no volume *Les Nouvelles: droit des Communautés européennes* (Bruxelas, 1969, cit.), versando "Les Communautés en tant que personnes de droit international" (n.º 326/361).

<sup>21</sup> P. Pescatore (art. ref. supra, 1969, loc. cit.).

essencial de *direito de integração internacional*, como base de relações, não de antagonismo estatal policiado, mas de idéia de solidariedade e interpenetração que levaram pequeno número de Estados a estruturar suas relações sobre princípios de confiança e objetividade, colocando em comum, em contexto de crescente competitividade internacional, alguns de seus interesses essenciais, confiando o desenvolvimento e proteção desses interesses a instituições comuns, investidas de poderes de comando determinados pelas necessidades de consecução de seus fins, superando qualitativamente a mera coexistência ou cooperação, mas relações de integração de caráter supranacional.

Em conclusão deve-se reconhecer que a matéria, infelizmente, não se presta a cortes cirúrgicos, sob pena de comprometer a compreensão do fenômeno em seu todo. Esse perigo, sempre presente no direito internacional, como bem alerta Charles de Visscher (1972),<sup>22</sup> faz-se ainda mais verdadeiro em relação ao direito das Comunidades Europeias, porquanto "nenhum ramo do direito se presta menos a esquematizações formais do que o direito internacional. Seus perigos tornam-se, aqui, muito mais evidentes que em outros campos, pois, nas relações internacionais, as situações específicas ou individualizadas prevalecem sobre as situações gerais, e as normas de aplicação geral têm papel muito menos marcante do que a ordem jurídica interna". Esse risco torna-se tanto maior em se tratando de campo como o direito comunitário, denominado por Walter Ganshof van der Meersch<sup>23</sup> de "direito essencialmente progressivo e evolutivo das Comunidades Europeias". Paul Reuter não discrepa de tal orientação, referindo-se especificamente ao direito comunitário.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Charles de Visscher "Méthode et système en droit international" (Rcadi, 1973-1, t. 138, pp. 75/79; discurso na Academia de Direito Internacional, em maio de 1972).

<sup>23</sup> Não por acaso Walter Ganshof van der Meerch elege como tema de seu curso na Academia de Direito Internacional *L'ordre juridique des Communautés Européennes et le droit international* (La Haye, Rcadi, 1975-V, t. 148, pp. 1/433).

<sup>24</sup> Paul Reuter, em vários livros e artigos. Ref. especificamente, além dos trabalhos já citados, "La Cour de Jus-  
(continua)

Parece, assim, indispensável renunciar à escolha simplista entre direito internacional geral<sup>25</sup> e federalismo europeu. A evolução da jurisprudência do TJCE, bem como autores tais como Michel Waelbroeck,<sup>26</sup> além dos já referidos Pierre Pescatore e Paul Reuter, corroboram tal tendência.

### 3. Direito Internacional privado e âmbito territorial de aplicação do direito da concorrência na Comunidade Européia

A regulamentação do direito da concorrência tem os seus dados básicos nos arts. 85 a 94 do Tratado de Roma,<sup>27</sup> com especial relevância para os arts. 85 e 86, contendo as normas aplicáveis às empresas privadas.<sup>28</sup> Curiosamente, *concorrência*, enquanto tal, é termo não definido, seja pelo Tratado, seja pela jurisprudência do TJCE,<sup>29</sup> sendo, assim, considerado auto-explicativo. Sem descer a minúcias do direito derivado, impõe-se, ao menos, aflorar as linhas mestras do desenvolvimento da matéria, inclusive no âmbito jurisprudencial, ressaltando o papel vital desempenhado pelo Tribunal de Justiça das

(continuação da nota 24)

des Communautés Européennes et le droit international" (in *Mélanges Guggenheim*, 1968, pp. 665/686): "les séparations tranchées et les choix absolus, surtout lorsqu'ils ont leur source dans des conceptions doctrinales d'ensemble conduiraient à bien des erreurs".

<sup>25</sup> A análise do conceito de soberania, sob a ótica do direito internacional, poderia ser referida a autores como M. S. Korowicz, *Some Present Aspects of Sovereignty in International Law* (Haia, Rcadi, 1961-I, t. 102, pp. 1/118) e Sir Humphrey Waldock, em seu *General course on Public International Law* (Haia, Rcadi, 1962-II, t. 106, pp. 1/251).

<sup>26</sup> Michel Waelbroeck "Peut-on parler d'un droit constitutionnel européen?" (in *Traité Internationale et juridictions internes dans les Pays du Marché Commun*, Bruxelles, ULB-IEE, vol. ii., 1964).

<sup>27</sup> Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, que institui a CEE, com as alterações posteriores (ref. n.º art., seguido CEE).

<sup>28</sup> Embora "empresa" seja conceito econômico e não jurídico, tem a vantagem de abranger as várias modalidades de estruturação técnica, enquanto "entidades com fins lucrativos", nos termos do art. 58.2 CEE, quer sejam sociedades de direito civil ou comercial, cooperativas, bem como outras pessoas jurídicas de direito público ou privado, com exceção expressa no tocante às associações.

<sup>29</sup> Este foi justamente um dos campos de mais intensa atividade legislativa, administrativa e judicial nas Comunidades Européias, por sua própria natureza e relevância.

Comunidades Européias, na formação e desenvolvimento de noções inovadoras em matéria concorrencial.<sup>30</sup>

Para situar o ordenamento jurídico comunitário, tanto em relação aos ordenamentos jurídicos internos, como em suas projeções extraterritoriais, pode-se tratar do relacionamento entre o ordenamento comunitário e o direito internacional privado, desde que se destaque deste último tanto os conflitos de jurisdição quanto a condição jurídica dos estrangeiros, para tomá-lo em sentido estrito de normas regentes de *conflitos de leis*.

A análise comparativa entre os direitos comunitário e internacional privado parece ter atraído pouca atenção,<sup>31</sup> com algumas exceções<sup>32</sup>, muito embora os Tratados constitutivos, e os dispositivos editados com vista à sua execução, contivessem grande número de normas de conflito.<sup>33</sup> Segundo Ulrich

Até mesmo pela impossibilidade material de abranger a temática em simples conferência, pela intensidade e volume da atividade na matéria, cf. referido.

<sup>30</sup> A respeito da atuação do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, o TJCE, na consolidação de conceitos comunitários, v., i.a.: G. Bebr, *Rule of Law within the European Communities* (Bruxelas, IEE-ULB, PUB, s/d); Maurice Lagrange, "The Court of Justice as a factor in European integration" (AJCL, 15.1967, n.º 4, pp. 709/725); Michel Waelbroeck, "Le rôle de la Cour de Justice dans la mise en oeuvre du Traité CEE" (CDE, 18.1982, n.º 4, pp. 347/380) e J. Mertens de Wilmars, "La jurisprudence de la Cour de Justice comme instrument de l'intégration communautaire" (CDE, 12.1976, n.º 2-3, pp. 135/148).

<sup>31</sup> Nesse sentido, o índice remissivo do vol. *Droit des Communautés européennes. Les Nouvelles* (cit., Bruxelles, 1969), que pretendia situar o *corpus iuris* do direito comunitário de então, nada menciona a respeito de "direito internacional privado" ou de "conflitos de leis"; da mesma forma o índice dos sete volumes do *Répertoire de la jurisprudence relative aux traités instituant les Communautés européennes* (eds.) H. J. Eversen e H. Sperl, abrangendo os 16 anos transcorridos entre 1953 e 1968 tampouco menciona os dois termos.

<sup>32</sup> E. G., J. van Panhuys, "Conflicts between the law of the European Communities and other rules of international law" (C. M. L. Rev., 1965, pp. 420 ss.); U. Drobnig, "Conflict of Laws and the European Economic Community" (A. J. C. L., 15.1966/67, pp. 204/229) e "L'apport du droit communautaire au droit international privé" (C. D. E., 6.1970, n.º 5, pp. 526/543); ou ainda, de Fausto Capelli, "Réglementation communautaire et réglementation du GATT (réflexions sur les rapports entre le droit communautaire et le droit international)" (R. M. C., 20.1977, n.º 203, pp. 27/43).

<sup>33</sup> U. Drobnig, "Conflict of Laws and the E.E.C." (art. cit., esp. pp. 206/223).

Drobnig, em vários estudos a respeito,<sup>34</sup> o tema comporta divisão, visando evocar dois aspectos distintos, consistentes, de um lado, nas normas de conflito desenvolvidas especificamente pelas Comunidades, e, de outro, quanto aos efeitos do direito comunitário sobre as normas nacionais de conflito. Com relação ao direito internacional privado que seria próprio ou especificamente desenvolvido para as Comunidades, poderiam ser situadas as normas, e.g., em matéria de responsabilidade contratual das Comunidades, de reconhecimento das pessoas jurídicas, ou quanto ao âmbito de aplicação do direito europeu em matéria de concorrência.

A questão da responsabilidade contratual liga-se ao tema da personalidade jurídica das Comunidades,<sup>35</sup> os três Tratados contendo dispositivos equivalentes,<sup>36</sup> estipulando gozarem as Comunidades, "no território de cada um dos Estados-Membros, da mais ampla capacidade jurídica reconhecida às sociedades pelas legislações nacionais". Este dispositivo, pela referência ao reconhecimento da personalidade jurídica nas legislações nacionais, remete às leis nacionais, vigentes na época da entrada em vigor dos Tratados, nos seis Estados-Membros originais, acarretando diferenças quanto ao conteúdo e extensão da legislação, à qual competirá regular a capacidade.

A ausência de norma de conflito, quanto à questão da responsabilidade contratual das Comunidades, significa que os Tratados, sem conterem dispositivo conflitual, fazem remissão à norma de conflito nacional,

estipulando dever a matéria ser *regulada pelo contrato em causa*.<sup>37</sup>

Quanto ao estatuto comunitário das sociedades, abrangendo "as sociedades de direito civil ou comercial, incluindo as sociedades cooperativas, e as demais pessoas jurídicas de direito público ou privado, com exceção das associações",<sup>38</sup> com ramificações desde o reconhecimento mútuo de sociedades, a regulamentação das fusões e as transferências de sedes.<sup>39</sup>

De modo semelhante faria falta dispositivo expresso a respeito do âmbito territorial de aplicação do direito europeu em matéria de concorrência, embora possam ser deduzidos alguns elementos nesse sentido dos artigos 85 e 86 CEE, somados aos desenvolvimentos jurisprudenciais específicos.

Em matéria concorrencial, as interdições, como se terá ocasião de ver, dizendo respeito a qualquer medida "susceptível de afetar o comércio entre os Estados-Membros", de modo a "impedir, restringir ou falsear a concorrência no Mercado Comum", nos termos do art. 85.1 CEE, bem como proibindo qualquer abuso de *posição dominante*, "na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-Membros", art. 86.1 CEE, coloca como determinante para a aplicação ou não das normas comunitárias em matéria de concorrência a necessidade de examinar se o comportamento das empresas ou dos empresários foi de molde a ter influência sobre a concorrência entre os Estados-Membros, com concordância tanto da doutrina quanto da Comissão quanto ao critério.

Deixando-se de lado a questão de determinar qual deve ser a intensidade dessa influência, decorre desse entendimento que as normas de concorrência tanto podem ter sua aplicação estendida a pessoas jurídicas sediadas em terceiros Estados, porém atuantes no território do Mercado Comum, quanto à liberação das pessoas físicas ou jurídicas comunitárias, cujas práticas concertadas (ou *ententes*) produzam efeitos em atividades

<sup>34</sup> U. Drobnig, "L'apport du droit communautaire..." (art. cit., pp. 526/531 e 531/543 - sem referências adicionais).

<sup>35</sup> Quanto à questão da personalidade jurídica das Comunidades, Henry Lesguillons, *L'application d'un traité fondato in: le traité instituant la CEE* (Paris, LGDJ, 1968); Manuel Medina Ortega, *La Comunidad Europea y sus principios constitucionales* (Madrid, Tecnos, 1974); Pierre Pescatore, *Les relations extérieures des Communautés: contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales* (Rcadi, 1961-II, t. 103, pp. 9/239) e Laurens J. Brinkhorst, "Permanent missions of the EC in third countries: European diplomacy in the making" (Lietj, 1984/1, pp. 23/33).

<sup>36</sup> Tratado CEE, art. 211; Tratado CEEA, art. 185; Tratado CECA, art. 6.º, al. 3.

<sup>37</sup> Tratado CEE, art. 215; Tratado CEEA, art. 188.

<sup>38</sup> Tratado CEE, arts. 58 e 220. iii. v. tb., nota (28), supra.

<sup>39</sup> Objeto de convenções específicas.

desenvolvidas parcial ou totalmente fora do Mercado Comum.

Estes exemplos, extraídos dentre muitos outros possíveis, seriam suficientes para situar quais os objetivos do direito internacional privado comunitário, para o funcionamento das Comunidades. A referência ao âmbito de aplicação do direito europeu em matéria de concorrência serve para ilustrar a importância da relação existente entre a integração regional do direito e a norma de conflito, porquanto, embora as normas unificadas em matéria de concorrência tornem as normas de conflito quase supérfluas, no interior da Comunidade, é, por outro lado, absolutamente necessário delimitar tal âmbito de aplicação espacial em relação a terceiros Estados. Uma das tarefas da Comunidade seria, assim, a determinação da extensão da projeção, para o exterior, do campo de aplicação intracomunitário, de suas normas em matéria concorrencial.<sup>40</sup>

O exemplo relativo à capacidade civil das Comunidades nos diferentes Estados-Membros, demonstra outra das funções das normas de conflito no interior da Comunidade considerando-se que devem estas suprir as lacunas do direito comunitário, mediante remissão às normas nacionais, naquela matéria. De modo semelhante, a questão da responsabilidade contratual das Comunidades ressalta o mesmo objetivo; de outro

<sup>40</sup> Tema que mereceria desenvolvimentos mais aprofundados, a matéria dos efeitos extraterritoriais do direito comunitário da concorrência tem sido estudada por especialistas do porte de Georges A. van Hecke, *Le droit antitrust: aspects comparatifs et internationaux* (Rcadi, 1962-II, t. 106, pp. 253/356); Berthold Goldman, *Le champs d'application territoriale des lois sur la concurrence* (Rcadi, 1969-III, t. 128, pp. 631/729); Francis A. Mann, *The doctrine of jurisdiction in international law* (Rcadi, 1964-I, t. 111, pp. 1/162) e *The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years* (Rcadi, 1984-III, t. 186, pp. 11/115); Ignaz Ignaz Seidl-Hohenveldern, *International Economic Law* (Rcadi, 1986-III, t. 198, pp. 9/264) e Isabel Jalles, *Extraterritorialidade e direito internacional: um exercício de direito americano* (Lisboa, Bertrand Ed., 1988) v., tb., René Joliet, *Monopolisation et abus de position dominante: essai comparatif sur l'article 2 du Sherman Act et de l'article 86 du Traité de Rome* (RTDE, 1969, pp. 645 ss.) e Jan Peeters, *The rule of reason revisited: prohibition on restraints of Competition in the Sherman Act and the EEC Treaty* (A. J. Com. L., 37.1989. n.º 3, pp. 521/570).

modo, na medida em que renunciou-se ao estabelecimento de norma autônoma de conflito, limitando-se a fazer o reenvio, devolução ou *renvoi*, às normas conflituais da lei do foro, a *lex fori*, do mesmo modo que ocorreria no caso de questões prejudiciais. Tal solução, contudo, é incompleta, porquanto impunha-se, igualmente, abranger, como foi feito, nos anos subseqüentes, as normas conflituais comunitárias, necessárias à aplicação da lei aplicável às obrigações contratuais.

A especificidade das normas conflituais comunitárias fica mais evidente se confrontadas com as normas conflituais tradicionais, que nos são familiares. Tal aproximação somente é possível em relação às normas conflituais autônomas, incumbidas de delimitar, em relação ao exterior, o âmbito espacial de aplicação das normas comunitárias.

As normas conflituais úteis para o preenchimento de lacunas do direito comunitário, ou a solução de questões prejudiciais, não têm equivalente no direito internacional privado nacional clássico. O caráter específico desse grupo, que reúne número considerável de casos, faz aparecer outra circunstância, porquanto a Comunidade, para a supressão de lacunas, ou solução de questões prejudiciais, pode não somente invocar as normas nacionais, bem como através da elaboração de princípios gerais de direito.<sup>41</sup> Nesse sentido, ilustra bem a situação o art. 215 CEE, onde ao dispositivo relativo à responsabilidade *contratual* das Comunidades, estipulando a aplicação da *lex contractus*, segue-se o dispositivo relativo à responsabilidade *extra-contratual* das comunidades, quanto a atos de seus agentes e prepostos, estipulando a aplicação dos "princípios gerais de direito comuns aos Estados-Membros".

A constatação da existência de normas conflituais próprias às Comunidades, levando-as a aplicar, em determinados casos, o direito nacional, permite ilustrar sob ótica específica a questão das relações entre o direito comunitário e o direito internacional

<sup>41</sup> Perfeitamente cabível, assim, a questão de determinar se a Comunidade é totalmente livre para escolher entre norma conflitual comunitária, ou princípio jurídico geral.

privado dos Estados-Membros. De um lado, a ocorrência de tais normas conflituais evidencia a coexistência pacífica entre direito comunitário e direitos nacionais, inclusive do ponto de vista das Comunidades. Por outro lado, o grande número de normas conflituais propriamente comunitárias demonstra que os casos de aplicação dos direitos nacionais pelos órgãos comunitários é muito mais frequente do que admitem muitos autores.<sup>42</sup>

Passando, agora, ao segundo campo de análise, dos efeitos do direito comunitário sobre as normas conflituais nacionais, podem ser observadas três formas de influência: a influência direta das normas comunitárias sobre as normas conflituais nacionais, a influência indireta sobre as ordens públicas internacionais dos Estados-Membros e, finalmente, a influência indireta sobre as normas conflituais nacionais, em vista de sua harmonização.

A influência direta das normas comunitárias sobre as normas conflituais nacionais constitui questão controversa, se posicionada em relação ao conteúdo e qual efeito deve ser dado a dispositivo inserido na parte geral do Tratado CEE, em seu art. 7.1, segundo o qual são vedadas, no interior do Mercado Comum, as discriminações resultantes de nacionalidade.<sup>43</sup> Colocado o princípio da não-discriminação com base na nacionalidade, no interior do mercado comunitário, poder-se-ia questionar se o art. 7.1 CEE não abrangeria todas as normas conflituais nacionais tomando a nacionalidade como elemento de conexão. Sabe-se que as normas dos

Estados-Membros da Comunidade tomam a nacionalidade da pessoa como elemento determinante, em maior ou menor grau, do estatuto pessoal.<sup>44</sup> Daí resulta que a capacidade civil do cidadão francês será regida pela lei francesa, embora seja este residente na Alemanha, da mesma forma que a capacidade do cidadão alemão será regida pela lei alemã, embora resida este na França. Constituiria a aplicação de leis diferentes a, e.g., franceses e alemães, no interior da Comunidade, discriminação abrangida pela proibição inscrita no art. 7.1 CEE?

A questão foi muito discutida, sobretudo pela doutrina alemã,<sup>45</sup> tendo autores como Makarov<sup>46</sup> sustentado que o princípio da igualdade de tratamento não teria qualquer influência sobre as normas conflituais,<sup>47</sup> da mesma forma que Beitzke<sup>48</sup> não veria qualquer discriminação no fato de escolher a nacionalidade como elemento de conexão, tratando-se, na opinião deste, de situação de tolerância, e do tratamento tecnicamente mais adequado à matéria, tal como entende também Meise, em tese a respeito.<sup>49</sup> Estes autores admitem, sem dúvida, que uma pessoa prefira estar sujeita à sua lei nacional, antes que à *lex fori*. Contrários à tese da indiferença da aplicação das normas conflituais, entendendo que a nacionalidade como elemento de conexão, no interior da Comunidade, contraria a proibição de discriminação contida no art. 7.1 CEE, colocam-se

<sup>42</sup> Nesse sentido, admitindo a aplicação extensa, v., i.a., N. Schuhmacher, "Die Berücksichtigung nationalen Rechts durch Organe der Europäischen Gemeinschaften" (N. J. W., 1970, pp. 980/984).

<sup>43</sup> Embora, inegavelmente, a proibição de discriminação em razão da nacionalidade conviva com muitas hipóteses, inseridas nos Tratados e em múltiplos dispositivos de aplicação, configurando situações legalmente reconhecidas de discriminação, e.g., em relação à proibição de discriminação entre trabalhadores, em razão de nacionalidade (art. 48.2 CEE), ou restrições em matéria de prestação de serviços (art. 65 CEE), ou em matéria de circulação de capitais, discriminações de tratamento fundadas na diversidade de nacionalidade das partes (art. 67.1 CEE).

<sup>44</sup> Limitando as referências aos seis Estados-Membros originais, veja-se o *Code civil français*, art. 3, al. 3: "les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger." No mesmo sentido os códigos civis belga e luxemburguês. Na Alemanha, *EGBGB*, arts. 7, 8, 13-22. Na Itália, *Disposizioni preliminari cod. civ.*, arts. 17-21. Nos Países Baixos, *Wet Algemeene Bepalingen*, art. 6.

<sup>45</sup> No mesmo sentido, cf. U. Drobniç (Droit comm. et dip. cit., p. 532).

<sup>46</sup> Makarov, "Der Gleichbehandlungsgrundsatz und das internationale Privatrecht" (in *Eranion Maridakis*, Atenas, 1964, vol. III, pp. 231/245).

<sup>47</sup> Makarov ("Gleichbehandlungsgrundsatz", cit., esp. pp. 235/238).

<sup>48</sup> Beitzke, "Probleme der Privatrechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft" (ZfRV, 5, 1964, pp. 80 ss.; esp. p. 89).

<sup>49</sup> Meise, *Zur Relativität der Vorbehaltsklausel im internationalen und interlokalen Privatrecht* (tese, Hamburgo, 1966, p. 279, n.º 1).

autores da estatura de Wilhelm Wengler,<sup>50</sup> ex-integrante da Comissão e especialista de direito internacional privado, sustentando não ser indiferente tal circunstância.<sup>51</sup> Vale, ainda, lembrar as colocações de Moser<sup>52</sup> e Niessen.<sup>53</sup>

No sentido do entendimento de ocorrência de discriminação contrária ao Tratado CEE, resultante da adoção da nacionalidade como elemento de conexão colocou-se o TJCE, em decisão de 1969, no caso *Wilhelm c. Bundeskartellamt*,<sup>54</sup> consignando que "o artigo 7 do Tratado CEE proíbe cada Estado-Membro de aplicar indiferentemente seu direito em matéria de *ententes*, em razão da nacionalidade dos interessados", e "que, contudo, o artigo 7 não visa às eventuais disparidades que podem resultar para as pessoas físicas e jurídicas, submetidas à jurisdição da Comunidade, das divergências existentes entre as legislações dos diferentes Estados-Membros, conquanto estas afetem todas as pessoas sob sua aplicação, segundo critérios objetivos, e sem levar em conta a nacionalidade".<sup>55</sup>

Este trecho da decisão do TJCE vem, assim, confirmar o entendimento jurisprudencial quanto à influência do art. 7.1 CEE sobre as normas de conflito. Não quer isso dizer que, em virtude do art. 7.1 CEE, fique impossibilitada qualquer escolha da nacionalidade como elemento de conexão pelas leis conflituais nacionais. Duas ordens de exceções devem ser colocadas. Em primeiro lugar, as garantias formuladas pelo art. 7 não podem ser invocadas por nacional de terceiro Estado, constituindo restrição decorrente dos princípios gerais de direito, sem ter rece-

bido menção expressa no Tratado. Em segundo lugar, há que ressaltar a aplicabilidade das garantias formuladas no art. 7 CEE, como expressamente limitadas ao *âmbito de aplicação do presente Tratado*, excluindo, assim, matérias de direito de família e sucessões à nacionalidade das partes interessadas, mesmo em se tratando de nacionais de Estados-Membros da Comunidade.

Dentre outros aspectos que poderiam ainda ser referidos,<sup>56</sup> em razão da influência sobre a uniformidade das condições de concorrência, especial importância assume a questão em relação à determinação da capacidade das pessoas jurídicas, como já colocava Beitzke, em artigo de 1964.<sup>57</sup>

A influência *indireta* do direito comunitário sobre a ordem pública internacional de cada um dos Estados-Membros não tem amparo em nenhum dispositivo expresso do Tratado CEE. São, no entanto, numerosas as referências do Tratado de Roma à ordem pública dos Estados-Membros, em matérias de ordem pública, mas relativas a algumas matérias em direito de estabelecimento e de Direito Econômico, e comportando reserva, como já visto, das normas conflituais nacionais, em face do princípio de igualdade de tratamento entre cidadãos da Comunidade. Trata-se, aqui, de restrição relativa à condição jurídica dos estrangeiros e não de conflitos de leis.

Poderia tal circunstância significar estar a ordem pública conflitual livre de toda in-

<sup>50</sup> Wilhelm Wengler, "Les conflits de lois et le principe d'égalité" (RCDIP, 1963, pp. 203/231, 503/527), b/c, do mesmo, v. tb. *IPR Rechtsnormen und Wahl des Vertragsstatuts* (VRBEI, Saarbrücken, n.º 241, 1991).

<sup>51</sup> W. Wengler (art. cit., 1963, pp. 215/219).

<sup>52</sup> Moser, "Internationales Privatrecht, Rechtsvereinheitlichung und EWG: Zukunftsaufgaben in Wirtschaft und Gesellschaft" (RCDIP, 1963, pp. 363/375).

<sup>53</sup> Niessen, "Internationales Privatrecht für unerlaubte Handlungen im Widerspruch zur Diskriminierungsverbot des EWG-Vertrags?" (NJW, 1968, pp. 2170/2172).

<sup>54</sup> TJCE, acórdão de 13-2-1969, caso *Walt Wilhelm c. Bundeskartellamt*, Rec. XV, pp. 1 ss.).

<sup>55</sup> TJCE (acórdão cit., loc., cit., p. 16; no mesmo sentido as conclusões do Advogado-Geral Roemer, pp. 29 ss.).

<sup>56</sup> Acompanhando U. Drobnig, "Droit comm. et dip" (cit., pp. 535/539) em sua indagação - "dans quels domaines l'article 7 du traité CEE exerce-t-il encore une influence sur les règles nationales de conflit?" - ressaltando quatro campos: "si je ne m'abuse, il y en a quatre: la capacité des personnes physiques; les "capacités" des personnes morales; en Italie, la détermination de la loi applicable au contrat; en Allemagne, certaines dispositions particulières de la loi applicable aux actes illicites. Tous ces cas se situent dans le domaine économique."

Dentre tais aspectos, a matéria de maior relevância diz respeito à capacidade das pessoas jurídicas, por se tratar de garantir, assim, no plano do direito privado, a igualdade das condições de concorrência entre sociedades de todos os Estados-Membros, e sobre o conjunto do território do Mercado Comum.

<sup>57</sup> Beitzke, "Anerkennung und Sitzverlegung von Gesellschaften und juristischen Personen im EWG-Bereich" (ZHR, 127.1964, pp. 1 ss.); b/c., do mesmo, cf. ref. nota (38) supra.

fluência comunitária? A resposta negativa se impõe na medida em que se deve levar em consideração ao menos três efeitos do Tratado CEE sobre a ordem pública dos Estados-Membros.

Somente em circunstâncias muito específicas poderão os Tribunais nacionais invocar a ordem pública nacional, porquanto, no tocante ao campo de aplicação material dos Tratados comunitários, suas normas conflituais fazem o reenvio às normas conflituais dos outros Estados-Membros. Deve-se partir, em primeiro lugar, do princípio segundo o qual todos os dispositivos nacionais discriminatórios em relação a outros nacionais comunitários, ou de qualquer modo contrários ao espírito ou objetivos dos Tratados, foram eliminados pela harmonização jurídica exigida pela efetiva implantação das Comunidades,<sup>58</sup> eliminando pontos de atrito em matéria de ordem pública, no interior das Comunidades. Em segundo lugar, a solidariedade entre Estados-Membros da Comunidade deve reforçar o efeito das normas de ordem pública nacional, face a terceiros Estados, devendo-se admitir que a ordem pública não se destine somente à proteção dos interesses da *lex fori*, mas podendo servir igualmente à proteção de interesses relevantes também de outros Estados-Membros, podendo mesmo chegar à aplicação, acompanhando H. Batiffol,<sup>59</sup> por determinado Tribunal nacional, de normas de ordem pública de outro Estado-Membro. Em terceiro lugar, o caráter obrigatório do qual se reveste o direito comunitário em relação aos Estados-Membros, leva à conclusão de que a

<sup>58</sup> A respeito da harmonização das legislações nacionais com desenvolvimento específicos a respeito do direito societário e fiscal, v.: Georg Ress, G. Luke e M. R. Will (coords.), *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration: Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco* (Colonia, C. Heyman Verl., "Annales Univ. Saraviensis", vol. 100, 1983); Jean-Luc Mathieu, *La Communauté européenne: marché ou État?* (Paris, Natahn, 1990); Gerhard Laule, *Basic problems of harmonizing Tax Law in the European Communities* (Vrbei, Saarbrücken, n.º 276, 1992); Francis Lefebvre (coord.), *L'intégration fiscale: guide fiscal, juridique et comptable* (Paris, LCI, MOCI, 1992).

<sup>59</sup> Henri Batiffol, "Les conflits de lois en matière de contrats dans la Communauté Économique Européenne" (in *Les problèmes juridiques et économiques du Marché Commun*, 1960, pp. 73 ss.).

ordem pública internacional dos Estados-Membros compreende necessariamente os princípios basilares comunitários. Tal conclusão foi jurisprudencialmente confirmada, em primeiro lugar, em matéria de direito da concorrência, com relação às regras contidas no Tratado CEE,<sup>60</sup> e convencionalmente em outras matérias, tais como o reconhecimento mútuo de pessoas jurídicas.<sup>61</sup>

A influência *indireta* sobre as normas conflituais nacionais, em vista de sua harmonização, manifestamente está ligada à intensificação da circulação intracomunitária, seja direta ou indiretamente decorrente do Tratado, com os esforços concomitantes de harmonização, se não de unificação do direito interno dos Estados-Membros, mesmo fora da esfera de influência do direito comunitário.

Nesse contexto devem ser situados os esforços visando à unificação do direito internacional privado nos Estados-Membros, acarretando, em última instância, a sua extinção. Embora sem alcançar unificação total do direito material, a uniformidade das normas conflituais teria o mérito de garantir que qualquer litígio teria o mesmo encaminhamento conflitual, o que representaria grande passo adiante, mesmo que a diversidade jurídica material conduzisse diferentes tribunais a conclusões diferentes.

Grandes passos foram dados, embora ainda muito deva ser feito. Em suma, poder-se-ia sintetizar estas observações a respeito das relações entre direito comunitário e direito internacional privado, como segue: (a) o direito comunitário desenvolve regras de conflito novas, e que lhe são específicas, seja em suas relações com o exterior, seja nas relações com os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros; (b) o direito comunitário

<sup>60</sup> Limitando as referências a algumas indicações, v.: a decisão de 27 de fevereiro de 1969 do Bundesgerichtshof (in NJW, 1969, p. 978); v., tb., notas de J. Robert (R. arb., 1966, n.º 3, pp. 25, 29 ss.) bem como de R. Lecourt (R. arb., 1966, idem, pp. 145 ss.).

<sup>61</sup> A respeito do reconhecimento mútuo de sociedades, princípio equivalente foi enunciado na Convenção europeia sobre a matéria, estipulando, em seu art. 10, que regras ou princípios nacionais, contrários aos dispositivos do Tratado CEE não podem ser consideradas como integrando a ordem pública dos Estados-Membros.

modifica, seja direta, seja indiretamente, normas de conflito em vigor nos Estados-Membros; e (c) o direito comunitário dá lugar à unificação regional de normas nacionais de conflito, em primeiro lugar nas matérias econômicas mais importantes.

#### 4. O direito econômico e sua possível extraterritorialidade

Pode-se considerar o ordenamento comunitário, enquanto resultante de convenções internacionais, como expressão de direito regulador de sistema internacional de caráter regional. Embora teoricamente sustentável, tal formulação colide frontalmente com a vida e o funcionamento das Comunidades e de suas instituições, na prática. Esse sistema experimental, o direito comunitário, vai além das relações interestatais de coordenação, reguladas pelo direito internacional clássico, que – como visto – se mostrou insuficiente para assegurar base útil de sustentação para os complexos problemas enfrentados pelo ordenamento comunitário.

A construção de mercado comum passa, inicial e preliminarmente, pela construção de união alfandegária, como o foi inicialmente também o Mercado Comum Europeu antes de encetar o patamar de união econômica e monetária, com claro propósito de alcançar grau maior ou menor de união política, como configura o Tratado de União Européia, assinado em Maastricht, aos 7 de fevereiro de 1992 e ainda não ratificado. Ou seja, visando aumentar a coesão entre as economias nacionais, integrantes desse mercado comum, estabelece-se tarifa externa comum, e critérios uniformes com relação à origem de produtos, provenientes do exterior. Obtida a construção do mercado comum, através do dado externo, alfandegário, cabe assegurar que o funcionamento desse mercado não seja falseado por distorções internas, inclusive em suas projeções extraterritoriais.

O direito comunitário da concorrência está se transformando em especialidade independente do direito, tal a complexidade e extensão da regulamentação, da jurisprudência e da doutrina a respeito.<sup>62</sup>

<sup>62</sup> Somente as referências bibliográficas em matéria de direito comunitário da concorrência se estendem por

A análise do direito comunitário da concorrência não se limita, em seu âmbito de aplicação, aos limites geográficos da CEE, podendo estender seus efeitos a terceiros países.<sup>63</sup> Cabe, assim, perquirir os limites e modalidades de tal abrangência territorial, com eventuais projeções extraterritoriais do direito comunitário da concorrência e seus reflexos e paralelos em outros ordenamentos nacionais.

A extensão extraterritorial dos efeitos de qualquer ramo jurídico ou de sua aplicação, enquanto projeção além dos limites territoriais de vigência da lei e da soberania do Estado, vem, assim, acrescer novos dados de complexidade à matéria.<sup>64</sup>

A questão da aplicação extraterritorial do direito econômico poderia colocar matéria mais ampla, em torno da qual poderia ser centrada toda a discussão, abrangendo, ainda, vários outros ramos jurídicos, além do direito da concorrência. Mas sem retomar o debate entre expoentes de várias escolas,<sup>65</sup> é

mais de 60 páginas em minha tese *Elementos de direito comunitário* (São Paulo, 1993, pp. 787/849).

<sup>63</sup> Limitando o enfoque a dois exemplos: em relação à Suíça: D. Schindler, G. Herug, J. Kellenberger, D. Thuerer e R. Zaeck (orgs.), *Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts / Le droit suisse et le droit communautaire: divergences et convergences* (Zurique, Schulthess, 1990); em relação à Áustria: G. Stadler (org.), *Die EG und Oesterreich* (Viena, Manz, 1989); N. Wimmer e W. Mederer, *EG-Recht in Oesterreich: Die Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf Oesterreich* (Viena, Manz, 1990); H.-G. Koppensteiner, *Weitverkehrsrecht: Oesterreichisches und Europäisches Kartellrecht* (Viena, Orac, 2.ª ed., 1989) e H. Wollmann, *Die kartellrechtlichen Beziehungen Oesterreichs zur EWG* (Viena, Manz, 1991).

<sup>64</sup> Matéria objeto de múltiplos e relevantes estudos, dentre os quais algumas fontes são referidas na nota (96) infra. Também citaria o Simpósio a respeito da *Extraterritoriale Anwendung von Wirtschaftsrecht* (em comemoração ao 60.º aniversário do Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburgo, 16 e 17 de abril de 1986; *Rabels Z.* 52, 1988, n.º 1-2, pp. 1/302, reunindo contribuições de U. Drobnig, J. Basedow, K. Siehr, F. Rigaux, A.V. Lowe e E.-J. Messtmaecker, seguidas pelas sessões de debates coordenadas por H. Berg, K. Andregg e Chr. Engel, este último fazendo sumário temático dos debates, pp. 256/302).

<sup>65</sup> Mesmo entre nós, limitando o enfoque a dois exemplos, observam-se profundas diferenças de colocação entre os autores:

Geraldo de Camargo Vidigal, *Elementos de direito econômico* (São Paulo, Ed. RT, 1977, p. 44), o define  
(continua)

preciso, contudo, ter presente que a própria definição de direito econômico é objeto de controvérsia.<sup>66</sup> Controvertida a matéria ou não, é sempre preciso destacar ao menos noção operacional.

No campo do direito econômico, tanto nacional como internacional, tem-se a tendência a reconhecer atenuação das distinções entre direito público e direito privado, bem como entre direito internacional privado e direito internacional público. Mais do que o novo ramo jurídico, o direito econômico<sup>67</sup> e especificamente o direito da integração econômica seria, antes, evolução geral do direito.<sup>68</sup>

(continuação da nota 65)

como: "a disciplina jurídica de atividades desenvolvidas nos mercados, visando a organizá-los sob a inspiração dominante do interesse social" (...) "ordena o relacionamento entre os agentes de mercado, quando se marca por um clima de dominação"; enquanto

Eros Roberto Grau, *Elementos de direito econômico* (São Paulo Ed. RT, 1981, p. 27), o caracteriza como "sistema normativo voltado à ordenação do processo econômico, mediante a regulação, sob o ponto de vista macro-jurídico, da atividade econômica, de sorte a definir uma disciplina destinada à efetivação da política econômica estatal".

<sup>66</sup> Em vista de tais controvérsias, parece aconselhável a posição de pragmática neutralidade adotada por Adriana C. R. Casella, *O Estado e a informatização da sociedade* (tese, São Paulo, s/ed., 1990, p. 59) sugerindo: "Muito se tem discutido a respeito do conceito de direito econômico. Não cabe aqui encontrar uma definição nem criticar o posicionamento dos diversos autores, interessando-nos tão-somente compreender que o direito econômico envolve mecanismos destinados à efetivação de uma dada política econômica estatal, abrangendo relacionamento entre agentes privados e Estado."

Sem negar a relevância do debate, mais vale orientar-se por enfoque teleológico, atentando antes para os fins do direito econômico, fins estes a respeito dos quais parece mais viável buscar denominador comum.

<sup>67</sup> Gérard Farjat, *Droit économique* (Paris, PUF Thomas, 2.<sup>a</sup> ed. ref., 1982).

<sup>68</sup> G. Farjat observa (*op. cit.*, pp. 13/31): "Le droit économique est une réalité que l'on découvre dans toutes les sociétés industrielles contemporaines, comme dans la plupart de celles qui aspirent à le devenir (le droit économique est alors désigné sous le nom de droit du développement; il comporte d'ailleurs ses particularités). Cela ne suffit pourtant pas à justifier une étude autonome, spécifique de ce droit. Il présente, en effet, un aspect singulier. Il n'est pas apparu comme une branche particulière du droit, alors que c'est pourtant ainsi qu'apparaissent généralement les "nouveautés" de quelque ampleur dans les structures juridiques (du droit du travail au droit spatial). Ce que l'on observe ce sont des développements relatifs à l'économie dans presque toutes les branches existantes du droit classique. (...) Il semble que l'on soit en présence d'une évolution générale du droit".

O direito econômico, já observavam Orlando Gomes e Antunes Varela (1977),<sup>69</sup> compreendendo, como compreende, normas de direito civil, comercial, administrativo, penal e tributário, desenvolve-se numa zona intermediária, que não é de direito público nem de direito privado, caracterizando-se por unidade tríplice: de espírito, de objeto e de método. Nesse sentido, vem Fábio Nusdeo (1993) colocar os fundamentos para uma codificação do direito econômico.<sup>70</sup>

Mesmo na Alemanha, onde surgiu o conceito de direito econômico e começam a ser escritos os primeiros estudos a respeito, a partir da I Guerra Mundial, na linha de J. Hedemann (1922),<sup>71</sup> ainda hoje se discute o conteúdo e objeto do direito econômico, e tal aparência de neutralização, contudo, não resiste a um exame mais próximo, sobretudo em se tratando da circulação econômica internacional,<sup>72</sup> caracterizando

<sup>69</sup> Orlando Gomes e Antunes Varela, *Direito econômico* (São Paulo, Saraiva, 1977, pp. 4/7).

Não obstante seja até certo ponto frustrante a clássica adoção do *tertium genus* para os casos não enquadráveis em categorias polares, são relevantes e oportunas as considerações apresentadas pelos juristas Gomes e Varela a respeito do espírito, objeto e método do direito econômico, (*op. cit.*, loc. cit., referindo autores como Maspétiol e Khalil, *Le dirigisme économique*): "O espírito do direito econômico insufla-se do propósito de garantir a organização e o funcionamento da economia nacional, em bases e com técnicas que, instituindo o primado do interesse econômico geral, não sacrifiquem, não esmaguem, não suprimam a atividade lucrativa dos particulares. Seu objeto se define nas relações que se acham na área interativa do Estado ou que se constituem, sob determinado aspecto, em razão da atividade das grandes empresas, como as que se travam nos contratos de adesão, recapituladas metodicamente, sob a influência do espírito econômico do nosso tempo, regras de direito público e de direito privado, mas reconcondicionadas para adaptação à nova ótica da política econômica. Seu método, por fim, distingue-se pela desenvoltura na busca das construções e técnicas adequadas às novas exigências".

<sup>70</sup> Fábio Nusdeo, *Elementos para uma codificação do direito econômico* (São Paulo, tese de cátedra, s/ed., 1993).

<sup>71</sup> Com destaque para J. Hedemann e o seu *Grundzüge des Wirtschaftsrechts* (1922). Nesse sentido v., tb., G. Farjat (*op. cit.*, loc. cit.) e U. Drobniq (art. citado).

<sup>72</sup> Trata-se de trânsitos econômicos além-fronteiras, ou "grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs" (U. Drobniq, "Das Profil des Wirtschaftskollisionsrechts - Einführende Bemerkungen zum Symposium", *Rebels Z.*, 52/1-2, 1988, pp. 1/7).

fenômeno que veio modificar estrutural e essencialmente muitas categorias jurídicas, tais como, e.g., os contratos, especialmente projetados em contexto supranacional.<sup>73</sup>

Nesse sentido, poder-se-ia acompanhar François Rigaux (1986),<sup>74</sup> observando que, não obstante as divergências e mesmo as opiniões conflitivas, pode-se *detectar relativa convergência de métodos e argumentos jurídicos*, de modo que os problemas suscitados pela pretendida aplicação extraterritorial do direito econômico são consideráveis e já ensejaram abundante prática tanto administrativa quanto judiciária e diplomática. As matérias abrangidas por tal prática são muito variadas, seus setores mais notáveis sendo o direito da concorrência, as diversas formas de embargo ou *boycott*, a luta contra práticas comerciais restritivas, a corrupção, a fraude fiscal e as manobras especulativas imobiliárias ou financeiras.<sup>75</sup>

A noção de interesse nacional designa de maneira bastante adequada os objetivos pretendidos pelas diversas legislações nacionais, e é fácil compreender que as políticas econômicas, conduzidas de modo unilateral em cada Estado, correm o risco de entrar em choque umas com as outras.<sup>76</sup>

Tendo em mente a aplicação extraterritorial do direito econômico, vale retomar alguns pontos fundamentais, em função do objeto deste estudo. O já referido François

Rigaux<sup>77</sup> se debruça sobre os conceitos contidos na expressão *aplicação extraterritorial do direito econômico*, a saber: a especificidade do direito econômico, como deve ser compreendida a *aplicação desse direito* e qual sentido deve ser dado ao conceito de territorialidade e em que consiste a natureza extraterritorial de tal aplicação?

A originalidade do direito econômico – assim como se veio a reconhecer em relação ao direito do trabalho, ou ao direito do comércio internacional – consiste no fato de que quaisquer que sejam as formas, inclusive as diversas modalidades contratuais, o fim e os métodos do direito econômico se destacam radicalmente da concepção individualista do direito dos códigos civis dos séculos XIX e XX, decorrendo da vontade do Estado de organizar as relações de produção, segundo métodos diversos daqueles do direito civil. Dentre os variados métodos do direito econômico três características se destacam: as relações de produção, de comercialização, de distribuição e consumo dos bens são consideradas em seu conjunto, como fenômeno coletivo; o Estado assume papel de responsável pelo planejamento ou ao menos de correção sistemática das relações individuais; instituições específicas foram criadas, encarregadas de controlar e orientar a organização do mercado.

O dado *econômico* retoma o sentido da *Política* de Aristóteles,<sup>78</sup> enquanto governo da casa (*oikonomia*), também estendendo a reflexão quanto ao bem-estar econômico do conjunto da cidade, ou seja, projeto global de organização coletiva, cuja implementação é manifestamente antes jurídica que política. O direito econômico, essencialmente, não se adapta às categorias tradicionais da ciência do direito, sobretudo no tocante à distinção entre direito público e privado.<sup>79</sup> Es se fenômeno

<sup>73</sup> O contrato internacional coloca novas categorias mentais e operacionais. Parecendo-me descabido retomar *in extenso* a matéria remeteria às observações iniciais formuladas a respeito do tema in "Negociação e formação de contratos internacionais: em direito francês e inglês" (Rev. Fadusp, São Paulo, 1989/90, pp. 124/171; tb. publ. em anexo ao vol. *Contratos financeiros internacionais*, op. cit., São Paulo, Ed. RT, 1993).

<sup>74</sup> François Rigaux, "Droit économique et conflits de souverainetés" (no já referido Simpósio promovido pelo Instituto Max-Planck de Hamburgo, em 1986, versando a aplicação extraterritorial do direito econômico, vol. cit., pp. 104/155; seguido de summary, pp. 155/156).

<sup>75</sup> Nessa vertente, destacam-se os trabalhos de J.M. Jacques, "La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international" (Rcdip-Clunet, v. 112, 1985, pp. 327/405), K. M. Meessen, "Antitrust jurisdiction under customary international law" (Am. J. Intl. Law, v. 78, 1984, pp. 783/810), bem como do próprio F. Rigaux, o seu *Droit public et droit privé dans les relations internationales* (Paris, 1977).

<sup>76</sup> F. Rigaux (op. cit., p. 105).

<sup>77</sup> F. Rigaux (op. cit., cap. II "l'application extraterritoriale du droit économique: une définition des concepts", sections 1 a 4, pp. 106/114).

<sup>78</sup> Aristóteles *Política* (trad. J. Dubonnet, Paris, Les belles lettres, 1971, Livro 1, cap. 3, n.º 1253a, p. 16; Livro III, cap. 6, n.º 1278b, pp. 65 ss.).

<sup>79</sup> F. Rigaux (op. cit., p. 108). Sobretudo, observa Rigaux, "nos sistemas jurídicos de economia de mercado, as novas regulamentações se esforçam por introduzir, a nível das relações coletivas, os métodos do Direito público, enquanto as relações individuais permanecem reguladas pelo Direito privado".

se verifica em tal extensão, a tal ponto que uma das dificuldades específicas da aplicação extraterritorial do direito econômico tem precisamente por objeto, a apreensão, pela regulamentação de direito público, de determinado Estado, das relações contratuais vinculadas ao direito privado de outro Estado.<sup>80</sup>

Prosseguindo, na mesma linha, F. Rigaux<sup>81</sup> nos propõe como conceito da aplicação de regra jurídica a dedução das consequências jurídicas dessa norma em vista de situação específica. Em matéria de obrigações e contratos tal aplicação resulta, essencialmente, da vontade das partes. No direito econômico, suas aplicações mais características têm natureza constitutiva. Mesmo quando são realizadas sob a égide de controle jurisdicional de legalidade, observa, "os atos administrativos mais característicos do direito econômico são as decisões pelas quais a autoridade pretende impor aos operadores econômicos determinados comportamentos considerados como recomendáveis em vista do interesse geral. As soluções assim adotadas são justificadas pela competência discricionária atribuída à autoridade habilitada a tomar as medidas para regular o mercado em conformidade com o interesse nacional (ou na CEE, ao interesse comunitário), ou derivam de competências gerais utilizadas para os mesmos fins".<sup>82</sup>

A aplicação do direito econômico não se limita às hipóteses nas quais a decisão da autoridade competente é acompanhada de injunções dirigidas a pessoas ou empresas.<sup>83</sup> Também ocorre que os fins específicos do direito econômico sejam atingidos pela formulação de normas gerais às quais as pessoas físicas e jurídicas devem e podem se conformar, sem intervenção de qualquer autoridade.<sup>84</sup>

Podem ser distinguidas modalidades de aplicação do direito econômico, conforme situa F. A. Mann (1964 e 1984),<sup>85</sup> no tocante à observância pelos agentes econômicos privados de norma geral (a chamada *jurisdiction to prescribe*), a decisão jurisdicional retrospectiva versando a conformidade jurídica de atos praticados pelos mesmos agentes (a *jurisdiction to adjudicate*) e a implementação de meios coercitivos para orientar o comportamento futuro dos destinatários da norma (*jurisdiction to enforce*).

A conceituação da aplicação extraterritorial suscita previamente a análise dos dois significados possíveis da noção de territorialidade:<sup>86</sup> enquanto a territorialidade em sentido formal designa a força vinculante do direito, a territorialidade em sentido material se refere à aplicabilidade da norma jurídica. Vários motivos podem levar à rejeição das definições tradicionais de aplicação extraterritorial.<sup>87</sup>

<sup>85</sup> F. A. Mann, *The doctrine of jurisdiction in international law* (Rcadi, 1964-I, t. 111, pp. 1/162) e *The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years* (Rcadi, 1984-III, t. 186, pp. 11/115).

<sup>86</sup> F. Rigaux desenvolve a distinção entre os dois significados do conceito de territorialidade (*op. cit.*, pp. 110/111).

<sup>87</sup> As quatro ordens de motivos que justificam a rejeição da amplitude total do conceito de extraterritorialidade são as seguintes: a. "flexibilité de la notion de rattachement territorial (au sens matériel)"; b. "le droit international reconnaît à l'État un titre de compétence non territorial, déduit de l'allégeance des personnes physiques ayant sa nationalité et de celle des personnes morales ayant leur siège sur son territoire ou s'étant constituées conformément à son droit interne"; c. "dans la matière des obligations contractuelles qui occupe un vaste secteur des relations économiques, la loi applicable peut être désignée par les contractants conformément au principe d'autonomie de la volonté. Qualifier d'extraterritoriale l'application de la loi choisie par les parties serait un abus de langage"; e, d. o quarto motivo para questionar a utilização – sem maiores especificações – do conceito de aplicação extraterritorial do direito econômico "tient à l'ambiguïté (...) de la notion même d'application" uma vez que "à l'égard des seules formes coercitives de mise en oeuvre de la norme (*jurisdiction to enforce*) chaque État peut se prévaloir du monopole de la contrainte sur son territoire, mais hormis l'accomplissement d'un acte de contrainte physique par l'organe d'un État sur le territoire d'un autre État, hypothèse exceptionnelle dans les cas de prétendue application extraterritoriale du droit économique, est-il permis de conférer cette dernière qualification à l'injonction adressée du territoire d'un État à un agent économique privé résidant ou se trouvant sur le territoire d'un autre État?"

<sup>80</sup> F. Rigaux (*op. cit.*, loc. cit.).

<sup>81</sup> F. Rigaux (artigo cit., section 2 "l'application du droit économique", pp. 108/109).

<sup>82</sup> F. Rigaux (*op. cit.*, loc. cit.).

<sup>83</sup> F. Rigaux (*op. cit.*, idem).

<sup>84</sup> F. Rigaux ressalta (*op. cit.*, p. 109): "Toutefois, au cas où la norme n'a pas été respectée par son destinataire, celui-ci peut y être contraint par la juridiction compétente, la jurisprudence procurant des nombreux exemples d'une telle "application" contentieuse de la règle de droit économique".

Retomando F. Rigaux, conclui este<sup>88</sup> que, sob aparência inocente, o conceito de aplicação suscita múltiplas indagações não resolvidas, uma vez que a norma de direito econômico tanto pode ser espontaneamente aplicada pelos operadores do comércio internacional, cujo comportamento pretende regular, como também pode exigir ação coercitiva de autoridade ou jurisdição estatal.<sup>89</sup> Quanto ao caráter extraterritorial ou, antes, transnacional, da aplicação do direito econômico, vale ressaltar, de um lado, que os casos mais notórios de tal aplicação fogem, em nossos dias, ao controle exclusivo de único Estado,<sup>90</sup> enquanto, por outro lado, os principais operadores econômicos pertencem a grupos transnacionais ou multinacionais de sociedades (L. O. Baptista, 1987)<sup>91</sup> integradas por entidades jurídicas distintas, vinculadas por elementos de conexão e vinculação a distintos sistemas nacionais.

Caberia distinguir entre o direito econômico internacional e a norma de conflito em direito econômico, em vista da clareza e da

precisão da análise, acompanhando as observações de U. Drobnig (1986).<sup>92</sup> O objeto do direito econômico internacional, enquanto ramo do direito internacional, é a regulamentação de problemas de caráter econômico internacional por parte de Estados e organizações internacionais. Tal regulamentação pode resultar de normas internas, de convenções bilaterais ou multilaterais, ou ainda de normas oriundas de organizações econômicas internacionais. O objetivo de alcançar nova ordem econômica mundial somente se pode pretender efetivar na medida em que a prática negocial seja acompanhada por regulamentação jurídica (de direito econômico) de caráter internacional. Já as normas de conflito em direito econômico não se reportam à diversidade dos interesses econômicos dos diferentes Estados, mas à influência de normas de direito econômico, quer sejam de caráter nacional, supranacional ou estatal, sobre as relações jurídicas estabelecidas entre partes integrantes de relações econômicas de natureza supranacional.<sup>93</sup>

Sob a rubrica de normas de conflito em direito econômico inserem-se normas de importância e volume crescentes, caracterizando fenômeno que não se deve ao acaso nem tampouco a manifestação de modismo passageiro, refletindo, antes, profunda transmutação do panorama mundial contemporâneo.

O Estado moderno – não é preciso desenvolver muito tal formulação –, segundo fronteiras mais ou menos extensas e claramente definidas, interfere e modela as exigências sociais e a atividade econômica de cada povo, através de intervenções que, direta ou indiretamente, também afetam o intercâmbio econômico internacional. Por isso trata-se de fenômeno que tende a desenvolvimento potencialmente crescente e de alcance muito amplo, que não deve ser disfarçado sob a égide de regulamentação de desastrado caráter

88 F. Rigaux (*op. cit.*, "réflexions de synthèse", pp. 113/114).

89 F. Rigaux (*op. cit.*, p. 113) observa: "A l'égard de la dernière catégorie d'actes, il importe aussi de distinguer selon que l'autorité étatique se borne à émettre une injonction ou à prononcer une condamnation ou qu'elle procède à l'exécution matérielle de celle-ci (saisie de biens ou de documents, arrestation d'une personne)."

90 Ainda o mesmo F. Rigaux (*op. cit.*, p. 114): "Si par application extraterritoriale on entend la volonté d'un État de se saisir d'un complexe de faits dont une partie au moins est localisé hors de son territoire, la dimension même des échanges de biens et de services a conféré une portée extraterritoriale ou transnationale à bon nombre de mises en oeuvre du droit économique." (...) "les principaux opérateurs économiques appartiennent à des groupes eux-mêmes transnationaux, de sociétés, composées d'entités juridiques particulières soumises à une multiple allégeance: la filiale de nationalité A d'une société de nationalité B relève, en vertu du principe de personnalité, de l'État A, mais elle est aussi soumise à la domination exercée sur elle par la société-mère et, à travers de celle-ci, par l'État B. En outre si la majorité des actionnaires de la société A a la nationalité de l'État B (ou de l'État X) ou que l'un des actionnaires soit lui-même une société ayant cette nationalité, on ne saurait refuser à ce dernier État le pouvoir de se prévaloir à l'égard de ces actionnaires du principe de personnalité."

91 L. O. Baptista, *Empresa transnacional e direito* (São Paulo, Ed. RT, 1987).

92 U. Drobnig (*op. cit.*, pp. 1/7).

93 Como observa o mesmo autor (*op. cit.*, loc. cit.): "Es geht (...) um die Berücksichtigung einer zusätzlichen Dimension von Interessen, nämlich der privaten neben den staatlichen. In dem Zwang, sowohl staatlichen wie private Interessen zu berücksichtigen, liegt – auf einen kurzen Nenner gebracht – die Schwierigkeit und Eigenart des Wirtschaftskollisionsrechts, aber natürlich auch sein ganzer Reiz."

emergencial e transitório – como notória e inadequadamente se caracterizam entre nós as incursões do Estado no e sobre o domínio econômico (F. Scaff, 1990).<sup>94</sup>

Justamente coloca-se a questão da delimitação do terreno entre as normas de conflito em direito econômico e as normas de conflito clássicas, ordenadas como *direito internacional privado*, regendo as relações jurídicas normais, de caráter privado. Fica patente a dificuldade de traçar linha divisória nítida, na medida em que a distinção se mostra incerta e fluida, sujeita a grandes variações nacionais ou mesmo desconhecida em alguns casos. Ocorrem também normas privadas de conteúdo ligado à regulamentação jurídica do ordenamento econômico, notoriamente em matéria de direito da concorrência, do direito do trabalho e da proteção ao consumidor.

Como ponto de partida na doutrina do direito internacional público ocidental coloca-se a premissa de que nenhum Estado, em razão da delimitação territorial de sua soberania, pode pretender estender além de suas fronteiras sua regulamentação jurídica do ordenamento econômico. Tal formulação, desenvolvida e reafirmada em direito internacional, na linha de A. F. Lowenfeld (1979) e outros,<sup>95</sup> aplica-se perfeitamente ao direito econômico.

<sup>94</sup> Fernando F. Scaff, *Responsabilidade do Estado interencionista* (São Paulo, Saraiva, 1990).

Ainda o mesmo Ulrich Drobnig (*op. cit.*, p. 3): "In der richtigen Abgrenzung des Gegenstandes des Wirtschaftskollisionsrechts liegt offenbar ein schwieriges und weithin noch ungelöstes Problem".

<sup>95</sup> A respeito da delimitação da soberania e a vigência espacial das normas jurídicas, muito especificamente em matéria de Direito Econômico, vide, i.a., Luigi Fumagalli, *Conflitti tra giurisdizioni nell'assunzione di prove civili all'estero* (Padova, Cedam, 1990); Isabel Jalles, *Extraterritorialidade e comércio internacional: um exercício de direito americano* (Lisboa, Bertrand, 1988); A. Lowenfeld, *Public Law in the International Area – Conflict of Laws, International Law, and some suggestions for their interaction* (Rcadi, 1979-II, v. 163, pp. 311/436); D. R. Gerber, *The extraterritorial application of German Antitrust Law* (A.J.I.L., v. 77, 1983, pp. 756/783); H. Harfield, *The implications of U.S. extraterritorial discovery proceedings against multinational corporations for the Judiciary* (N.Y.U.J. Intl. Law Pol., v. 16, 1983/84, pp. 973/983); A. V. Lowe, *Public International Law and the Conflict of Laws: the European response to U.S. Export Administration Regula-*

As únicas exceções a essa estrita territorialidade seriam decorrentes da aceitação da norma estrangeira por outro Estado, seja em caráter geral, em razão de convenção internacional, por meio da qual ficam especificados os casos em que se dará aplicação daquela norma, ou em casos isolados, mediante aceitação e adoção da norma estrangeira em determinada decisão judicial, conforme situam R. Jennings (1957), G. A. van Hecke (1962), B. Goldman (1969 etc.), D. R. Gerber (1983), J. G. Castel (1983), I. Jalles (1988) *et al.*<sup>96</sup>

Justamente logo após a afirmação dessa territorialidade começam a colocar-se as dúvidas e incertezas, especialmente, como se disse, em razão da internacionalidade inerente às práticas econômicas internacionais, onde fica evidente a distância entre a atuação e a abrangência das distintas regulamentações nacionais, separadamente consideradas. Especialmente no interior de conjunto da natureza da Comunidade Econômica Européia, a solidariedade deveria ser tão estreita a ponto de permitir mecanismos

*tions* (Intl. Comp. L.Q., v. 33, 1984, pp. 515/530); R. Y. Jennings, *The limits of State Jurisdiction* (Nord. T. Intl. Ret. 32.1962, pp. 208/229); I. F. Blejec, *Extraterritorial jurisdiction of U.S. Courts regarding the use of subpoenas duces tecum to obtain discovery in transnational litigations – the search for a limiting principle* (N.Y.U.J. Intl. Law & Pol., 16.1983/84, pp. 1135/1166).

Alguns aspectos do tema também foram considerados em *O caso Achille Lauro* (São Paulo, no prelo, 1993). Em lugar de elencar a bibliografia a respeito da matéria, faço remissão aos autores lá citados, com destaque para Ian Brownlie, *Principles of International Law* (Oxford, OUP, 3.ª ed., 1979); Alfred Verdross e Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis* (Berlin, Duncker & Humboldt, 1.ª ed., 1976; 2.ª ed., 1981).

<sup>96</sup> A respeito da aceitação da norma estrangeira como dado de fato ou de direito e sua aplicação pelo juiz nacional tive ocasião de examinar alguns aspectos relevantes e recensear bibliografia a respeito da matéria no Parecer *Cooperação Interamericana e Integração Jurídica* (solicitado pelo Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Prof. Vicente Marotta Rangel, a respeito da conveniência da assinatura pelo Governo Brasileiro das Convenções Interamericanas sobre regime legal das procurações para serem utilizadas no exterior (Panamá, 1975), sobre obtenção de provas no exterior (Panamá, 1975) e sobre prova e informação acerca do direito estrangeiro (Montevideu, 1979), especialmente na introdução "o direito como instrumento de integração no contexto interamericano", pp. 2/15).

automáticos de superação de divergências entre Estados-Membros.

O primeiro e primordial elemento da norma econômica de conflito é o dado econômico, ou seja, seu conteúdo. Esse dado econômico, já, por si, suscita amplo espectro de difícil compreensão: aí se inserem, e vão estar refletidos, mesmo considerando a matéria em rápida análise, aspectos tão diversos e nem sempre facilmente conciliáveis, tais como a estrutura constitucional da ordem econômica e social, em seu conjunto, o sistema econômico abrangendo a estruturação e a regulamentação do direito de propriedade – em suas marchas e contramarchas, tais como ilustram as mudanças na Europa Central, desde 1989<sup>97</sup> –, bem como as restrições à liberdade de atuação econômica, notadamente em matéria de limitações ao exercício da autonomia da vontade das partes contratantes; trata-se, também, dos aspectos estruturais e internos do direito econômico, o direito tributário, o direito da concorrência, a regulamentação em matéria de controle de preços; trata-se, ainda, também, do direito do comércio exterior, com seus múltiplos avatares em matéria de restrições à importação ou à exportação, e em matéria de controle de divisas; trata-se, finalmente, também, da regulamentação das atividades das empresas estatais e sociedades de economia mista; em menor grau, aplica-se a mesma linha de raciocínio também à regulamentação do direito do trabalho, da proteção ao consumidor, do direito previdenciário; aplica-se, ainda, ao direito ambiental, às normas de proteção do patrimônio cultural; não se esqueça, tampouco, o direito da proteção ao consumidor. Ou seja, fica abrangida, nesta apresentação, ainda que esquemática, grande parte senão a quase totalidade do direito público, colocando os parâmetros de orientação da matéria.

<sup>97</sup> A respeito das nacionalizações F. Rigaux tem posição diversa da de U. Drobniç, excluindo expressamente desta rubrica a questão das nacionalizações, observando: "les effets extraterritoriaux des mesures d'expropriation ou de nationalisation ont été exclus [du présent article]: les problèmes suscitéés par l'application extraterritoriale du droit économique se distinguent radicalement des questions toutes différentes qui apparaissent dans la matière des nationalisations".

Esse crescente volume e relevância das normas de ordenamento político-econômico nos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais não é fenômeno passageiro nem isolado. Corresponde a mutação estrutural do Estado moderno – que não é preciso retomar aqui – influenciando direta e significativamente sobre a vida econômica e a estruturação das relações sociais de cada povo, levando a intervenções que, direta ou indiretamente, afetam também a regulamentação internacional das atividades econômicas, caracterizando fenômeno que tende antes a crescer e intensificar-se do que a diminuir, e a intensificar-se nas suas projeções extraterritoriais. Ora, aí se coloca o segundo dado da matéria: a aplicação extraterritorial dessas normas de conteúdo econômico, ou, melhor dizendo, a aplicação das normas estrangeiras de direito econômico. Tal aplicação pode ficar tipificada na incidência de exigências colocadas por uma norma estrangeira de conteúdo econômico sobre uma decisão negocial, caracterizando-a como a superação de requisitos de natureza jurídica, ainda que a norma estrangeira somente seja levada em conta como dado fático. Justamente há de se atentar para a inter-relação entre a norma de direito internacional privado e a norma de conteúdo econômico, na medida em que estas últimas vêm subverter a delimitação clássica do âmbito de aplicação das normas de direito civil, impondo à consideração o aspecto econômico. Colocada situação de conflito de normas, a determinação da lei aplicável – ou das leis aplicáveis – seria feita mediante utilização dos procedimentos e critérios estipulados pelo direito internacional privado. Nessa ordenação de interesses regulados pelo direito privado intervêm as normas de conteúdo político-econômico como normas de aplicação imediata ou de ordem pública.<sup>98</sup>

A incidência da norma de conteúdo econômico força a reformulação das relações de direito privado, em função de seu conteúdo

<sup>98</sup> U. Drobniç usa imagem eloqüente, descrevendo que as normas de conteúdo econômico caem como lobos sobre a harmonia das ovelhas do mundialmente fungível universo das normas de direito civil, sendo, por isso, correto "die ordnungspolitischen Vorschriften als 'Eingriffsnormen' zu bezeichnen" (*op. cit.*, p. 4).

de ordem pública. A questão que se coloca é justamente que na maioria dos ordenamentos somente se regula a hipótese de aplicação da norma de conteúdo econômico enquanto norma da *lex fori*. As três situações deverão ser distinguidas, segundo se trate de aplicação de norma de ordem pública integrante do ordenamento territorial, norma de ordem pública do ordenamento estrangeiro ao qual se vincula a relação contratual, ou norma de ordem pública de terceiro Estado.<sup>99</sup> A aplicação da norma de ordem pública do ordenamento territorial é tautologicamente imediata, em sua precedência sobre as relações de direito privado estipuladas pelas partes. Contudo, as normas de ordem pública do ordenamento territorial deverão ser aplicadas conforme suas próprias estipulações quanto ao âmbito de aplicação.

A mesma automaticidade já não se caracteriza no reconhecimento da necessidade da aplicação da norma de ordem pública do ordenamento estrangeiro ao qual se vincula a relação contratual, na medida em que suscita a questão da aplicação de norma estrangeira de ordem pública. Aí já se podem ouvir alegações em contrário a tal aplicação, como, por exemplo, o fato de tratar-se de direito público ou de norma de ordem pública de aplicação estritamente territorial no Estado de origem.

A respeito da questão da aplicação da norma de ordem pública do ordenamento estrangeiro ao qual se vincula a relação contratual, pode-se notar sensível redução das reservas mentais contra tais situações, levando, em muitos casos, a aplicações *cumulativas* das normas de ordem pública de diversos Estados. Altamente controversa é a terceira situação, consistente na aplicação de norma de ordem pública de terceiro Estado.<sup>100</sup>

<sup>99</sup> Na expressão de Drobnig, caberia fazer tripartição das normas em: Eingriffsnormen des Gerichtsstaates; Eingriffsnormen des Wirkungsstaats; e Eingriffsnormen einer dritten Rechtsordnung.

<sup>100</sup> Deve um tribunal alemão – ou, de modo semelhante, poder-se-ia estender a indagação, um tribunal brasileiro – observar restrições a exportação, oriundas dos Estados Unidos, em se tratando de contrato regido, por exemplo, pelo direito francês? A resposta afirmativa, segundo o mesmo U. Drobnig, suscita problemas: "Wer diese Frage bejaht, nimmt eine Sonderanknüpfung der

Ainda pode ser acrescida uma complicação adicional: existe alternativa para o debate a respeito da conveniência e extensão da aplicação de norma estrangeira de ordem pública. Em lugar de considerar tal norma estrangeira como dispositivo jurídico, pode ela ser considerada como dado fático. A existência de limitação ou proibição à exportação pode ser vista tanto como uma restrição de direito como de fato ao adimplemento das obrigações contratuais.

Fica, assim, colocado o problema em sua plena extensão, porquanto há que se atentar para o fato de ver de que modo serão consideradas, pelo ordenamento local, as normas estrangeiras de ordem pública: se como direito, se como mandamento de ordem moral e de bons costumes, ou como simples dado fático. O dado mais característico e marcante desse segmento seria, justamente, a conjugação desses dois fenômenos, apontados por Ulrich Drobnig,<sup>101</sup> a saber, de um lado, a desigualdade de peso entre as normas internas e externas de direito econômico e, de outro lado, a possibilidade de aplicação cumulativa de normas integrantes do ordenamento político-econômico de diversos Estados.

##### *5. Necessidade de regulamentação econômica em mercado comum: os artigos 85 e 86 do Tratado de Roma e a estrutura atual do Mercosul*

Pode-se considerar o ordenamento comunitário, como o *fruto de amores entre sonho*

amerikanischen Eingriffsnorm vor, weil er ihre Anwendung von anderen Voraussetzungen abhängig macht als die Anwendung des französischen Rechts auf den Vertrag im übrigen. Vorausgesetzt ist zunächst wieder, dass das amerikanische Exportverbot nach seinem räumlichen Anwendungswillen den Liefervertrag überhaupt erfassen will. Aber wenn die Vereinigten Staaten dies wollten: Dürfen und sollen wir einen solchen Anwendungswillen unter allen Umständen honorieren? Kommt es dafür vielleicht auf die Einstellung des französischen Vertragsstaats an? Oder allein auf diejenige der deutschen *lex fori*? Oder vielleicht beider? Hat hier auch das Völkerrecht ein Wort mitzusprechen? Dieselben Fragen stellen sich, wenn das Bestimmungsland der Waren deren Einfuhr beschränkt. Export- und Importverbote sind also eventuell 'kumulativ' zu beachten."

<sup>101</sup> U. Drobnig (*op. cit.*, pp. 6/7).

político e vontade econômica,<sup>102</sup> embora resultante, ao menos inicialmente, de convenções internacionais; constitui, em essência, expressão de direito regulador de sistema internacional, de natureza econômica, e de caráter regional. Embora teoricamente sustentável, tal formulação colide frontalmente com a vida e o funcionamento das Comunidades e de suas instituições, na prática. Esse sistema experimental, o direito comunitário, vai além das relações interestatais de coordenação, reguladas pelo direito internacional clássico, que, como visto, se mostrou insuficiente para assegurar base útil de sustentação para os complexos problemas enfrentados pelo ordenamento comunitário, constituindo a *ordem jurídica interna de comunidade de povos*, cuja finalidade seria a construção de federação européia, e o caminho, para alcançar tal fim, seria a construção de solidariedade econômica.

A experiência mostrou ser a construção de mercado comum esforço progressivo, passando, inicialmente, pela construção de união econômica, como inicialmente também foi o Mercado Comum Europeu, antes de encetar patamares de união econômica e monetária e possível união política (da qual se vêem atualmente prenúncios, tais como a criação de Banco Central Europeu, com moeda única, o ECU,<sup>103</sup> ou mesmo a constituição de forças armadas centralizadas, de caráter supranacional). Ou seja, visando aumentar a coesão entre as economias nacionais, integrantes desse mercado comum, estabelece-se regime unificado de circulação intracomunitária de pessoas, bens, serviços e capitais, enquanto se unificam tarifas e posições, em relação ao exterior. Obtida a construção do mercado comum, através do binômio liberdade de circulação interna e restrição no dado externo, alfandegário cabe

assegurar que o funcionamento desse mercado unificado não seja falseado por distorções internas.<sup>104</sup>

Visando implementar essa Comunidade, os países-membros, em primeiro lugar, trataram de criar e fazer funcionar essa unidade econômica. A tal ponto que *o meio*, ressalta J. Mota de Campos, "parece tornar-se fim, em si mesmo",<sup>105</sup> considerando-se que a grande maioria das normas emanadas dos órgãos comunitários se reveste de caráter regulatório das atividades econômicas, no interior da Comunidade.

O direito comunitário europeu é direito essencialmente econômico, de inspiração liberal, dotado de conteúdo específico, revestido de caráter supranacional, baseado no reconhecimento da eficácia da economia de mercado e na primazia desse sistema na Europa Ocidental. Esses artigos de fé econômica tornaram-se artigos inseridos nos Tratados de Paris e de Roma, marcando indelevelmente o direito comunitário como direito econômico, tanto por sua essência, bem como pela natureza e direcionamento de sua regulamentação.

As últimas décadas<sup>106</sup> mostram o aparecimento e desenvolvimento na Europa de tríade de elementos: consistente na (a) estruturação de economias pós-industriais complexas, acompanhadas de mutações essenciais, tanto sociais quanto econômicas; (b) construção de ordenamento jurídico novo, de caráter supranacional, o direito comunitário; e (c) descoberta e desenvolvimento do direito econômico, como disciplina jurídica autônoma; inegavelmente ocorrendo certo grau de concomitância entre os dois fenômenos, sendo o direito comunitário, por excelência, o primeiro ordenamento jurídico econômico liberal.

Do ponto de vista da economia liberal, o direito comunitário tem caráter paradigmático

102 Claude Champaud, "L'apport du droit communautaire au droit économique" (C.D.E., 6.1970, n.º 5, pp. 557/567).

103 O ECU, ou Unidade Monetária Européia, é fenômeno sobremodo interessante, sem paralelo na história, com múltiplos desdobramentos e implicações jurídicas, políticas, econômicas e sociais. A respeito, publicação recente e bastante completa, referiria, de Christopher Jones (ed.), *ECU: the currency of Europe* (Londres, Euro-money Publ. Plc, 1991).

104 Nesse sentido, P. B. Casella, "Direito comunitário, direito internacional público, regulamentação do GATT e direito internacional privado" (S. Paulo, 1993, no prelo; esp. parte II).

105 A respeito v. J. Mota de Campos, *Direito comunitário* (Lisboa, Fund. C. Gulbenkian, 2.ª ed., 1988, vol. I, pp. 466 ss.).

106 Conforme se tome como ponto de partida 1957 ou 1951.

co: nunca antes se ensaiara, de modo tão abrangente, completo e sistemático, a proteção da liberdade econômica pela regulamentação precisa e detalhada da atuação dos agentes econômicos. O direito comunitário evidencia a necessidade e segurança da coexistência entre o livre funcionamento dos mercados e a regulamentação que substitui a licenciosidade anárquica dos agentes econômicos – problema dos mais pungentes neste nosso Brasil de hoje, onde proliferam e se solidificam os interesses de grupos em detrimento do interesse social mais amplo, desafiando os poderes constituídos, representando variegados e problemáticos poderes setoriais *de fato*, impávidos diante das exigências e mecanismos *de direito*, potencialmente agravados por profundo e grave problema social.<sup>107</sup> Justamente teríamos, com nossos modelos em crise, muito a aprender com essas democracias liberais, onde a regulamentação econômica não fica necessariamente manchada com a pecha de dirigismo.

O direito comunitário encerra múltiplas lições, dentre as quais poderíamos destacar os efeitos benéficos de estrita regulamentação dos mercados, assegurando a competitividade, com progressos técnicos sendo repassados ao público com velocidade sempre maior e custo sempre menor, a estabilidade institucional, desde a confiabilidade de preços e razoabilidade das expectativas de lucro, bem como, em espectro mais amplo, os efeitos que vão dos aspectos sociais aos macroeconômicos. Conceitualmente, tão inovador quanto seu caráter supranacional, ou a daí decorrente revisão do conceito de soberania, o direito comunitário acresce a isso a importância do direito penal e do direito público. A contribuição do direito comunitário ao direito econômico poderia ser situada em plano tríplice, onde não fica limitado ao (a) plano da natureza e dos fins; mas também (b) a construção comunitária permitiu concomitantemente delimitar o âmbito de aplicação do direito econômico em economia liberal, além de (c) ter, também, se revelado extremamente fecundo no plano das téc-

nicas próprias do direito econômico, elaboradas ou aperfeiçoadas pelos órgãos comunitários, na implementação dos dispositivos contidos nos Tratados.

Todos esses aspectos ilustram a indispensável necessidade de regulamentação econômica no interior de mercado comum, referindo, ainda que somente a título exemplificativo, a importância de regulamentar o funcionamento da economia; em mercado comum, *especificamente em matéria de concorrência*, poderiam ser lembradas centenas de casos julgados a cada ano neste campo específico,<sup>108</sup> servindo para ilustrar o dinamismo e a vital importância de efetiva regulamentação e vigilante manutenção da observância ao livre funcionamento dos mercados, neste que foi, historicamente, um dos campos de maior relevância da atuação do direito comunitário.<sup>109</sup>

Passando, agora a exame – infelizmente apenas perfunctório<sup>110</sup> – do conteúdo dos artigos 85 e 86 do Tratado de Roma, essa inspiração liberal, baseada no dinamismo das forças do mercado (a que já se referia o Tratado CEE, no seu artigo 3, letra f), constitui mercado de livre concorrência, contendo os artigos 85 e 86 (bem como, subsidiariamente, os artigos 88 a 94, embora sem referência direta, hoje) conjunto de regras que visam organizar e disciplinar a concorrência no espaço comunitário.

São declarados como sendo incompatíveis e proibidos, além de nulos no Mercado Comum (art. 85, 1 e 2, CEE), todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações e todas as práticas concentradas suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objeto ou efeito impedir, restringir ou falsear o funcio-

108 A respeito v. alguns casos referidos em meu "O direito da concorrência na CEE e no Mercosul" (art. cit., *Atualidades Jurídicas*, n.º XXXIII, junho 1992).

109 Muito embora com fundado receio de que a apresentação demasiadamente esquemática não possa fazer justiça aos múltiplos e complexos desdobramentos do tema.

110 À guisa de exemplo da extensão da matéria e da complexa multiplicidade e crescente sofisticação de seus desdobramentos, referiria os ca. 30 volumes de minha biblioteca exclusivamente dedicados à matéria na C.E.

107 Se o problema social ficou sem resposta, o problema policial se faz presente, de modo mais e mais agudo.

(continua)

namento da concorrência no mercado comum, sendo tais acordos exemplificativamente enumerados, como sendo aqueles que: fixem, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação; limitem ou controlem a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; comportem repartição de mercados ou de fontes de abastecimento; apliquem, a parceiros comerciais, condições desiguais, no caso de prestações equivalentes, colocando-os, assim, em desvantagem na concorrência; subordinem a celebração de contratos à aceitação, por parte dos contratantes, de prestações suplementares que, de acordo com sua natureza, ou em conformidade com usos comerciais, não tem ligação com o objeto de tais contratos.

Em alguns casos, em razão de dispositivo expresso (art. 85.3, CEE), podem tais dispositivos ser declarados inaplicáveis, em se tratando de acordos, decisões ou práticas concertadas que, não obstante sua natureza restritiva, contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos, ou para promover o progresso técnico ou econômico, não impondo às empresas restrições que não sejam indispensáveis à consecução de tais objetivos.

Prossegue o Tratado abrangendo (art. 86) o abuso de posição dominante, também declarado como sendo "incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum, ou numa parte substancial deste", passando à enumeração destas, em perfeita simetria com as práticas atingidas pelo dispositivo prece-

dente. Sem adentrar os multifacetados meandros da jurisprudência comunitária, pode-se depreender, em generalização muito ampla, que, no entendimento do TJCE, detém uma determinada sociedade posição dominante quando dispõe de situação econômica apta a ensejar-lhe a frustração da manutenção da efetividade da concorrência, comportando-se em detrimento de seus concorrentes, de seus clientes e dos consumidores em geral.

Tais disposições do Tratado CEE deveriam ser complementadas com o exame dos artigos relativos às proibições dos subsídios governamentais e do *dumping*, mas estes serão deliberadamente deixados de lado, em vista da impossibilidade material de abranger a plenitude da matéria. Temos ainda, a contragosto, de renunciar à possibilidade de abordar maciçamente os desdobramentos quer da regulamentação, quer da jurisprudência, ou da doutrina, visto contarem-se às centenas, tentando manter esta análise em enfoque estrita e limitadamente conceitual.

Mesmo este enfoque estocástico servirá para evidenciar as inexplicáveis lacunas da atual estrutura colocada pelo Tratado preliminar do Mercosul, uma vez tendo examinado as transformações jurídico-conceituais ocorridas na CEE, o âmbito territorial de aplicação do direito econômico em geral e do direito da concorrência em particular, bem como a necessidade de regulamentação econômica em mercado comum à luz dos artigos 85 e 86 do Tratado de Roma, caberia, agora, visualizar a atual estrutura do Mercosul e sua adequação à consecução de seus fins, antes de encerrar com algumas perplexidades e perspectivas.

O Tratado preliminar do Mercosul, assinado, como dito, em Assunção, em 26 de março de 1991, foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n.º 350, de 21 de novembro de 1991, "em vigor internacional e para o Brasil em 29 de novembro de 1991", determinando o Decreto seja o Tratado *executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém*, em vista da efetivação do *Mercado Comum do Sul* (Mercosul), até 31 de dezembro de 1994 (art. 1.º), fundado na reciprocidade de direitos e obri-

(continuação da nota 110)

Outro exemplo eloqüente, no Tratado de Hans Smit & Peter Herzog, *The Law of the European Economic Communities* (cit., vol. II, Part III) somente as indicações bibliográficas introdutórias a respeito da matéria de concorrência abrangem 25 páginas (vol. e parte cit., pp. 3-36 a 3-59), enquanto as relativas ao art. 85 do Tratado CEE se estendem por outras 58 páginas (pp. 3-74 a 3-131), às quais devem, ainda, ser acrescidas as outras sete páginas relativas ao art. 86 (pp. 3-237 a 3-243).

gações (art. 2.º), com *período de transição* (art. 3.º), estendendo-se até a data de efetivação (estipulada no art. 1.º). Já nos *considerada* (segundo parágrafo) ocorre menção à *coordenação de políticas macroeconômicas*, sem esquecer (no parágrafo seguinte) a tendência à "evolução dos acontecimentos internacionais, em especial a consolidação de grandes espaços econômicos, e a importância de lograr adequada inserção internacional para seus países". Normas de atuação econômica estão contidas, logo a seguir (no artigo quarto), prevendo que *nas relações com terceiros países, os Estados-Partes assegurarão condições equitativas de comércio*, estipulando que "para tal fim, aplicarão suas legislações nacionais, para *inibir importações cujos preços estejam influenciados por subsídios, dumping ou qualquer outra prática desleal*", enquanto isso, internamente, "paralelamente, os Estados-Partes coordenarão suas respectivas políticas nacionais com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial". Ou seja, na construção do mercado comum, pretender-se-ia passar, normalmente, pela etapa preliminar da união aduaneira, a qual combina a instituição de tarifa externa comum com a eliminação, ou, ao menos, a redução substancial das tarifas internas, entre *Estados-Partes*, antes de prosseguir rumo a mercado comum? Se examinarmos o dispositivo (art. 5.º, Mercosul), estipulando *reduções tarifárias progressivas, lineares e automáticas*, fazendo-se estas concomitantemente à *eliminação de restrições não-tarifárias, ou medidas de efeito equivalente*, fica patente, desta forma, tencionar-se alcançar o marco de 31 de dezembro de 1994 como data de encerramento do *período de transição*, devendo "chegar a 31 de dezembro de 1994 com tarifa zero, sem barreiras não-tarifárias sobre a totalidade do universo tarifário".

O marco de 31 de dezembro de 1994, além do assim chamado *efeito dilúvio* pretendido, não deixando tempo para tergiversações, representaria, assim, não a efetivação do mercado unificado intracomunitário – como faz supor o que vem sendo anunciado –, mas tão-somente o fim do período de transição, durante o qual os *Estados-Partes* ajus-

tarão progressivamente – de modo *progressivo, linear e automático* – suas respectivas tarifas internas, em relação aos demais, enquanto se efetivaria a negociação e celebração do *Tratado definitivo*. Este é o passo inicial de *união alfandegária* (art. 5.º, letra a c/c letra c), referente à *tarifa externa comum*, que deverá, ainda, incentivar a *competitividade dos Estados-Partes*.

A *coordenação de políticas macroeconômicas* (art. 5.º, letra b) é o passo seguinte, porquanto é inviável construir *mercado comum* sem mínimo de coordenação econômica entre os seus integrantes, também expresso no propósito de *adoção de acordos setoriais, com o fim de otimizar a utilização e mobilização dos fatores de produção e alcançar escalas operativas eficientes* (art. 5.º, d), sob pena de inviabilizar os esforços rumo à união alfandegária, conforme considerações supra.

Contudo, a unificação tarifária alfandegária e a aproximação de políticas macroeconômicas são muito pouco, e não são de molde a nos guiar, juntamente com os parceiros do Cone Sul, a verdadeira integração: parece antes reedição de planos anteriores, de constituição de zonas de livre-comércio, com muitas lacunas.

## 6. Conclusão: necessidades e perspectivas

Ora, mesmo querendo crer na sinceridade das intenções, a mera *aproximação das respectivas políticas nacionais com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial* (Mercosul, art. 4.º) representa substancialmente menos do que a uniformização e o nível de detalhamento das normas sobre concorrência contidas no Tratado CEE (arts. 85 a 94).

Deverá ser necessariamente regulada no futuro a configuração final da expressão bastante vaga de *coordenação de políticas macroeconômicas*, de modo a abranger, de forma unificada e estável, o conteúdo do *direito da concorrência* na CE. O *direito da concorrência*, justamente, foi aspecto crucial da estruturação comunitária européia, por todas as suas implicações e desdobramentos, na vida econômica dos Doze.

A regulamentação abstrata e perfunctória inscrita no Tratado Mercosul pare-

ce-me absolutamente insuficiente para os fins a que se destina. O Tratado definitivo deverá detalhar tanto seu conteúdo quanto seus mecanismos de aplicação. Parâmetros precedentes existem. Sem pretender transposições diretas, que seriam, ademais, inviáveis, em vista da diversidade de contextos, resta saber se se quer seguir escola de casos que funcionaram, ou se pretende mero projeto grandiloqüente, destituído de alcance prático, que nos situasse, juntamente com os vizinhos, em contexto supranacional, de *bloco econômico* regional, interlocutor perante outros blocos, de maior ou menor extensão e relevância.

Por esse motivo pareceu-me cabível lembrar, no início, a parábola do sermão sobre a mentira: guardadas as proporções, a regulamentação macroeconômica tem, no Tratado de Assunção, formulação que não vai além de princípios vagos e de difícil implementação prática. Resta saber se, no momento atual, em que se terá de dar *estrutura institucional definitiva* aos órgãos de administração do Mercosul, saber-se-á dar o detalhamento necessário ao efetivo funcionamento.

Tal detalhamento não poderá absolutamente negligenciar, dentre outros aspectos, dois que destacaria, e que foram, ainda que

aproximativamente, aqui abordados: de um lado, a indispensável necessidade de Tribunal institucional de caráter supranacional, ao qual tenham acesso não somente os Estados-Membros, mas também pessoas físicas e pessoas jurídicas de direito privado interno, e que regule de forma direta e automaticamente aplicável a todo o conjunto do mercado intracomunitário, indo muito além do mero mecanismo interestatal de solução de controvérsias, por meio de arbitragem, sobretudo em se tratando de Países que notória e historicamente não têm tradição de arbitragem comercial internacional e, de outro lado, a relevância do papel do direito de proteção da concorrência e repressão aos abusos do poder econômico, sob pena de comprometer irremediavelmente o funcionamento das estruturas e a atuação dos agentes econômicos no mercado interno, também aqui, muito além da mera coordenação de políticas macroeconômicas.

Como já disse, e repito, tenho algumas dúvidas, ainda que sem renunciar totalmente à nota final de esperança e expectativa, pelas vantagens que poderiam resultar de empreitada semelhante, fosse esta primeiramente bem equipada, e subsequente bem conduzida.

# Poder de polícia ambiental na América Latina e inovações na jurisprudência

PAULO AFFONSO LEME MACHADO

## S U M Á R I O

I. Poder de polícia ambiental na América Latina. 1. Conceito de poder de polícia. 2. Sanções administrativas. 3. Inspeção, vigilância, monitoramento e auditoria como expressões do poder de polícia ambiental. 4. O financiamento e a isenção fiscal como meios de exercício do poder de polícia. 5. Administração pública independente e participação das organizações não-governamentais.

II. Inovações na jurisprudência ambiental. 1. Implementação das Constituições. 2. Intervenção cautelar ou de urgência do Judiciário. 3. Obrigação de fazer: discricionariedade e controle judicial. 4. Reparação do dano ambiental. 5. Direito de propriedade e obrigações ambientais. 6. Conclusões. 7. Bibliografia.

### *I. Poder de polícia ambiental na América Latina*

#### *1. Conceito de poder de polícia*

"El ejercicio del poder de policía debe ser reglado, para definir: el alcance de las facultades de los funcionarios responsables de ejercerlo, los límites de los derechos individuales que éstos no pueden ultrapasarse y los procedimientos para la garantía, tanto de tales derechos, como del interés público. Ello puede y debe hacerse globalmente, para todos los recursos naturales y elementos ambientales, terminándose con la legislación separada para cada una de las especies de éstos."<sup>1</sup>

"Poder de polícia ambiental é a atividade da administração pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou

Paulo Affonso Leme Machado é professor na Universidade Estadual Paulista, Rio Claro, SP; Presidente da Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente; Vice-Presidente do Centre International de Droit Comparé de l'Environnement, Limoges, França; Prêmio Direito Ambiental; Elizabeth Haub, 1985.

*Curso ministrado no Centro Latinoamericano de Capacitación e Investigación en Desarrollo Sostenible. - patrocínio da Fundación Ambiente y Recursos Naturales, da Argentina, e da Asociación de Derecho Ambiental de España, com apoio da CEE, em Buenos Aires, 1993.*

a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização, permissão ou licença do poder público de cujas ações possam decorrer poluição ou a agressão da natureza".<sup>2</sup>

A atividade do poder de polícia não é dirigida somente contra os particulares. O poder público pode e deve fiscalizar-se e sancionar-se, no sentido de que a administração pública pode autorizar ou licenciar obras e/ou atividades que serão exercidas por organismos públicos (como, por exemplo, hidrelétricas ou centrais nucleares), como impor-lhes sanções.

Não iremos tratar neste trabalho da parte referente à outorga de autorizações, concessões, licenças e permissões.

## 2. Sanções administrativas

### Conceito

Existem países em que estas sanções caracterizam-se por descumprir normas da administração pública e pela imposição de penalidades pela própria administração. Em outros países, a infringência das normas administrativas somente poderá ser punida pelos tribunais.

"No deben confundirse las sanciones penales propiamente dichas con las sanciones impuestas por los tribunales con motivo de las infracciones del ordenamiento ambiental cuando las autoridades administrativas carecen de potestad para imponer este tipo de represión, si bien, como ya observamos, se aprecia en este campo una cierta aproximación entre sistemas políticos distintos en cuanto a su versión de la distribución de poderes, surgiendo agencias administrativas con facultades cuasi judiciales que van a ejercer prerrogativas de carácter sancionador, normalmente atribuidas en ciertos regímenes a los tribunales".<sup>3</sup>

### Tipologia

Incluem-se entre as sanções administrativas: apreensão, apresamento de embarcação, caducidade de autorização de pesquisa, caducidade da concessão de lavra, cancelamento de registro, cassação de matrícula, demolição de obra, embargo, interdição temporária, interdição definitiva, multa.

### Obrigatoriedade e/ou faculdade do procedimento sancionatório

As administrações públicas têm utilizado o poder sancionador como fazendo parte da discricionariedade administrativa. Entretanto, recentes legislações estão transformando essa conduta, uma vez que se está aceitando a idéia da sanção como um "dever legal" diante da constatação de uma infração.

A Lei n.º 1.333, de 27 de abril de 1992, da Bolívia, estabelece:

"Las contravenciones a los preceptos de esta ley y las disposiciones que de ella deriven *serán* consideradas como infracciones administrativas, cuando ellas no configuren un delito. Estas violaciones *serán* sancionadas por la autoridad administrativa competente y de conformidad con el reglamento correspondiente" (Artículo 99).

No Brasil, a Constituição Federal diz:

"As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente *sujeitarão* os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados" (Artigo 225, § 3.º).

A Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente), já dizia:

"Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não-cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental *sujeitará* os transgressores ..."

Tenho acentuado que: "constatada a infração e conhecido o seu autor ou autores, a administração não poderá deixar de aplicar uma pena. Acentue-se a dicotomia das fases de punição: a aplicação da pena e a escolha da pena. A aplicação da pena não fica ao alvedrio do administrador, pois a lei é indubitosa ao utilizar a expressão *sujeitará*, que evidentemente difere de *poderá sujeitar*. Provada a materialidade e a autoria da infração, a impunidade virá a caracterizar um crime de prevaricação do administrador ambiental (art. 319 do Código Penal), desde que esse administrador tenha deixado de praticar seu ato de ofício, atendendo a interesse ou sentimento pessoal (amizade, preguiça etc.). A outra fase da punição é a escolha do tipo de punição. Essa segunda fase é discricionária, cabendo ao administrador decidir qual aplicará".<sup>4</sup>

A Constituição da Colômbia de 1991 diz em seu art. 80, parágrafo segundo, que o Estado "*deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los danos causados*".

A Lei de 1.º de março de 1988, do México, diz:

"Las violaciones a los preceptos de esta Ley, sus reglamentos y disposiciones que de ella emanen, constituyen infracciones y *serán* sancionadas administrativamente ..." (Artículo 171).

O Decreto Legislativo n.º 611, de 7 de setembro de 1990, do Peru, determina:

"La violación de las normas que contiene este Código y las disposiciones que emanen de él constituyen infracciones administrativas y *serán* sancionadas por la autoridad competente, con arreglo en este capítulo" (Artículo 113).

#### *Multas administrativas e multas judiciais*

A multa administrativa consta da maioria dos países latino-americanos. A Argentina, em sua legislação sobre rejeitos perigosos (Lei Nacional n.º 24.051, de 8-1-92), previu multa, em seu equivalente em dólares, de

US\$ 1.000 a US\$ 5.000 (no caso de reincidência, a multa poderá alcançar cinco vezes US\$5.000).<sup>5</sup>

No Brasil, as multas serão atualizadas pelo índice da taxa referencial de juros (Lei n.º 8.177, de 1.º-3-91) considerando-se os antigos valores constantes das Leis n.º 6.902/81 e n.º 6.938/81.

No Peru, a multa não será "menor à média unidade impositiva tributária até 200 unidades impositivas tributárias vigentes na data em que se faça o pagamento" (Decreto Legislativo n.º 611/90, que promulgou o Código do Meio Ambiente). Oportuno salientar que para o tipo de punição previsto para a introdução de rejeitos perigosos ou tóxicos: "la multa no será inferior al monto total de la transacción" (art. 114, a).

As multas administrativas e judiciais têm um substrato monetário.

Lamentavelmente, a maioria das legislações nacionais não prevê a destinação do montante das multas para um fundo ambiental, sendo os depósitos efetuados em conta do Tesouro público.

Na Bolívia, "el resarcimiento al Estado ingresará al Fondo Nacional para el Medio Ambiente y se destinará preferencialmente a la restauración del medio ambiente danado por los hechos que dieron lugar a la acción civil" (Lei n.º 1.333/1992, artículo 102).

No Brasil, com a Lei da Ação Civil Pública (n.º 7.347/85), as multas judiciais são cominadas para induzir ao cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer e são depositadas em um fundo. Esse fundo destina-se à recuperação dos bens ambientais lesados pela atividade do imputado objeto da ação judicial.

Na Venezuela, a Lei Penal do Ambiente, de 1992, prevê a obrigação de restituir, de reparar o dano ou de indenizar os prejuízos ambientais como elemento da ordem pública. As quantias recebidas no procedimento de execução deverão ingressar no "serviço autônomo" do Ministério do Ambiente e Recursos Naturais Renováveis e serão destinadas à reparação e correção dos referidos danos.

### *Prisão administrativa*

A legislação mexicana prevê a possibilidade de ser imposto "arresto administrativo hasta por 36 horas" (artículo 171, III).

"El artículo 21 de la Constitución Política establece que *la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial* y agrega que *compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa y arrestos hasta por 36 horas...*"<sup>6</sup>

### *A obrigação de reparar o dano ambiental e as sanções administrativas*

No Brasil, a aplicação das penalidades administrativas não exime o infrator da obrigação de recuperar o meio ambiente degradado. Entretanto, as penalidades administrativas – especificamente a sanção pecuniária – podem ser diminuídas até 90% de seu total, quando o infrator entrar em acordo com a administração para cessar e corrigir a degradação ambiental (art. 42 do Decreto n.º 99.274/1990). Para a validade desse acordo no plano federal, é preciso a sua homologação pelo CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente (art. 8.º da Lei n.º 6.938/81).

No Peru, consta a medida compensatória no rol das sanções administrativas. Diz a alínea e do art. 114: "imposición de obligaciones compensatorias relacionadas con el desarrollo ambiental de la zona, teniendo en cuenta los planes nacionales, regionales y locales sobre la materia, a fin de dar cumplimiento a las normas de control ambiental, que señale la autoridad competente" (Decreto Legislativo n.º 611/90). Entretanto, a responsabilidade administrativa é independente da responsabilidade civil e penal (art. 117 do referido decreto legislativo).

### *3. Inspeção, vigilância, monitoramento e auditoria como expressões do poder de polícia ambiental*

#### *Inspeção e vigilância*

As legislações ambientais têm introduzido o direito do poder público de adentrar os

estabelecimentos privados para inspecionar e vigiar as atividades desenvolvidas, inclusive procurando elementos que caracterizem o descumprimento das normas de proteção ambiental – Bolívia (art. 95 da Lei n.º 1.333/92), Brasil (art. 21, § 3.º, do Decreto n.º 99.274/90) e México (arts. 161 – 169 da Lei de 1.º-3-88).

Analisando-se a implementação da vigilância ambiental, nota-se que esta se faz raramente ou não obedece a um programa obrigatório ou vinculado de acompanhamento das atividades dos poluidores e dos que explorem os recursos naturais.

#### *Monitoramento e direito à informação*

O monitoramento – a ser exercido pelo poder público – e o automonitoramento – a ser realizado pelos que exercem as atividades autorizadas – prespõem a instalação de aparelhos que possam registrar as emissões poluentes ou a alteração da qualidade do ambiente. O uso do monitoramento, através dos satélites espaciais, facilitou esse tipo de controle.

O termo inglês *monitor* pode ser conceituado como "any device used to record or control a process", e "Monitoring, toring, tors": "to scrutinize or check systematically with a view to collecting certain specified categories of data".<sup>7</sup>

Interessante mencionar dois documentos internacionais – a Convenção sobre o Direito do Mar e a Carta Mundial da Natureza, ambos de 1982. A Convenção sobre o Direito do Mar prescreve que os Estados "fiscalizem constantemente os efeitos de todas as atividades que autorizem ou aquelas a que eles se dediquem, com o fim de determinar se essas atividades têm risco de poluir o meio marinho" (art. 204, 2). A Carta Mundial da Natureza, votada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, no n.º 19 diz:

"El estado de los procesos naturales, los ecosistemas y las especies se seguirá de muy cerca, a fin de que se pueda descubrir lo antes posible cualquier deterioro o amenaza, tomar medidas oportunas y facilitar la evaluación de las políticas y técnicas de conservación."

No Brasil, as Constituições dos Estados de São Paulo (art. 193, V) e do Rio de Janeiro (art. 258, § 3.º) prevêem o monitoramento ou *monitoragem*.

A aplicação do princípio poluidor-pagador deve conduzir a que os agentes da atividade econômica paguem os custos do monitoramento ambiental público ou que se lhes exija o automonitoramento.

A atividade de monitoramento – diferentemente da auditoria – não merece ser coberta pelos segredos industrial/comercial. A sua eficácia será fruto não só da seriedade de seus dados, como também do conhecimento – veraz, tempestivo e sistemático – que for transmitido ao público interessado.

#### *Auditoria ambiental*

##### *Auditoria ambiental pública*

No Brasil, o termo consta da Constituição do Estado do Rio de Janeiro (art. 258, § 1.º: para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público: XI – "determinar a realização periódica, preferencialmente por instituições científicas e sem fins lucrativos, de auditorias nos sistemas de controle de poluição e prevenção de riscos de acidentes das instalações e atividades de significativo potencial poluidor, incluindo a avaliação detalhada dos efeitos de sua operação sobre a qualidade física, química e biológica dos recursos ambientais").

A Constituição do Estado de São Paulo determina, no art. 193, IV: "realizar periodicamente auditorias nos sistemas de controle de poluição e de atividades potencialmente poluidoras". O inciso V do mesmo art. 193 acrescenta: "informar a população sobre os níveis de poluição, a qualidade do meio ambiente, as situações de risco de acidentes, a presença de substâncias potencialmente nocivas à saúde, na água potável e nos alimentos, bem como os resultados das monitoragens e auditorias a que se refere o inciso IV deste artigo".

No Estado do Rio de Janeiro, a Lei n.º 1.898, de 24 de novembro de 1991<sup>8</sup>, dispôs sobre a realização de auditorias ambientais. Denomina auditorias ambientais os estudos destinados a determinar: "I – os níveis efetivos ou potenciais de poluição ou de degrada-

ção ambiental provocados por atividades de pessoas físicas ou jurídicas; II – as condições de operação e de manutenção dos equipamentos e sistemas de controle da poluição; III – as medidas para serem tomadas para restaurar o meio ambiente e proteger a saúde humana; IV – a capacidade dos responsáveis pela operação e manutenção dos sistemas, rotinas, instalações e equipamentos de proteção do meio ambiente e da saúde dos trabalhadores". (art. 1.º)

Assim, as auditorias ambientais no Estado do Rio de Janeiro devem medir a poluição e/ou degradação ambiental, estudar e propor medidas para restaurar o ambiente, verificar as condições de operação e manutenção dos equipamentos de controle da poluição como, também, constatar ou investigar a capacidade das pessoas que operam e mantêm esses equipamentos. Há auditorias facultativas – que ficam à discricção da administração pública – e auditorias obrigatórias. Devem realizar auditorias ambientais anuais as refinarias, as empresas que operem oleodutos e terminais de petróleo e seus derivados, as instalações portuárias, as instalações destinadas à estocagem de substâncias tóxicas e perigosas, as instalações de processamento e de disposição final de resíduos tóxicos ou perigosos, as unidades de geração de energia elétrica a partir de fontes térmicas e radioativas. As auditorias podem ser realizadas por pessoas propostas pelas empresas auditadas ou, se a administração pública entender conveniente, por pessoas independentes. Entretanto as auditorias serão sempre às expensas das empresas auditadas. Nas auditorias periódicas prevê-se consulta à população afetada. A não-realização da auditoria ambiental obrigatória deverá ensejar a propositura de ação civil pública, sendo que o juiz cominará multas à administração pública omissa visando o cumprimento da obrigação de fazer (Lei n.º 7.347/85). A ação popular é remédio processual adequado para anular a auditoria irregular lesiva ao meio ambiente (art. 5.º LXXIII, da Constituição Federal).

No México, o Regulamento Interior da Secretaría de Desarrollo Social (publicado no *Diario Oficial de la Federación*, de 4 de junho de 1992) criou a *Procuraduría Fede-*

ral de Protección al Ambiente como órgão administrativo desconcentrado, com plena autonomia técnica e operativa. A mencionada *Secretaría de Desarrollo Social* editou el *acuerdo que regula la organización y funcionamiento interno del Instituto Nacional de Ecología y de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente de 17-7-1992* publicado no *Diario Oficial de la Federación*. Dentro das Unidades Administrativas da Procuraduría Ambiental foi criada a *Subprocuraduría de Auditoría Ambiental*.

Instituiu-se também a *Unidad de Planeación de Auditorías Ambientales* e a *Unidad de Operación*. A unidade de Operação tem atribuição para realizar "Auditoría y peritajes ambientales de jurisdicción federal a las empresas o entidades públicas y privadas, respecto de los sistemas de explotación, almacenamiento, transporte, producción, transformación, comercialización, uso y disposición de desechos, compuestos o actividades que, por su naturaleza, constituyan un riesgo potencial para el ambiente, verificando los sistemas y dispositivos necesarios para el cumplimiento de la normatividad ambiental, así como las medidas y capacidad de las empresas o entidades para prevenir y actuar en caso de contingencias y emergencias ambientales" (art.25, I). No mesmo artigo, diz o inciso II: "Emitir las recomendaciones o resoluciones que resulten de las auditorías y peritajes ambientales que practique"; e III: "Determinar, como resultado de las auditorías ambientales, las medidas preventivas y correctivas, acciones, estudios, proyectos, obras, procedimientos y programas que deberá realizar la empresa u organismo auditado, así como los plazos para su cumplimiento, las infracciones a las disposiciones jurídicas aplicables y las sanciones correspondientes en cada caso". A aplicação das sanções administrativas é competência da *Unidad de Verificación* (art. 27, III).

"La función de la Subprocuraduría de Auditoría Ambiental es justamente acudir a las empresas a dictaminar se su actividad puede causar o no danos ambientales. Claro, después de esa primera función de la auditoría ambiental, vendría otra función que está un poco más adelante, y que es justamente la si-

guiente: inspeccionar, en coordinación con las autoridades federales, estatales y municipales, el cumplimiento y aplicación de la normatividad en materia de protección y defensa del ambiente. Si la empresa es auditada primeramente, se le hacen recomendaciones, y no cumple, no pasa nada, pero quizás al día siguiente llega la otra Subprocuraduría que es de la verificación normativa y ya no le hacen una auditoría, sino que le hacen una verificación, y si encuentra que su actividad está fuera de lo que marca la norma ecológica entonces le impone sanciones".<sup>9</sup>

#### *Auditoria ambiental privada*

As legislações não se definiram sobre esse tipo de auditoria. Contudo, no plano do debate da política ambiental e de suas estratégias, aponta-se a conveniência de instituir-se essa auditoria. Diferentemente do sistema, mencionado no México, o auditor privado ambiental dará uma consultoria ambiental ao empresário, identificando problemas ambientais e dando soluções. Contudo, essa auditoria será coberta por sigilo profissional. A existência da auditoria dará maior credibilidade às empresas, atuará em seu *marketing* e, através das orientações formuladas, evitará transgressões às normas ambientais e, dessa forma, poderá prevenir a responsabilização administrativa, civil e criminal das empresas e de seus diretores.

#### *4. O financiamento e a isenção fiscal como meios do exercício do poder de polícia*

No Brasil, "as entidades e órgãos de financiamento e incentivos governamentais condicionarão a aprovação a esses benefícios ao licenciamento, na forma desta Lei, e ao cumprimento das normas, dos critérios e dos padrões expedidos pelo CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente" (art. 12 - Lei n.º 6.938/81). Este Conselho, por proposição do IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – tem poder para determinar a "perda ou restrição de benefícios fiscais concedidos pelo poder público, em caráter geral ou condicional, e perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabele-

cimentos oficiais de crédito" (art. 8.º, V – Lei n.º 6.938/81). Contudo, o IBAMA (e os órgãos ambientais anteriores) não utiliza essa excelente estratégia para incentivar os poluidores a terem um adequado comportamento ambiental, pois só se aplicou uma única vez essa sanção.

### 5. *Administração pública independente e participação das Organizações Não-Governamentais*

O exercício do poder de polícia ambiental supõe a existência e a atuação de órgão público ambiental. Para isso, é imprescindível a previsão orçamentária à altura das necessidades ambientais e dos objetivos de ação. No geral, os países latino-americanos não têm previsto um orçamento ou "presupuesto" ambiental que transforme o discurso em prática.

Sem independência, sem aferição da capacidade dos funcionários ou servidores públicos e sem moralidade administrativa o exercício do poder de polícia fica apenas nominal. É preciso "despolitizar y desburocratizar la conservación ecológica y la administración de los recursos naturales, garantizar los presupuestos, equipos y medios adecuados a las entidades encargadas de prevenir y sancionar las acciones contra el medio ambiente y sus recursos".<sup>10</sup> A independência requer a existência dos direitos de inamovibilidade e vitalidade dos funcionários; a capacidade supõe a exigência de concursos públicos de provas para a admissão e promoção na carreira, assim como a obrigação de reciclagem dos conhecimentos e a moralidade administrativas exigem a permanente fiscalização dos funcionários, com o afastamento dos incapazes e corruptos.

A participação das Organizações Não-Governamentais tem demonstrado sua grande utilidade, não somente para apresentar sugestões aos órgãos públicos ambientais, mas para atuar no interior da própria administração ambiental, como mostram as nove associações ambientais que integram – no Brasil – o CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente e o Comitê do Fundo Nacional do Meio Ambiente.

Conveniente invocar-se como arremate deste trabalho as idéias sintetizadas no Princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro (UNCED/92), que, com adesão unânime dos membros da ONU, afirma: "O melhor modo de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, em nível relevante, de todos os cidadãos interessados. No plano nacional, cada indivíduo deve ter adequado acesso às informações relativas ao meio ambiente, que estejam em poder das autoridades públicas, compreendidas as informações concernentes às substâncias e atividades perigosas existentes em suas comunidades, e ter possibilidade de participar no processo de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e encorajar a conscientização e a participação do público tornando as informações facilmente disponíveis. Deve ser assegurado acesso efetivo aos processos judiciais e administrativos, inclusive no concernente às sanções e reparações."

## II. *Inovações na jurisprudência ambiental*

### 1. *Implementação das Constituições*

Apresentamos algumas decisões judiciais referentes ao Brasil, Chile e Colômbia.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já tiveram a oportunidade de aplicar a Constituição Federal de 1988 em sua parte ambiental.

– *Caso da Estrada do Sol*: o Governo do Estado de São Paulo pretendia construir mais uma estrada ligando a capital do Estado – a cidade de São Paulo – ao litoral. O plano dessa estrada previa itinerário que alteraria os limites do parque da *Serra do Mar*. O Governador do Estado editou decreto no qual constava que, para alteração dos limites de parque estadual, dever-se-ia elaborar estudo de impacto ambiental, silenciando sobre o dever de ser pedida autorização prévia à Assembleia Legislativa para a modificação pretendida. Esse posicionamento do Governo do Estado de São Paulo feria o artigo 225, parágrafo primeiro, inciso III, da Constituição Federal de 1988, que diz: "definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, ..." <sup>11</sup> O Supremo Tribunal Federal invalidou o

mencionado decreto do Governador do Estado de São Paulo.

Anteriormente, alguns espaços territoriais protegidos – como o Parque Nacional de Paulo Afonso e o Parque Nacional de Sete Quedas – haviam sido alterados ou suprimidos, somente por decisão do Poder Executivo, visando-se à construção de hidrelétricas.

A Constituição Federal de 1988 modificou o conjunto de matérias que antes eram da competência exclusiva do Governo Federal ou da União para colocar esses assuntos como da competência concorrente e/ou complementar dos Estados. Matérias como produção, consumo, florestas, caça e pesca passaram a ter um novo regime de competência constitucional. Além disso, matérias como *meio ambiente e controle da poluição* passaram pela primeira vez a constar – de forma explícita – da Constituição e sob o mesmo sistema de competência. Essa alteração de competência teve clara repercussão em matérias como agrotóxicos. Anteriormente à Constituição em vigor, o Supremo Tribunal Federal houvera invalidado – parcialmente – diversas leis estaduais de agrotóxicos – entre outros motivos – por entender que a matéria estava inserida na *produção e consumo*, então de competência exclusiva da União.

O STF mudou sua posição, dizendo que atualmente é facultado aos Estados legislar sobre agrotóxicos. É interessante apontar que nos dois julgados sobre agrotóxicos foi relator o Ministro Moreira Alves, constatando-se a adaptação do julgador à nova norma constitucional.<sup>12</sup>

O Superior Tribunal de Justiça – sediado em Brasília –, funcionando como órgão jurisdicional de terceira instância, confirmou decisão do Tribunal do Estado do Pará em que se evitou a construção em áreas de preservação permanente na bacia de Guajará. Disse o relator Ministro Garcia Vieira: "a preservação da qualidade ambiental, a manutenção do equilíbrio ecológico, a racionalização do uso do solo, a proteção do ecossistema, enfim a política nacional do meio ambiente tem uma fundamental importância entre nós".<sup>13</sup>

No Chile podemos apontar o Julgado da *Corte de Apelaciones de Coiapó* – Ação ju-

dicial *Comunidad de Chanaral* contra *Codelco* – división El Salvador: "Codelco explota los minerales de cobre que posee en Salvador para lo que usa un proceso de flotación que utiliza gran cantidad de agua. Desde el comienzo de sus labores mineras, la División se ha desecho de sus relaves, residuos estériles que contienen gran cantidad de agentes venenosos y altamente contaminantes, vaciándolos en el lecho del Rio Salado. Este, durante decenios, ha contaminado la costa de Chanaral, embancando la plataforma submarina e inutilizando practicamente el puerto de Chanaral para el recalado de buques de gran tonelaje. Cuando tal contaminación llegó a niveles exagerados, la División desvió artificialmente el curso del rio Salado, llevandolo a desembocar en el Caleta Palito, del Parque Nacional de Pan de Azúcar. Con tales descargas se destruye el habitat submarino y de superficie mediante el vaciado de las borras tóxicas que expide el laboreo minero de la División. La Comunidad de Chanaral ha interpuesto un recurso de protección para que el Tribunal les ampare su garantía constitucional de vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

La Corte ha dicho que el acto de *Codelco* atenta contra la naturaleza, y como la preservación de ella y del patrimonio ambiental son preocupaciones básicas del Estado según la Carta Fundamental, el acto contaminante es a todas las luces arbitrario. La Corte Suprema de Chile, conociendo del asunto por vía de apelaciones, confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Coiapó."<sup>14</sup>

Na Colômbia, "la Fundación para la Defensa del Interés Público – FUNDEPUBBLICO –, en representación de varias comunidades de Bugalagrande, instauró una *acción de tutela* contra el Alcaide, el Personero y el Secretario de Salud del Departamento del Valle, porque éstos cerraran una planta de asfalto, que operó durante más de dos meses sin permiso alguno y violando varias normas de protección ambiental y sanitaria". "Tal acción se interpusó en primera instancia ante el Juez Primero Superior del Municipio de Tulúa, quién ordenó el cierre de la planta al comprobar que a ésta carecía de todos los permisos legales para funcionar. El caso lle-

gó a la Corte Constitucional por vía de la revisión que esta institución puede ejercer sobre toda tutela, en su función de control y creación jurisprudencial".

"La Corte Constitucional debió definir, en primer lugar, sí el derecho a un ambiente sano es un derecho fundamental y por lo tanto cuenta con la protección rápida y eficaz de la acción de tutela". A Constituição da Colômbia de 1991 diz em seu artigo 79: "Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano". "El juez de primera instancia había considerado que el derecho a un ambiente sano es fundamento y prerequisite de todos los demás derechos como la vida y la salud, y, por lo tanto, podía ser protegido por la tutela. La Corte Constitucional no vaciló en confirmar el razonamiento del juez."

A Corte Constitucional da Colômbia decidiu, também, nesse caso: "En todos aquellos casos similares al presente por sus hechos o circunstancias, siempre que se omita estudios de impacto y/o permisos de funcionamiento, por el ejercicio de actividades que amenacen contaminar el ambiente, la doctrina constitucional enunciada en esta sentencia tendrá carácter obligatorio para las autoridades, en los términos del artículo 23 del Decreto 2.067 de 1991".<sup>15</sup>

## 2. Intervenção cautelar ou de urgência do Judiciário

No Brasil, temos a assinalar o julgado *Fazenda do Estado de São Paulo contra Proprietário de Imóvel na Floresta da Serra do Mar*.

O Supremo Tribunal Federal, considerando o *periculum in mora*, negou agravo regimental do proprietário de imóvel para que pudesse desmatá-lo. Argumenta o proprietário que seu imóvel houvera sido incluído na área do *Parque Estadual da Serra do Mar*, mas que ele não houvera sido, ainda, expropriado ou que a indenização não teria sido paga. O Supremo Tribunal inclui como um dos fundamentos de sua decisão o fato de que deveria ser conservada a floresta, pelo menos até a decisão final, pois, caso contrário, o julgador estaria impossibilitado de

acolher o pedido, uma vez que estaria já desmatada a área que se pretende preservar.<sup>16</sup>

Menciono a decisão de primeira instância do Juiz da 1.<sup>a</sup> Vara Cível da Comarca de Piracicaba, proferida numa das primeiras ações civis públicas interpostas no Brasil, em que foi determinada a cessação das atividades de uma usina de asfalto.<sup>17</sup> A ação foi interposta pelo Autor, aos 14 de agosto de 1985, 21 dias após o início da vigência da Lei n.º 7.347/85. No caso em exame, a empresa ré não recorreu e encerrou definitivamente suas atividades no local.

Em Caldas (Estado de Minas Gerais, Brasil) o Ministério Público do Estado promoveu Ação Civil Pública contra a Urânio do Brasil S/A para que a ré fosse obrigada a construir galpões para o armazenamento de rejeitos radioativos, construção de sistema de drenagem e proibição de recebimento de rejeitos da Nuclemon, sediada em São Paulo. O Juiz de Direito Ronaldo Tovani, aos 6 de abril de 1992, concedeu a medida liminar pedida. A Urânio do Brasil S/A interpôs mandado de segurança contra o despacho do juiz, que havia negado efeito suspensivo ao agravo de instrumento. O Tribunal de Justiça do Estado indeferiu a segurança solicitada, confirmando a liminar de primeira instância (relator Desembargador Odilon Ferreira - Diário Oficial do Estado de 30 de abril de 1992, parte II, pp.11/12). A Urânio do Brasil é empresa de economia mista e subsidiária das *Indústrias Nucleares do Brasil S/A*. Nota-se o efeito prático da Ação Civil Pública mencionada, pois a mesma é mencionada no relatório da Diretoria da Empresa, afirmando esta que no ano de 1993 acrescentou outras operações para cumprir a liminar. (Diário Oficial da União, 15 de abril de 1993, p. 4738). O Tribunal Regional Federal da 5.<sup>a</sup> Região (Recife-PE-Brasil) salientou que, "se o juiz, com base na prova documental que lhe foi apresentada, firma a convicção da existência de *fumus boni juris* e de *periculum in mora* e, com base em tais pressupostos, concede medida liminar em ação civil pública, deve ser prestigiada a sua posição, salvo se ficar demonstrada a existência de direito com características de liquidez e

certeza para ilidi-la". (Relator Juiz José Delgado - 1-8-89 - votação unânime).<sup>18</sup>

Na Colômbia, como já referi anteriormente, utilizou-se da ação de tutela para rapidamente fechar-se uma usina de asfalto. A ação de tutela utilizada no caso é regida pelo artigo 86 (com cinco parágrafos) da Constituição da Colômbia, que diz em seu parágrafo quarto: "En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución".

### 3. Obrigação de fazer - *discrecionalidade e controle judicial*

Na Argentina, queremos citar o Julgado *Zárate E. A. contra Frigorífico Ciudad Pérez* - Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala Primera, 25-3-91. Enrique A. Zárate, na situação de vizinho do Frigorífico Ciudad de Pérez, apontando que o mesmo vem lançando líquidos que contaminam o seu prédio e os de seus vizinhos, pede: "que la sentencia imponga b) una obligación de hacer tendiente a poner en funcionamiento, ampliándolas, las piletas sanitarias que poseyera la demandada y/o la construcción de nuevas piletas decantadoras de los productos de faenamiento, a realizarse según las pautas que fijen el Ministerio mencionado y la Secretaría de Agricultura y Ganadería de la Nación". "La demandada apela y considera violatorio del principio constitucional de división de poderes que el Poder Judicial establezca plazos y condiciones que deben ser reglamentados exclusivamente por el Poder Administrador. El Poder Judicial podrá remediar daños efectivos, recomponer intereses lesionados, pero está vedado reglamentar el derecho a trabajar y ejercer una industria que ya tiene su propia policía sanitaria". "La Sala Primera considera que: b) no se advierte que el juez incurra en avasallamiento constitucional alguno a la división de poderes al establecer plazos y condiciones que deben ser reglamentadas exclusivamente por el Poder Administrador. El juez controla en sentido amplio la legitimidad del acto administrativo en cualquiera de sus aspectos, sea como ejercicio de facultad reglada o como ejercicio de facultad discrecional (Gordillo, Tratado de Derecho Administrati-

vo, P. Gral, T.1, Buenos Aires 1986, pp. VIII-35/37)". A Sala Primeira confirmou, assim, a sentença de juiz de primeira instância.<sup>19</sup>

Fora da América Latina, cito a França: o julgado do Tribunal Administrativo de Limoges de 8/1/87: *Lescuré contra Ministério do Meio Ambiente e S.A.R. Flamary*. O tribunal substituiu as normas técnicas determinadas pelo Prefeito do Departamento de Correze com relação à empresa *Flamary*, para reforçar as exigências acústicas, dizendo que a medida do ruído deveria ser no mínimo igual a 50 db (A). O Tribunal seguiu as recomendações do perito da *Inspection Générale de l'Équipement et de l'Environnement*. Interessa apontar um dos fundamentos da decisão: "pertencer ao juiz administrativo a quem se pleiteia sobre a legalidade das prescrições e, após elas terem sido editadas pela autoridade administrativa, exercer controle normal sobre o valor das prescrições técnicas destinadas a assegurar a proteção da vizinhança e do meio ambiente, modificando sua natureza e seu conteúdo de acordo com a necessidade".

Nas decisões judiciais mencionadas nota-se uma intervenção não arbitrária do juiz, mas fundamentada na necessidade de controlar a administração pública, que se houvera mostrado insuficiente e inadequada. Do contrário, a separação dos poderes seria levada ao extremo de deixar incontrolável a administração, com grave prejuízo dos cidadãos que a pagam e que ficariam sem proteção. Insista-se que não se trata de o juiz investir-se de funções técnicas por sua conta e risco, mas do juiz que controla a administração baseado em provas existentes nos processos.

### 4. *Reparação do dano ambiental.*

No Brasil, algumas ações judiciais visando à obtenção da condenação em dinheiro do responsável pela poluição ou pela destruição da natureza foram intentadas com êxito. No dia 28 de novembro de 1983 a Destilaria Santa Isabel lançou vinhoto no ribeirão Três Pontes. Aos 5 de dezembro de 1983 foi apresentada a ação cautelar visando constatar os danos ambientais, especialmente a morte de peixes. O autor foi um dos signatários dessa

ação judicial. Aos 28 de dezembro de 1984 foi interposta a ação judicial visando à indenização pelo dano ambiental, sendo que a decisão de 1.<sup>a</sup> instância foi proferida aos 10 de setembro de 1987, pelo Juiz José Caetano Graziosi, sendo a sentença líquida (Cr\$ 39.819.000,00) devendo a importância ser depositada no fundo judicial (criado pela Lei n.º 7.347/85). A 6.<sup>a</sup> Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo confirmou a sentença de primeira instância, aduzindo que a "culpa é irrelevante para o desate do litígio e a pequena indenização, frente ao dano causado, destina-se ao repovoamento do rio com a aquisição de alevinos. Diante do enorme prejuízo causado à natureza e às pessoas ribeirinhas, a indenização não pode ser reduzida e muito menos aumentada, por falta de recurso do autor". (Relator – Alexandre Loureiro – votação unânime – 14-5-87).<sup>20</sup> Interessante lembrar que o caso "Ministério Público do Estado x Destilaria Santa Izabel" foi fruto do direito de ação inserido na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n.º 6.938/81-art. 14) anterior à lei instituidora da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85).

Julgado da 4.<sup>a</sup> Câmara Civil de Férias do Tribunal de Justiça de São Paulo acentua que: "a preservação do meio ambiente tem sido ultimamente valorizada com intensidade porque a mentalidade contemporânea se apercebeu dos gravíssimos riscos que ensejaria a continuação da atividade lesiva que, abusivamente, vinha sendo praticada a vários títulos... Daí a cautela do legislador em erigir a responsabilidade objetiva em recurso técnico para obviar a ação punitiva de tais agentes, armando órgão como o Ministério Público, cuja independência assegura vigilância mais ativa da indenidade da natureza" (Relator Ney Almada – votação unânime – 23-1-92).<sup>21</sup>

Merece destaque a "ação civil pública" movida pela Sociedade Rio-Clarensense de Defesa do Meio Ambiente contra Municipalidade de Rio Claro pelo fato de ter havido desafetação de áreas verdes. A 7.<sup>a</sup> Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, relator Campos Mello, aos 6-11-91, reformou a decisão de primeira instância para

duas finalidades: a) com referência às áreas já ocupadas com edificações populares ("Jardim Santa Maria"), obriga a Municipalidade a indenizar, depositando-se no Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados; b) quanto à área do *Jardim Bela Vista*, a decisão judicial proíbe a promoção do parcelamento do solo, sob pena de pagamento de multa no montante diário requerido na inicial.<sup>22</sup> O julgado tem alto interesse para a qualidade de vida urbana, pois afirma: "a proteção ambiental nas áreas urbanas e urbanizáveis constitui valor juridicamente relevante, a justificar a procedência dos apelos, ainda que inexistentes recursos originais nas glebas. É relevante propiciar à comunidade, no mínimo, a manutenção da qualidade de vida nos locais objeto da desafetação, com a manutenção das áreas verdes e de lazer".

#### 5. Direito de propriedade e obrigações ambientais

No Brasil, o acesso livre do público às praias foi assegurado pelo Supremo Tribunal Federal (julgado – Praia Vila Formosa Ltda. contra Prefeitura Municipal de Ubatuba – RE 94.253 – 12-11-82). Na decisão aponta-se que os proprietários de imóveis confrontantes com as praias têm seu direito de propriedade mensurado à luz do princípio da função social da propriedade, como preceitua a Constituição Federal.

Nos Estados Unidos da América, o Supremo Tribunal do Estado de Wisconsin considerou válidas as restrições governamentais que obrigam o proprietário de terreno situado em manguezal a não modificá-lo. Trata-se da decisão *Just* contra *Marinette County* (201 N.w. 2d 761), que afirmou: "O proprietário de um terreno não dispõe de direito absoluto e ilimitado de modificar o caráter natural essencial de seu terreno e, de outro lado, não pode usá-lo com um fim contrário a seu estado natural, de forma a provocar danos a direitos de terceiros".<sup>23</sup>

Em Portugal, em ação judicial, pediu o Ministério Público que, "para defesa do equilíbrio ecológico e do são ambiente da zona em que se integra a Quinta do Taipal, sita naquela comarca, seja proibido o enxugo

dos terrenos que compõem uma área úmida de cerca de 50 hectares". Decidiu o Juízo do Círculo da Figueira da Foz<sup>24</sup> julgar procedente o pedido, apontando na decisão: "Podemos ver um direito de propriedade privada não apenas comprimido pelo empolamento de outros direitos conflitantes, mas, também, um direito dialeticamente transformado pela interação que, no seu interior, se processou com o direito do ambiente, direito este cujo instrumento de ação ou contradição é o "dever" (dever fundamental/constitucional) de todos os cidadãos de defenderem o ambiente (*Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender*). Dever que é como que o reverso da medalha, quando em confronto com o direito correspondente, e a que o proprietário, enquanto tal, não pode fugir. Um direito, finalmente, que, no caso concreto, se afirma com a expressão do seu núcleo mais valioso, do mínimo necessário à sua existência, e que, portanto, justifica a "subida" à matriz constitucional para justificar a sua tutela. O intérprete da lei deve ir à matriz constitucional do direito do ambiente e à sua comumente reconhecida condição de um dos direitos fundamentais de natureza análoga aos do Título II da Constituição Política, sendo-lhe, portanto, aplicável o regime dos Direitos, Liberdades e Garantias e, assim, o princípio da aplicabilidade direta (sem necessidade de intervenção de lei mediadora) consignado no art. 18 (cfr. J.G. Canotilho, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 172, e Jorge Miranda, in *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, p. 144).

## 6. Conclusões

### *As Constituições*

A inclusão do tema "meio ambiente" nas Constituições políticas teve rápida e concreta repercussão. Os tribunais passaram a aplicar os princípios constitucionais aos casos concretos.

### *Leis e jurisprudência*

Como fase preparatória à ação dos tribunais, houve a elaboração de leis e regula-

mentos estruturando os deveres exigindo comportamentos ambientais. A inexistência dessa fase não teria permitido a atuação judiciária. A criação de normas jurídicas deve prosseguir, pois há, ainda, lacunas e imperfeições.

Dentre as novas normas a serem legisladas – até em nível constitucional – aponta-se a obrigação prioritária da administração pública de destinar recursos para saneamento e melhoria ambiental.

Teremos eficazes resultados, se as obrigações de fazer e de não fazer já constarem com clareza da legislação. Duas vantagens imediatas decorrerão desse sistema: a antecipação clara das exigências dará tempo aos destinatários da norma jurídica de se adaptarem e evitará o difícil trabalho de hermenêutica jurídica dos juizes em cada processo ambiental.

### *Responsabilidade civil objetiva e obrigação de provar*

A responsabilidade objetiva ambiental foi um marco importante em diversos países. Torna-se necessário insistir-se na mudança acarretada pelo novo sistema de responsabilidade no concernente ao ônus da prova, pois a carga probatória do autor foi reduzida.

### *Ampliação do espectro das ações judiciais ambientais*

As ações judiciais em defesa do meio ambiente têm sido pontuais. Não se diminui a importância dos processos judiciais mencionados, mas para a defesa do ambiente e de sua recuperação torna-se necessário que as ações judiciais busquem um espectro espacial mais amplo – como por exemplo as microbacias hidrográficas ou os sistemas florestais ameaçados.

### *Acesso direto dos interessados ao Judiciário*

A efetividade da tutela jurisdicional do meio ambiente depende de um fácil acesso ao processo. Não se põe em dúvida o valor da presença e atuação do advogado nos processos ambientais. Entretanto, merece destaque o sistema da Colômbia, cuja Constituição, sem qualquer dúvida, possibilita às pes-

soas solicitar diretamente a intervenção do Judiciário, através da ação de tutela. O início do processo diretamente pelo interessado não obsta o suporte jurídico posterior do advogado. A Ação Popular existente no Brasil merece ser reformulada para que os cidadãos possam diretamente invocar a prestação da tutela jurisdicional e que as obrigações de fazer e não fazer possam ser apreciadas nessa ação.

#### *Fundos judiciais*

Os fundos judiciais de recuperação ambiental merecem ser incentivados. Contudo, é preciso transparência na aplicação das condenações em dinheiro e a vinculação dos recursos à recuperação e melhoria do ambiente degradado – objeto de exame no processo judicial.

#### *Atuação dos juízes*

A jurisprudência que se está formando mostra a sensibilidade dos julgadores para a defesa do meio ambiente. Contudo, é necessária a implementação de cursos de especialização e de aperfeiçoamento, pois o meio ambiente é um tema complexo, cuja interdisciplinariedade merece ser estudada mais profundamente.

#### *7. Bibliografia*

1. CANO, Guillermo J. *Derecho, Política y Administración Ambientales*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978, 352 p.

2. LEME MACHADO, Paulo A. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo, 4.<sup>a</sup> ed. Malheiros Editores, 1992, 606 p.

3. MARTIM MATEO, Ramon. *Tratado de Derecho Ambiental*. Madrid, 1.<sup>a</sup> ed., I vol. Editorial Trivium, 1991, 501 p.

4. LEME MACHADO, Paulo A. ob. cit.

5. Carta Circular de Sistema de Información de Derecho Ambiental del Pnuma-Orpalc. México. vol. II, n.º 2 Diciembre de 1991.

6. BRANES, Raul. *Derecho Ambiental Mexicano*, México – DF, Ed. Universo Venturo, 1987, 535 p.

7. *American Heritage Dictionary of The English Language*, New York, 1970, p. 848.

8. *Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro* de 27 de novembro de 1991 (projeto de autoria do Deputado Carlos Minc).

9. GONZALEZ, José Juan. La Procuraduría Federal de 1.<sup>a</sup> Protección al Ambiente de los Estados Unidos Mexicanos. In *I Congreso Nacional de Derecho Ambiental – UICN – S. José-Costa Rica*, 1992, 382 p.

10. CHAUX, Gustavo W. Memorando Ecologista. In *Derecho Ambiental Colombiano*. Bogotá. Colégio de Abogados Especialistas en Derecho Ambiental de Colômbia – Universidad Santo Tomas, 1982, 101 p.

11. LEME MACHADO, Paulo A. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo, Malheiros Editores, 4.<sup>a</sup> ed., 1992, 606 p.

12. LEME MACHADO, Paulo A. ob. cit.

13. LEME MACHADO, Paulo A. Le Droit Comparé et le Droit de L'Environnement de l'Amazonie Bresilienne. In *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Milano, Giuffrè Editore. 1991, pp. 315-328.

14. Carta Circular del Sistema de Información de Derecho Ambiental Pnuma-Orpalc – México, vol. I, n.º I., diciembre 1990, mencionando a *Revista Ambiente y Recursos Naturales*, Buenos Aires. vol. V. n.º 4 – pp. 77-90, octubre/diciembre 1988.

15. Carta Circular del Sistema de Información de Derecho Ambiental Pnuma-Orpalc, México, vol. III, n.º I, junio de 1992, pp. 13/14.

16. Carta Circular del Sistema de Información de Derecho Ambiental Pnuma-Orpalc, México, vol. II, n.º 2, diciembre de 1991, p. 13, mencionando a *Revista dos Tribunais*, vol. 636, pp. 184-187.

17. LEME MACHADO, Paulo A. *Ação Civil Pública e Tombamento*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2.<sup>a</sup> ed. 1987, 132 p.

18. *Lex – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Federais Regionais* – vol. 15, pp. 419-421.

19. Carta Circular del Sistema de Información de Derecho Ambiental del Pnuma-Orpalc. vol. III, n.º 1, junio de 1992.

20. MILARE, Edis. *Curadoria do Meio Ambiente*. São Paulo, APMP, 1988, pp. 88-105.

21. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. vol. 681 – pp. 104/105.

22. Apelação cível n.º 150.340-1/5 – Comarca de Rio Claro/SP. O ponto de vista expendido no livro *Direito Ambiental Brasileiro*, ob. cit., pp. 251-260 foi mencionado e aceito pelo julgado. No mesmo sentido, a decisão da 5.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo de 7-5-92 – rel. Marco César. (*Revista dos Tribunais*, vol. 79/81).

23. JUERGENSMEYER, Julian C. *Droit de Propriété et Environnement en Droit Com-*

*paré* – Etats-Unis. Actes du séminaire organisé à Limoges. Université de Limoges. 1988, 325 p.

24. Juiz Antônio Quirino Duarte Soares – sentença de 31-5-90. *Direito do Ambiente - Legislação e Jurisprudência*. Prefácio do Prof. Jorge Miranda e Dr. Gomes Leandro – Centro de Estudos Judiciários e Associação Portuguesa para o Direito Ambiental. 1990. p 89.

# Do regime jurídico dos depósitos bancários e o Plano Collor

ARNOLDO WALD

## S U M Á R I O

1. Considerações gerais. 2. A lição do direito estrangeiro. 3. A posição do direito brasileiro. 4. Dos efeitos da caracterização do contrato de depósito bancário sobre os pleitos de diferença de correção monetária decorrentes do Plano Collor. 5. Da infungibilidade dos depósitos bancários em virtude da aplicação do Plano Collor. 6. Da existência de ato do príncipe.

### 1. *Considerações gerais*

No passado, a doutrina e a jurisprudência, influenciadas pelas lições dos autores clássicos, cujos estudos datam de uma fase anterior à autonomia e ao desenvolvimento do direito bancário, equipararam o depósito irregular (inclusive o depósito bancário) ao mútuo. Essa foi a lição de Marcel Planiol<sup>1</sup> que foi adotada, em linhas gerais, por alguns dos nossos autores, como Washington de Barros Monteiro.<sup>2</sup>

Ocorre todavia que *a doutrina e a jurisprudência mais modernas têm salientado as peculiaridades do depósito bancário*. Este tem merecido tratamento legislativo próprio nas codificações mais recentes, como a do *Codice Civile* italiano, que estabeleceu o seu regime legal, nos seus arts. 1.834 a 1.838, e os projetos brasileiros (anteprojeto de Código das Obrigações de 1963, arts. 840 a 846;

<sup>1</sup> PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil* (revisto por Ripert e Boulanger), 3.ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, v. 2, n.º 2868 a 2870, pp. 876-7.

<sup>2</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil; Obrigações*, 2.ª parte, 10.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975, pp. 224-5.

Projeto de Código Civil Brasileiro – Mensagem n.º 634, de 1975 –, arts. 866 a 868), assim como a legislação bancária de vários outros países (art. 4.º da Lei Francesa de 13 de junho de 1941), distinguindo-se, pois, pela sua natureza e finalidade, o depósito bancário tanto do mútuo, como dos demais depósitos irregulares.

Na própria legislação civil brasileira, não há equiparação do depósito irregular ao mútuo, como pretenderam alguns autores, mas tão-somente aplicação, por analogia legalmente determinada, das normas do mútuo ao depósito irregular (art. 1.280), que pressupõe a incidência das mesmas, tão-somente, no que couber, sem que haja identificação dos dois institutos, mas simples similaridade. Acresce que o art. 1.280 do Código Civil é norma geral aplicável ao depósito comum de direito civil e que não se aplica sempre e necessariamente ao depósito bancário, que tem características próprias e natureza específica, sendo regido pelo direito comercial.

A peculiaridade do depósito bancário já era, aliás, reconhecida pelo Código Comercial, que dele tratou no seu art. 285, estabelecendo que ficava sujeito "às disposições das leis, estatutos ou regulamentos de sua instituição" e distinguindo-o assim do depósito regido pelo direito civil.

Na legislação estrangeira, a matéria foi estudada mais minuciosamente, apresentando-se soluções que também foram adotadas, pela jurisprudência e pela doutrina, no Brasil. Assim sendo, examinaremos, inicialmente, as lições do direito comparado, para, em seguida, traçar a evolução que ocorreu no Brasil.

## 2. A lição do direito estrangeiro

Na França, os próprios civilistas mais modernos fazem a distinção entre o mútuo e o depósito bancário, salientando a diferença de finalidade que existe entre os mesmos, conforme se verifica na lição dos irmãos Henri, Léon e Jean Mazeaud.<sup>3</sup> Por sua vez, os comercialistas enfatizam, cada vez mais, o regime próprio do contrato de depósito bancário, considerado seja como contrato

<sup>3</sup> MAZEAUD, Henri, Léon, & Jean. *Leçons de droit civil*, 4.ª ed.; colab. de Michel de Juglart. Paris: Edition Montchrestien, 1974, v. 2, t. 2, n.º 1520, p. 759.

inominado, seja como contrato *sui generis*, com regras próprias.<sup>4</sup>

Naquele país, a doutrina recente faz a distinção entre as duas espécies de propriedades, que se superpõem no caso de depósito bancário, salientando a importância que deve ser dada à análise econômica da operação e reconhecendo que existe, no caso, um direito do titular do depósito a um *quantum* em moeda escritural análogo ao que existe em favor do titular de uma nota de papel-moeda. Não se trata de um simples direito de crédito, mas de verdadeira propriedade da moeda escritural, cujo valor consta na caderneta de poupança, tanto assim que, em virtude de emissão de cheque ou de ordem de pagamento, o depositante pode fazer uma doação manual, o que não é possível quando se trata de simples direito de crédito, só suscetível de cessão gratuita. Concluem, assim, os professores Philippe Malaurie e Laurent Aynes que "o titular de depósito bancário é mais um proprietário de uma moeda escritural" do que um mero credor.<sup>5</sup>

Dentro da mesma orientação, o direito italiano admite a dupla disponibilidade do depositante e do depositário, no caso do depósito bancário, salientando que o cliente do banco quer ter "os recursos disponíveis embora se encontrem em poder de outra pessoa (o banco)". Haveria, assim, *uma dupla disponibilidade: a do banco, que usa os recursos, e a do depositante que pode exigí-los e utilizá-los em qualquer tempo*, o que explicaria o duplo poder de dispor, que se exerce sobre os mesmos recursos e que permitiu a produção moderna, pelo sistema financeiro, do milagre da multiplicação dos pães.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> ESCARRA, Jean, *Cours de droit commercial*. Paris: Sirey, 1961, v. 6, n.º 425; RIPERT, Georges, & ROBLET, René, *Traité élémentaire de droit commercial*, 9.ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, v. 2, n.º 2361, pp. 315-6.

<sup>5</sup> MALAURIE, Philippe, & AYNES, Laurent, *Droit civil; Les contrats spéciaux*, 5.ª ed., Paris: Editions Cujas, 1991, n.º 887, p. 476.

<sup>6</sup> SIMONETTO, Ernesto, *Los contratos de crédito*. Trad. espanh., Barcelona: J. Ma. Bosch editor, 1958, pp. 360-1; GALBRAITH, John Kenneth, *A moeda*. São Paulo: Livraria Pioneira, 1977, pp. 31 e 65; WALD, Arnoldo, "O papel pioneiro dos direitos bancários," *Revista de Direito Mercantil*, n.º 27, p.15.

A doutrina bancária italiana também salientou a importância da analogia, que anteriormente tinha sido feita pelos economistas, entre o depósito bancário e o papel-moeda, reconhecendo a existência de uma disponibilidade por parte do depositante, que se concretiza no seu poder de exigir o recebimento imediato do dinheiro, e de utilizar os recursos depositados. Essa situação transforma o depósito bancário num verdadeiro contrato *sui generis*, conforme assevera Giacomo Molle, fundamentando-se na modificação da natureza contratual, que deflui da presença da instituição financeira no negócio jurídico. Afirma o ilustre especialista italiano que

"o que caracteriza o depósito bancário e o distingue nitidamente tanto do depósito irregular como do mútuo é a intervenção, no negócio, do banco, na qualidade de depositário".<sup>7</sup>

A presença do banco enseja, pois, a caracterização do depósito bancário como *instrumento fiduciário*, conforme salientado pelo professor Alberto Trabucchi,<sup>8</sup> ensejando pois a existência da *dupla propriedade*, a *real* e efetiva, *do banco* (depositário), e a *fiduciária, do cliente* (depositante).

Idêntica é a posição do direito espanhol, no qual a doutrina esclarece que é tempo de romper com as tradições romanistas, para dar a devida importância aos fatos econômicos do mundo moderno. Assim, o professor Joaquín Garrigues defende a teoria da dupla disponibilidade nos seguintes termos:

"A mais importante característica do depósito bancário consiste na existência de uma dupla disponibilidade: em favor do banco e do cliente. A primeira permite ao banco colocar o dinheiro nas operações de crédito a curto prazo e especialmente nas operações de desconto. A segunda permite ao cliente fazer uso do dinheiro, na medida de suas necessidades, como se o tivesse na sua casa e sem os riscos próprios de sua conservação."<sup>9</sup>

<sup>7</sup> MOLLE, Giacomo, *I contratti bancari*. Milano: Dott. A Giuffrè editor, 1966, pp. 87-8 e 89-91.

<sup>8</sup> TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*, 16.<sup>a</sup> ed. Padova: Cedam Casa Editrice, 1968, n.º 353, pp. 850-1.

<sup>9</sup> GARRIGUES, Joaquín. *Contratos bancários*, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid: Imprensa Aguirre, 1975, pp. 367-8.

E acrescenta o professor Garrigues:

"Esta disponibilidade (do cliente) é tão importante, que se chega a equiparar o puro direito de crédito do depositante à propriedade sobre o dinheiro depositado."

E, em seguida, conclui:

"O banco dispõe do dinheiro como se fosse seu e o cliente dispõe do dinheiro, apesar de não ser seu."

As teorias da dupla disponibilidade e do caráter *sui generis* do depósito bancário também têm sido admitidas no direito argentino, que se inspirou, na matéria, nas lições dos mestres italianos.<sup>10</sup>

### 3. A posição do direito brasileiro

No direito brasileiro, sempre se admitiu a peculiaridade e o regime próprio do depósito bancário, distinguindo-o tanto do depósito de direito civil, quanto do mútuo e das operações financeiras em geral.

Vimos que o Código Comercial já tratava do depósito bancário, reconhecendo a sua autonomia em relação aos demais contratos análogos, e a doutrina brasileira, há longo tempo, a ele se refere denominando-o *depósito pecuniário* ou *depósito monetário realizado em banco*, e enfatizando, assim, embora talvez inconscientemente, a *analogia entre o depósito bancário e a moeda fiduciária*.

J. X. Carvalho de Mendonça, após citar a monografia de jurista italiano La Lumia (*I Depositi Bancari*), afirma que, no depósito bancário, a soma depositada continua à disposição do depositante, sem prejuízo de sua utilização pelo banco, e reitera a distinção entre o depósito bancário e o mútuo.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> WILLIAMS, Jorge N. *Contratos de crédito*. Buenos Aires: Editorial Abaco, de Rodolfo Depalma, 1986, v. 2A, p. 235; VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Compendio jurídico, técnico e práctico de la actividad bancaria*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1986, v. 1, p. 480.

<sup>11</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado do direito comercial brasileiro*, v. 6, parte 3, n.º 1414, p. 161.

Escreve o eminente comercialista brasileiro:

"Cada dia mais se desenvolvem taes depósitos, pondo em relevo a sua utilidade. Também chamados irregulares, são sujeitos às leis e aos estatutos dos institutos de crédito (Cód. Com., art. 285), e distinguem-se do mútuo, conforme mostramos nos n<sup>os</sup> 1.082 a 1.084 deste 6.<sup>o</sup> volume.

Não é o banco que solicita os fundos; é o depositante quem lh'os oferece. *A iniciativa da operação parte do cliente, mas o uso da soma fica à disposição deste, que pode retirá-la no todo ou em parte, directamente, ou por meio de cheques ou ordens.*"<sup>12</sup>

E, em nota, salienta:

"Grunhut, no Manuale de Endemann, v. 3, p. 2, parágrafo 433, entende que o nome específico do depósito de que aqui tratamos é *depósito bancário*, não lhe parecendo correctas as expressões depósito irregular, depósito commercial, ou depositum de valor abstracto.

O projecto do código commercial italiano cogita especialmente do depósito bancário (arts. 485-491). Correspondendo a uma exigência technica e a uma exigência política, diz a exposição de motivos do professor Alberto Asquini, que acrescenta: *Technicamente se dá regulamento autonomo ao depósito bancário, porque, com quanto a jurisprudência e a doutrina se demorem em discutir se o depósito bancário é depósito ou mútuo, nem as normas civis do mútuo são idoneas para darem completa disciplina ao depósito bancário, instituto moderno, criado pela technica bancária, com características próprias.*

Politicamente, há o regulamento autonomo do depósito bancário, para dar, aos depositantes, que confiam aos ban-

cos as suas economias, a tutela que desde quasi trinta anos é reclamada e que a organização actual não lhes tenta dar. Quasi depois de grandes ruínas bancárias, que têm desgraçado nosso país, espalhando victimas innocentes na massa dos economizadores italianos, formularam-se projectos de lei especiais para a tutela dos depositantes. Mas, um após outro, estes projectos foram abandonados e apenas a impressão dos factos que os originaram foi se dissipando na opinião pública" (*Progeito preliminare*, pp. 364-5)."<sup>13</sup>

Também o professor Waldemar Ferreira considera como característica do depósito bancário a dupla disponibilidade que se exerce sobre os recursos depositados, salientando:

*"Quem realiza o depósito bancário fá-lo reservando-se a faculdade de levantá-lo, no todo ou em parte, quando isso lhe convenha.* Nisso reside, fundamentalmente, o ponto dominante da operação bancária e do contrato que a domina."<sup>14</sup>

Por sua vez, de acordo com os mesmos princípios, Lauro Muniz Barreto distingue o depósito bancário do mútuo e do depósito comum regido pelo Código Civil, para, em seguida, salientar que, embora transferida a propriedade da soma depositada para o banco, a mesma fica à disposição do cliente, *"que pode retirá-la, no todo ou em parte, directamente ou por pagamentos a terceiros, por meio de ordens ou cheques"*.<sup>15</sup>

Na sua monografia sobre o assunto, Gilberto Nobrega faz a adequada distinção entre o depósito bancário e as demais formas de depósito previstas pelo Código Civil e lembra a tradição do nosso direito de não confundir o depósito irregular com o mútuo, tratando-se de institutos distintos, embora com aplicação comum de algumas das regras que

<sup>13</sup> Idem, op. & loc. cit., nota 1, p. 160.

<sup>14</sup> FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito commercial*, 10.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1963, n.º 2346, p. 517.

<sup>15</sup> BARRETO, Lauro Muniz. *Direito bancário*. São Paulo: Livr. Ed. Universitária de Direito, 1975, pp. 175-6.

<sup>12</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. op. & loc. cit.

sobre ambos podem incidir. E lembra a lição do professor Noé Azevedo, que salientava que, *se o depósito irregular se confundisse com o mútuo, não teria o legislador consagrado a sua existência e, se o fez, é por ter entendido que se justificava a existência do depósito irregular e especialmente a do depósito bancário.*<sup>16</sup>

Nos trabalhos mais recentes, a maioria dos civilistas e comercialistas não confunde o depósito irregular com o mútuo, embora reconhecendo a aplicação analógica das normas deste em relação àquele, que, todavia, tem regime próprio, nos termos do art. 1.280 do Código Civil.<sup>17</sup>

Os estudiosos de direito bancário reconhecem a natureza *sui generis* do depósito bancário e salientam que um dos seus resultados é "a disponibilidade (por parte do depositante) pela criação da moeda escritural ou bancária".<sup>18</sup>

Coube a Pontes de Miranda distinguir, com mais clareza, o depósito bancário dos demais depósitos irregulares, ao escrever:

"Em relação aos outros depósitos irregulares, o depósito bancário tem a característica – subjetiva – de ser feito com depositário profissional, que se dedica a tais operações em massa, o que lhe facilita, a solução prática do problema técnico-econômico dos dois poderes de disposição. O banco tem o poder de disposição sobre  $x$ ,  $x'$  e  $x''$ ; cada depositante, sobre  $x$ , ou sobre  $x'$ , ou sobre  $x''$ ; de modo que, se só dispõe de fração de  $x + x' + x''$ , o seu poder de dispor não fere o poder de dispor dos que

depositaram  $x + x' + x''$ , pois que nem todos os depositantes dispõem simultaneamente."<sup>19</sup>

Na realidade, Pontes de Miranda reconhece a dupla disponibilidade do banco e do depositante ao afirmar:

"A disponibilidade pelo depositante coexiste com a disponibilidade pelo banco, mas passa-lhe à frente quando o depositante o entenda."<sup>20</sup>

Também a jurisprudência brasileira reconhece a autonomia e o regime próprio do contrato de depósito bancário, como se verifica pela lição contida no voto do Ministro Paulo Brossard, na ADIn n.º 223, no qual salientou:

"Desde tempos distantes, quase imemoriais, depósito bancário é (...) depósito bancário, estudado, caracterizado, definido pela doutrina e jurisprudência, e reconhecido pela lei, (Teixeira de Freitas, *Aditamentos ao Código do Comércio*, 1878, v. 1, p. 647; Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 1961, v. 6, parte 3, n.º 1.433, pp. 148 ss; e Waldemar Ferreira, *Instituições de Direito Comercial*, 1944, II, parágrafo 204, n.ºs 947 e 948, pp. 534-536; id., *Tratado de Direito Comercial*, 1960, v. 1, n.º 107, pp. 277-278; v. 9, n.º 1902 e 1903, pp. 79-87; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 1963, v. 52, parágrafo 4664, n.º 3, pp. 372 ss; Orlando Gomes, *Contratos*, 1979, n.º 261, pp. 394 ss; Sergio Carlos Convello, *Contratos Bancários*, 1981, pp. 59 ss; Gilberto Nóbrega, *Depósito Bancário*, 1966 passim; Nelson Abrão, *Curso de Direito Bancário*, 1988, pp. 69 ss. São numerosos os textos de lei que se referem a depósitos bancários, v.g.: Código Comercial, art. 285; Dec. 14.728, de 16-3-21, art. 3.º,

<sup>16</sup> NOBREGA, Gilberto. *Depósito bancário*. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 23.

<sup>17</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil* 2.ª ed. Rio: Freitas Bastos, 1969, v. 4, p. 232; CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil; Obrigações*, 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, v. 2, t. 2, p. 883; WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*, 10.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 387; MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, 8.ª ed. Rio: Forense, 1986, n.ºs 334 e 335, pp. 440-1.

<sup>18</sup> COVELLO, Sergio Carlos. *Contratos bancários*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 71; ABRÃO, Nelson. *Curso de direito bancário*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982, n.ºs 33-34, pp. 42-4.

<sup>19</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, t. 42, parágrafo 4665.3, pp. 373-374.

<sup>20</sup> PONTES DE MIRANDA, ob. e loc. citis.

n.º 4; Dec. 24.575, de 4-7-34, art. 9.º b; Dec-Lei 3.182, de 9-4-41, art. 1.º; Dec-Lei 7.293, de 2-2-45, art. 4.º; Dec-Lei 9.603, de 16-8-46, art. 2.º; Lei 2.313, de 3-9-54, art. 1.º; Dec. 36.783, de 18-1-55, art. 1.º; Dec. 40.395, de 21-2-56, arts. 1.º a 5.º e 8.º a 10; Lei 2.313, de 3-9-54, art. 1.º; Dec. 2.711, de 19-12-60, art. 1.º, § 3.º n.º 4; Lei 4.595, de 31-12-64, arts. 4.º, XIV, XV, XXIII, 10, III, 17, 19, II, § 5.º, 35, parágrafo único, e 38, § 5.º; Lei 4.728, de 14-7-65, arts. 30 e 51.

*Jamais foi tido como operação financeira*, a qual, por sua vez, tem a sua definição legal e a definição do seu fato gerador fixadas também em lei (Lei 5.143, de 20-10-66), e nas que se lhe seguiram. Decreto-Lei 914, de 7-10-69, Decreto-Lei 1.783, de 18-4-80, Decreto-Lei 2.390, de 19-12-87, etc.<sup>21</sup>

No mesmo sentido, acolhendo a tese da dupla disponibilidade no depósito bancário, manifestou-se o Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, em 4 de abril de 1991, na Arguição de Inconstitucionalidade em Mandado de Segurança n.º 90.3.32177-9-SP, da qual foi relator o Juiz Américo Lacambre, que sobre a matéria apresentam brilhante e exaustivo voto, que foi acompanhado por unanimidade, pelos demais julgadores.<sup>22</sup>

#### *4. Dos efeitos da caracterização do contrato de depósito bancário sobre os pleitos de diferença de correção monetária decorrentes do Plano Collor*

Verifica-se, pois, que o depósito bancário não se confunde nem com o depósito irregular comum do direito civil, nem com o mútuo, e que, no caso em análise, houve, como bem salientou o Ministro Paulo Brossard, no texto acima transcrito, uma operação de depósito que a lei transformou em operação financeira em favor do Banco Central e, em seguida, reconverteu em depósito e já então,

acrescentaríamos, com outro depositário (Banco Central).

Evidencia-se que as normas legais do Plano Collor não podem ser consideradas como constituindo um risco do banco, que teria sofrido uma expropriação ou um empréstimo compulsório, que recaíram sobre os depositantes, retirando, parcialmente, a disponibilidade que a lei, a jurisprudência e a doutrina atribuem tanto ao cliente (depositante) como ao banco depositário.

Tratando-se de verdadeira expropriação temporária do direito de dispor, a indenização é devida pelo expropriante, nos precisos termos do art. 5.º XXV, da Constituição, que exige, no caso, a prévia e justa indenização em dinheiro (a ser paga evidentemente pelo expropriante), cabendo, outrossim, a responsabilidade, pelos prejuízos causados, ao Estado, responsabilidade que é objetiva (art. 37, § 6, da Constituição).

Por outro lado, quem sofreu a expropriação foi o depositante, que perdeu temporariamente o seu direito de dispor, tendo pois legitimidade ativa para pleitear a indenização tanto da União (expropriante), como especialmente do Banco Central (novo depositário e substituto, *ex vi legis* do agente financeiro na relação contratual), sem que haja qualquer responsabilidade do banco depositário. Este foi o depositário original, que não praticou ato ilícito e, conseqüentemente, não pode ser responsabilizado, de acordo com o princípio da individualização da responsabilidade penal e civil (art. 5.º, XLV, da Constituição), e foi por sua vez expropriado por ato do poder público dos direitos que lhe cabiam como depositário, em virtude do contrato que, com ele, inicialmente, firmou o depositante.

#### *5. Da infungibilidade dos depósitos bancários em virtude da aplicação do Plano Collor*

É preciso lembrar, outrossim, que a lei considera como depósito irregular o que abrange coisas fungíveis (art. 1.280), mas que as normas do Plano Collor retiraram a fungibilidade completa dos depósitos, estabelecendo uma distinção entre os valores até cinqüenta mil cruzados novos e o montante

<sup>21</sup> RTJ, 132:577.

<sup>22</sup> Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais. *Lex*, n.º 22, jun. 1991, pp. 407 ss.

que excedesse os mesmos, mantendo-se as instituições financeiras como depositárias dos primeiros, enquanto o Banco Central tornava-se depositário do segundo.

Houve, assim, um momento em que um bem normalmente fungível, como o dinheiro, passou a ser relativamente infungível, situação admitida pela doutrina e pela jurisprudência.<sup>23</sup>

Já tivemos o ensejo de escrever a este respeito:

"um objeto pode ser fungível ou infungível de acordo com as condições especiais do negócio realizado. Assim, o livro que uma pessoa empresta a outra é coisa infungível, mas quando um livreiro, cujo estoque está desfalcado, pede emprestado, a outro, um certo número de exemplares da obra, tais volumes são fungíveis, pois a própria operação se destina a assegurar ao mutuante a devolução de número igual de volumes do mesmo livro – mas não os mesmos que emprestou, pois estes se destinavam à venda".<sup>24</sup>

O professor Sílvio Rodrigues, invocando a lição de Marcel Planíol, lembra que o dinheiro é fungível, pois, em tese, "ao credor é indiferente receber o pagamento em uma ou outra espécie de moeda, pois elas se equivalem".<sup>25</sup> Acontece, todavia, que não tinham o mesmo efeito liberatório os valores dos depósitos que estavam abaixo ou acima do limite de NCz\$50.000,00 (cinquenta mil cruzados novos), no momento da promulgação das normas do Plano Collor, razão pela qual a relativa infungibilidade existente entre os mesmos, em virtude da diferença do regime jurídico que sobre eles passou a incidir, retirando-lhes a equivalência, que entre eles normalmente deveria existir, também exclui que se possa considerar a existência de um mútuo ou até de um depósito irregular, nos termos do art. 1.280 do Código Civil.

Essas considerações têm como única finalidade evidenciar que, não se caracterizando, no caso, o depósito bancário como um mú-

tuo, ou seja como uma transferência plena da propriedade dos valores despositados, os riscos da expropriação ou do empréstimo compulsório correm por conta do depositante e são da responsabilidade seja do expropriante (União) seja do novo depositário (Banco Central), seja cumulativa e solidariamente de ambos, não recaindo sobre o artigo depositário que foi desapossado.

Na realidade, o depositário inicial (banco privado) não pode ser responsabilizado tanto em virtude das normas constitucionais acima referidas como do art. 1.277 do Código Civil, por ter ocorrido ato do príncipe.

#### 6. Da existência de ato do príncipe

Efetivamente, o Código Civil brasileiro trata, em seu artigo 1.277, da responsabilidade do depositário da seguinte forma:

"Art. 1.277. O depositário não responde pelos casos fortuitos nem de força maior; mas, para que lhe valha a excusa, terá de prová-lo."

A responsabilidade contratual do depositário pressupõe que, além do dano causado, havido culpa ou dolo, não respondendo nem pelo caso fortuito, nem pela força maior, que abrangem o ato do príncipe, tanto mais que no depósito bancário, não se aplica ao banco o princípio *res perit domino* no caso de apropriação dos recursos pelo poder público.

A maioria, senão a quase totalidade, das ações propostas se fundamenta na responsabilidade civil ou no enriquecimento sem causa. Ora, não houve, no caso, qualquer enriquecimento ilícito ou sem causa, dos agentes financeiros, pois, como provado, a posse dos recursos foi transferida ao Banco Central. Não houve, também, nem culpa, nem dolo dos mesmos, pois obedeceram a um ato do príncipe, ao qual não tinham condições, nem legitimidade, para resistir, em virtude da competência legal e dos mecanismos de exercício do poder e de pressão que o Banco Central tem sobre os integrantes do sistema financeiro, presumindo-se, outrossim, a constitucionalidade dos atos do poder público, especialmente quando não declarada sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>23</sup> Acórdão do Resp. n.º 2519, do STJ. *Diário da Justiça*, 6 ago. 1990.

<sup>24</sup> WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro*; Parte geral, 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 145.

<sup>25</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*; Parte geral, 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974, n.º 50, p. 100.

Mesmo que se entenda que, tratando-se de responsabilidade contratual, a culpa possa ou até deva ser presumida, é evidente que se trata de presunção *juris tantum*, suscetível de ser afastada pela prova contrária, apresentada pelas partes, nos precisos termos do art. 1.277 do Código Civil. Esta prova, no caso, consiste na existência de *ato do príncipe*, que equivale à força maior, e pelo qual o Estado se apropriou dos recursos depositados, transferindo-os, *manu militari*, para o Banco Central, que passou a responder pela devolução e remuneração dos mesmos, sendo conhecimento público e constituindo, para as partes, força maior.

Cabe enfatizar que o depositário não responde pelo caso fortuito, nem força maior,

mas que, para que lhe valha como excusa, deve prová-los (art. 1.277 do Código Civil). Ora consta da própria lei a evidência do ato de Governo, que transferiu, para terceiros, os recursos depositados, tratando-se de fato notório e público e dispensando, conseqüentemente, a prova (art. 334, I, do Código de Processo Civil).

Assim, inexistindo culpa do agente, conclui-se que os depositantes em banco qualquer que tenha sido a forma do depósito, *são carecedores de ação* para pleitar dos depositários originais (bancos privados) a diferença da correção monetária, *por ilegitimidade passiva dos mesmos e por serem o Banco Central e a União os responsáveis pelos eventuais prejuízos causados*.

# Direitos humanos: uma abordagem conceitual

WELBER BARRAL

## S U M Á R I O

1. Introdução. 2. Evolução do conceito. 3. Direitos humanos: aporias e validade. 4. Considerações finais.

### 1. *Introdução*

O tema direitos humanos tem sido, não somente nas academias como nos atuais debates políticos, um constante objeto de discussão. A largueza e a indefinição do tema suscitam posicionamentos radicais que vão desde o seu enaltecimento (ou abuso com fins políticos) até a sua negação (tachada de estertor do jusnaturalismo).

A escolha do tema e sua inserção aqui justificam-se sobretudo pela premência deste debate e pelo atual embate legislativo quanto à elaboração de estratégias assecuratórias da cidadania. Neste contexto, o questionamento quanto ao valor dos direitos humanos pode servir de arcabouço, ou ao menos de engrenagem, na elaboração destas estratégias.

Por outro lado, atingir este escopo passa pela construção de condições de possibilidade de um discurso jurídico. A partir desta assertiva entendeu-se necessária a devida contextualização do debate sobre os direitos humanos. Para tanto, dispôs-se as críticas à sua concepção tradicional e a respectiva refutação. Esta disposição dialética embasa algumas considerações finais. Entendeu-se imprescindível, para uma melhor compreensão do objeto, uma análise histórica de sua evolução, anotada a seguir.

Welber Barral é professor de Direito Internacional (UNISUL), Advogado em Florianópolis.

## 2. *Evolução do conceito*<sup>1</sup>

A menção aos direitos do homem traduz uma aspiração de reconhecer ao ser humano certas liberdades fundamentais face ao poder constituído. Este valor intrínseco frente aos imperativos da sociedade era reconhecido ao ser humano (livre) pelos sistemas jurídicos das civilizações da Antiguidade, que creditavam este valor a uma ordem prevista pela natureza.

A Idade Média assistiu ao ocaso desta valorização, entenebrecida pela dogmática teocêntrica. Foram necessários os ensinamentos de Pufendorf e Grotius para destronizar a concepção jurídica do Medievo, limitada pelo substrato religioso. Para Grotius, a criação resultaria de uma ordem natural e que, portanto, cada ser humano seria dotado de certas propriedades naturais que traduziriam "as intenções do criador".

A partir da teoria do direito natural, o Século das Luzes elabora a definição de direitos inalienáveis do indivíduo. Neste sentido, o próximo evento relevante na evolução histórica do conceito de direitos humanos seriam as Declarações. Estas não pretendiam ser uma criação jurídica em sentido estrito, mas uma "proclamação de alguns princípios fundamentais que deveriam inspirar a conduta ulterior dos governantes, princípios de ordem filosófica que deveriam se traduzir posteriormente em leis positivas ou, se fosse o caso, em decisões judiciais".<sup>2</sup> Certamente os documentos que mais repercussão histórica tiveram foram a Declaração de Independência dos EUA (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

Não se pode, de qualquer forma, negligenciar que os documentos referidos têm uma importância relativa, limitada ao contexto em que foram elaborados, qual seja, o da ascensão burguesa e dos movimentos de libertação americanos. Entretanto, subestimar a influência e o caráter revolucionários de suas principais características (universalidade, abstração, individualismo) seria cair em facciosismo míope.

<sup>1</sup> Para a análise desta parte, foi de particular valia o trabalho de Jacques Imbert, "Les Droits de l'Homme en France", *Notes et Etudes Documentaires*, n.º 4781, 1985, sobretudo pp. 7-32.

<sup>2</sup> IMBERT, op.cit., p. 3.

E isto porque os direitos fundamentais continuaram a ser preconizados (embora raramente respeitados) em declarações posteriores. O trabalho mais notável consubstanciou-se na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), que, além dos direitos fundamentais, menciona ainda direitos econômicos e sociais, ignorados até então (direito ao trabalho, à seguridade social, à saúde, à cultura, direito sindical).

A relevância desta declaração está sobretudo no esforço de compromisso que ela representou, tentando, pela sua generalidade, açambarcar um ideal comum às diversas tendências de um mundo pluricultural. A genericidade da declaração, entretanto, é base para a primeira crítica que se lhe é oposta, por contradizer flagrantemente a atitude prática dos Estados.<sup>3</sup>

## 3. *Direitos humanos: aporias e validade*

Não seria utópico, como pretende a Declaração Universal, ambicionar impor ideais comuns a um mundo pluricultural? Esta primeira oposição questiona esta possibilidade quando se atenta para as divergências inconciliáveis entre povos num diferente estágio de evolução cultural, social e econômica.

Por outro lado, asseveram os críticos, o ideal de universalidade intrínseco ao discurso dos direitos humanos serve a enaltecer o eurocentrismo, cultura de onde emanou este discurso. Em consequência, atinge-se a valorização das particularidades cada vez mais defendidas pelos povos do mundo periférico.

Duas outras críticas representam oposições filosóficas ao discurso dos direitos humanos. A primeira delas equipara-o ao jusnaturalismo ingênuo, ou seja, aquilata-o como alicerce frágil para sustentar uma assertiva jurídica que se pretenda científica. A irreducibilidade dos direitos humanos a um paradigma ou matriz disciplinar ocorreria, como com o jusnaturalismo, por seu caráter subjetivo e subordinado a uma ideologia política.

<sup>3</sup> Comentando o assunto, ironiza Michel Villey: "Il est délicieux de promettre l'infini; mais après cela, étonnez-vous si la promesse n'est pas tenue!". *Le Droit et les Droits de l'homme*, apud Imbert, op. cit., p. 17.

Outra objeção seria o questionamento levantado pelo marxismo, segundo o qual, "o direito nada mais significaria que [...] a vontade das classes dominantes e um mero reflexo da estrutura econômica da sociedade. Logo, as leis seriam apenas simples instrumentos de dominação das classes privilegiadas sobre as despossuídas; conseqüentemente, teriam pouco valor prático como instrumento de defesa dos direitos humanos".<sup>4</sup> Esta espécie de crítica não é incomum junto aos grupos militantes de defesa dos direitos do homem e parece confirmar-se quando a ordem jurídica não instrumentaliza mecanismos de defesa destes direitos ou permite que os instrumentos existentes sofram de uma relativa ineficácia.

Analisemos inicialmente a crítica marxista. Mesmo que sua concepção de direitos humanos seja coerente como sistema que tem em seu cerne as razões da luta de classe, é questionável se o valor corrente de direitos humanos poderia ser apreendido por este sistema.

Em outras palavras, é possível contestar em dois níveis a crítica marxista. No primeiro deles, asseverando a autonomia do direito como momento essencial do político, na medida em que "o totalitarismo se define precisamente pela negação prática dos direitos do homem".<sup>5</sup>

Num outro nível, questionando a capacidade do marxismo (e de todo historicismo) de apreender a dimensão dos direitos do homem. A assertiva se fundamenta na observação de que estas teorias encontram fora da sociedade os seus sujeitos. Assim, se o processo de dominação é o sujeito da história (e do direito), segundo o marxismo, negar a existência dos direitos humanos é desmistificar a pretensão do indivíduo enquanto tal de ser sujeito. As reivindicações neste sentido desconhecem a "verdade"; a racionalidade do processo de dominação.<sup>6</sup>

A abordagem marxista seria, portanto, incapaz de dimensionar o valor dos direitos humanos, que "supõe uma idéia de homem enquanto tal, ou seja, a idéia de uma natureza ou essência do homem; instala esta idéia de homem numa posição de fundamento ou fonte de valores jurídicos".<sup>7</sup> Este *humanismo abstrato*, referido por Lefort,<sup>8</sup> é imprescindível, por seu valor simbólico, neste retorno ao direito, no enfrentamento do totalitarismo no terreno do direito.

A transcendência do valor dos direitos humanos serve ainda de refutação a outra crítica que lhe é normalmente imputada. O equívoco desta concepção é o formalismo, a generalização da tentativa de cientificizar. É correto que conceber os direitos humanos como ciência esbarraria em obstáculos epistemológicos consideráveis. E isto não somente pelo seu caráter relativista – como é constantemente lembrado –, mas também porque refuta a previsibilidade (miserável pretensão de várias ciências e pseudociências) e porque não pretende a isenção política que se arrogam vários campos de estudo.

Entretanto, daí a tais características constituírem fragilidades de uma concepção de direitos humanos vai larga distância. Se não são uma ciência, os direitos humanos assumem uma posição bidimensional ao constituírem, por um lado, um ideal a atingir, o ideal da conciliação entre os direitos do indivíduo e os da sociedade e, por outro lado, por assegurarem um campo legítimo para o embate democrático, em oposição ao totalitarismo, negação de qualquer direito.

A previsibilidade, outrossim, contrasta com os direitos humanos na medida em que estes se pretendem componentes de uma sociedade autônoma, uma sociedade que nega qualquer determinismo, que aceita o contingente, e "cujas instituições, uma vez interiorizadas pelos indivíduos, facilitam o mais possível seu acesso à sua autonomia individual e sua participação efetiva em todo poder explícito existente na sociedade".<sup>9</sup>

<sup>4</sup> FREITAS, *A Proteção Internacional*, p. 49.

<sup>5</sup> FERRY e RENAULT, *Penser les Droits*, p. 70.

<sup>6</sup> Uma discussão elaborada sobre o assunto está em P. Bourdieu, *La Distinction*, apud Ferry, op. cit., p. 74. Veja-se ainda Cornelius Castoriadis, *A Instituição Imaginária da Sociedade*. Trad. de Guy Reynaud. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1982. Sobre tudo pp. 44-54.

<sup>7</sup> FERRY, op.cit., p. 71.

<sup>8</sup> *L'Invention Démocratique*, Fayard, 1981. Os artigos "Droits de l'homme et Politique" e "Reculer les Limites du Possible", contidos nesta obra, foram essenciais no atual debate sobre direitos humanos.

<sup>9</sup> CASTORIADIS, *A Criação Histórica*, p. 37.

Note-se, outrossim, que a inserção da política numa concepção dos direitos humanos não implica uma mundividência acrítica desta prática. Ao contrário, como lembra Paul Thibaud, "inspirar-se numa política dos direitos humanos é recusar-se a sacralizar as vítimas",<sup>10</sup> o que é conseguido evitando-se referências intuitivas e esporádicas aos direitos do homem, ao ritmo de indignações de opinião pública.

Outra das "falhas" apontadas, o relativismo do conceito de direitos humanos, é na realidade um signo de sua potencialidade. De fato, a generalidade de referências permite uma compreensão identitária de cada cultura, negando o tom monocórdico do direito sem, contudo, prescindir de valores básicos, intrínsecos à alusão aos direitos humanos".<sup>11</sup>

A invocação do universalismo pelo discurso dos direitos humanos, assim, celebra uma identidade de fins políticos e morais de uma sociedade, sem contudo lhe tolher as particularidades. Afirma-se, desta forma, a concepção do que René Jean Dupuy intitulou *humanidade aberta*, na qual "diferenças e similitudes estão numa relação dialética, situando-se numa tensão, a da identidade e da proximidade [...]. A humanidade não se coaduna mais com a imagem de uma massa de homens ou de povos idênticos, mas sim de homens e de povos diferentes que assim desejam permanecer sem negar, contudo, que pertencem todos à família humana".<sup>12</sup>

#### 4. Considerações finais

A discussão elaborada não tem pretensão de chegar a conclusões definitivas sobre o tema abordado, mas de servir de orientação a um futuro trabalho mais minucioso.

<sup>10</sup> THIBAUD, *Politique Internationale*, p. 77.

<sup>11</sup> Ce qu'il faut ici bien voir, c'est que la reinsertion de valeurs morales et d'imperatifs éthiques dans la formulation du droit international de l'après-guerre, même si elle demeure largement dominée par un courant de pensée, contribue déjà par elle-même à la relativisation des valeurs ainsi énoncées. C'est parce qu'il y a proclamation de leur caractère universel que les conditions sont déjà créées pour que leur interprétation varie suivant les peuples qui s'en réclament. Le droit, désormais, ne saurait plus prétendre au monolithisme". DUPUY, *Le Droit International*, p. 587.

<sup>12</sup> "La notion de patrimoine commun de l'humanité appliquée aux fonds marins" apud DUPUY op.cit., p. 599.

Por esta razão, foram deliberadamente negligenciados alguns aspectos do tema, como a institucionalização jurídica dos direitos humanos, sua (não) existência no ensino jurídico, os instrumentos jurídicos que os asseguram e sua falibilidade. Cada um destes aspectos, não menos relevantes, exigiriam trabalhos de uma envergadura inatingível aqui.

Limitou-se assim o trabalho a uma análise conceitual da concepção de direitos humanos, entendendo-se estes com "princípios de justiça que buscam um campo correto de alteração segundo o tipo de instituição sócio-jurídica que pretende remodelar".<sup>13</sup>

Os direitos humanos acenam, em consequência, para a possibilidade de inserção de justiça (por relativo que seja o termo) na sociedade que deseja garantir a coexistência pacífica de seus membros-átomos. Esta inserção não tem pretensão de tornar estática a sociedade, mas, ao contrário, de autonomizá-la, de incitar à *po'esis* de novos direitos, de contribuir, no dizer de Lefort, para tornar indomesticável a democracia.

#### Bibliografia

CASTORIADIS, Cornelius. *A criação Histórica: o projeto da autonomia*. Trad. de Márcio Oliveira Dornelles. Porto Alegre, Palmarinca, 1991. 53 pp.

FERRY, Luc e RENAULT, Alain. "Penser les Droits de l'homme". *Esprit*, maio/1981, pp. 67-84.

FREITAS, Ricardo. "A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Limites e Perspectivas". *Direitos Humanos: Um Debate Necessário*. São Paulo, Brasiliense, 1989. 146 pp.

IMBERT, Jacques. "Les Droits de l'homme en France". *Notes et Etudes Documentaires*, n.º 781, 1985, pp. 7-32.

THIBAUD, Paul. "Politique Internationale: Principes et stratégie". *Esprit*, Junho/1981, pp.75-80.

TORRES, Angel Sanchez de la. *Sociología de los Derechos Humanos*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979. 246 pp.

<sup>13</sup> TORRES, *Sociología de los Derechos Humanos*, p.240.

# O papel da investigação e do sistema judiciário na prevenção do crime

ÁLVARO LAZZARINI

## S U M Á R I O

1. Introdução. 2. Controle externo da atividade policial como função do Ministério Público (art. 129, VII, da Constituição) e o Poder Judiciário (art. 5.º, XXXV, da Constituição). 3. Juizados especiais para o julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 98, I, da Constituição Federal). 4. Justiça rápida e eficiente como fator de redução da impunidade. 5. Atualização da Lei Penal. 6. O inquérito policial e o juizado de instrução. 7. Conclusões.

### 1. *Introdução*

A ordem pública, segundo entendo, é a ausência de desordens, isto é, de atos de violência contra as pessoas, os bens e o próprio Estado. Nesse conceito de ordem pública, que fundamento e desenvolvo no livro *Direito Administrativo da Ordem Pública* (já em segunda edição da Editora Forense), incluo a segurança pública como aspecto da ordem pública, ao lado de dois outros, ou seja, ao lado da tranqüilidade pública e da salubridade pública.

Em outras palavras, como partes, aspectos ou elementos do amplo conceito da ordem pública, conforme a melhor doutrina, nacional e estrangeira (que cito na referida obra), capitaneada por Paul Berrard a partir da sua clássica *La Notion D'Ordre Public en Droit Administratif* (editada pela Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, de Paris, no ano de 1962), não temos nada além da segurança pública, tranqüilidade pública e salubridade pública.

Cabe, aqui, pela temática a ser examinada, conceituar segurança pública, que o faço

Álvaro Lazzarini é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; ex-membro do Conselho Supervisor do Sistema dos Juizados Especiais de Pequenas Causas do Estado de São Paulo; professor de Direito Administrativo em São Paulo; e sócio colaborador do Instituto dos Advogados de São Paulo.

*Exposição no 1.º Fórum Nacional de Segurança Pública, Violência e Criminalidade, organizado pela Comissão de Defesa Nacional da Câmara dos Deputados e realizado em São Paulo em 6 e 7 de agosto de 1992. Texto atualizado em fevereiro de 1993.*

como um estado antidelitual, obtido através do exercício de medidas típicas de polícia preventiva ou de repressão imediata, importantes que são para distinguir, como o fazem os publicistas, cultores do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, a polícia de segurança, que é a modalidade de polícia administrativa voltada à prevenção criminal e à repressão imediata à infração penal, da polícia judiciária, que atua *a posteriori*, isto é, atua após a prática delitiva e à aludida repressão imediata.

Lembro, na oportunidade, que toda e qualquer atividade policial, independente do órgão público que a exerça, seja de qualquer dos Poderes do Estado, isto é, do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário, sempre será atividade administrativa, será atividade de administração pública, pois o poder de polícia, que é exercido e dá o amparo à atividade de polícia, é poder administrativo, é poder instrumental da administração pública, indelegável aos particulares.

Bem por isso é o Direito Administrativo que estuda o poder de polícia, do qual decorre o poder da polícia. O poder de polícia é, no meu entender, o mais importante capítulo do Direito Administrativo, pois cuida de limitar direitos e garantias individuais e coletivos.

Cabe-me, aqui, discorrer sobre o aspecto da ordem pública, que é a segurança pública, dado que o constituinte de 1988 priorizou no Capítulo III do Título V, que cuida Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas.

A segurança pública é um dever do Estado e, assim, é um direito de todos (art. 5.º, *caput*, combinado com o art. 144, *caput*, da Constituição). Para isso, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, instituíram um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a *segurança*, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a *justiça* como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, tudo conforme consta

do Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

Mas se a segurança pública é dever do Estado e direito de todos, de todos também é responsabilidade, aliás, conforme a Constituição o declara, enfaticamente, no *caput* do seu art. 144.

Daí estar correta a posição de José Augusto Curgo, Deputado Federal, Presidente da Comissão de Defesa Nacional da Câmara dos Deputados, quando, em maio de 1992, na introdução do documento que apresenta o cronograma do 1.º Fórum Nacional de Segurança Pública, Violência e Criminalidade, assevera que, quanto ao temário, "apontar caminhos para a correção é um dever do Estado e de todos os cidadãos, *porém é inegável que avulta de importância a responsabilidade da classe política de liderar a busca de novos rumos*".

O tema destinado a ser examinado no Estado de São Paulo é interdisciplinar, pois, a par de envolver Poderes de Estado, órgãos essenciais e órgãos auxiliares do Poder Judiciário e que não integram a sua estrutura orgânica, envolve legislação infraconstitucional, como também a moderna ciência da administração.

Tenho escrito e demonstrado, como o fiz na Escola Paulista da Magistratura, órgão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em trabalho ainda não publicado ("*O Poder Judiciário e o Sistema de Segurança Pública*") e destinado ao corpo discente do Curso Superior de Polícia, para 1992, da Polícia Militar do Estado de São Paulo, que o Poder Judiciário não integra o sistema de segurança pública, sistema esse que, de acordo com a teoria dos sistemas, na realidade, é um subsistema de segurança pública, que se insere no sistema criminal, que tem, no Poder Judiciário, pela sua Justiça criminal, o órgão final para onde toda atividade de segurança pública está obrigatoriamente voltada, em um Estado democrático de direito, isso porque cabe exclusivamente à Justiça criminal o exercício da jurisdição criminal, papel constitucional do Poder Judiciário como expressão máxima da soberania do Estado democrático de direito.

Bem por isso continuo a entender correta a colocação de Carlos Magno Nazareth Cerqueira, que transcrevi no livro *Direito Administrativo da Ordem Pública* quando salientou que há um sistema criminal e um subsistema policial, que podem estar afetados por insuficiências técnicas e científicas, independentemente da sua estruturação, observando, ainda, que o sistema criminal compreende a legislação penal e processual penal, a cargo do Poder Legislativo da União, a polícia, federal ou estadual, o Ministério Público, federal ou estadual, os advogados criminais, o setor penitenciário, federal ou estadual, e o próprio Poder Judiciário, federal ou estadual, através de sua Justiça criminal, que está no seu extremo linear, por exercer, como focalizado, a jurisdição criminal própria do Poder Judiciário, emanção da soberania do Estado brasileiro. Os demais subsistemas ou lhe são essenciais, como o Ministério Público e a advocacia criminal (arts. 127 a 135 da Constituição), ou, então, lhe são auxiliares na repressão criminal, como o são as polícias de segurança ou a judiciária quando atuam após a prática criminosa.<sup>1</sup>

Com essas considerações introdutórias, passo à temática proposta para este 1.º Fórum Nacional de Segurança Pública, Violência e Criminalidade.

## 2. Controle externo da atividade policial, como função do Ministério público (art. 129, VII, da Constituição) e o Poder Judiciário (art. 5.º, XXXV, da Constituição)

Estabelece o art. 129, VII, da Constituição ser função institucional do Ministério Público "exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar" mencionada no seu art. 128, § 5.º.

Trata-se, como se verifica, de norma constitucional de eficácia contida. Sua eficácia depende de lei complementar.

Já explanei em trabalho anterior a importância do controle externo da atividade policial, em especial no que se refere à atuação

das Polícias Cíveis e Militares, pois "não foi sem motivo que o legislador constitucional preocupou-se em atribuir ao Ministério Público o controle externo da atividade policial, reforçando o trabalho correicional a cargo de Poder Judiciário. A isso, com propriedade, Inocêncio Mártires Coelho chama de 'sistema de freios e contrapesos consagrado em nossa Lei Fundamental', posição corroborada em publicação contígua de Hugo Nigro Mazzilli".<sup>2</sup>

Como focalizei, o controle externo por parte do Ministério Público está previsto para somar ao do Poder Judiciário sobre a atividade policial judiciária dos órgãos de segurança pública.

Daí não concordar com o posicionamento daqueles que, como José Damiano Pinheiro Machado, mestre em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo, quando, cuidando do controle externo da atividade policial, após ligeiro exame da atividade correicional do Poder Judiciário, assevera que "o Ministério Público precisa ousar! Tanto já foi obtido na área cível aos últimos tempos que falta o mesmo tratamento à Justiça pública na área criminal. Não podemos continuar de braços cruzados quando o texto constitucional nos atribui o exercício de uma função que o Poder Judiciário hoje exerce sem embasamento legal".<sup>3</sup>

Ledo engano do ilustre mestre em processo penal, engano esse que merece ser posto à calva, diante do temário deste *Forum*.

No Estado de São Paulo, por exemplo, o denominado Regimento das Correições está consubstanciado no Decreto n.º 4.786, de 3 de dezembro de 1930, mantido pelo art. 50 do Código Judiciário do Estado de São Paulo (Decreto-Lei Complementar n.º 3, de 27 de agosto de 1969), ou seja, "a correição permanente consiste na atividade fiscalizadora dos

1 LAZZARINI, Álvaro, et alii. *Direito Administrativo da ordem pública*, 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 3-4.

2 LAZZARINI, Álvaro. "A segurança pública e o aperfeiçoamento da polícia no Brasil". *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, v. 184, abr./jun. 1991, pp. 25-85; idem, *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1991, v. 316, pp. 3-34.

3 PINHEIRO MACHADO, José Damiano. "Controle externo da atividade policial". *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, v. 678, abr. 1992, pp. 407-409.

órgãos da justiça sobre todos os seus serviços auxiliares, polícia judiciária e os presídios, e será exercida nos termos do regimento próprio".

O ser um decreto, o Regimento das Correições não está, aliás, a confundi-lo com o ato administrativo normativo *decreto*, como hoje é conhecido o da competência exclusiva de Chefe do Poder Executivo. O aludido decreto data de 3 de dezembro de 1930 e veio a substituir o Decreto n.º 834, de 2 de outubro de 1851, observando o Interventor Federal no Estado de São Paulo a competência que foi prevista no art. 11, § 1.º, do Decreto federal n.º 19.398, de 11 de novembro de 1930.

Paulino Jacques,<sup>4</sup> escrevendo sobre as reformas políticas e sociais de 1930, lembra a revolução irrompida em 3 de outubro de 1930 e que, em 3 de novembro desse mesmo ano, Getúlio Vargas assumiu o governo, expedindo a Lei Orgânica do Governo Provisório, ou seja, o referido Decreto federal n.º 19.398, de 11 de novembro de 1930, estabelecendo um governo provisório discricionário, com acumulação dos Poderes Executivo e Legislativo pelo Chefe do Governo e, pois, a dissolução do Congresso Federal, das Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, intervindo-se ainda nos Estados e Municípios.

Dir-se-á que essa atuação anômala do Poder Executivo estadual, nos idos de 1930, mesmo que admitida como legítima anteriormente à Constituição Federal de 1988, por esta, agora, estaria revogada no que diz respeito ao controle externo da atividade policial de segurança pública ou de polícia judiciária, diante da vigente norma constitucional do art. 129, VII, ora em exame.

Ouso discordar. Entendo que o controle externo por parte do Ministério Público veio, tão-só, legitimar algo que anteriormente ele já o fazia, bem ou mal, pouco importa, à margem das Constituições. A Constituição de 1988 tornou obrigatória essa atuação, como sua função institucional.

Em reforço à tese que defendo, cabe aqui citar o veto que o Presidente Itamar Franco

impôs aos incisos X e XI do art. 25 da Lei n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993,<sup>5</sup> que ditavam:

"Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

.....  
X – receber diretamente da autoridade policial o inquérito concluído, tratando-se de infração de ação penal pública;

XI – conceder prazo, quando o inquérito policial não for encerrado em trinta dias, tratando-se de indiciado solto mediante fiança ou sem ela."

Fica claro que tal veto, coerentemente com o disposto na Carta Política e no Código de Processo Penal, visou manter o controle do Poder Judiciário sobre o inquérito policial, pelas razões que explanei.

A Lei Complementar que dará eficácia plena ao art. 129, VII, da Constituição não poderá isso desconhecer, mesmo porque o seu art. 5.º, XXXV, é expresso ao impor o monopólio judiciário do controle jurisdicional, isto é, no dizer sempre festejado de José Afonso da Silva,

"O art. 5.º, XXXV, declara: 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'. Acrescenta-se agora ameaça a direito, o que não é sem consequência, pois possibilita o ingresso em juízo, para assegurar direitos simplesmente ameaçados. Isso já se admitia, nas leis processuais, em alguns casos. A Constituição amplia o direito de acesso ao Judiciário, antes da concretização da lesão."<sup>6</sup>

O art. 5.º da Constituição, aliás, é farto em demonstrar a atividade correicional do juiz

<sup>5</sup> Lei n.º 8.625/93 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. *Diário Oficial*, Brasília, 15 de fevereiro de 1993, pp. 1997/2004.

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 372.

<sup>4</sup> JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*, 2.ª ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1958, pp. 81-82.

sobre as atividades policiais: prevê, por exemplo, que a casa é asilo inviolável do indivíduo, nela só se podendo ingressar com consentimento do morador, salvo caso de flagrante delito ou desastre ou para prestar socorro ou, durante o dia, *por determinação judicial* (inciso XI); prevê, também, ser inviolável o sigilo da correspondência 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 (inciso XII); ninguém, aliás, será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (inciso LIII), que é o *juiz*, não sendo ninguém considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (inciso LVII); prevê também que ninguém será preso em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de *autoridade judiciária competente*, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (inciso LXI); obriga ademais que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre sejam comunicados imediatamente ao *juiz competente* e à família do preso ou a pessoa por ele indicada (inciso LXII), certo que, sendo a prisão ilegal, ela será imediatamente relaxada pela *autoridade judiciária* (inciso LXV), a qual, aliás, compete conceder *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (inciso LXVIII).

Como se verifica, continua atual a lição de Geraldo Amaral Arruda sobre o tema da autoridade correicional do juiz em relação à polícia judiciária,<sup>7</sup> lição que dispensa acréscimos, pois, diante do monopólio judiciário do controle jurisdicional (art. 5.º, XXXV, da Constituição), há a prerrogativa do juiz, conforme as demais normas constitucionais sintetizadas acima, de receber da autoridade policial, que é órgão auxiliar da Justiça criminal, todas as informações referentes às ati-

vidades de polícia judiciária, controlando-a para evitar lesão a direitos e garantias individuais e coletivos.

Isso importa, no dizer de Geraldo Amaral Arruda, "no dever de responsabilizar a autoridade que eventualmente tenha violado a Lei", sendo óbvio que ao juiz é conferido pela Constituição a função correicional com o fim de apurar os fatos e promover a responsabilidade da autoridade que violou a lei. Essa conclusão pode ser extraída diretamente da Constituição, porque o princípio nela fixado é claro e auto-aplicável, além de representar o que sempre se entendeu correto, pelo menos enquanto não se pôs em dúvida neste País o Estado de direito.

O ilustre articulista, aliás, concluiu a sua lição lembrando que "a função correicional não se confunde com chefia ou hierarquia, não vai sequer ao campo disciplinar da aplicação de penas administrativas aos agentes da polícia. Mas o poder de apurar os fatos, em procedimento correicional, não lhe pode ser negado, sob pena de se tornarem letra morta as garantias constitucionais. Nem se alegue que outro órgão teria a função correicional. *Nada obsta que a função correicional coexista em relação a vários órgãos.* O regime democrático pede a existência de múltiplas formas de fiscalização do serviço público. Aliás, essa é a razão pela qual a democracia se defende melhor da corrupção do que os regimes de força".

Enfim, em uma interpretação sistêmica, e não a só gramatical do art. 129, VII, da Constituição, reafirmo que o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público veio para somar-se à atividade correicional do juiz, isto é, do Poder Judiciário, e não para excluí-la, em especial diante da norma do art. 5.º, XXXV, justamente por dizer respeito aos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, não podendo nenhuma lei, mesmo que complementar, excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Cumprе finalmente salientar que o controle externo há de só ser feito nas atividades típicas de polícia judiciária, ou seja, aquelas que se desenvolvem após a eclosão da infra-

<sup>7</sup> ARRUDA, Geraldo Amaral. "Da função correicional do juiz de direito como atividade independente do poder hierárquico ou disciplina". *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo: Lex Editora, jul./ago., 1984, v. 89, pp. 30-33

ção penal,<sup>8</sup> não tendo sentido a sua existência sobre a atividade tipicamente de polícia administrativa, que objetiva evitar a ocorrência de ilícitos em geral, administrativos ou não.

Essa destinação específica do controle externo para os atos de polícia judiciária, sejam eles praticados por qualquer corporação policial, ficou evidente com a publicação da Lei n.º 8.626/93, quando no art. 26, IV, determina:

"Art. 26. No exercício de suas funções o Ministério Público poderá:

.....  
IV – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observando o disposto no art. 129, VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los;"

Mais adiante o art. 41, VIII, completa:

"Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas em lei:

.....  
VIII – examinar, em qualquer repartição policial, autos de flagrante ou inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;"

Assim, no interesse da ação penal, todo e qualquer ato de polícia que ocorra no sentido de apurar ilícito penal, desde o atendimento da ocorrência pelo policial de rua até o final do inquérito policial, está sob a égide do Ministério Público, que poderá controlá-los externamente na forma acima prevista ou ainda conforme dispuser a lei complementar estadual (Lei Orgânica do Ministério Público ainda por ser editada), nos termos do art. 2.º da Lei n.º 8.625/93.

<sup>8</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 1990, p. 90, citando LAZZARINI, Álvaro. "Do poder de polícia". In *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*: São Paulo, Editora Lex, jan./fev.1986, v. 98, pp, 20-25.

### 3. Juizados especiais para o julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 98, I, da Constituição Federal)

Desenvolvi o tema dos juizados especiais para o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, previstos no art. 98, I, da Constituição de 1988, durante o Simpósio Nacional dos Juizados Especiais de Pequenas Causas – Cíveis e Criminais –, realizado em Curitiba, de 4 a 6 de junho de 1992, sob os auspícios da Associação dos Magistrados Brasileiros, Tribunal de Justiça do Paraná e Associação dos Magistrados do Paraná, cabendo aqui reproduzi-lo dado que adotado no conclave referido.

#### 3.1. O atraso do processo penal no Brasil

O experiente Valentim Alves da Silva, que exerceu durante muitos anos as funções de juiz corregedor da polícia judiciária no Estado de São Paulo, costuma dizer que a Justiça criminal no Brasil, comparando-a com a de outros países, alguns até menos evoluídos, está atrasada em pelo menos cinquenta anos. Ele tem razão porque, em 1935, Vicente Rao já dava ao Brasil um projeto de lei moderno criando o Juizado de Instrução Criminal.

A prova cabal de que o modelo vigente não deu certo, particularmente na área criminal, pode ser encontrada no estudo denominado "Índice de Segurança Pessoal e da Propriedade – Indicadores de Crime e Violência", produzido pela Universidade de São Paulo a pedido da Secretaria Especial de Planejamento da Presidência da República, no qual se confirmou, matematicamente, que enorme quantidade de ações penais, mais de um terço, não é apreciada devido a fatores diversos, como extinção da punibilidade, prescrição, arquivamento de inquéritos, etc., ou resultam em nada, pela insuficiência ou ilicitude das provas feitas na fase policial, tudo isso sobre o universo das ocorrências policiais que chegam à Justiça criminal. Mas há aquelas – e isso é público e notório – que não chegam, cerca de dois terços, criando um quadro de impunidade gerador do medo e da insegurança que se alastra a todos, sejam ricos, sejam pobres.

Até agora, para combater os males sociais, vê-se que o Estado tem procurado dar muita e melhor polícia. *Mister se torna dar, também, mais Justiça, porque a melhoria de uma parte, isoladamente, não propiciará mais eficiência e eficácia do sistema criminal.*

### 3.2. Juizado especial, o avanço da Justiça criminal

A gravidade do problema preocupou os constituintes de 1988, que buscaram uma solução, ainda que tímida, na instituição dos juizados especiais para julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, através do art. 98, I, da Carta Política. Tímida porque o ideal que buscamos, repito, é a criação dos juizados de instrução criminal, que figurou nas diversas fases do Projeto de Constituição, até que o denominado "Centro" o afastasse do texto, sendo a seguir destacado para votação em plenário, o que acabou não ocorrendo em razão das pressões classistas feitas sobre os constituintes que o defendiam. Assim, fugiu-se ao debate e à votação da matéria no plenário da Assembléia Nacional Constituinte, pois sabia-se que sua aprovação inexoravelmente ocorreria. Mas, se abortado foi do texto constitucional o instituto do juizado de instrução criminal, o mesmo não se pode dizer do seu espírito, que continua presente no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos da Carta, conforme atesta o art. 5.º e seus incisos XI, XII, XLIX, LVI, LXI, LXII e LXVI, entre outros.

Todavia, salvaram-se os juizados especiais, onde, em linhas gerais, o legislador constituinte quis dar ao Brasil, nas aludidas infrações penais, um processo que se oriente pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, o que é uma vitória, pois configura avanço considerável no sentido de aperfeiçoar a Justiça criminal, velho anseio do povo brasileiro.

O que não podemos, na legislação infraconstitucional, tanto no âmbito federal quanto no estadual, é perder de vista os objetivos colimados pelos constituintes, entre os quais devem ser alinhados como fundamentais os

seguintes: a) a possibilidade de acesso direto e imediato à justiça; b) procedimentos ágeis com a instrução correndo toda perante o juiz; c) prestação jurisdicional rápida, assegurando recurso às partes.

Deve, também, ser prevista uma estrutura maleável, terminando, nesses casos, com a mitigada participação do juiz no início da instrução criminal, dando à autoridade judiciária competente maior amplitude de instrução criminal, sem que ela se deixe resvalar para o campo policial.

A evolução pretendida é a de que os depoimentos prestados nos juizados especiais sejam únicos e o seu revestimento jurídico termine com a clássica situação de *o acusado confessar perante a autoridade policial e negar perante a autoridade judiciária*, ou, em outras palavras, *confesse na Polícia e negue na Justiça criminal*.

### 3.3. Distinção entre o juizado especial e o juizado de pequenas causas

Embora não seja o nosso tema especificamente neste evento, cumpre salientar a distinção entre os juizados especiais e os juizados de pequenas causas, estes consagrados no art. 24, X, da Constituição.

Pelo texto da Carta, está evidente a intenção do legislador em diferenciar os dois institutos, recepcionando a Lei n.º 7.244, de 7 de novembro de 1984, que cuidou da criação e funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas, tudo, no único intuito de agilizar a prestação jurisdicional. Nesse sentido, também, entendeu a Constituição paulista (arts. 54, VIII e IX, 87 e 88).

A propósito, tratamos do assunto em trabalho publicado na *Revista de Processo* n.º 58, abr./jun. 1990, pp. 110-113, sob o título "A Constituição Federal de 1988, os Juizados Especiais e os Juizados Especiais de Pequenas Causas".

A título de ilustração, cabe dizer que no Estado de São Paulo temos hoje mais de cem unidades desse juizado em pleno funcionamento, com excelentes resultados tanto para o Poder Judiciário quanto para a população, que cada vez mais os tem procurado e prestigiado.

### 3.4. Situação atual do projeto de lei sobre os juizados especiais

Em 3 de agosto de 1988, portanto antes mesmo da promulgação da atual Constituição, quando o dispositivo ainda tinha numeração diferente, mas já estava definitivamente aprovado, preparamos o trabalho "Juizados Especiais para Julgamento das Infrações Penais de Menor Potencial Ofensivo", publicado também na *Revista de Processo* n.º 58, abr./jun. 1990, pp. 99-107.

Esse trabalho foi apresentado à Câmara dos Deputados pelo Deputado Federal Gonzaga Patriota, de Pernambuco, sob a forma do Projeto de Lei n.º 3.883, de 1989, sendo acolhido e juntado aos projetos de lei dos Deputados Michel Temer, Nelson Jobim e Manoel Moreira, que em conjunto, tramitaram naquela Casa, culminando no Projeto de Lei da Câmara n.º 91, de 1990, aprovado e enviado ao Senado Federal.

No Senado, coube ao Senador José Paulo Bisol, mercê de sua condição de ex-magistrado no Rio Grande do Sul, a missão de relatar o projeto oferecendo-lhe os ajustes finais. Nesse momento, pelo que estamos sabendo, o Senador Paulo Bisol optou por um substitutivo onde considerou as linhas gerais do projeto, deixando as particulares para os Estados legislarem, o que ao nosso ver está correto, até porque devem ser respeitadas as peculiaridades regionais em um país de dimensões continentais como é o nosso. Esse substitutivo, ao que soubemos, decorre de proposta da Associação dos Magistrados Brasileiros, graças ao descortino da comissão integrada pelos Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, que ontem nos honrou com a sua exposição, e Athos de Gusmão, como também dos juristas Rêmolo Letteriello e Caetano Lagrasta Neto. Casó o parecer do Senador não seja acolhido pelo Senado, deverá ser, porém, aprovado o projeto praticamente como veio da Câmara.

Nessa fase do projeto, quero dizer, sugerimos ao Senador que fosse retirada do texto a revogação da Lei n.º 7.244/84, deixando sobreviver os juizados de pequenas causas, porque, afinal, eles estão expressos na Carta e, quanto mais tribunais especiais existirem, melhor será para o povo – para o rico, para o

pobre –, como temos entendido no Estado de São Paulo.

### 4. Justiça rápida e eficiente como fator de redução da impunidade

O tema de uma justiça rápida e eficiente foi também objeto do aludido Simpósio Nacional dos Juizados Especiais de Pequenas Causas – Cíveis e Criminais –, cabendo-me também discorrer sobre o plantão criminal, providência essa útil não só em termos de juizados especiais para o julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo, como também para os juizados de instrução criminal, este último logo abaixo examinado (item 6).

A deficiência na punição da ilicitude, já o afirmei em outro trabalho,<sup>9</sup> gera a impunidade, que é fator acelerador da desagregação social e, portanto, ingrediente de risco à estabilidade das instituições. O advogado José Carlos Dias sintetizou muito bem o problema ao afirmar que devemos tratar de enfrentar a questão da violência com olhos sociais, de preparar nossas polícias e nossa Justiça para que a impunidade não prospere. Vista a gravidade que representa a impunidade, cabe analisá-la naquilo que advém de defeitos no ciclo da persecução criminal, mais especificamente, no ciclo de polícia, onde estou de veras convencido de que o problema está principalmente na instrução criminal.

Estudos sérios, realizados pelo Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) e por juristas de porte, com efeito, mostram que fundamentalmente *a origem dos erros está no verdadeiro afastamento do Poder Judiciário em relação ao início da instrução criminal*, sendo o restante mero acessório ou decorrente, como já o afirmei anteriormente.

O Plantão criminal é a solução, diante dos princípios da oralidade, do acesso rápido à Justiça, do procedimento sumário, enfim as características de tribunal ágil que a Constituição de 1988 impôs aos juizados especiais, pois, caso contrário, acabarão por não atender às finalidades para as quais foram criados.

<sup>9</sup> LAZZARINI, Álvaro. *A segurança pública e o aperfeiçoamento da polícia no Brasil*, cit.

Realmente, as cidades mais populosas vêm demonstrando, desde muito tempo, clara necessidade de plantões judiciais, mesmo com a atual estrutura do Poder Judiciário. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo há muitos anos criou, através de provimento, o plantão judicial da capital que se mostra muito útil.

Outro aspecto importante a destacar, com relação aos plantões dos juizados especiais, é o fortalecimento que, de forma indireta, eles representam para a instituição policial. Por certo, o contato direto entre o policial de rua, figura essencial nos trabalhos da polícia, e o juiz, com o tempo, levará ao aprimoramento desses serviços, sem falar na natural diminuição da violência e da corrupção, dificuldades agora pela presença viva do magistrado. Além do mais, o juiz criminal especial, para sua decisão, não pode prescindir do contato pessoal e imediato com o agente público, que, se não viu o fato, por certo chegou ao local poucos momentos depois, tendo sentido de perto a situação que se afigurou e, portanto, em melhores condições de esclarecê-la.

Também a polícia judiciária ver-se-á beneficiada, pois, livre de grande parte dos anacrônicos inquéritos policiais, que são, potencialmente, fonte inesgotável de corrupção, poderá voltar seus esforços, com maior ênfase e propriedade, à sua atividade-fim, a investigação criminal, hoje colocada em um plano inferior para privilégio de funções cartorárias e de polícia administrativa.

Entretanto, não devemos nos esquecer de resguardar a figura do juiz, que, pela tradição brasileira, não deve adentrar a área de competência policial, no que zelará o seu respectivo órgão censor. Em outras palavras, poder-se-ão distribuir as funções, conforme segue:

- A) Polícia:
  - 1 – atendimento da ocorrência;
  - 2 – diligências e investigações preliminares, imediatas;
  - 3 – investigações ordenadas pelo juiz.
- B) Juiz especial:
  - 1 – instauração e instrução do processo;
  - 2 – preparo para o julgamento;
  - 3 – julgamento;
  - 4 – execução.

Mas o ideal de adotar-se os plantões dos juizados especiais de maneira imediata e ampla esbarra na dura realidade brasileira. Daí propormos uma solução intermediária, onde o sistema atual conviva com o pretendido, implantando-se paulatinamente.

Nossa sugestão de funcionamento dos juizados especiais para julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo abrange todo um ciclo completo desde a fase policial até o julgamento, com o plantão judicial funcionando mesmo que em parte do dia.

### 5. Atualização da lei penal

Não cuidarei aqui da problemática da criminalização e descriminalização de condutas, e sim dos tipos criminais que interessam aos juizados especiais, aliás como o fiz no tema que me foi oferecido a expor no referido Simpósio Nacional dos Juizados Especiais de Pequenas Causas – Cíveis e Criminais.

Penso que a criminalização e descriminalização de condutas não é tema para esta oportunidade em que se cuida do papel da investigação e do sistema judiciário na prevenção do crime, eis que se encontra previamente definido em lei, nos estritos termos do art. 5.º, XXXIX, da Constituição.

#### 5.1. *Intenção do legislador constituinte a respeito das infrações penais de menor potencial ofensivo*

Na memorável sessão da Assembléia Nacional Constituinte de 5 de abril de 1988, que aprovou os juizados especiais, defendeu o texto vitorioso o constituinte Plínio de Arruda Sampaio, derrotando, em discurso brilhante, as alternativas retrógradas que então se apresentavam. Tal discurso representa a mais autêntica e precisa interpretação dos objetivos que nortearam o legislador constituinte ao elaborar e aprovar a norma constitucional, e por isso cabe aqui transcrevê-lo, em parte:

"Em relação àquilo que foi aprovado na Comissão de Sistematização, na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, que consta do pro-

jeto do "Centrão", emenda atualmente aprovada. O que lá se diz é mais amplo tecnicamente, mais perfeito, e representa avanços processuais importantíssimos, que vou ler: 'A Justiça dos Estados deverá instalar juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, para o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade (...)'. Não é *pequena causa*. O que é uma pequena causa? É aquela que tem pouco valor econômico ou uma de menor complexidade, mais fácil de ser julgada, podendo ser julgada mais rapidamente.

Prossigo a leitura do artigo: '(...) e infrações penais de menor potencial ofensivo, (...)'. Não é apenas a contravenção, mas também o crime, desde que tenha potencial ofensivo menor e, portanto, seja mais facilmente julgável.

Prossigo: '(...) mediante procedimento oral (...)'. A menção aqui é expressa à oralidade do processo. É o grande avanço. É o julgamento perante o juiz, ali, na hora, da causa pequena, oral, sem preocupação, sem uma longa tramitação processual.

Outra novidade está neste pequeno artigo, que chamaria a atenção dos Senhores Constituintes: '(...) permitida a transação (...)', ou seja, é permitido que as partes e os juízes cheguem a um acordo para terminar a demanda.

Prossigue: 'e o julgamento de recursos por juízes de primeiro grau'.

Este texto representa um longo estudo, um longo processo de experimentação realizado em várias partes do Brasil, representa este desejo de levar a Justiça mais bem perto do povo." (*Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, abr. 1988, quarta-feira, 6, p. 9008)

À vista disso, é inequívoco o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, abrangendo as contravenções e os crimes, *com menor potencial ofensivo e mais facilmente julgáveis*. Observem-se os dois requi-

sitos incidentes sobre os crimes para definição da competência dos juizados especiais.

### 5.2. *As infrações penais de menor potencial ofensivo nos outros projetos de lei apresentados à Câmara dos Deputados*

No projeto do Deputado Nelson Jobim, a competência dos juizados especiais criminais foi assim definida:

"Art. 61. Os juizados especiais criminais terão competência privativa, nas comarcas onde instalados, para processar e julgar, sob procedimento oral e sumaríssimo:

I – os crimes de furto (art. 155, *caput*, do Código Penal);

II – os crimes dolosos punidos com pena de reclusão até 1 ano, ou de detenção até 2 anos;

III – os crimes culposos;

IV – as contravenções."

Por sua vez, o Deputado Manoel Moreira, em seu projeto, considerou as infrações penais de menor potencial ofensivo da seguinte forma:

"Art. 3.º Para os efeitos desta Lei, consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo aquelas previstas na legislação penal ordinária e nas leis extravagantes apenadas com detenção até um ano, no máximo, ou com prisão simples e multa, cumulativa ou alternativamente, e ainda o furto de coisa de pequeno valor."

### 5.3. *Nossa posição sobre as infrações penais de menor potencial ofensivo*

Com o objetivo de fundamentar nossa posição ao conceituarmos as referidas infrações penais, buscamos embasamento nos anais da Assembléia Nacional Constituinte, nos estudos do Instituto dos Advogados do Brasil, nos trabalhos do I Congresso Nacional de Segurança Viária e na experiência de vários anos como juiz criminal em São Paulo, resultando nos seguintes dispositivos integran-

tes do projeto de lei apresentado pelo Deputado Gonzaga Patriota:

"Art. 3.º. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo as apenadas com detenção até 1 ano, a lesão corporal culposa, o homicídio culposo, e as contravenções penais.

Parágrafo único. Não se aplica esta Lei aos crimes falimentares, aos de responsabilidade dos funcionários públicos, aos de imprensa, aos praticados contra a propriedade imaterial, aos da competência da Justiça Federal, da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral, aos da competência originária do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça e de Alçada.

Art. 4.º. Compete ao juiz especial definir a possibilidade de julgar o caso criminal que lhe for apresentado, desde logo e nos termos desta Lei."

Cumpra destacar que a nossa proposta contemplou a possibilidade de um julgamento mais rápido e eficiente das lesões corporais culposas e dos homicídios culposos, decorrentes de acidentes de veículos. Isso foi motivo de estudos pela comissão temática da Assembléia Nacional Constituinte que cuidou do Poder Judiciário, entendendo a comissão que os crimes de trânsito, facilmente julgáveis, poderiam ser apreciados pelos juizados especiais.

A questão, aliás, já fora objeto do I Congresso Nacional de Segurança Viária, realizado de 31 de março a 3 de abril de 1986, em São Paulo.

Naquela oportunidade, em mensagem dirigida aos congressistas, Marcos Luís da Costa Cabral, então Presidente do Contran (Conselho Nacional de Trânsito) e presidente do congresso, afirmou que a "República trairia a demanda social de segurança se não assumisse a prevenção da criminalidade do acidente de trânsito como objeto, legítimo, de investimento social, da atuação emergencial do Estado. O clamor popular por segurança impõe, assim, a atuação imediata do Estado, no momento em que este assume a tarefa

histórica de reconstituir-se democraticamente e de garantir à comunidade as condições práticas de exercer a cidadania no quadro de sua vida cotidiana, fundada em liberdade e na observância das normas legais" (anais do referido congresso).

Ainda naquele congresso, no dia 3 de abril, tivemos a oportunidade e a honra de presidir o painel "O Poder Judiciário e o Trânsito", tendo como painelistas os Desembargadores Kazuo Watanabe e Orlando Gandolfo e o juiz de direito Octávio Jorge de Cesar Valeixo, então titular da 1.ª Vara de Delitos de Trânsito de Curitiba.

O Desembargador Kazuo Watanabe, pelas anotações que ainda temos em nosso poder, defendeu a tese da criação, justamente, de Juizados de Pequenas Infrações Criminais. E o painalista Octávio Jorge de Cesar Valeixo, após explanar sobre as vítimas sacrificadas em holocausto à máquina, salientou que "o Poder Judiciário, dependente que é dos demais Poderes, tanto na sua estruturação como na elaboração de legislação ajustada à realidade dos delitos de circulação de veículos, encontra-se tolhido na sua ação de fazer intervir o direito, refreando a vontade do homem em determinados limites, de forma a reduzir o risco para a segurança dos bens jurídicos. É um mero espectador desse quadro trágico de violência, vivendo, ainda, ao tempo do cabriolé para enfrentar a criminalidade decorrente de máquinas turbinadas".

Dai a sua proposição de que deve haver a reformulação da legislação administrativa, penal e processual, ensejando uma reestruturação judiciária e policial de forma a permitir rápida solução dos feitos decorrentes dos sinistros viários.

Esse, ao que entendemos, o anseio do povo a que o Poder Judiciário deve servir. Não pode o Poder Judiciário ficar inerte na magnitude do tema, inclusive, no que se refere aos acidentes de trânsito. A par de criticar, de mostrar o seu desagrado, o Poder Judiciário, com a experiência de seus juizes, deve apresentar algo de concreto, enfrentando os problemas, direcionando o legislador.

#### 5.4. As infrações penais de menor potencial ofensivo e o projeto de lei dos juizados especiais aprovado pela Câmara dos Deputados

O Projeto de Lei da Câmara dos Deputados de n.º 91, de 1990, por sua vez tratou das aludidas infrações penais da maneira seguinte:

"Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial."

Não poderíamos estar de inteiro acordo com a definição que o Projeto de Lei n.º 91 deu para as infrações penais de menor potencial ofensivo, pois, com a devida vênia, ela não está à altura da intenção do legislador constitucional, conforme demonstramos, e nem dos anseios da nossa Justiça criminal. Se os constituintes consideraram o juizado especial um avanço importantíssimo para a prestação jurisdicional, e de fato o é, não será coerente restringir-lhe a competência tão drasticamente, reduzindo-o a um tribunal que, embora tenha características avançadas, só cuida de assuntos cuja relevância é mínima. Pelos estudos que fizemos, a proposta do Projeto de Lei n.º 91 abrangeria cerca de setenta e cinco tipos penais, vale dizer, menos de um terço do previsto no atual Código Penal, a maioria tipos de pouca incidência.

Acreditamos que uma emenda supressiva, retirando o limite de um ano nos crimes apenados com detenção, seja a saída para a adequação do projeto ao que precisamos, ficando as contravenções penais e os crimes apenados com detenção integrados ao conceito de infrações penais de menor potencial ofensivo. Cabe lembrar que nossa posição está de acordo com a legislação penal vigente, pois o próprio Código Penal, ao avaliar o alcance do delito em função do objeto jurídico, objeto material e sujeito passivo, distingue as penas de reclusão das de detenção, estas aplicáveis quando o impacto do dano ou do perigo é mais brando, menor ou de conduta menos grave; sintetizando: de menor potencial ofensivo.

#### 6. O inquérito policial e o juizado de instrução

O juizado de instrução criminal ou, simplesmente, juizado de instrução, como venho demonstrando em diversos escritos e conferências que se seguiram ao lançamento do citado *Direito Administrativo da Ordem Pública*, em 1986, representará, sem sombra de dúvida, grande avanço na história do Poder Judiciário do Brasil, aproximando ele do povo, *sem transformar o juiz em policial e coibindo a recíproca*, isto é, *que o policial tenha foros de magistrado*, como vem ocorrendo com policiais decidindo o que fazer da ocorrência criminal que é levada à delegacia de polícia.

É velho anseio, mais que secular, do vetusto Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), retomado em 1985, inclusive por policiais civis e militares, como ainda por magistrados brasileiros reunidos em congresso em 1986, em Recife.

O juizado de instrução, como já o dissera Vincenzo Manzini, tem por finalidade recolher e tomar em consideração a defesa do imputado e instruir juízo sobre a questão de ser ou não ser caso de mandá-lo a julgamento.

Essa instrução criminal prévia é, em geral, no dizer insuspeito de Hélié Faustin, o inquérito judicial destinado a descobrir todas as circunstâncias, reunir todos os documentos e provocar todas as medidas conservatórias necessárias, quer à segurança dos fatos incriminados, quer à segurança da ação da Justiça.<sup>10</sup> A instrução preliminar é uma instituição indispensável à justiça penal, sendo o seu primeiro benefício o de proteger o inculpaado.

Não é demais voltar a chamar o magistério do experiente Valentim Alves da Silva,<sup>11</sup> que durante muitos anos foi juiz corregedor da polícia judiciária de São Paulo, quando salientou que o sistema atual de inquéritos policiais, além de tornar extraordinariamente demorada a ação da justiça penal, é

<sup>10</sup> FAUSTIN, Hélié. *Traité de l'instruction criminelle*, v. 5, pp. 3-17.

<sup>11</sup> SILVA, Valentim Alves da. *Relator Policial*, São Paulo, a. 4, n.º 34, out. 1986, p. 12.

excessivamente onerosa, a tornar inarredável a necessidade de duplas diligências para instrução do processo, com colheita de prova na polícia e, depois, sua repetição em juízo, já agora em condições desfavoráveis, dado o decurso do tempo entre o fato e a realização da prova.

Contra o juizado de instrução não se argumente com eventual dificuldade de dispor de um número suficiente de juízes preparados para atender adequadamente ao número de juizados que se precisaria instalar. Penso que tal argumento – verdadeiro argumento *ad terrorem* – não procede. Com o juizado de instrução criminal, como focalizado, o juiz não se transformará em policial; continuará juiz, sendo, portanto, possível ter um número suficiente de juízes preparados para atender adequadamente à demanda de serviço que a polícia apresentar. Diligências investigatórias que se tornem necessárias à elucidação da infração penal serão requisitadas à polícia pelo juiz instrutor.

O número suficiente de juízes, ademais, não é dificuldade intransponível que se possa antepor ao avanço reclamado secularmente, como focalizado. Sempre sustentei que tudo é questão de seleção de magistrados qualificados, já que os seus concursos são freqüentes e todos os anos são formados bacharéis em direito, estando inscritos só em São Paulo mais de cem mil desses profissionais de advocacia.

Diriam também que a experiência teria dado resultados negativos nos países que o adotaram. Não tenho conhecimento de em quais países isso teria ocorrido; lembro, porém, que José Frederico Marques, apesar de ser um crítico do sistema dos juizados de instrução criminal, com toda honestidade intelectual e científica que caracteriza a sua obra de jurista ilustre, atesta em contrário ao dizer que o juizado de instrução criminal é "instituição consagrada na maioria das legislações ocidentais", concluindo que, apesar das críticas que possam existir, apesar de eventuais defeitos, "o juiz de instrução continua mantido em quase todos os países em que foi adotado ao instaurar-se, na justiça penal, o chamado *sistema misto*, nos moldes com que o estruturou o *Code d'Instruction*

*Criminelle*. Na Itália, o juiz de instrução persiste, malgrado um processualista do estofe e prestígio de Carnelutti haver tentado extingui-lo, substituindo-o pelo Ministério Público. E fato idêntico ocorreu na França, em que a autoridade intelectual de um Donnedieu de Vabress não foi, também, suficiente para suprimi-lo". Tudo isto – acrescenta José Frederico Marques – "se deve à circunstância de sumo relevo de que o juiz de instrução, por ser um magistrado judicial, exerce suas funções (malgrado os poderes inquisitivos de que se encontra armado) sem a prepotência e o arbítrio das autoridades policiais".<sup>12</sup>

Argumentar-se-á finalmente que, com a criação dos juizados especiais para o julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 98, I, da Constituição), resolvido ficou o problema dos juizados de instrução criminal, pelo menos em relação a esse tipo de infrações.

Sinto-me à vontade para reafirmar o que venho pregando há muito tempo, isto é, se para as denominadas pequenas causas patrimoniais, o legislador pátrio evoluiu, criando os juizados de pequenas causas, através da Lei n.º 7.244, de 7 de novembro de 1984, hoje com dignidade constitucional (art. 24, X, da Constituição), e tudo para dar garantia do Poder Judiciário na solução das pequenas causas, com muito mais razão devem ser criados os juizados de instrução criminal, conforme os fundamentos apresentados meio século passado, mas ainda atualíssimos, por Vicente Ráo.

Sinceramente, sem nenhum interesse corporativista ou subalterno, entendo não ser crível, como tenho pregado, que para as causas de pequeno valor patrimonial seja dado imediato acesso ao Poder Judiciário, enquanto, sem querer parecer demagogo, para a grande causa que é a liberdade do homem, a sua dignidade, garantidas que estão no art. 5.º da Constituição, o homem tenha vedado esse acesso direto e imediato, que fica condicionado a tudo aquilo que a ele possa ocorrer em uma repartição policial, seja civil ou

<sup>12</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 1, p. 213.

militar, apresentá-lo a quem o atenda, para o inútil, a mais das vezes, inquérito policial.

O supremo valor à dignidade humana – imensamente maior do que pequena causa patrimonial – deve merecer o tratamento diferenciado, sem a inútil intervenção do que se concretiza no denominado inquérito policial, deixando-se, desde logo, à autoridade judiciária competente a instrução do processo, com o só auxílio das investigações policiais.

Bem por isso sempre entendi tímida a só previsão de criação dos juizados especiais para o julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo no art. 98, I, da Constituição.

Tímida porque não resolve o problema, criando, no entanto, a grave situação de que um pequeno delito leva o suspeito, desde logo, à presença do juiz, com todos os benefícios já analisados, enquanto os delitos que assim não possam ser considerados levam o suspeito a todos os dramas e tramas que ocorrem nas repartições policiais, que freqüentam diariamente as páginas dos noticiários em geral e foram objeto de profunda dissertação de mestrado por parte de Guaracy Mingardi, dissertação essa que se transformou em livro com o título *Tiras, Gansos e Trutas*.<sup>13</sup>

Segundo entendo, na revisão constitucional, iniciada em 1993, deverá ficar previsto que a lei criará juizados de instrução criminal, fixando-lhes atribuições e competências, aliás conforme já fora previsto no art. 124 do Projeto de Constituição apresentado pela então Comissão de Sistematização da Assembléia Nacional Constituinte.

### 7. Conclusões

Verificamos, de todo o exposto, que no sistema judiciário criminal se insere o sub-

sistema da segurança pública, ao lado de outros subsistemas, como o da legislação penal e processual penal, o do Ministério Público, o da advocacia criminal e o carcerário. Como destinatário final está a justiça criminal, na qualidade de poder que detém o monopólio da jurisdição estatal.

O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público (art. 129, VII, da Constituição) não exclui a atividade correicional do Poder Judiciário, órgão da soberania do Estado democrático de direito, que não pode ser subtraído, em hipótese nenhuma, da apreciação de lesão ou ameaça a direito (art. 5.º, XXXV, da Constituição).

O funcionamento dos juizados especiais para o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo deve abranger todo um ciclo completo, desde a fase policial até o julgamento, com o plantão judicial funcionando, mesmo que em parte do dia, pois o contato direto entre o policial de rua, figura essencial nos trabalhos da Polícia, e o juiz levará, com o tempo, ao aprimoramento desses serviços, sem falar na natural diminuição da violência e da corrupção, dificultadas agora pela presença viva do magistrado.

Os juizados de instrução criminal representarão um grande avanço para uma justiça rápida e eficiente, sendo fator de redução da criminalidade, pois os inquéritos policiais, além de tornarem extraordinariamente demorada a ação da justiça penal, torna-a excessivamente onerosa, sendo inarredável a necessidade de duplas diligências para a instrução do processo, com colheitas de provas na polícia e, depois, sua repetição em juízo, já agora em condições desfavoráveis, dado o decurso do tempo entre o fato e a realização da prova.

<sup>13</sup> MINGARDI, Guaracy, *Tiras, gansos e trutas*. São Paulo: ed. Página Aberta, 1991, 209 pp.

## Kelsen e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro .

GILMAR FERREIRA MENDES

Poucos sabem que a possibilidade de se outorgar a órgão do Ministério Público a iniciativa do controle de constitucionalidade *in abstracto*, positivada no direito constitucional brasileiro em 1965 (Emenda Constitucional n.º 16, de 1965; Constituição de 1967/69, art. 119, I, *l*), já havia sido contemplada por Kelsen nas suas meditações sobre o chamado *processo constitucional*.

Aqueles que se derem ao trabalho de compulsar o texto da conferência proferida por Kelsen perante a Associação dos Professores Alemães de Direito Público (*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*), de 1928, hão de se deparar com a seguinte passagem:

"Um instituto completamente novo, mas digno de ser experimentado seria a criação de um advogado da Constituição (*Verfassungsanwalt*) perante a Corte Constitucional, que – em analogia com promotor público no processo penal – instaurasse de ofício o controle de normas em relação aos atos que reputasse inconstitucionais. Evidentemente, esse advogado da Constituição deveria ser dotado de todas as garantias de independência tanto em face do Governo, como em face do Parlamento (*Eine völlig neue, aber ernstester Prüfung durchaus würdige Institution wäre die Aufstellung eines Anwalts der Verfassung (Verfassungswalts) beim Verfassungsgericht, der – nach Analogie des Staatsanwalts im Strafverfahren – von Amts wegen das Verfahren zur Überprüfung jener Akte*

Gilmar Ferreira Mendes é Procurador da República. Mestre em Direito pela UnB. Doutor em Direito pela Universidade de Münster - RFA.

einzuleiten hätte, die, der Kontrolle der Verfassungsgerichts unterworfen, vom Verfassungsanwalt für rechtswidrig erachtet werden. Dass die Stellung eines solchen Verfassungsanwaltes mit allen nur denkbaren Garantien der Unabhängigkeit gegenüber der Regierung wie dem Parlament auszustatten wäre, versteht sich von selbst) (Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, 1929, p. 75).

É interessante notar que, sem se inspirar diretamente em Kelsen, o legislador constituinte brasileiro acabou, um tanto casualmente, por positivar idéia de um advogado da Constituição (Verfassungsanwalt) (CF, 1967/69, art. 119, I, D).

Registre-se, ainda, que, no âmbito do debate sobre a reforma da jurisdição constitucional, foi, em tempos mais recentes, reencetada, na Áustria, a discussão sobre a adoção desse instituto, tendo René Marcic defendido expressamente a outorga de legitimidade para provocar a Corte Constitucional a um *Verfassungsanwalt*, que, segundo ele, haveria de exercer uma função subsidiária, mas indispensável (*Seine Aufgabe wäre subsidiär, aber unentbehrlich*) (cf. René Marcic, *Zur Reform der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: *Festschrift für Gebhard Müller*, Tübingen, 1970, p. 217 (255)).

Ainda no contexto dessas curiosidades históricas, vale mencionar a proposta de instituição de uma Corte Constitucional formulada na Constituinte de 1934 pelo deputado federal fluminense Nilo Alvarenga. Aqui parece inequívoca a influência direta do modelo de jurisdição constitucional defendido por Kelsen, tal como exposto na Conferência de 1928.

São os seguintes os termos da proposição apresentada por Nilo Alvarenga:

"Art. Compete à Corte de Justiça Constitucional, originária e privativamente, conhecer da arguição, suscitada por qualquer parte interessada ou pelo Ministério Público, em qualquer feito e perante qualquer juiz ou tribunal, de conflito de uma lei ou disposição de

lei federal, ou de uma constituição ou lei estadual ou alguma de suas disposições, com a Constituição Federal, ou de uma lei estadual ou alguma de suas disposições, com a respectiva constituição estadual.

§ 1.º Levantada a preliminar de inconstitucionalidade, o juiz ou tribunal sobrestará no prosseguimento da causa, depois de assegurar, quando necessário, a eficácia do direito reclamado, até que o tribunal se pronuncie.

§ 2.º O juiz ou tribunal mandará prosseguir o feito se a alegação de inconstitucionalidade for manifestamente improcedente ou protelatória, cabendo desta decisão carta testemunhável para a Corte de Justiça Internacional que, a requerimento da parte, poderá mandar sustar o andamento do processo, até o seu pronunciamento.

Art. Qualquer pessoa de direito público ou privado, individual ou coletivamente, ainda mesmo quando não tenha interesse direto, poderá pedir originariamente à Corte de Justiça Constitucional a declaração da nulidade no todo, ou em parte, de uma lei ou de qualquer ato, deliberação ou regulamento, emanado do Poder Executivo, manifestamente contrários aos direitos e garantias estabelecidos por esta Constituição.

§ 1.º A Corte só poderá conhecer do pedido, depois de informada, no prazo máximo de 30 dias, pelo poder do qual emanou a lei, o ato, deliberação ou regulamento.

§ 2.º A lei ordinária determinará a forma rápida pela qual se processará o pedido.

§ 3.º A sentença anulatória da Corte de Justiça Constitucional invalidará e tornará inexecutível para todos, em parte ou no todo, a lei, ato, deliberação ou regulamento por ela atingida e produzirá estes efeitos na data de sua publicação.

Art. A Corte de Justiça Constitucional terá sua sede na Capital da República e compor-se-á de nove ministros, brasileiros natos, de notável saber

jurídico e ilibada reputação, dois dos quais serão indicados pelo Supremo Tribunal Federal, dois pela Assembléia Nacional, dois pelo Presidente da República e três pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros entre as mais notáveis expressões culturais e morais de sua classe, especializados em direito público e constitucional.

§ 1.º Igual número de suplentes será simultaneamente indicado pelos poderes e pelo instituto acima indicados.

Art. Os ministros da Corte de Justiça Constitucional exercerão as funções que lhes são atribuídas por esta Constituição pelo prazo de três anos, podendo ser renovadas as suas indicações e nomeações.

§ 1.º Os ministros não poderão ser destituídos de suas funções antes de findo o prazo para o qual forem nomeados e terão os mesmos vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Art. A Corte de Justiça Constitucional organizará seu regimento interno e Secretaria, cujos funcionários serão de sua nomeação e terão vencimentos equiparados aos da Secretaria do Supremo Tribunal Federal" (...).

O parlamentar justificava assim a sua proposta:

"Os mais belos e generosos princípios de direito público consagrados nos textos constitucionais de nada valerão sem as necessárias garantias de sua efetividade. Essas garantias são dadas pelo controle da constitucionalidade das leis.

Nos Estados Unidos, onde essa atribuição é conferida à justiça comum, o controle é falho, imperfeito e incompleto. Por isso que à justiça comum só cabe decidir das questões entre partes, os efeitos de suas decisões se restringem ao caso *sub judice*. A lei anulada para o litigante continua a vigorar em toda a sua plenitude para a coletividade.

Por isso é imprescindível criar a jurisdição constitucional cometendo-a a um tribunal especial, com a função de

exercer este controle, anulando as leis e atos inconstitucionais, *erga omnes*.

Mas não basta a criação de tribunal com esta competência. É necessário, ainda, assegurar a todos os indivíduos a sua proteção por meio de recursos fáceis, rápidos e baratos. É preciso que todo cidadão ferido em seu direito disponha de meio seguro para o restabelecimento imediato deste direito.

(...)

A Corte de Justiça Constitucional, com estas atribuições e competências, será o único aparelho eficaz de garantias constitucionais, do qual a República não poderá prescindir, para assegurar a defesa de todos os direitos e liberdades de seus cidadãos" (Projeto do Deputado Nilo Alvarenga, de 20-12-1933, in: *Annaes da Assembléia Nacional Constituinte*, Rio de Janeiro, vol. III, 1935, pp. 513 s. Ver, também, Ana Valderez Ayres Neves de Alencar, "A Competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais", in: *Revista de Informação Legislativa*, n.º 57, 1978, pp. 223 (237-245).

Na discussão que se travou na oportunidade da apresentação da proposta em plenário, acentuou Nilo Alvarenga que se louvava na opinião de Hans Kelsen, na comunicação apresentada ao Instituto Internacional de Direito Público, transcrevendo a seguir passagem da conferência proferida perante a Associação Alemã dos Professores de Direito Público:

"Não é excessivo afirmar que a idéia política do Estado Federal não é plenamente realizada senão com a instituição de um Tribunal Constitucional" (Cf. Ana Valderez Ayres Neves de Alencar, "A Competência do Senado para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais", in: *Revista de Informação Legislativa*, n.º 57 (1978), pp. 223 (243).

Parece indiscutível, também, a influência do trabalho Kelsen na proposta de Nilo Al-

varenga relativa à adoção de uma especialíssima *ação popular de inconstitucionalidade*, que permitia a instauração do controle abstrato de normas mediante iniciativa de *qualquer pessoa de direito público ou privado, individual ou coletivamente, ainda mesmo quando não tivesse interesse* (cf. a proposta acima transcrita). É de Kelsen a afirmação de que a ga-

rantia mais efetiva e radical para o controle de constitucionalidade seria a *actio popularis*. Não lhe parecia recomendável, porém, a adoção da *ação popular de inconstitucionalidade*, porquanto se afigurava muito grande o risco de ações temerárias, que acabariam por sobrecarregar, demasiada e inutilmente, a Corte Constitucional.

## Governadores de Estado: crimes comuns

JOÁS DE BRITO PEREIRA

Apesar do inconformismo do Ministério Público Federal quanto à constitucionalidade dos dispositivos das Constituições Estaduais que, seguindo o modelo federal, condicionam a instauração de processo-crime contra os Governadores do Estado, à admissão do *jus accusationis*, através de *quorum* qualificado, não há mais por que se questionar esta matéria.

A palavra final está posta pelo Supremo através da recentíssima decisão adotada, à unanimidade, pelo seu Pleno, quando do julgamento do R.E. Crim. 153.968-2, da Bahia, relatado pelo Min. Ilmar Galvão, interposto pela Procuradoria-Geral da República e que tem a seguinte ementa:

"Estado da Bahia, processamento e julgamento de crime comum atribuído ao Governador. Art. 107 da Constituição estadual, que condiciona o respectivo processamento à admissão da acusação por 2/3 dos membros da Assembléia Legislativa. Constitucionalidade reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça. Decisão que teria ofendido os arts. 25; 51, I; 86 e 105, I, da Constituição Federal.

Alegação descabida.

A norma do art. 105, I, *a*, primeira parte, da Constituição Federal, que prevê a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar os crimes em referência, não pode ser interpretada senão em consonância com o princípio da autonomia dos Estados-membros, e, portanto, sem contrariedade ao disposto no art. 25, da

Joás de Brito Pereira é advogado; ex-procurador-geral da Prefeitura Municipal de João Pessoa; chefe (aposentado) da Assessoria Jurídica do Banco do Brasil na Paraíba; ex-juiz do Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba (classe dos advogados).

mesma Carta, segundo o qual serão eles organizados e regidos pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios estabelecidos no Texto Fundamental Federal, entre os quais figura, desenganadamente, o de que o julgamento do Chefe do Poder Executivo há de ser precedido de manifestação política do Poder Legislativo (art. 51, I), que diga da conveniência ou não, de que se proceda contra quem exerce a suprema magistratura do Estado, com risco de perda da liberdade e, pois, de destituição indireta de suas funções.

Recurso não conhecido."

Nas diversas oportunidades em que o STJ foi levado a decidir este tema, de natureza constitucional, manifestou-se, por sólida maioria dos integrantes da sua Corte Especial, dentro da mesma linha agora expressa pela Corte Suprema. E o fez, inicialmente, após a vigência da nova CF, no julgamento da Ação Penal n.º 04-BA, relatada pelo Min. José Dantas; depois na 14-ES, que teve como relator o Min. William Paterson; seguiu-se a de n.º 15-MS, também por este relatada, lavrando o acórdão, no entanto, o Min. Bueno de Souza; na 27, também na Bahia, o relator foi o Min. Eduardo Ribeiro; a 38, coincidentemente contra o atual Governador da Paraíba, relatada pelo Min. José Dantas; e a de n.º 24-DF, relatada pelo Min. Costa Leite, com ementa publicada no *DJ* da União de 29.11.93.

Deduz-se, então, frente a este entendimento jurisprudencial iterativo: sem a autorização das Assembléias não há processo contra os Governadores. Ele não procede. Não há sobrestamento ou suspensão, como *procuram sustentar alguns, equivocada e erradamente*.

A discussão, portanto, sobre a constitucionalidade das regras inscritas nos textos constitucionais estaduais e que estão em sintonia completa e absoluta com o modelo federal, está encerrada e a ela devendo render-se até mesmo os inconformados e recalci-trantes integrantes do Ministério Público Estadual.

E a inconformidade se manifestava através dos inúmeros agravos regimentais interpostos, rechaçados sempre pela maioria expressiva do STJ.

E a corrente minoritária que abraçava a tese sustentada pela Procuradoria-Geral da República estava aumentando, timidamente, mas que terá de render-se ao entendimento da Corte Suprema, mesmo contestando-a, a quem cabe interpretar e guardar a Constituição Federal (art. 102, *caput*) e, por isto mesmo, dar a última palavra em tema de natureza constitucional.

E quando ela se manifesta

"Não há divergência jurisprudencial que possa subsistir após a palavra oracular do Tribunal da Federação", como adverte, com muita oportunidade, Raul Machado Horta, em seu trabalho "Imunidades Parlamentares", publicado pela *Revista de Direito Público*, v. 3, pp. 30/55.

Inicialmente, ela era apresentada, unicamente, pelo Min. José de Jesus. Engrossou-a os Mins. Nilson Naves, Edson Vidigal e Vicente Cernicchiaro.

Em todas as ações penais acima colocadas, a *autorização legislativa foi negada*. Já na Ação Penal n.º 15, do Mato Grosso do Sul, foi ela concedida, por unanimidade, satisfeito o requisito dos 2/3. A denúncia foi, então, recebida pelo STJ, por maioria dos componentes da Corte Especial, contra os votos dos Mins. William Paterson, relator, Américo Luz, Flaquer Scartezini, Eduardo Ribeiro, Assis Toledo e Gueiros Leite.

Com o recebimento da denúncia, emergiu a seguinte questão de ordem: o afastamento seria imediato, após a comunicação do recebimento da denúncia, ou dependeria, ainda, de um outro pronunciamento do corpo legislativo?

As ilações que se tiram do posicionamento da Corte Especial, à primeira vista, sem qualquer conotação com o caso da Paraíba, têm importância fundamental para a tese que se sustenta, de que a não-concessão de autorização para se iniciar o processo criminal, isto é, o juízo de cognição, tem implicações

inafastáveis de ordem política e que se sobrepõem às jurídicas.

Depois das repetidas decisões da maioria do STJ e da "pá de cal" colocada pelo Supremo, buscou o Dr. Procurador-Geral da República voltar-se para arguir a inconstitucionalidade dos §§ 3.º e 4.º do art. 88 da Constituição do Estado da Paraíba, invocando os fatos lamentáveis e indesejados acontecidos, recentemente, na Paraíba, buscando e obtendo a suspensão provisória dos efeitos daqueles dispositivos sob a justificativa que as citadas "regras de imunidade impedem, em caráter permanente, qualquer procedimento penal em relação aos Governadores dos Estados".

A medida liminar, na ação de inconstitucionalidade argüida, que tomou o n.º 978-8, foi concedida.

Foi mantida, no entanto, a constitucionalidade das demais regras insertas no referido art. 88 da Constituição Estadual.

Interessante é que referidos preceitos repetem, *ipsis litteris*, os §§ 3.º e 4.º do art. 86 da CF, nenhum acréscimo ou supressão tendo sido feito, até mesmo de uma vírgula, pois foi observado, rigorosamente, o princípio da simetria das regras estabelecidas pelo constituinte originário.

Certamente estes parágrafos da Carta Federal teriam de ser declarados inconstitucionais, se aqueles afinal o forem, pois os latinos já ensinavam: *Ubi, aedem legis ratio, ibi ipsa lex* (Onde há a mesma razão da lei, aí deve a lei ser a mesma). E ainda: *Ubi aedem ratio ibi legis dispositio esse debet* (Onde há a mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição). Seria paradoxal que uns fossem considerados írritos e outros, absolutamente, iguais, não.

Depois do pronunciamento definitivo do Excelso Pretório, torna-se ocioso questionar-se sobre a constitucionalidade dos privilégios estabelecidos nas Constituições Estaduais, mesmo sob a invocativa de agressão ao princípio da isonomia, consagrado em todas as legislações, de que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza ..." (Art. 5.º, *caput*, da CF). É sabido que esta igualdade jamais existiu, no sentido material, pois é meramente formal.

Aristóteles, com muita sabedoria filosófica, já sustentava a impossibilidade de se alcançar isto, pois a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Daí a oportuna advertência de Hans Kelsen:

"A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devem ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres." (*Teoria Pura do Direito*, tradução francesa da 2.ª ed. alemã, p. 190, transcrita por Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua tese "O Contencioso Jurídico do Princípio da Igualdade", p. 16, da ed. 1978, Revista dos Tribunais.)

É este emérito constitucionalista destaca esta verdade incontornável:

"Em quaisquer dos casos assinalados, a lei erigiu algo em elemento diferencial, vale dizer: apanhou, nas diversas situações qualificadas, alguns pontos de diferença a que atribuiu relevo para fins de discriminar situações, inculcando a cada qual efeitos jurídicos correlatos e, de conseguinte, desuniforme entre si" (p. 18).

Ruy Barbosa, em sua primorosa, antológica e sempre atual "Oração aos moços", in *Escritos e Discursos Seletos*, ed. Biblioteca Luso-Brasileira, p.66, com seu brilhantismo insuperável, prelecionava:

"A regra de igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural,

é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos como se todos se equivalessem."

Este entendimento jurídico não pode ser alcançado pelo cidadão comum ou mesmo accito, pois este é um eterno revoltado, tanto assim que, muitas vezes, quer equiparar um fato criminoso envolvendo um simples soldado de polícia, ou um cidadão comum, que não está investido de nenhum cargo ou função, como uma daquelas pessoas que estão, mesmo eventualmente, no exercício de um mandato popular, seja como presidente da república, governador do Estado, prefeito e legisladores federais, estaduais e municipais, até mesmo.

Ora, o que fizeram os legisladores estaduais, investidos do poder constituído derivado, de todas as unidades da Federação, foi inserirem nas Cartas Estaduais aquelas normas que cuidam dos processos, por crimes de responsabilidade e comuns, contra o Presidente da República e congressistas, os mesmos princípios e disciplinamento no tocante às pessoas dos governadores dos Estados e seus legisladores, pautados dentro do princípio de suas autonomias e sem se desviarem um só milímetro do modelo federal.

E assim agiram sem extrapolar a competência que lhes foi concedida pelos arts. 25, da CF e 11, das Disposições Transitórias; não praticaram qualquer invasão de poderes ou de competência.

Quanto a esta questão da imunidade assegurada a determinadas pessoas, ela não fere o texto constitucional, uma vez que elas buscam proteger muito mais a própria instituição do que a pessoa beneficiária. Não se pode questionar que, para "as massas populares", com a adesão de alguns autores, estes privilégios representam uma violação ao princípio da isonomia e levam à impunidade.

Mas, como adverte Antônio Edwing Cacuri, em seu trabalho "Imunidades Parlamentares", publicado in *Revista de Informação Legislativa*, n.º 73, ano 19, pp. 45/74,

"A generalidade dos autores, todavia, sustenta que o instituto se acha umbilicalmente ligado à própria prática da democracia...".

*E acrescenta:*

"Restaria, então, como última instância para justificar a inclusão daqueles privilégios nas Cartas Estaduais, recorrer ao argumento do poder de auto-organização dos Estados, como decorrência necessária da forma federativa do Estado brasileiro."

Não se pode negar que a Lei Maior Federal tenha dado relevo, a exemplo de todas as Constituições liberais dos Estados modernos, à dignidade da pessoa humana. Mas, também, por outro lado, jamais deixaram de reconhecer certos privilégios e imunidades a determinada categoria de pessoas.

Assim, não há por que se aceitar a tese da prevalência do *caput* do art. 5.º, do texto constitucional, sobre outros que o excepcionam, desconhecendo-se o disposto nos arts. 53, 54, 86, entre outros. A interpretação deve ser feita não isoladamente, mas dentro do que está expresso em todo o texto constitucional. Terá de ser, necessariamente, sistemática.

Daí o oportuno magistério do mestre José Afonso da Silva, in *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 186, da 8.ª ed. revist. de Malheiros Editores Ltda.:

"A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5.º, *caput*, não deve ser assim tão estreita."

"O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais, conforme apontamos supra e, especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social. Considera-lo-emos como isonomia formal para diferenciá-lo da isonomia material, traduzida no art.

7.º, XXX e XXXI, que já indicamos no n.º 1 supra."

O que resta, agora, é saber-se, dentro do norte buscado por este trabalho, quais são as conseqüências e os efeitos que decorrem com a falta de autorização da Assembléia Legislativa para processar o governador acusado da prática de crime comum.

Oferecida a denúncia e pedida a autorização, sendo esta negada, o processo fica sobrestado, fica suspenso? Ou será arquivado, equivalendo ao não-recebimento da denúncia, uma vez que o *jus accusationis* é da competência exclusiva daquele Poder?

Este problema já foi enfrentado e decidido pela Corte Especial do STJ, na oportunidade do julgamento da Ação Penal n.º 14, relatada pelo Min. William Paterson que, acatando manifestação do Ministério Público Federal, votou pelo arquivamento do feito.

Acompanharam o relator os Mins. Pedro Acioli, Flaquer Scartezzini, Carlos Thibau, Costa Leite, Dias Trindade, Pádua Ribeiro e José Dantas. Contra se manifestaram os Mins. José Cândido, Américo Luz, Costa Lima, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Edson Vidigal e Vicente Cernicchiaro. Ante o empate de oito a oito, votou favorável à tese do arquivamento o Presidente Torreão Braz.

Cuida-se, portanto, de matéria polêmica, pelo menos naquela Corte de Justiça, e que ainda não está pacificada totalmente, o que ocorrerá, certamente, com a palavra decisiva do Supremo.

Com a devida vênia, parece mais bem fundamentada, dentro da lógica jurídica, a tese dos que sustentam o encerramento do processo, se negada a autorização solicitada para recebimento da denúncia, pelas suas fortes e fundamentadas razões jurídicas, como se demonstrará.

Dáí por que vale transcrever, pelo seu poder de síntese e de lógica, o voto brilhante do Min. José Dantas, nestes termos:

"Estamos interpretando o art. 86 da Constituição Federal. A Câmara dos Deputados, ao recusar a acusação de crime comum ou do crime de responsabilidade (e ambos estão sujeitos a esse juízo de admissibilidade), o faz

definitivamente? Acho que sim. Depois que a Câmara recusa a acusação, nem o Senado poderá julgar o Presidente por crime de responsabilidade nem o Supremo Tribunal Federal poderá julgá-lo pelo crime comum.

Em relação aos parlamentares, a Constituição tem outro tratamento, não estabelece tal juízo de admissibilidade de acusação, mas, sim, licença para ser processado; tanto que adiantou-se a regra positiva de que dita recusa de licença sequer interrompe a prescrição.

Sr. Presidente, continuando com o argumento que parece inconcebível que a Câmara dos Deputados recuse a admissibilidade à acusação e o órgão julgador, juiz natural, volte a julgar quando o Presidente deixar o seu cargo, a mim parece que o argumento posto no voto do Sr. Ministro Naves não tem apoio da regra do art. 86.

Assim sendo, adoto por fundamento a opinião de Pontes de Miranda, tão bem expressa no voto do sr. Ministro Relator, a propósito dos efeitos do discutido juízo de admissibilidade da acusação. Pelo que, também, determino o arquivamento em definitivo, acompanhando o sr. Ministro Relator." (Ação Penal, 14-ES, 9.112856 – in *Lex Juris*, do STJ e Tribunais Regionais", ver vol. 25, p.190.)

Ora, as diversas, repetidas e continuadas decisões do Supremo têm sido no sentido de que as Cartas Estaduais não podem editar regras de natureza constitucional que extrapolem o princípio da simetria estabelecido pela Lei Maior Federal, sob pena de ser declarada a sua inconstitucionalidade.

Por isto, o Min. Eduardo Ribeiro sustentou no voto dado no julgamento do agravo regimental na Ação Penal n.º 27, como relator:

"Induvidoso, outrossim, que não é dado aos Estados editar regras de natureza processual. Sucede, entretanto, que não apenas podem, como devem, ao elaborar suas constituições, ater-se aos princípios que emanam da Consti-

tuição Federal. A discussão haverá de fixar-se nesse ponto. Saber se presente um daqueles princípios a que se refere o *caput* do art. 25 da Carta Política. Em face de textos anteriores, substancialmente iguais, o Supremo Tribunal inclinou-se pela afirmativa. Chegou mesmo ao ponto, como já salientado, de sequer admitir pudessem os Estados optar por *quorum* inferior ao fixado no modelo federal." (In *Revista* citada, vol. 35, p. 253.)

E todas as Cartas Estaduais, sem exceção, se limitaram, como o fez a da Paraíba, no seu art. 88, a reproduzir o que está no art. 86 da Constituição Federal, com relação à forma como deverá ser processado o Governador, quando for responsabilizado pela prática de crime comum.

E o consagrado constitucionalista José Afonso da Silva, em trabalho publicado in *Revista dos Tribunais*, v. 657, pp. 251/263, sob o título "Responsabilidade de Governador – Crime Comum – Processo – Necessidade de aprovação prévia da Assembléia Legislativa", quando teve oportunidade de rever posição sustentada no seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*, assim se manifesta:

"19. Esses fundamentos constitucionais é que embasaram a compreensão de que a submissão de um governador a processo-crime reivindica as mesmas garantias que a Constituição Federal confere ao Presidente da República em igual situação." (p. 255)

E mais à frente acrescenta:

"O art. 25 da CF confere autonomia aos Estados para se organizarem e se regerem pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios nela estabelecidos. Significa isso que, se o constituinte estadual adotara princípios modelados na Constituição Federal para a organização de seus poderes, exerceu, por um lado, a sua autonomia de decisão e atendeu, por outro lado, à regra de conformação

harmônica do direito constitucional estadual ao direito constitucional federal. Seria discutível a validade da solução estadual se discrepasse daquilo que a jurisprudência chama de paradigma ou modelo federal, que, na verdade, consiste em observar os limites de organização que se contém na cláusula, observados os princípios desta Constituição."

A Constituição da Paraíba, quanto aos crimes de responsabilidade do governador, seguiu o modelo federal. O mesmo fazendo com relação aos deputados estaduais. Na primeira hipótese, "será ele submetido a julgamento", admitida a acusação, seguindo o modelo federal. Já na segunda, seja o legislador federal ou estadual, o procedimento é outro: terá de haver, necessariamente, uma licença prévia. É o que se vê no § 1.º do art. 53 da atual Carta Federal; no *caput* do art. 45 da de 1946; § 1.º do art. 34 da de 1967; e § 1.º, do art. 32, da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969.

Conclui-se que há uma forma diferenciada, não somente no que diz respeito à instauração do processo, como também ao afastamento do acusado, seja ele Presidente da República ou Governador do Estado, do que ocorre com os parlamentares:

a) o processo contra estes últimos está condicionado a uma "prévia licença de sua Casa" (§ 1.º do art. 53 da CF);

b) se negado, fica o mesmo suspenso, com interrupção da "prescrição enquanto durar o mandato" (§ 2.º);

c) já contra o Presidente da República, indispensável e inafastável a admissão da acusação;

d) o julgamento, portanto, fica condicionado à aceitação da acusação (*ius accusationis*), transferindo-se, então, o mesmo para o Supremo, se admitida.

Qual a conclusão lógica? Se não admitida a acusação não há processo. Será arquivado, não mais podendo ser reaberto, pois o legislador não quis, a exemplo do que fez com os congressistas, determinando, de forma ex-

pressa e muito clara, que ele ficasse suspenso.

E é conhecido o ensinamento dos romanos: *Ubi lex voluit dixit; ubi noluit tacuit* (Quando a lei quer diz; quando não quer silencia).

Indiscutível, portanto, que, com relação à prática de crime comum por um dos componentes do Congresso Nacional, não há um juízo de cognição (*judicium accusationis*), como ocorre quando a pessoa envolvida é o Presidente da República ou o Governador do Estado.

E o juízo da causa (*judicium causae*) só pode se desenvolver se houver autorização.

Logo, se inexistente juízo de acusação pela falta de autorização por parte da Assembléia, para processar o Governador, o processo está morto, não se podendo aceitar a tese desfundamentada de que haverá um sobrestamento. Com o reinício do seu curso com o afastamento do titular.

É por esta razão que Pontes de Miranda doutrina que a negativa de autorização para processar o Governador conduz ao arquivamento, pois ela se constitui num "pressuposto de admissibilidade da demanda penal".

Como já salientado, tem-se um julgamento mais de cunho político do que jurídico processual-penal.

E qual a razão que leva a esta conclusão? Simplesmente porque a recusa em dá-la equivale a uma forma de "impronúncia". E a pronúncia, como sustenta W. Sauer, citado por Pontes de Miranda, ob. e vol. já citados, p. 131, "... é o momento da submissão à acusação, à justiça penal, e da abertura do processo criminal. Antes somente houve pré-processo".

E para este insubstituível constitucionalista, não se deve confundir a pronúncia e a denúncia, pois na primeira o juiz lança uma sentença de cognição incompleta, absolvendo-o ou, ao contrário, pronunciando-o; nesta última não há cognição do crime.

E as regras tanto para o Presidente da República, como para o Governador do Estado são as mesmas, pois

"A resolução da Câmara dos Deputados é como pronúncia do Presidente da República" (p. 128).

É na página seguinte:

"Temos, pois, que os princípios que regem a responsabilização do Presidente da República (e dos Governadores estaduais e dos Prefeitos) são princípios de direito constitucional e princípios de direito processual."

Oportuna e cabível a advertência feita por Raul Machado Horta, trabalho já citado, que

"A interpretação política e a interpretação jurídica da norma constitucional podem conduzir a caminhos diversos" (p. 35).

E logo depois sustenta:

"O critério não é normativo, mas político, dentro da discricionariedade das razões de conveniência e de oportunidade" (p. 38).

E a justificativa, precisamente, está no fato de se cuidar de um juízo político que "funciona como pressuposto indispensável para qualquer processo penal". Na terminologia argentina, trata-se de um "antejuízo", como mostra José Afonso da Silva, já citado.

E este emérito constitucionalista, no trabalho indicado, publicado na *Revista dos Tribunais*, sustenta:

"Esse juízo político prévio para qualquer processo existe também no sistema constitucional brasileiro, idêntico ao sistema argentino e norte-americano..." (p. 253).

E fundamenta este entendimento assim:

"O Brasil não encontrou ainda um sistema mais adequado, submetendo o processo de imposição de sanção política ou criminal à condição prévia de oportunidade política a ser decidida pela representação popular, o que corresponde a uma exigência democrática de que o Chefe do Poder Executivo, presidente ou governador, só deva ser submetido a um processo que o afaste do cargo, para o qual foi eleito pelo povo, com o consentimento ponderado pelo voto de 2/3 dos membros da res-

pectiva Assembléia representante desse mesmo povo."

E esta primazia do julgamento político, que melhor se encarta no direito constitucional, mais do que no direito processual, foi abraçada pelo Min. Torreão Braz, que, no seu brilhante voto de desempate, sobre esta matéria, na Ação Penal 14, disse:

"Desempate aderindo ao voto do Min. Relator, pois o Estado do Espírito Santo nada mais fez do que copiar o modelo federal, inserindo, na sua Constituição, o juízo de acusação e o juízo de cognição, o julgamento político a preceder o julgamento jurídico como forma de assegurar a autonomia estadual e de prevenir o perigo de quebra da ordem e da paz no seio da Administração.

Qualquer que seja o crime cometido por Governador de Estado, é imprescindível o juízo de acusação, a exemplo do que ocorre com o Presidente da República (CF, art. 86). Trata-se de julgamento político que sobreleva o julgamento jurídico, ficando a procedência ou improcedência do libelo entregue à exclusiva discricção do colegiado político, que é a Assembléia Legislativa.

A hipótese não se identifica com a do deputado ou senador. A ação penal contra estes está condicionada à licença prévia da respectiva Casa do Congresso Nacional e o indeferimento do pedido de licença apenas suspende a prescrição enquanto durar o mandato. No concernente ao Presidente da República, o veredicto expedido no juízo de acusação é definitivo e sepulta para sempre o juízo de cognição."

E isto já era salientado por Themistocles Brandão Cavalcanti, em *A Constituição Federal Comentada*, v. II, p. 35, da 2.<sup>a</sup> ed. José Konfino, nestes termos:

"A Câmara examina a licença não somente sob o ponto de vista da prova, mas também da conveniência política."

E Carlos Maximiliano entendia como "fase política por excelência" o posicionamento da Câmara quando toma conhecimento da denúncia e julga a mesma procedente ou improcedente, ensejando o prosseguimento do processo ou fulminando-o com a recusa pelo *quorum* qualificado.

Esta tomada de posição pelo STJ ocorreu, como já salientado, no julgamento da Ação Penal n.º 14-ES, em 14-2-91.

Antes, porém, ao receber a denúncia contra o processo envolvendo, entre outros, o Governador do Mato Grosso do Sul (Ação Penal n.º 15), os seus integrantes levantaram uma questão de ordem, envolvendo, precisamente, a questão do afastamento do Governador: seria automático, bastando uma simples comunicação dando notícia do recebimento da denúncia? Ou seria necessário um novo pronunciamento da Assembléia autorizando?

Nesta oportunidade, aflorou a implicação de ordem política, reconhecendo a grande maioria a sua preeminência, mesmo sendo recebida a denúncia.

O relator para o acórdão, Min. Bueno de Souza, chamou a atenção para a omissão, no seu entendimento, do art. 86, § 1.º, I, da CF, capaz de levantar dúvidas em se saber qual o órgão que decretaria o afastamento do denunciado.

Para o Min. Costa Lima, sendo aplicável à espécie o art. 86, § 1.º, inciso I, da CF,

"O afastamento das funções, ato da Assembléia Legislativa, pois não é lícito do texto constitucional federal se intuir o contrário."

Acompanhando o relator, o Min. Eduardo Ribeiro, ao se manifestar sobre esta questão de ordem, depois de afirmar que "o texto federal não precisa ser repetido *ipsis litteris* nas Constituições Estaduais", pois "a inspiração geral é que tem que ser seguida", conclui o seu voto assim:

"A Assembléia Legislativa limitou-se a conceder licença para que se iniciasse o processo, e à Constituição do Estado reserva-lhe a competência para, também, por maioria qualificada, declarar a perda do cargo."

Por sua vez, o Min. José de Jesus não se furtou a reconhecer, como não podia deixar de ser, a conotação política que envolve o afastamento do Governador, mesmo concedida a autorização para processá-lo e adiantando:

"Isto é problema político deles. Gostaria de deixar claro para V. Ex.<sup>a</sup> que também sou liberal. Entendo que a decisão política cabe à Assembléia resolver o problema: se afasta ou não o Governador."

Dentro deste entendimento se posicionaram os Mins. Edson Vidigal, José Dantas e Gueiros Leite, vencidos, apenas, Pádua Ribeiro e Nilson Naves.

O que se conclui de tudo isto? É que será impossível pretender-se aplicar aos processos envolvendo a pessoa dos governadores regras que se aplicam, em caráter restritivo, aos congressistas. Impossível será estendê-las a outras autoridades, notadamente, levando-se em consideração que o legislador constituinte não quis.

Oportunas as colocações feitas pelo Min. Eduardo Ribeiro, como relator do agravo regimental já referido, *sic*:

"Cumpra ter-se em conta que a regra em exame liga-se diretamente ao exercício da chefia do Poder Executivo dos Estados. Constitui orientação, adotada com caráter de generalidade pelos Estados-membros, deva ser o Governador afastado de suas funções, uma vez recebida a denúncia ou queixa.

Segue-se, uma vez mais, o paradigma federal. Na Constituição da Bahia, a previsão consta do seu art. 107, § 1.º, I. Vinculam-se umbilicalmente as duas normas. A instauração do processo conduz ao afastamento das funções, consequência gravíssima, importando privar do exercício do Poder Político quem para isso foi escolhido pelo povo. Daí que o processo não se inicie sem um prévio juízo político. Não deve a questão ser tratada como se fora simplesmente de direito processual. Melhor, filia-se, em verdade, ao direito constitucional. Não apenas por estar inserida em determinado texto, mas por sua própria natureza."

Com a devida vênia dos que sustentam que o processo deve ser suspenso e reiniciado com o afastamento do Governador, por qualquer razão, tal interpretação agride regras de interpretação do texto constitucional, notadamente com repercussão penal, que são de natureza restritiva.

Não há, portanto, que defender a tese de que o juízo de cognição ficará na dependência do afastamento do titular do cargo, quando inexistir juízo de acusação, que equivale ao não-recebimento da denúncia.

Assim, negada a autorização solicitada à Assembléia, o processo deverá ser, necessariamente, arquivado, não podendo se falar em sobrestamento.

# O IPMF é constitucional

OSWALDO OTHON DE P. SARAIVA FILHO

## S U M Á R I O

1. Introdução. 2. A legitimidade da discriminação do novo imposto via emenda constitucional. 3. O IPMF e a não-aplicação do princípio da anterioridade. 4. A Constituição Federal de 1988 não restaurou o princípio da anualidade. 5. O IPMF e o princípio da imunidade. 6. O IPMF e o direito de propriedade. 7. O IPMF e o princípio de vedação de confisco. 8. Os princípios da isonomia e da vedação de discriminação arbitrária entre contribuintes. 9. O IPMF e o princípio da capacidade contributiva. 10. O IPMF e o princípio da irredutibilidade de salário ou de vencimentos. 11. A alegação de indevido *bis in idem*. 12. Conclusão.

### 1. *Introdução*

Imposto Provisório sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – IPMF, de que tratam a Emenda Constitucional n.º 3/93 e a Lei Complementar n.º 77/93, tem sido severamente hostilizado nos meios jurídicos, em face da concepção de que os preceptivos relacionados com o novo imposto teriam descurado vários princípios e preceitos da Constituição Federal de 1988, alguns deles considerados como intangíveis.

Ciente de que a ciência do Direito é capaz, apenas, de formular as possíveis interpretações das normas jurídicas, apresento modesto estudo sobre a juridicidade do controvertido imposto.

### 2. *A legitimidade de discriminação do novo imposto via emenda constitucional*

Proferidas essas palavras propedêuticas, impende, ainda, avivar a lição do mestre

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho é coordenador da Representação Judicial da Fazenda Nacional – Brasília.

Carlos Maximiliano (in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 11.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991, pp.157 e 159), no sentido de que "Não pode o direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica ... As mudanças econômicas e sociais constituem o fundo e a razão de ser de toda a evolução jurídica; e o direito é feito para traduzir em disposições positivas e imperativas toda a evolução social".

Nesse mesmo diapasão, é o magistério de Pinto Ferreira, ao justificar a necessidade de emenda constitucional (in *Curso de Direito Constitucional*, 5.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Saraiva, 1991, p. 383): "As Constituições não são obras eternas e permanentes; têm ao contrário a necessidade de ajustamento e adaptação às novas condições sociais e históricas. Como disse Marx na sua *Crítica ao Programa de Gotha*, o direito é o produto do desenvolvimento econômico da civilização. A Constituição e o direito em geral dependem, pois, desse condicionamento econômico e sócio-cultural, que os penetra e modifica".

Parenteticamente, não é aciano reavivar que milita em favor dos atos do Congresso e do Executivo a presunção de constitucionalidade ou o princípio da interpretação compatível, segundo o qual somente se deve declarar a inconstitucionalidade quando esta é evidente, fora de toda dúvida razoável, inexistindo interpretação compatível com a Constituição.

A Carta Magna de 1988 conferiu ao Congresso Nacional o poder de emendar a Constituição. Desse modo, atendidos os requisitos dos arts. 59, I, e 60, quanto à proposição, às vedações de deliberação tendente a abolir as chamadas cláusulas pétreas e ao *quorum* especial de três quintos de cada uma das Casas do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, o texto constitucional, indubitavelmente, pode ser emendado.

Os constituintes derivados optaram por autorizar a instituição do IPMF da forma como consta do art. 2.<sup>o</sup> da Emenda n.<sup>o</sup> 3, de 17 de março de 1993, sem alterar o texto constitucional original.

A este respeito, importa anotar que, no texto da Emenda Constitucional n.<sup>o</sup> 3, de

1993, consta, expressamente, que as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3.<sup>o</sup> do art. 60 da Constituição Federal, promulgam emenda ao texto constitucional. O art. 2.<sup>o</sup> da supracitada emenda adiciona-se ao corpo constitucional básico, tendo o poder constituinte derivado, diante da provisoriedade desses preceptivos e como é vezeiro em emendas constitucionais no Brasil, decidido não integrá-lo ao texto constitucional, não deixando dúvidas, contudo, sobre quais inovações foram instituídas e quais alterações foram impostas ao texto original.

Aliás, insta notar que, como se depreende do disposto no § 3.<sup>o</sup> do art. 60 do Estatuto Político, o normal é que as alterações trazidas à Constituição por emendas constitucionais não se incorporem ao texto constitucional, mas sejam, apenas, anexadas a seu corpo. Nesse sentido Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967, Comemoração n.<sup>o</sup> 1, de 1969*, 3.<sup>a</sup> ed., RJ, Forense, 1987, p.150; José Celso de Mello Filho, *Constituição Federal Anotada*, 2.<sup>a</sup> ed., SP, Saraiva, 1986, p. 203; e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, v. 2, SP, Saraiva, 1992, pp. 89 e 90.

A Constituição Federal atribui à União uma série de competências, dentre as quais as correspondentes ao poder de tributar.

O Congresso Nacional acolheu o critério político de prever o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira e instituí-lo não com supedâneo no uso da competência residual da União para criar impostos, mediante lei complementar, respeitados, ainda, os requisitos de os novos impostos serem não-cumulativos, não terem fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na Lei Suprema; mas, de prevê-lo no uso do poder constituinte derivado, sem a necessidade de submissão às retromencionadas regras do art. 154, inciso I, da Superlei de 1988, e instituí-lo mediante ato legislativo que, simultaneamente, faz as vezes de lei complementar definidora (art. 146, inciso III, alínea a, da CF) e de lei ordinária federal institutiva.

Iniludivelmente, não se pode pretender que a lista dos impostos discriminados no texto original da Constituição de 5 de outubro de 1988 seja imutável, por, supostamente, estar incluída na cláusula intangível do art. 60, § 4.º, inciso IV, impossibilitando que o órgão constituído com poder de emendar a Constituição, com fundamento no seu critério político, tendo em vista os mutantes interesses e necessidades das Fazendas Públicas e da própria coletividade, possa, revendo tal lista, eliminar alguns impostos e instituir outros. Tal exegese tem a pretensão de tornar eterna a lista dos impostos da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, uma vez que, mesmo que o Congresso Nacional considere este ou aquele imposto inadequado ou desnecessário, teria muito embaraço de suprimi-lo do texto constitucional, uma vez que, segundo essa interpretação, não poderia discriminar, via emenda constitucional, um novo imposto, para substituí-lo, o que, convenhamos, é inaceitável.

Assim claro está que a discriminação, pela Emenda Constitucional n.º 3, do novo imposto não representa dano ao comando do art. 60, *caput*, § 4.º, inciso IV, da Constituição, posto que não se pode considerar que isto tenda a abolir os direitos e garantias individuais.

Insta ressaltar que a limitação material do poder constituinte instituído consiste numa garantia de evitar a destruição ou radical alteração da nossa ordem constitucional. Assim intangíveis são o regime democrático, definido por frátil, separação de poderes, direitos e garantias individuais realmente essenciais à vida contemporânea do homem livre, que não pode ser derrubado por emenda constitucional, que abra as portas a regime autoritário ou totalitário, e a forma federativa de Estado, que não pode ser subvertida por emenda constitucional que introduza uma forma unitária.

Inferre-se, pois, que os direitos e garantias protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4.º, inciso IV, da Carta Política de 1988 não abarcam todos os direitos e garantias expressos na Constituição, nem os decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a Repú-

blica Federativa do Brasil seja parte, pois, se assim fosse, petrificada estaria, praticamente, toda a Constituição.

Colime-se que a Constituição não pretende que as instituições arroladas no § 4.º do art. 60 sejam insusceptíveis de alterações.

De fato, quando há exigência de tendência a abolir, significa que pode, ainda, haver alterações toleráveis até imediatamente antes ao ponto em que se caracterize a tendência à abolição.

Vejamos, agora, um caso prático, que, dada a sua semelhança, espanca qualquer dúvida acerca da constitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 3/93, de 17-3-93, em relação aos incisos I e IV, § 4.º, do art. 60 da Carta Política de 1988. No Mandado de Segurança n.º 20.257-DF, em que se questionava a validade da Emenda Constitucional que prorrogava, por dois anos, os mandatos em curso de prefeitos, vice-prefeitos e vereadores, para fazê-los coincidir com os mandatos eletivos federais, diante do preceito proibitório do art. 47, § 1.º, da Constituição Federal de 1967, modificada pela Emenda n.º 1, de 1969, segundo o qual "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação e a República"; os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, assentaram o entendimento a favor da legitimidade constitucional da acoimada emenda, porque, embora versasse sobre aspecto relacionado com o conteúdo do princípio erigido com cláusula pétrea, não lhe afetava a essência. Transcrevam-se trechos da respectiva Ementa, *in verbis*:

"Mandado de Segurança n.º 20.257  
- DF  
(Tribunal Pleno)  
(AgRg na RTJ 95/1041)

Mandado de Segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente à abolição da República.

.....  
.....  
.....  
- Inexistência, no caso, da pretendida inconstitucionalidade, uma vez que

a prorrogação de mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fatos.

Mandado de Segurança indeferido." (in *RTJ* n.º 99, pp.1031 e 1032.)

Em seu voto, o relator para o Acórdão, o emérito Ministro Moreira Alves salientou:

"A emenda constitucional, em causa, não viola, evidentemente, a República, que pressupõe a temporariedade dos mandatos eletivos. De feito, prorrogar mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato, como sustentam os impetrantes, sob a alegação de que, a admitir-se qualquer prorrogação, infirma que fosse, estar-se-ia a admitir prorrogação por vinte, trinta ou mais anos. Julga-se à vista do fato concreto, e não de suposição, que, se vier a concretizar-se, merecerá, então, julgamento para aferir-se da existência, ou não, de fraude à proibição constitucional." (In *RTJ* n.º 99, pp. 1040 e 1041.)

Portanto, repise-se que, como as normas oriundas do poder constituinte derivado, tendo atuado este em harmonia com o art. 60 da Lei Máxima, têm a mesma natureza e hierarquia das normas provenientes do poder constituinte originário, tendo sido os preceitos do art. 2.º da Emenda Constitucional n.º 3/93 adicionados, provisoriamente, à Constituição Federal de 1988, não há de se cogitar de inconstitucionalidade da própria Constituição.

Enfatize-se, outrossim, que, como a instituição do acoimado imposto não ocorreu mediante o uso da competência tributária residual da União, não há de se perquirir, *in specie*, de descumprimento aos requisitos do art. 154, I, da Constituição Federal.

### 3. O IPMF e a não-aplicação do princípio da anterioridade

Um outro empecilho propalado diz respeito ao princípio da anterioridade. Prega-se que tal princípio, inserto nas limitações constitucionais do poder de tributar, seria, por natureza, um dos direitos e garantias individuais; assim, o § 2.º do art. 2.º da Emenda Constitucional n.º 3/93, ao excetuar a aplicação do art. 150, *caput*, inciso III, alínea *b*, da Constituição, ao Imposto sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira, teria descuidado a cláusula pétrea do inciso IV, § 4.º, do art. 60 do Estatuto Político de 1988.

Conseqüentemente, advoga-se que a Lei Complementar n.º 77/93, ao prever a cobrança do imposto por ela instituído, no mesmo exercício financeiro da sua publicação, teria ferido o mencionado princípio da anterioridade da lei tributária.

De logo, impende refletir que, quando as constituições, expressamente, elencam um rol de matérias que não podem ser alvo de emendas extintivas, esta restrição ao poder constituinte derivado deve ser interpretada restritivamente e com as devidas ponderações.

O art. 60, § 4.º da Constituição de 1988 dispõe que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir, entre outras limitações, os direitos e garantias individuais, entendidos como aqueles derivados da própria existência humana e que se colocam acima de toda e qualquer norma, como os relativos à vida, à liberdade e à dignidade das pessoas.

Importa verificar que nas constituições mais recentes, inclusive na atual, o princípio da anterioridade não foi idealizado como absoluto. Muito pelo contrário, a relatividade desse princípio, em face de inúmeras ressalvas, previstas nessas constituições, autoriza a indagarmos se o princípio da anterioridade é regra que comporta exceções, ou se representa exceções diante da regra da não-anterioridade da lei tributária.

Daí, como o princípio da anterioridade tem se mostrado relativo, especialmente em relação aos impostos com predominante função extrafiscal, os indiretos, os de fatos gera-

dores instantâneos, e os instituídos provisoriamente, para fazer face a determinadas situações, também, transitórias, não é, de forma alguma, desarrazoado inferir que tal limitação ao poder de tributar, mormente se ocorrentes algumas das hipóteses supracitadas, não integra os direitos e garantias individuais que seriam insusceptíveis de serem abolidos por emenda constitucional.

A Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988, em seu art. 150, *caput*, incisc III alínea b, veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. Tal vedação, também, comporta exceções. Assim, o § 1.º do próprio art. 150 dispõe que não estão sujeitos ao princípio da anterioridade os impostos sobre: importação de produtos estrangeiros (art. 153, I) e exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados (art. 153, II), produtos industrializados (art. 153, III), operações de créditos, câmbio e seguro, ou relativas a títulos e valores mobiliários (art. 153, V), e os impostos extraordinários na iminência ou no caso de guerra (art. 154, II). Assim, na órbita federal, segundo o texto original da Constituição de 1988, estão sob a incidência do princípio da anterioridade, apenas, os impostos sobre o patrimônio e a renda, vale dizer, o imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza, o imposto sobre propriedade territorial rural e o imposto sobre grandes fortunas. Não se aplica, ainda, o princípio da anterioridade, podendo, pois, ser cobrados no mesmo exercício financeiro em que for publicada a lei que os instituiu ou majore o empréstimo compulsório destinado a atender a despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência (art. 148, *caput*, inciso I) e as contribuições sociais para a seguridade social, inclusive as que forem criadas com base na competência residual da União (arts. 149, *caput*, 195, *caput*, incisos I a III, § 4.º e § 6.º). Estas últimas guardam interregno de noventa dias para cobrarem eficácia.

Abra-se, aqui, um parêntese para comentar que, no âmbito dos tributos federais, por

exemplo, a Superlei, no § 1.º do seu art. 153 faculta ao Poder Executivo, por ato infralegal, embora atendidas as condições e os limites por lei estabelecidos, dispor sobre alíquotas dos impostos sobre importação, exportação, produtos industrializados e operações de créditos, câmbio e seguro, ou relativas a títulos e valores mobiliários. Aqui, trata-se de ressalvas ao princípio da legalidade diante da possibilidade aberta de alteração de alíquotas de certos impostos por meio de ato administrativo. Ora, em relação ao princípio que estamos comentando, colime-se que anterioridade da lei confere-se em relação à lei tributária. Se lei não existe, porque o caso é de modificação de alíquota via ato administrativo, não há de se cogitar da aplicação do princípio da anterioridade da lei. Portanto, constata-se, *in casu*, que a focalizada exceção ao princípio da legalidade traz como consequência a inaplicabilidade do princípio da anterioridade.

Portanto, o grande número de exceções revela que o princípio da anterioridade não é absoluto. Antes, de caráter acentuadamente relativo, sujeita-se a abrandamentos, desde que pela via adequada, em circunstâncias especiais.

Insta realçar que o § 2.º do art. 2.º da Emenda Constitucional n.º 3, de 17 de março de 1993, excetuou o princípio da anterioridade em relação ao novo imposto, por ela discriminado, diante da própria natureza específica do IPMF, imposto provisório, emergencial e de fatos geradores instantâneos.

Cumpra observar que o art. 2.º, § 2.º, da Emenda Constitucional n.º 3/93 não está excetuando o princípio da anterioridade de quaisquer dos impostos já existentes no texto constitucional de 1988. Tal preceptivo está excluindo deste princípio um novo imposto, que foi discriminado pela mesma emenda. Assim não há de se cogitar, no caso, de tendência à extinção do princípio da anterioridade. Aliás, a regra da anterioridade não representa nem mesmo garantia protegida pela cláusula de intangibilidade.

O Imposto Provisório sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (IPMF),

previsto na Emenda Constitucional n.º 3, de 17-3-93, da mesma forma que o Imposto sobre Operações de Créditos, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos e Valores Mobiliários (IOF), é tributo, cujo campo de aplicação só pode comportar fatos geradores instantâneos, de sorte que a exceção estabelecida no § 2.º do art. 2.º da referida emenda segue a mesma linha de ressalva estabelecida pelos constituintes originários, não afetando, pois, a própria essência do princípio da anterioridade, motivo pelo qual é legítimo deduzir, pelo fato, ainda, de se classificar como imposto sobre movimentação ou circulação econômica, semelhante ao Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, que se o IPMF já tivesse sido discriminado no Texto Constitucional promulgado em 5-10-88, certamente figuraria entre as exceções ao princípio da anterioridade.

Cabe, ainda, ressaltar que a Emenda Constitucional n.º 3, que autorizou a criação do IPMF e previu a não-aplicação, em relação a esse imposto, do princípio da anterioridade, tem o mesmo poder que o texto constitucional original, uma vez que atende aos requisitos formais, circunstanciais e materiais exigidos pelo art. 60 do Estatuto Político de 1988, para reforma constitucional. O fato da questionada emenda ter aberto uma exceção ao princípio da anterioridade, para atender a uma situação provisória e emergencial, em relação a um exercício e concernente a um novo imposto por ela discriminado, não importa em abolir tal princípio.

Colime-se que a não-aplicação do princípio do art. 150, *caput*, inciso III, alínea *b*, da Constituição da República, em relação ao IPMF não foi prevista diretamente pela Lei Complementar n.º 77/93, mas pelo § 2.º do art. 2.º da Emenda n.º 3/93, isto é, por norma constitucional emanada do órgão constituído com poder de emendar a Constituição Federal. Assim, não há de se cogitar de inconstitucionalidade da própria norma constitucional nem de se perquirir, neste tocante, de inconstitucionalidade da guereada lei complementar.

Cabe dizer que, em relação aos impostos com predominante função extrafiscal, ou indiretos, ou de fatos geradores instantâneos

ou, ainda, provisórios e emergenciais, a inafastabilidade do princípio da anterioridade não se dirige aos membros do Congresso Nacional no exercício do poder constituinte derivado, mesmo porque, nesses casos, a instituição de nova exceção segue a mesma linha de ressalvas já estabelecidas pelos constituintes originários, não afetando a essência do princípio, mas os legisladores federais infraconstitucionais, os constituintes e legisladores estaduais e os legisladores das leis orgânicas e ordinárias do Distrito Federal e dos Municípios.

#### 4. A Constituição Federal de 1988 não restaurou o princípio da anualidade

Por outro lado, releva asseverar que a Constituição de 1988 não albergou o princípio da anualidade. O preceito do § 2.º do art. 165, segundo o qual a lei de diretrizes orçamentárias orientará a elaboração da lei orçamentária anual e disporá sobre as alterações da legislação tributária, tem o escopo de recomendação ao legislador federal quanto à previsão de receita e fixação das despesas, especialmente no que respeita a ajustes no sistema tributário, não requerendo que essa lei preveja a alteração propriamente dita.

O fato dessa lei de diretrizes e da lei orçamentária anual não terem aquela sugerido e esta previsto o aumento da receita tributária, com a criação de um novo imposto, para suprir o *déficit* orçamentário, não tem qualquer reflexo sobre a exigibilidade desse tributo, não legitimando a recusa do pagamento do imposto pelo contribuinte afetado, isto porque este não tem direito subjetivo a ser protegido, ponderando-se que as normas programáticas a que alude o § 2.º do art. 165 da Lei Maior não podem prever todas as situações futuras que surjam durante o ano, que reclamam complementos orçamentários. E não se pode imobilizar a União por uma lei de orientação, impedindo-a de se utilizar de recursos extraordinários, em casos de emergência.

#### 5. O IPMF e o princípio da imunidade

De logo, observe-se que o princípio da imunidade não é absoluto, uma vez que se

refere apenas a impostos, não se estendendo às demais espécies tributárias.

Assim mesmo, note-se que, em relação à denominada imunidade recíproca, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, suas autarquias e fundações só estão protegidos dos impostos sobre a renda, sobre o patrimônio e sobre os serviços. A imunidade intergovernamental, ainda, não se aplica ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados ou em que haja contraprestação de pagamento de preços ou tarifas pelo usuário do serviço, mesmo não sendo de natureza econômica a atividade estatal, ou do bem público. No que respeita, especificamente, às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo poder público, a imunidade só se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. Há ressalva, ainda, relativa ao promitente comprador de imóvel. Da mesma forma, em relação aos templos de qualquer culto, aos partidos políticos, inclusive, suas fundações, às entidades sindicais dos trabalhadores e às instituições de educação e assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei, a imunidade compreende somente os impostos sobre patrimônio, renda e serviços relativos ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com as suas finalidades essenciais.

Ademais, nos termos do art. 150, VI, c, e § 4.º do Estatuto Político e do art. 14 do Código Tributário Nacional, para que tenham direito à imunidade, os partidos políticos, inclusive suas fundações, as entidades sindicais dos trabalhadores e as instituições de educação e de assistência social, devem comprovar, ainda, que não são mantidos com a contribuição dos beneficiários, que não possuem finalidade lucrativa, que não distribuem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação nos seus resultados, que aplicam integralmente, no País, os seus recursos na manutenção de seus objetivos institucio-

nais e que conservam escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Destarte, a imunidade do art. 150, *caput*, inciso VI, alíneas *a* a *c* do Estatuto Político tem campo de atuação delimitado, não incidindo em relação a impostos cuja hipótese de incidência seja fato diverso de renda, patrimônio ou serviços. Assim, a imunidade do texto constitucional original não exonera os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, suas autarquias e fundações, entidades como partidos políticos, sindicatos, instituições de educação e de assistência social de impostos como IOF e o IPI.

Desse modo, tendo em vista a relatividade do princípio da imunidade e em face das hipóteses de incidência do novo imposto não serem o patrimônio, renda ou serviços dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de suas respectivas autarquias e fundações, nem das entidades como partidos políticos, sindicatos e instituições de educação e de assistência social, mas, sim, a movimentação financeira é o fato justificativo da exigibilidade do tributo, bem como diante da provisoriedade e da ínfima alíquota do IPMF, não se pode acoirar de inconstitucional a ressalva do art. 2.º, parágrafo 2.º, da Emenda Constitucional n.º 3/93.

Aduza-se que o art. 8.º da Lei Complementar n.º 77/88 prevê a incidência do IPMF à alíquota zero nos lançamentos nas contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, relativamente a operações de transferências inter e intragovernamentais, cujos destinatários sejam órgãos da administração direta, ou entidade autárquica ou fundacional.

Aliás, penso ser exagerado o critério jurídico, do qual emerge a tese de que a guereada alteração da configuração material do princípio da imunidade intergovernamental implicaria, necessariamente, atentado à existência da Federação, especialmente pela alíquota reduzida do novo imposto e pela temporariedade de sua vigência.

Acrescente-se, no que respeita à imunidade tributária recíproca, que este princípio, embora relevante numa federação, não pode

ser erigido em elemento definitório indispensável da forma federativa de Estado.

Ratifique-se, ainda, que a hipótese de incidência desse novo imposto provisório não é o patrimônio, ou a renda, ou os serviços dos entes da Federação, suas autarquias e fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, visto que são os lançamentos a débito em conta-corrente, depósito especial remunerado, poupança, recebimento em dinheiro de ordem de pagamento, ou seja, movimentações financeiras os fatos justificativos da exigibilidade do tributo.

Por outro lado, é evidente que o órgão instituído com o poder de emendar a Constituição agiu legitimamente ao fazer incidir, temporariamente, um novo imposto, por ele discriminado, sobre livros, jornais, periódicos e papel destinado à sua impressão, e sobre a operação de origem do ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, posto que, pela objetividade contida na imunidade e na previsão de exclusividade de tributação dos preceitos da alínea *d* do inciso VI do art. 150 e do § 5.º do art. 153, ambos da Lei Suprema de 1988, não se pode considerar que, aqui, haja direito ou garantia individual insusceptível de alteração por emenda constitucional.

#### 6. O IPMF e o direito de propriedade

Ressalta a improcedência da alegação de que a discriminação e a instituição do IPMF teriam lesionado o direito de propriedade (art. 5.º, XXII, da CF), isto porque, inofensivamente, o reconhecimento constitucional do direito de propriedade não é absoluto (art. 5.º, XXIII, XXIV, XXV, art. 170, III; art. 182; art. 184) e nem garante a não-incidência de tributos sobre a propriedade (art. 153, *caput*, incisos VI e VII; art. 155, *caput*, incisos I e III, e art. 156, *caput*, incisos I e II). Assim, não há de se conceber que o reflexo indireto do IPMF sobre o patrimônio, autorizado pela Emenda Constitucional n.º 3/93, visando atender ao interesse público, represente a intenção de se abolir o referido direito.

Elucide-se que o fato gerador do IPMF não é a propriedade de dinheiro depositado

em instituições financeiras, sendo também irrelevante a transferência ou não da titularidade de valores, créditos e direitos de natureza financeira, mas, basicamente, os lançamentos a débito em contas bancárias.

Assim, a transferência de recursos, constitucionalmente autorizada, aos cofres do Tesouro Nacional, como sucede com outros tributos e, portanto, com o IPMF, não representa afronta à propriedade, que, aliás, segundo adverte, repetidas vezes, a própria Constituição, atenderá à sua função social.

#### 7. O IPMF e o princípio de vedação de confisco

Da mesma forma, inexistente ao princípio da vedação da utilização do tributo com efeito de confisco (art. 150, *caput*, inciso IV, da CF), isto porque não se pode considerar que a incidência do IPMF sobre lançamentos a débito em contas bancárias, a uma alíquota máxima de 0,25%, seja insuportável ou, em outras palavras, que não haja, no caso, razoabilidade na tributação. Ademais, segundo a melhor doutrina, com a anuência da jurisprudência, só se pode considerar que há confisco quando a tributação é tanta que absorva a coisa ou a renda, porque isso significaria absorver a própria fonte de tributação.

#### 8. Os princípios da isonomia e da vedação de discriminação tributária arbitrária entre contribuintes

Não procede o entendimento de que a Lei Complementar n.º 77/93 teria malferido os princípios da isonomia (art. 5.º, *caput*, da CF) e da vedação de discriminação tributária arbitrária entre contribuintes (art. 150, *caput*, II).

A Carta Magna de 1988 consagra o princípio da isonomia, determinando, no *caput* do art. 5.º, que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", prevenindo, como corolário deste, no âmbito tributário, os princípios da vedação de discriminação arbitrária entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente e da graduação do tributo, segundo a capacidade econômica do contribuinte, respectivamente nos arts. 150, II e 145, § 1.º.

Para o nosso direito constitucional tributário, o princípio da igualdade jurídica previsto no art. 5.º, *caput*, da Carta Magna, significa que a lei de tributação deve ter caráter hipotético.

O princípio do art. 150, II, da Lei Maior – proibição de discriminação arbitrária entre contribuintes – determina que a norma infraconstitucional deverá tratar igualmente pessoas que estejam nas mesmas condições e que, em face dessas condições, não seria justificável ou razoável tratá-las desigualmente. Da mesma forma, a norma infraconstitucional deverá tratar desigualmente pessoas que estejam em situações diferentes e que, em face de particularidades relevantes de ordem econômica ou social, mereçam não ser tratadas igualmente.

Cabe adiantar que o princípio da capacidade contributiva, previsto no art. 145, § 1.º, da Lei Suprema, vale dizer, *the ability to pay*, se traduz na repartição da carga tributária, de acordo com as possibilidades econômicas de cada categoria de contribuintes para pagar tributo.

O IPMF, instituído pela lei complementar, *in examine*, é o mais abrangente possível, incidindo sobre a movimentação de numerário através do sistema bancário, tendo como fato gerador qualquer lançamento a débito em contas bancárias do contribuinte, bem como qualquer pagamento feito pelas instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, inclusive por endosso de cheque e quaisquer outras movimentações financeiras que presumam a existência de sistemas organizados para efetivá-las como norma de salvaguarda contra a sonegação, seja o sujeito passivo do gravame pessoa física ou jurídica, assalariado ou empresário, aposentado ou não.

Assim, qualquer pessoa que efetuar movimentação de numerário através do sistema bancário estará sujeita ao imposto à alíquota de 0,25% sobre cada débito em sua conta ou sobre pagamento recebido em instituições financeiras. Não há, por conseguinte, violação ao princípio da isonomia.

Destarte, as normas da Emenda Constitucional n.º 3/93 e da Lei Complementar n.º 77/93 não causaram qualquer dano ao princí-

pio da igualdade jurídica (art. 5.º, *caput*, da CF), uma vez que não singularizaram determinada pessoa, destinatária delas, tendo aludido, ao contrário, à categoria de pessoas, possuindo, assim, inegável caráter hipotético.

Ademais, os casos de não-incidência, exoneração ou de alíquota zero são justificáveis pela própria teleologia do novo imposto, especificamente no tocante aos intentos de redução do *deficit* público federal e de combate à inflação.

No que respeita aos casos das compensações pelo pagamento do imposto, como as normas que concedem reduções das alíquotas de contribuições previdenciárias, ou as que concedem majorações de benefícios previdenciários, proventos, pensões e até de remuneração de caderneta de poupança, constata-se que as discriminações da impugnada lei complementar são, perfeitamente, toleráveis, posto que não arbitrárias, tendo em vista que não tiveram como critério a simples ocupação profissional ou função do sujeito passivo ou a denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos, mas buscaram realizar, mesmo de modo indireto, o princípio da isonomia tributária, com a aplicação do seu critério constitucionalmente definido, que é o da capacidade contributiva, ao considerar, de certo modo, a idoneidade econômica de categorias de pessoas, preservando o mínimo indispensável à vida humana digna. Desse modo, a acimada Lei Complementar n.º 77 tratou desigualmente pessoas que estão em situações díspares e que, em face de particularidades relevantes de ordem econômica, humana e social, devem não ser tratadas igualmente.

#### 9. O IPMF e o princípio da capacidade contributiva

No que concerne ao princípio da capacidade contributiva, há queixas no sentido de que o IPMF incide coercivamente a todos, com valor idêntico, não tendo sido observado o critério da progressividade.

O art. 145, § 1.º, da Superlei estatui que "Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte ...".

Os financistas têm o vezo de classificar o imposto em pessoal ou real, sendo o pessoal aquele em cuja qualificação, seja por meio da base de cálculo, seja da alíquota, seja de ambas, são levadas em consideração as condições pessoais do contribuinte; já o imposto é real quando, em sua qualificação, leva-se em conta, de maneira objetiva, apenas a matéria tributável, sem considerações acerca da pessoa do contribuinte.

Indubitavelmente, o IPMF é um imposto real, pois tributa, basicamente, de modo geral e universal, os lançamentos a débito em contas bancárias, independentemente de quem seja o titular das contas. Assim, as condições pessoais dos contribuintes não são, diretamente, levadas em consideração, inclusive no que tange à incidência da alíquota de 0,25% sobre o valor da movimentação.

Embora não afastando a possibilidade da utilização, pelo menos em parte, do princípio da capacidade contributiva em relação a alguns impostos reais, como o IPI e o ICMS, que inclusive poderão ser seletivos, em função da essencialidade do produto, mercadoria ou serviço (arts. 153, § 3.º, I e 155, § 2.º, III, ambos da CF), insta ponderar que isto, em alguns casos, não é possível, ou, pelo menos, tal princípio, em relação aos impostos reais, não é de fácil aplicabilidade.

Contudo, não se pode negar que a alíquota do imposto de 0,25%, nos termos do art. 7.º da Lei Complementar n.º 77/93, está dentro do razoável e, portanto, das possibilidades econômicas dos contribuintes.

Por outro lado, releva notar que, ao contrário do que sucede com o imposto de renda e proventos de qualquer natureza, o qual segue, por expressa previsão constitucional do art. 153, § 2.º, inciso I, parte final, o critério da progressividade, o art. 2.º, § 1.º, da Emenda Constitucional n.º 3/93 fixa o critério de alíquota proporcional do imposto provisório sobre movimentação financeira, ao dispor que a alíquota do novo gravame não excederá a vinte e cinco centésimos por cento, facultado ao Poder Executivo reduzi-la ou restabelecê-la, total ou parcialmente, nas condições e limites fixados em lei.

De qualquer forma, o critério de alíquota proporcional do IPMF não deixa, absolutamente, de cumprir o princípio de que cada pessoa deve contribuir para a coletividade de acordo com a sua idoneidade econômica, uma vez que as pessoas de maior poder aquisitivo possuem, logicamente, meios para fazer movimentações muito maiores e, por conseguinte, pagarão mais imposto do que as de menor poder aquisitivo. Aliás, lastimavelmente, expressiva parcela da população nem sequer possui conta-corrente bancária e, conseqüentemente, na prática, não estará sujeita à incidência do imposto.

Aduza-se que o IPMF, simplesmente, segue a sistemática de impostos como o IOF, que apresentam alíquota uniforme, sem que isto represente qualquer injuridicidade.

No entanto, em consonância com o disposto no § 1.º do art. 2.º da Emenda Constitucional n.º 3/93, a lei complementar em comento, no seu art. 9.º, faculta, ainda, ao Poder Executivo mitigar ou restabelecer total ou parcialmente a alíquota máxima de vinte e cinco centésimos por cento e majorar a alíquota zero de que cuida o art. 8.º, para uma ou mais operações nele enunciadas, com o intuito de prevenir ou corrigir distorções econômicas, bem como estender a alíquota zero a outras operações para atender a disposições legais específicas. Esses preceitos legais possibilitam a adaptação do imposto à realidade futura e, por via de conseqüência, permitirão ainda maior vivência do princípio da capacidade contributiva.

Se o art. 2.º da Emenda Constitucional n.º 3 e a Lei Complementar n.º 77 tivessem, de pronto, esposado a política de alíquota progressiva, poderia suceder o comprometimento da esperada e necessária arrecadação do tributo, porque, diante da conhecida *esperteza* de boa parte dos contribuintes brasileiros, sobretudo os maiores, eles só emitiriam cheques até o limite do valor da alíquota mais benéfica, mesmo que, para isto, tivessem que emitir um número maior de cheques, burlando, assim, a incidência do IPMF nos lançamentos a débito em suas contas-correntes.

Ratifique-se que as comentadas compensações pelo imposto pago (art. 19, II e IV, §

1.º da LC n.º 77/93) não deixam de significar a tentativa, mesmo de modo indireto, de graduar a idoneidade econômica da pessoa contribuinte para a coletividade, acima do mínimo indispensável à compatibilidade com a vida humana digna.

#### 10. O IPMF e o princípio da irredutibilidade do salário ou de vencimentos

Também não procede a argumentação de que o IPMF viola o princípio da irredutibilidade do salário (art. 7.º, VI, da CF), mesmo porque tal garantia não coloca os trabalhadores a salvo da incidência de outras normas constitucionais, como as que atribuem à União competência para instituir o imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, imposto, aliás, que incide de modo geral, inclusive, sobre os trabalhadores. O mesmo raciocínio aqui exposto aplica-se em relação ao princípio da irredutibilidade de vencimentos em relação aos magistrados, membros do Ministério Público e servidores públicos (arts. 39, § 2.º, 95, III, e 128, I, c, todos da CF).

De qualquer modo, o IPMF não incide sobre salários ou vencimentos ou proventos, visto que incide, basicamente, sobre débitos em conta-corrente, poupança e depósitos especiais remunerados, bem como sobre o recebimento em dinheiro de ordem de pagamento.

#### 11. A alegação de indevido "bis in idem"

Cumpra ser enfatizado que a instituição do IPMF não se deu com base na competência tributária residual da União nos termos do art. 154, inciso I, da Carta de 1988, e sim com supedâneo na Emenda Constitucional n.º 3, de 1993.

Ressalte-se que, obviamente, o novo imposto, discriminado por norma constitucional derivada, não precisa ser não-cumulativo, nem ter fato gerador ou base de cálculo distintos dos impostos que já eram previstos no texto constitucional original.

Quanto à não-cumulatividade, abra-se aqui um parêntese para rebater a assertiva de que tal característica é peculiar a todos os impostos sobre a produção e circulação de ri-

quezas, tendo em vista, por exemplo, que a não-cumulativa não é, constitucional ou legalmente, prevista para o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários, gravame, cujo Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira segue algumas de suas linhas.

O fato é que, tendo o art. 2.º da Emenda Constitucional n.º 3 discriminado o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira, com observância, pelo órgão com o poder constituinte instituído ou constituído, das restrições formais, circunstanciais e materiais para o exercício do poder de reforma constitucional previstas no art. 60 do Estatuto Político de 5 de outubro de 1988, referido preceito constitucional derivado tem o mesmo valor das normas constitucionais originárias. Desse modo, impende, de logo, concluir pela inexistência, no caso, de invasão da competência tributária, bem como de indevido *bis in idem*.

Encime-se dizendo que não há, na espécie, *bis in idem* do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira em relação ao imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza e o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários, sendo que, mesmo se houvesse, nenhuma inconstitucionalidade se verificaria, porque todos os referidos impostos estão previstos na Constituição.

O Código Tributário Nacional (CTN) – Lei n.º 5.172/66 – dispõe, em seu art. 114, que o fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. Materializada a hipótese descrita na norma legal, surge o nascimento da obrigação tributária.

São elementos ou aspectos essenciais da hipótese de incidência a indicação dos sujeitos ativo e passivo (aspecto pessoal), a determinação da vigência no tempo (aspecto temporal) e no espaço (aspecto espacial) e a indicação objetiva e material do fato impositivo (aspecto material).

Conforme leciona Geraldo Ataliba, o aspecto material é o mais importante da hipótese de incidência porque revela a sua essência, permitindo sua caracterização e indivi-

dualização em função das hipóteses de incidência dos demais tributos. Os tributos são classificados juridicamente com fundamento no aspecto material da hipótese de incidência.

O fato gerador do Imposto de Renda é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza. Já o fato impositivo do IPMF é, basicamente, o lançamento a débito em contas bancárias do contribuinte (art. 2.º da LC n.º 77/93). A base de cálculo do IPMF não é o valor do lucro das pessoas jurídicas, nem a renda bruta, e sim o valor sacado das contas bancárias dessas pessoas (art. 6.º da LC n.º 77/93).

Esclarecemos que não há um imposto incidente sobre "operações financeiras". O que o nosso sistema tributário prevê é o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e relativas a títulos ou valores mobiliários – IOF.

As operações tributadas pelo IOF que interessam ao nosso estudo são as de crédito e as com títulos e valores mobiliários, inclusive aplicações financeiras, as quais guardam uma aparente similaridade com as movimentações financeiras tributadas pelo IPMF.

Impende realçar que, para a ocorrência do fato gerador do IOF, é necessário que haja uma operação, isto é, um ato jurídico – uma declaração de vontade susceptível de produzir efeitos jurídicos no que tange a crédito, câmbio, seguro, títulos ou valores mobiliários.

O fato gerador do IOF nas operações de crédito é a entrega do valor ou montante que constitui o objeto da obrigação. Nas opera-

ções com títulos ou valores mobiliários, inclusive aplicações financeiras, o fato gerador do IOF é a transmissão, cessão, liquidação ou resgate daqueles títulos ou aplicações financeiras.

O IPMF, por sua vez, que incide nas movimentações de numerário através do sistema financeiro (via bancos) tem, basicamente, como fato gerador o lançamento a débito em conta-corrente, poupança, depósito especial remunerado, bem como recebimento em dinheiro de ordem de pagamento.

Assim, parafraseando o mestre Geraldo Ataliba, a materialidade da hipótese de incidência do imposto de renda é alguém receber rendimentos; a do IOF sobre operações de empréstimo é alguém receber dinheiro emprestado; a do IOF sobre aplicações financeiras é alguém ceder, liquidar ou resgatar título ou aplicação financeira; e, finalmente, a materialidade da hipótese de incidência do IPMF é alguém movimentar recursos através de contas bancárias (débitos).

São, portanto, hipóteses de incidência distintas, de tributos distintos. Sendo que o primeiro, o imposto de renda, é um imposto pessoal, porque leva em consideração a pessoa do contribuinte, e os demais são impostos reais, incidindo sobre fatos independentemente da pessoa do sujeito passivo. Dessa forma, não há que se falar em *bis in idem*.

## 12. Conclusão

Diante de todo o exposto, demonstrada está a juridicidade do IPMF, em face da constitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 3/93 e da Lei Complementar n.º 77/93.

# A Convenção de Viena e a resolução do contrato por incumprimento

RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR

## S U M Á R I O

Introdução. Parte I. Características e pressupostos da resolução. 1. Âmbito de incidência. 2. Resolução extrajudicializada. 3. Resolução *ipso facto*. 4. Subsidiariedade, *jus variandi*, cumulativamente. 5. Culpa do devedor. 6. Incumprimento do devedor. Parte II. Procedimentos e efeitos da resolução. 1. Opções do credor. 2. Declaração de resolução. 3. Perdas e danos. 4. Efeitos. 5. Perda do direito de resolver. Conclusão. Anexos.

### *Introdução*

A Convenção de Viena (1980) é um passo à frente das duas convenções firmadas na Conferência de Haia (1964), lei uniforme sobre a venda internacional de bens (ULIS-LUVI) e lei uniforme sobre a formação dos contratos de venda internacional de bens (ULFC-LUFC), estando destinada a exercer grande influência nas relações comerciais internacionais, pois conta com a subscrição ou a adesão dos principais países do mundo desenvolvido. Está em vigor desde 1988, sendo adotada, na América do Sul, pela Argentina, Chile e Venezuela.

O Brasil não assinou nem aderiu à convenção, mas seu estudo tem duplo interesse para nós.

A Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias celebrados entre partes que tenham o seu estabelecimento em Estados contratantes da convenção (art. 1.º, I, a), e essa hipótese não nos atinge, mas também regula aqueles contratos aos quais se aplicar, pelas regras do direito internacional, a lei de um Estado contratante

Ruy Rosado de Aguiar Júnior é professor de Direito Civil, e mestre em direito da Faculdade de Direito da UFRS; e Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

(art. 1.º, I, b). Ora, a Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro reza:

"Art. 9.º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem (...)

§ 2.º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente."

Por aí se vê que o contrato de compra e venda celebrado entre parte estabelecida no Brasil e outra na Argentina ou no Chile, por exemplo, provindo desta a proposta de negócio, ou nestes países se constituindo a obrigação, a nossa regra de direito internacional privado faz incidir sobre tal contrato a lei deste outro país contratante da Convenção, a qual será por isso aplicável, na forma do seu art. 1.º, I, b.<sup>1</sup>

Mas também é da nossa conveniência o estudo da convenção porque ela, reproduzindo estruturalmente o regime jurídico vigente no Brasil, introduz princípios e critérios modernos – como o da boa-fé objetiva – para a regulação e a interpretação dos contratos de compra e venda, que bem nos podem servir de parâmetro e orientação doutrinária ou legislativa.

Parte I – *Características e pressupostos da resolução*

### 1. *Âmbito de incidência*

A resolução é modo de extinção das relações obrigatórias pelo fato superveniente do incumprimento do devedor, que a maioria das legislações nacionais reserva aos contra-

<sup>1</sup> Em se tratando de venda internacional, tem atualidade a questão de venda de gás pela Argentina ao Brasil, com a construção de projetado gasoduto. O art. 2.º da Convenção exclui do seu âmbito a venda de eletricidade. No "Colóquio de Lausanne" (1984), Volken formulou a questão de abrangência de outras formas de energia; e entenderam Widmer e Louwe que o petróleo deve ser considerado mercadoria, e assim toda a fonte de energia palpável, restando em aberto a questão do gás (VOLKEN, "Champ d'application, interprétation, lacunes, usages", In: *Convention de Vienne de 1980: Colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre, 1984*. (Instituts suisse de droit comparé). Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1985, pp. 21-38). Aceito o princípio de que o não excluído está incluído, deve ser admitida a incidência da Convenção sobre a compra e venda internacional de gás.

tos bilaterais (Brasil), ou, quando mais, também para os unilaterais onerosos, como o mútuo (Argentina). Regulando a Convenção de Viena os contratos de compra e venda internacional de mercadorias, que são bilaterais, todos os contratos dentro do seu âmbito de incidência admitem a resolução, seja por iniciativa do comprador, seja do vendedor.

Contendo previsão normativa genérica, aplicável a todos os contratos, a Convenção dispensa o requisito de cláusula contratual específica inserida pelas partes na celebração do contrato, dispondo sobre a resolução. Os seus enunciados funcionam, assim, como os preceitos legislativos nacionais que estatuem sobre a resolução legal. Isto é, pela convenção, a resolução prescinde de manifestação expressa da vontade das partes, no momento da celebração da avença ou de cláusula adjecta. Da mesma forma no Brasil, cujo art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil se aplica independentemente de previsão. Há uma diferença, porém. Enquanto a Convenção constitui conjunto de regras de caráter dispositivo, derogável livremente pelas partes (art. 6.º), no ordenamento jurídico brasileiro entende-se, com predominância, ser vedado aos contratantes a pré-exclusão do direito de resolver,<sup>2</sup> assim como a predefinição da gravidade do incumprimento de alguma das partes, quando causar ofensa ao princípio da equitabilidade.

### 2. *Resolução extrajudicializada*

Pela Convenção, a resolução se dá extrajudicialmente, mediante declaração do credor ao devedor (arts. 26, 49 e 64). Com isso se afeiçoa ao regime do BGB (§ 326), ao do Código Civil Italiano (art. 1.454), ao do Código Civil da Argentina (art. 1.204, II, com a nova redação) e ao do direito anglo-americano,<sup>3</sup> nos quais a extinção do contrato se dá pela manifestação de vontade da parte.

Nesse intento de afastar os contratantes dos tribunais, a Convenção ainda vai mais longe: proíbe a interferência do juiz ou do árbitro na concessão de prazo suplementar

<sup>2</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, v. 1, p. 60.

<sup>3</sup> DAVID, René. *Les contrats en droit anglais*. Paris: LGDJ, 1973, p. 371.

ao vendedor inadimplente, depois de exercido pelo comprador o seu direito resolutivo (arts. 43,3). Essa mesma preocupação de manter o litígio longe dos tribunais se manifesta também no capítulo sobre as perdas e danos (arts. 74 e seguintes), onde são estabelecidos critérios objetivos e pormenorizados para o cálculo da indenização (art. 76) e autorizados comprador e vendedor a efetuarem compras substitutivas ou vendas compensatórias (art. 75).

Este regramento agiliza a resolução e acelera a superação do impasse decorrente do incumprimento, com economia de tempo e dinheiro, além de evitar a dependência a regimes judiciais díspares. Tem o inconveniente, porém, de submeter o devedor à avaliação decisória do credor, na qual interferirá necessariamente elevado componente de subjetivismo, por maior que seja a minuidade normativa. Entre os dois valores em jogo, a Convenção inclinou-se decididamente pela fluidez nos negócios internacionais, ainda que eventualmente ocorra perda de justiça em casos concretos.

No Brasil, a resolução legal, prevista nos arts. 1.092, parágrafo único, do Código Civil, e 202 e 204 do Código Comercial, depende de procedimento judicializado. É lícito às partes, porém, estabelecer cláusula resolutiva por incumprimento (resolução convencional) e nela dispor sobre o procedimento extrajudicial.<sup>4</sup> Artigos esparsos do Código Civil (art. 1.163) e do Código Comercial (art. 212) admitem, para situações específicas, a resolução independentemente de juízo.

### 3. Resolução *ipso facto*

Ao limitar a resolução à declaração da parte, a Convenção não só excluiu a intervenção judicial como requisito para a extinção do contrato, como também eliminou possibilidade anteriormente admitida pela ULIS (Conferência de Haia de 1964), que contemplava a hipótese de resolução *ipso*

*facto*.<sup>5</sup> O sistema atual é melhor, pois defluiu do bom-senso que o credor notifique o devedor de seu propósito contrário à continuidade do negócio, definindo a situação: além disto, mantém com o credor a decisão sobre a resolução, que não deve resultar apenas e automaticamente do incumprimento – como se ao devedor fosse dado, descumprindo, extinguir a resolução – mas sim da vontade expressa do credor.

No Brasil, não há resolução legal automática. Somente o pacto comissório (art. 1.163 do Código Civil), quando expressamente contratado (e de forma tão clara que não possa ser confundido com simples cláusula de estilo, a reforçar a regra do art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil), permite a extinção sem a comunicação à outra parte, conseqüente apenas do silêncio do vendedor no prazo de dez dias após o vencimento.

### 4. Subsidiariedade, *jus variandi*, cumulatividade

A Convenção, assim como a lei brasileira, não tem a resolução como opção subsidiária do credor, como se pudesse ser utilizada somente à falta de alternativa que garantisse o cumprimento do contrato. O art. 45, I, a, autoriza o comprador a exercer alternativamente os direitos previstos nos arts. 46 a 52 (execução, indenização ou resolução), o mesmo concedendo ao vendedor (art. 61).

Não há regra sobre o *jus variandi*, que a princípio deve ser admitido como inerente ao sistema, podendo o credor variar de pedido, enquanto isso não for incompatível com as circunstâncias e ofensivo ao princípio da boa-fé (art. 7, 1). Proibida expressamente está apenas a ação do credor enquanto fluir o prazo suplementar por ele concedido para a execução (art. 47, 2, art. 62, 2). Há de se considerar ainda incompatível a variação que consistir na exigência da execução depois de notificada a contraparte da declaração reso-

<sup>4</sup> O art. 32 da Lei n.º 6.766/79, sobre o parcelamento do solo urbano, prevê caso de resolução legal que se constitui por simples notificação ao devedor inadimplente.

<sup>5</sup> A resolução automática, independente de notícia à contraparte, foi considerada causadora de confusão e incerteza sobre os direitos e deveres dos contratantes DATE BAH, Samuel. "Notice of avoidance". In: *Commentary on the international sales law*. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 222-23.

lutória. O mesmo não se diga da possível alteração da mudança do pedido de execução – feito na tentativa de manutenção do contrato e conservação do negócio – para o de resolução, quando evidenciada a impossibilidade ou a dificuldade daquela.

No nosso sistema, a variação é permitida:

a) proposta a ação de cumprimento e depois verificada a impossibilidade do adimplemento, o autor pode pedir a resolução, ainda no curso da ação, uma vez que o art. 462 do Código de Processo Civil contém a seguinte regra:

"Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença."

obtida sentença condenatória na ação de cumprimento e inviabilizada sua execução, é permitido ao credor pleitear a resolução;

b) o exercício do direito de resolução convencional, pela via extrajudicial, extingue o negócio, não cabendo mais a execução;

c) proposta a ação de resolução, é lícito ao credor pleitear a execução do contrato (desde que não tenha havido sentença resolutive com trânsito em julgado), devendo para isso desistir da ação de resolução e propor a de adimplemento (art. 294 do Código de Processo Civil: "Quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só por ação distinta poderá formulá-lo"), salvo se já cumularam os dois pedidos sucessivos, requerendo desde logo a resolução ou, não sendo caso, a execução.

A permissão para a cumulação da pretensão indenizatória com a resolutive consta dos arts. 45, 2, e 61, 2. Assim também no direito brasileiro, como está no art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil.

### 5. Culpa do devedor

Quando o fato do descumprimento não for imputável ao devedor, mesmo aí cabe a resolução, apenas que sem indenização (art. 79, 5). No Brasil, a mora do devedor tem

como seu elemento a culpa (art. 963 do Código Civil) e quando ela servir de causa à resolução ensejará a condenação do inadimplente ao pagamento de perdas e danos derivados da sua falta. Mas o incumprimento inimputável também oportuniza a resolução, apenas que sem a indenização (art. 866 do Código Civil).

### 6. Incumprimento do devedor

A resolução do contrato de compra e venda de mercadorias pode ser declarada pelo credor (comprador: art. 49; vendedor: art. 64), desde que haja incumprimento definitivo do devedor, imputável (com direito a perdas e danos) ou inimputável (sem indenização), nos dois casos seguintes:

a) se o incumprimento de qualquer obrigação constituir violação fundamental do contrato (*fundamental breach*); b) se, no prazo suplementar concedido pelo credor, o devedor persistir no incumprimento de sua obrigação principal (para o vendedor: entregar a mercadoria; para o comprador: pagar o preço e aceitar a mercadoria – arts. 49, b, e 64, b).

Dessas disposições decorrem algumas consequências bastante relevantes.

A Convenção não distingue entre cláusula fundamental ou acessória, entre *condition* ou *warranty*, entre dever ou obrigação principal e dever ou obrigação acessória ou secundária, decorrentes do contrato, da Convenção ou do princípio da boa-fé. Dispensa tratamento unitário a todas as cláusulas e obrigações<sup>6</sup>. Para o fim resolutive, interessará estabelecer se o incumprimento caracteriza uma violação fundamental, assim definida no art. 25:

"Uma violação do contrato cometida por uma das partes é fundamental quando causa à outra parte um prejuízo tal que a prive substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, salvo se a parte faltosa não previu esse resultado e se uma pessoa

<sup>6</sup> WIDMER, P. "Droits et obligations du vendeur". In: *Colloque de Lausanne*, cit. pp. 91-104/95; TERCIER, P. "Droits et obligations de L'Acheteur". In: *Colloque de Lausanne*, cit. pp. 119-42/134.

razoável, com idêntica qualificação e colocada na mesma situação, não tivesse igualmente previsto".

Equipara à violação fundamental (e mesmo se pode dizer que o predefine como tal) o incumprimento das obrigações principais do vendedor e do comprador, enumeradas na alínea *b* dos arts. 49 e 64.<sup>7</sup>

O disposto na alínea *b* dos arts. 49 e 64 conduz seguramente à idéia de que a inexecução da obrigação principal não é causa suficiente, só por si, para extinção do contrato: da inexecução da obrigação de entregar, de aceitar ou de pagar a mercadoria, não resulta necessariamente uma violação fundamental; o contrato permanece, se a falta não ocasionar "um prejuízo tal que a parte fique privada substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar", ou, como diz Larenz, "quando a prestação tardia já for economicamente diversa daquela esperada"<sup>8</sup>. Assim, por exemplo, nos contratos com data fixa, depois da qual desaparece o interesse do credor, a mora já é quebra substancial; nos outros, nos quais a data serve apenas para fixar a época da exigibilidade da obrigação ou auxilia na orientação programática das partes, o simples incumprimento é insuficiente para resolver. As circunstâncias do contrato, a natureza da prestação e o interesse da parte revelarão, a cada caso, a substancialidade do incumprimento.

Nas suas linhas gerais, assim também ocorre no Brasil. Os arts. 955, 956, parágrafo único, e 1.056 do Código Civil, lhe definem a mora, o incumprimento que torna inútil a prestação e o efeito da inexecução, constroem um regime jurídico onde a resolução surge como a consequência do inadim-

plimento qualificado pela inutilidade da prestação, só decretável quando desaparecido o interesse do credor em recebê-la.

Também nós não distinguimos entre as diversas espécies de obrigações ou deveres, pois há o inadimplemento sempre que o vendedor deixar de cumprir a obrigação "pelo modo e no tempo devidos" (art. 1.056 do Código Civil). E toda a desatenção ao que for devido, pela lei, pelo contrato ou pelo princípio da boa-fé, significa incumprimento ou cumprimento imperfeito, que consistirá em violação fundamental ao contrato quando tornar inútil a prestação para o credor.<sup>9</sup>

## Parte II – Procedimentos e efeitos da resolução

### 1. Opções do credor

O incumprimento do vendedor pode ser por demora na entrega ou por cumprimento imperfeito, com vício na quantidade ou qualidade da mercadoria. Havendo demora, o comprador tem à sua escolha: a) esperar pelo recebimento da mercadoria tardiamente enviada e pedir a indenização pelo dano<sup>10</sup>; b) conceder prazo ao vendedor para a entrega das mercadorias e resolver após isso, se permanecer a inércia do vendedor; c) resolver imediatamente, se a violação for fundamental.

Havendo cumprimento imperfeito, o comprador pode: a) aceitar a mercadoria defeituosa em quantidade ou qualidade e pedir indenização; b) exigir a entrega de mercadorias em substituição, se a falta constituir violação fundamental (art. 46, 2); c) exigir a

<sup>7</sup> Somente para estas prestações poderá ser concedido prazo suplementar para o efeito de, uma vez desatendido, dar margem à resolução do contrato. O descumprimento de obrigação de outra natureza não oportuniza a estipulação de prazo suplementar ao fim do qual poderia o credor declarar resolvido o contrato; o incumprimento destas outras obrigações somente autoriza a resolução se constituintem violação fundamental, nos termos do artigo 25. Já a desatenção ao prazo suplementar para cumprimento da obrigação principal caracteriza presumidamente violação fundamental.

<sup>8</sup> LARENZ, *Derecho de obligaciones*, 1958, v. 1, p. 303

<sup>9</sup> O princípio da boa-fé objetiva, apesar de não acolhido expressamente no nosso Código Civil, tinha plena vigência no direito brasileiro (cf. COUTO E SILVA, Clóvis de. "O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português". In: *Estudos de direito civil brasileiro e português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, pp. 43-61). Hoje, o Código de Defesa do Consumidor tem regra expressa, aplicável a todo o direito contratual: é nula a cláusula incompatível com a boa-fé (art. 51, IV, da Lei n.º 8.078, de 11-9-90).

<sup>10</sup> FARNSWORTH, E. Allan. "Rights and obligations of the seller". In: *Colloque de Lausanne*, cit., pp. 83-90.

reparação da falta de qualidade (art. 43, 3);<sup>11</sup> d) resolver a obrigação<sup>12</sup>.

No incumprimento do comprador, o vendedor pode: a) promover a execução forçada da obrigação<sup>13</sup> se a legislação do país a admitir (art. 28), como é o caso do Brasil; b) conceder prazo suplementar para o pagamento (art. 63); c) fazer a especificação que cabia ao comprador omissis (art. 65, 1); d) vender as mercadorias a cuja conservação esteja obrigado (art. 38); e) resolver a obrigação, se houve violação fundamental.

No Brasil, o incumprimento do vendedor que deixa de entregar a coisa vendida autoriza o comprador a "demandar o seu cumprimento com os danos da mora, salvo os casos fortuitos ou de força maior" (art. 202 do Código Comercial). Se a coisa estiver deteriorada, "não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido ao seu preço o valor que perdeu" (art. 866 do Código Civil); "sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou outro caso, indenização das perdas e danos" (art. 867 do Código Civil). Isto é, o credor (comprador) tem ação para executar o contrato e obter a mercadoria prometida, ou para recebê-la com abatimento do preço correspondente à deterioração, ou para exigir o seu equivalente, ou aceitá-la no estado em que se encontra, com direito a perdas e danos se houver culpa.

O vendedor que não recebe o pagamento do preço pode promover a ação de adimplemento através de processo de execução – se dispuser de título executivo (arts. 583, 584 e 585 do Código de Processo Civil) – ou de

processo de conhecimento (ação de cobrança); se o comprador não lhe recebe a mercadoria, o vendedor pode demandar o comprador pelo preço com os juros legais da mora, requerendo o depósito judicial das mercadorias vendidas por conta e risco de quem pertencer (art. 204 do Código Comercial).

Em qualquer das situações acima, o credor não inadimplente pode resolver o negócio, uma vez caracterizado o incumprimento qualificado, cumulando o pedido com perdas e danos se houver culpa do devedor.

## 2. Declaração de resolução

Escolhendo de imediato a via resolutiva, presente a violação fundamental, a parte deve efetuar a sua declaração à outra "através de um meio adequado às circunstâncias" (art. 27), ocorrendo a dissolução com o despacho: "The contract is avoided at the moment of dispatch"<sup>14</sup>. Efetuada a notificação nos termos da Convenção e adequadamente, o risco de não chegar ao destino é do destinatário (art. 27)<sup>15</sup>.

No Brasil, ao contrário, a manifestação de vontade do credor que pretende exercer seu direito de resolução convencional, dependente de notificação, só é eficaz depois de recebida pela contraparte.

## 3. Perdas e danos

Escolhendo a resolução, o credor não perde o direito às perdas e danos (art. 45, 2), só inexistente quando o incumprimento decorre de fato alheio à vontade do devedor (art. 79, 1 e 5).

A indenização corresponde à satisfação do interesse positivo. "A redação deixa claro que o propósito do art. 74 é, tanto quanto possível, colocar a parte lesada na mesma situação econômica que ela teria se o contrato tivesse sido cumprido"<sup>16</sup>. Compreende o dano emergente e o lucro cessante.

<sup>14</sup> WILL, Michael. "Right to avoid contract". In: *Commentary on the international sales law*, art. 49, pp. 359-67.

<sup>15</sup> Além de não se aplicar esta disposição aos casos em que a própria Convenção se refere a uma declaração receptícia, como no art. 48, 4, também não se estende aos atos necessários à formação do contrato.

<sup>16</sup> KNAPP, Victor. "Damages in general". In: *Commentary on the international sales law*, pp. 538-48.

<sup>11</sup> Ao direito de o comprador exigir a reparação contra-põe-se o direito de o vendedor efetuar os reparos, por sua iniciativa, nos casos do art. 48 e do art. 37.

<sup>12</sup> Não cabe a resolução se o vendedor reparou a falta, no caso de entrega antecipada (art. 37).

<sup>13</sup> Na lição de Tercier, o descumprimento dos deveres acessórios do comprador, como os de examinar a mercadoria, dar aviso dos defeitos, assegurar a sua conservação, vender as mercadorias, quando for o caso (art. 88), não permite requerimento de execução, causando apenas a perda do direito do comprador ou ensejando a reparação do prejuízo sofrido ("Droits et obligations de l'acheteur". In: *Colloque de Lausanne*, cit. pp. 119-42).

No Brasil, ao contrário da maioria dos demais países, onde se admite a consideração apenas do interesse negativo, já se entendia que a indenização cabível no caso de resolução por incumprimento deveria satisfazer o interesse positivo do credor.<sup>17</sup> Não temos, é verdade, as regras objetivas e minuciosas dos arts. 74, 75 e 76 da Convenção, definindo critérios para avaliação do dano, nem a enunciação do princípio da *mitigation*, assim como está o art. 77, mas tanto tem sido recomendado em sede doutrinária.

#### 4. Efeitos

Resolvida a relação, dois são seus efeitos: liberatório e recuperatório. As partes ficam, ambas, liberadas de suas obrigações, com o dever de restituírem de imediato ou simultaneamente tudo o que lhe fora fornecido ou pago (art. 81, 1 e 2).

Sempre se admitiu que a resolução tem efeito retroativo, recolocadas as partes no *statu quo ante*, sendo isso consequência natural da sentença que decretar a resolução, portadora desse efeito executivo. Pela Convenção de Viena, adotado o procedimento extrajudicial, cabe à parte credora exigir diretamente da outra a restituição do que já lhe entregara (no tempo avençado ou antecipadamente), oferecendo de sua vez a devolução do que recebera. Junto com a prestação, devem ser entregues todos os proveitos auferidos pela posse do bem, cabendo ao vendedor restituir o preço com juros e, ao comprador, os benefícios retirados da mercadoria (art. 84, 2, *a* e *b*). Assim também no Brasil.

A impossibilidade da restituição é causa de perda do direito formativo de resolução, pois o comprador não pode declarar a resolução se impossibilitado de restituir as mercadorias em estado assemelhado àquele em que as recebera (art. 82). Esta regra no Brasil somente se aplica à resolução convencional, quando o contratante expressamente incluiu tal cláusula no contrato e deveria estar pre-

parado para invocá-la, preservando-se de dispor do bem recebido por força do contrato; na resolução legal, onde se cuida apenas de um direito superveniente que surge ao credor por força da incidência da lei, em consequência de fato posterior à celebração do contrato e eventualmente fora de sua previsão, não se impõe ao credor que pede a resolução o dever de restituir a prestação, em espécie, admitindo-se que o faça pelo equivalente. Fica sempre ressalvada, porém, a incidência do princípio da boa-fé, pois não seria adequado permitir-se a resolução ao credor que dispôs da prestação parcial já recebida, depois de saber do incumprimento definitivo do devedor. Se optou pela execução, somente lhe é lícito promover a ação de adimplemento.

A Convenção impõe ao credor a condição de poder restituir, sob pena de perda do direito de resolver, mas não deixa de temperar o princípio, admitindo exceções se a impossibilidade deriva de fato inimputável (art. 83, 2, *a*), do exame da verificação da conformidade da mercadoria (art. 83, 2, *b*) ou da boa-fé (art. 83, 2, *c*).

A regra geral da resolução com efeito retroativo e recuperatório sofre exceção quando se tratar de contratos com prestações sucessivas. Se a inexecução é apenas de determinada prestação, a resolução pode ser declarada apenas relativamente a esta prestação, *permanecendo íntegras as prestações anteriores* (art. 73, 1). Para esta, e só para ela, caberá a restituição do que já foi cumprido. Se o incumprimento de uma prestação original gera séria dúvida sobre o cumprimento das futuras prestações, o credor pode resolver o contrato para o futuro (art. 73, 2), restituídas as prestações já efetuadas. O caso é, mais propriamente, de rescisão do contrato duradouro, de execução periódica, forma de extinção por incumprimento que produz efeito *ex nunc*. O efeito retroativo somente ocorrerá se houver interdependência entre as prestações (art. 73, 3). No Brasil, a legislação específica sobre contratos duradouros (locação urbana, arrendamento rural) também preserva as prestações já executadas.

<sup>17</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, v. 38, p. 340. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *A extinção dos contratados por incumprimento do devedor*. Rio: Aide Editora, 1991, p. 261

## 5. Perda do direito de resolver

A perda do direito de resolver existe para o comprador: 1) se impossibilitado de restituir as mercadorias em estado sensivelmente idêntico àquele em que as recebeu (art. 82, 1); 2) se não o exercer em prazo razoável contado: a) no caso de demora do vendedor, a partir de quando soube da entrega tardia; b) por outra violação, a partir de quando dela tiver conhecimento ou após o decurso do prazo suplementar ou da declaração do vendedor de que não o aproveitará para executar suas obrigações, nos casos dos arts. 47, 1 e 48, 2. Em se tratando de mercadoria defeituosa, o prazo razoável é de dois anos, contado da efetiva remessa (art. 32, 2), salvo se incompatível com garantia contratual.

A perda do direito de resolver, por impossibilidade da restituição, não significa para o comprador a perda dos demais direitos concedidos pela Convenção (art. 83).

O vendedor perde o direito de resolver: 1) em caso de execução tardia, se não o exerceu antes de ter sabido que a execução teve lugar; 2) em caso de outra espécie de violação, se não o exercer em prazo razoável contado a partir de quando teve ou deveria ter conhecimento da violação, ou a partir do decurso do prazo por ele concedido ao comprador, na forma do art. 63, 1, ou depois de o comprador ter declarado que não o aproveitaria para executar suas obrigações (art. 64, 2).

No direito brasileiro não há determinação de prazo a partir do qual o credor perde o direito de resolver o contrato. Considerando que o direito subjetivo de resolução é da espécie dos direitos formativos, e portanto destituída de pretensão, o efeito do tempo sobre ele não pode ser a prescrição (que encobre a pretensão de direito material), mas apenas a extinção do próprio direito formativo (ou potestativo), isto é, a decadência ou preclusão do direito. Para isso, seria indispensável que a legislação nacional contivesse alguma disposição expressa fixando prazo decadencial ou preclusivo, o que não ocorre. Apesar de inexistir prazo na lei, admite-se que o direito formativo se extingue quando ocorre a prescrição do direito de crédito a que está ligado, porquanto a extinção do direito de crédito elimina o interesse em resolver a relação de

onde ele se originou. Nesse caso, o tempo máximo para o exercício do direito de resolução é o que corresponde ao prazo prescricional para as obrigações pessoais, em vinte anos (art. 177 do Código Civil).<sup>18</sup>

De qualquer forma, no vazio legislativo sobre a fixação de tempo máximo para a declaração da vontade de resolver, entende-se que o credor não pode agir depois que criou na contraparte a idéia de não-exercício desse direito, aplicando-se para isso o instituto da *suppressio*, derivado do princípio da boa-fé: o credor perde o direito de resolver se não o exerceu em prazo razoável, permitindo ao devedor a convicção de que optara pela conservação do contrato.

Sobre esse tema convém observar que a Convenção de Viena não fixa prazo, apenas limita em dois anos o tempo máximo para o comprador denunciar a violação do contrato pelo vendedor (art. 39, 2). Uma vez dada essa notícia, o prazo para a declaração de resolução do contrato não é fixado, estatuidando o art. 49, 2 (para o comprador) e o art. 64, 2, b (para vendedor), um "prazo razoável". O documento internacional que fixa prazo prescricional é a Convenção de Nova Iorque, de 1974, que estipula o prazo prescricional de quatro anos a contar da data da remessa efetiva das mercadorias.<sup>19</sup>

## Conclusão

O regime jurídico instituído pela Convenção de Viena para a resolução do contrato por incumprimento do devedor se caracteriza: pelo unitarismo com que trata as diversas espécies de obrigações e deveres; pela exigência de violação fundamental do contrato como pressuposto da resolução; pela fixação de prazo suplementar ao devedor; pelo procedimento extrajudicializado; pela possibili-

<sup>18</sup> É discutível a afirmação de que o prazo de quatro anos a que se refere o art. 178, § 9.º, V, do Código Civil (rescreve em quatro anos a ação para rescindir os contratos), que atinge o direito formativo de promover a ação de anulação do contrato por vício de vontade, aplica-se também para a ação por incumprimento do devedor. Isto porque a ação de resolução não é passível de prescrição, nem decorre de vício de vontade existente ao tempo da celebração do contrato, a partir do qual o referido artigo manda seja contado o prazo prescricional.

<sup>19</sup> Cf. WIDMER. "Droits et obligations du vendeur". In: *Colloque de Lausanne*, pp. 91-107.

dade de resolução com ou sem fato imputável ao devedor; pela garantia de cumulação da resolução com a indenização pelos danos; pela consideração de interesse positivo do credor, como se o contrato tivesse sido efetivamente cumprido; pela adoção do princípio geral da boa-fé objetiva, que há de se entender servir não apenas para a interpretação do contrato mas também determinante do comportamento das partes.<sup>20</sup>

No Brasil, estas mesmas são as características gerais do instituto, que é, no entanto, predominantemente judicializado; não prevê prazos suplementares ao devedor; não tem regras delimitadoras de prazo para o exercício da ação e não fornece parâmetros para o cálculo da indenização por perdas e danos.

## ANEXO I

### *Convenção das Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias (Viena - 1980)*

#### *(Artigos citados)*

*Artigo 1.* 1. A presente Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias celebrados entre partes que tenham o seu estabelecimento em Estados diferentes: (a) quando estes Estados sejam Estados contratantes; ou (b) quando as regras de direito internacional privado conduzam à aplicação da lei de um Estado contratante. 2. Não é tomado em conta o fato de as partes terem o seu estabelecimento em Estados diferentes quando este fato não ressalte nem do contrato, nem de transações anteriores entre as partes, nem de informações dadas por elas em qualquer momento anterior à conclusão do contrato, ou na altura da conclusão deste. 3. Não são tomados em consideração para a aplicação da presente Convenção nem a nacionalidade das partes nem o caráter civil ou comercial das partes ou do contrato.

*Artigo 2.* A presente Convenção não regula as vendas: (a) de mercadorias compradas para uso pessoal, familiar ou doméstico,

a menos que o vendedor, em qualquer momento anterior à conclusão do contrato ou na altura da conclusão deste, não soubesse nem devesse saber que as mercadorias eram compradas para tal uso; (b) em leilão; (c) em processo executivo; (d) de valores mobiliários, títulos de crédito e moeda; (e) de navios, barcos, hovercraft e aeronaves; (f) de eletricidade.

*Artigo 6.* As partes podem excluir a aplicação da presente Convenção ou, sem prejuízo do disposto no artigo 12, derrogar qualquer das suas disposições ou modificá-lhe os efeitos.

*Artigo 7.* 1. Na interpretação da presente Convenção ter-se-á em conta o seu carácter internacional, bem como a necessidade de promover a uniformidade da sua aplicação e de assegurar o respeito da boa-fé no comércio internacional. 2. As questões respeitantes às matérias reguladas pela presente Convenção e que não são expressamente resolvidas por ela serão decididas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, na falta destes princípios, de acordo com a lei aplicável em virtude das regras de direito internacional privado.

*Artigo 25.* Uma violação do contrato cometida por uma das partes é fundamental quando causa à outra parte um prejuízo tal que a prive substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, salvo se a parte faltosa não previu esse resultado e se uma pessoa razoável, com idêntica qualificação e colocada na mesma situação, não o tivesse igualmente previsto.

*Artigo 26.* Uma declaração de resolução do contrato apenas se torna eficaz quando notificada à outra parte.

*Artigo 27.* Salvo disposição expressa em contrário da presente Parte da Convenção, se uma notificação, um pedido ou outra comunicação forem feitos por uma das partes do contrato, em conformidade com a presente Parte e por um meio adequado às circunstâncias, um atraso ou erro na transmissão da comunicação ou o fato de ela não ter chegado ao seu destino não priva aquela parte do direito de se prevalecer de tal comunicação.

*Artigo 28.* Se, em conformidade com as disposições da presente Convenção, uma

<sup>20</sup> Cf. BONELL, 65-94, *Interpretation of convention*, p. 84, p. 69.

parte tiver o direito de exigir da outra a execução de uma obrigação, um tribunal não está vinculado a ordenar a execução específica, a não ser que a decretasse por aplicação do seu próprio direito relativamente a contratos de compra e venda semelhantes, não regulados pela presente Convenção.

*Artigo 37.* Em caso de entrega antecipada, o vendedor tem direito, até a data prevista para a entrega, quer a entregar uma parte ou uma quantidade em falta ou mercadorias novas em substituição das mercadorias não conforme ao contrato, quer a reparar qualquer falta de conformidade das mercadorias, desde que o exercício deste direito não cause ao comprador inconvenientes ou despesas irrazoáveis. Contudo, o comprador conserva o direito de pedir uma indenização por perdas e danos, em conformidade com a presente Convenção.

*Artigo 38.* 1. O comprador deve examinar as mercadorias ou fazê-las examinar num prazo tão breve quanto possível, tendo em conta as circunstâncias. 2. Se o contrato implicar um transporte das mercadorias, o exame pode ser deferido até à chegada destas ao seu destino. 3. Se as mercadorias forem reenviadas em trânsito ou reexpedidas pelo comprador sem que este tenha tido razoavelmente a possibilidade de as examinar e se, no momento da conclusão do contrato, o vendedor conhecia ou deveria conhecer a possibilidade desse reenvio em trânsito ou dessa reexpedição. O exame pode ser diferido até à chegada das mercadorias ao seu novo destino.

*Artigo 39.* 1. O comprador perde o direito de se prevalecer de uma falta de conformidade das mercadorias se não a denunciar ao vendedor, precisando a natureza desta falta, num prazo razoável a partir do momento em que a constatou ou deveria ter constatado. 2. Em qualquer caso, o comprador perde o direito de se prevalecer de uma falta de conformidade se não a denunciar ao vendedor até dois anos a partir da data em que as mercadorias lhe foram efetivamente remetidas, a não ser que este prazo seja incompatível com a duração de uma garantia contratual.

*Artigo 43.* 1. O comprador perde o direito de se prevalecer das disposições dos artigos 41 e 42 se não denunciar ao vendedor o direito ou a pretensão do terceiro, precisando a natureza deste direito ou desta pretensão, num prazo razoável a partir do momento em que teve ou deveria ter tido conhecimento deles. 2. O vendedor não pode prevalecer-se das disposições do parágrafo anterior se conhecia o direito ou a pretensão do terceiro e a sua natureza.

*Artigo 45.* 1. Se o vendedor não executar qualquer das obrigações que para ele resultam do contrato de compra e venda ou da presente Convenção, o comprador está autorizado a: (a) exercer os direitos previstos nos artigos 46 a 52; (b) pedir a indenização por perdas e danos prevista nos artigos 74 a 77. 2. O comprador não fica privado do direito de pedir indenização por perdas e danos se exercer o seu direito de recorrer a um outro meio. 3. Nenhum prazo suplementar pode ser concedido ao vendedor por um juiz ou por um árbitro quando o comprador se prevalecer de um dos meios de que dispõe em caso de violação do contrato.

*Artigo 46.* 1. O comprador pode exigir do vendedor a execução das suas obrigações, a não ser que se tenha prevalecido de um meio incompatível com esta exigência. 2. Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, o comprador apenas pode exigir do vendedor a entrega de mercadorias de substituição se a falta de conformidade constituir uma violação fundamental do contrato e se a substituição de mercadorias foi exigida no momento da denúncia da falta de conformidade, feita nos termos do artigo 39, ou num prazo razoável a contar desta denúncia. 3. Se as mercadorias não são conformes ao contrato, o comprador pode exigir do vendedor que repare a falta de conformidade, salvo se isso for irrazoável, tendo em conta todas as circunstâncias. A reparação deve ser exigida no momento de denúncia da falta de conformidade, feita nos termos do artigo 39, ou num prazo razoável a contar desta denúncia.

*Artigo 47.* 1. O comprador pode conceder ao vendedor um prazo suplementar, de duração razoável, para a execução das suas obrigações. 2. Salvo se o comprador tiver re-

cebido do vendedor uma notificação informando-o de que este não executaria as suas obrigações no prazo assim concedido, ele não pode, no decurso deste prazo, prevalecer-se de qualquer dos meios de que dispõe em caso de violação do contrato. Contudo, o comprador não perde, por este fato, qualquer direito que tenha de pedir uma indenização por perdas e danos pelo atraso na execução.

**Artigo 48.** 1. Sem prejuízo do disposto no artigo 49, o vendedor pode, mesmo após a data da entrega, reparar à sua custa qualquer falta às suas obrigações, desde que isso não implique um atraso irrazoável e não cause ao comprador nem inconvenientes irrazoáveis nem incertezas quanto ao reembolso pelo vendedor das despesas feitas pelo comprador. Contudo, o comprador conserva o direito de pedir indenização por perdas e danos, nos termos da presente Convenção. 2. Se o vendedor exigir do comprador que lhe faça saber se aceita a execução, e se o comprador não lhe responder num prazo razoável, o vendedor pode executar as suas obrigações no prazo que indicou no seu pedido. O comprador não pode, no decurso deste prazo, prevalecer-se de um meio incompatível com a execução pelo vendedor das suas obrigações. 3. Se o vendedor comunicar ao comprador a intenção de executar as suas obrigações num prazo determinado, presume-se que ele pede ao comprador que lhe faça conhecer a sua decisão nos termos do parágrafo anterior. 4. Um pedido ou uma notificação feitos pelo vendedor, nos termos dos parágrafos 2 ou 3 do presente artigo, não é eficaz se não for recebido pelo comprador.

**Artigo 49.** 1. O comprador pode declarar o contrato resolvido: (a) se a inexecução pelo vendedor de qualquer uma das obrigações que resultam para ele do contrato ou da presente Convenção constituir uma violação fundamental do contrato; ou (b) em caso de falta de entrega, se o vendedor não entregar as mercadorias no prazo suplementar concedido pelo comprador, de acordo com o parágrafo 1 do artigo 47, ou se declarar que não as entregará no prazo assim concedido. 2. Todavia, se o vendedor entregou as mercadorias, o comprador perde o direito de declarar o contrato resolvido, se não o fez: (a) em

caso de entrega tardia, num prazo razoável a partir do momento em que soube que a entrega tinha sido efetuada; (b) em caso de outra violação contratual que não a entrega tardia, num prazo razoável: (I) a partir do momento em que teve ou deveria ter tido conhecimento da violação do contrato; (II) após o decurso de qualquer prazo suplementar concedido pelo comprador, de acordo com o parágrafo 1 do artigo 47, ou depois de o vendedor ter declarado que não executaria as suas obrigações neste prazo suplementar; ou (III) após o decurso de qualquer prazo suplementar indicado pelo vendedor, nos termos do parágrafo 1 do artigo 48, ou depois de o comprador ter declarado que não aceitaria a execução.

**Artigo 61.** 1. Se o comprador não executar qualquer das obrigações que para ele resultam do contrato de compra a venda ou da presente Convenção, o vendedor está autorizado a: (a) exercer os direitos previstos nos artigos 62 a 65; (b) pedir a indenização por perdas e danos prevista nos artigos 74 a 77. 2. O vendedor não fica privado do direito de pedir indenização por perdas e danos se exercer o seu direito de recorrer a um outro meio. 3. Nenhum prazo suplementar pode ser concedido ao comprador por um juiz ou por um árbitro quando o vendedor se prevalecer de um dos meios de que dispõe em caso de violação do contrato.

**Artigo 63.** 1. O vendedor pode conceder ao comprador um prazo suplementar, de duração razoável, para a execução das suas obrigações. 2. Salvo se o vendedor tiver recebido do comprador uma notificação informando-o de que este não executaria as suas obrigações no prazo assim concedido, ele não pode, no decurso deste prazo, prevalecer-se de qualquer dos meios de que dispõe em caso de violação do contrato. Contudo, o vendedor não perde, por este fato, qualquer direito que tenha de pedir uma indenização por perdas e danos pelo atraso na execução.

**Artigo 64.** 1. O vendedor pode declarar o contrato resolvido: (a) se a inexecução pelo comprador de qualquer uma das obrigações que resultam para ele do contrato ou da presente Convenção constituir uma violação fundamental do contrato; ou (b) se o com-

prador não executar a sua obrigação de pagar o preço ou não aceitar a entrega das mercadorias no prazo suplementar concedido pelo vendedor, de acordo com o parágrafo 1 do artigo 63, ou se declarar que não o fará no prazo assim concedido. 2. Todavia, se o comprador pagou o preço, o vendedor perde o direito de declarar o contrato resolvido, se não o fez: (a) em caso de execução tardia pelo comprador, antes de ter sabido que a execução teve lugar; ou (b) em caso de outra violação contratual do comprador que não a execução tardia, num prazo razoável: (I) a partir do momento em que o vendedor teve ou deveria ter tido conhecimento da violação do contrato; ou (II) após o decurso de qualquer prazo suplementar concedido pelo vendedor, de acordo com o parágrafo 1 do artigo 63, ou depois de o comprador ter declarado que não executaria as suas obrigações neste prazo suplementar.

*Artigo 65.* 1. Se, de acordo com o contrato, o comprador tiver de especificar a forma, a medida em outras características das mercadorias e se não efetuar esta especificação na data acordada, ou num prazo razoável a partir da recepção de um pedido do vendedor, este pode, sem prejuízo de quaisquer outros direitos que possa ter, efetuar ele próprio esta especificação segundo as necessidades do comprador de que possa ter conhecimento. 2. Se o vendedor efetuar ele próprio a especificação, deve levar ao conhecimento do comprador as particularidades desta e fixar-lhe um prazo razoável para uma especificação diferente. Se, após a recepção da comunicação do vendedor, o comprador não utilizar esta possibilidade no prazo assim fixado, a especificação efetuada pelo vendedor torna-se vinculativa.

*Artigo 73.* 1. Nos contratos com prestações sucessivas, se a inexecução por uma das partes de qualquer das suas obrigações relativas a uma prestação constituir uma violação fundamental do contrato no que respeita a esta prestação, a outra parte pode declarar a resolução do contrato em relação a tal prestação. 2. Se a inexecução por uma das partes de qualquer das suas obrigações relativas a uma prestação der à outra parte sérias razões para concluir que uma violação fun-

damental do contrato terá lugar no que toca às prestações futuras, ela pode declarar a resolução do contrato para o futuro, desde que o faça num prazo razoável. 3. O comprador que declarar a resolução do contrato relativamente a qualquer prestação pode, ao mesmo tempo, declará-lo resolvido relativamente às prestações já efetuadas ou às prestações futuras se, em virtude da sua interdependência, estas prestações não puderem ser utilizadas para o fim previsto pelas partes no momento da conclusão do contrato.

*Artigo 74.* As perdas e danos decorrentes de uma violação do contrato cometida por uma das partes compreendem o prejuízo causado à outra parte, bem como os benefícios que esta deixou de receber em consequência da violação contratual. Tais perdas e danos não podem exceder o prejuízo sofrido e o lucro cessante que a parte faltosa previu ou deveria ter previsto no momento da conclusão do contrato como conseqüências possíveis de violação deste, tendo em conta os fatos de que ela tinha ou deveria ter tido conhecimento.

*Artigo 75.* Se o contrato for resolvido e se, por forma e num prazo razoável após a resolução, o comprador procedeu a uma compra de substituição ou o vendedor a uma venda compensatória, a parte que pede indenização por perdas e danos pode obter a diferença entre o preço do contrato e o preço da compra de substituição ou da venda compensatória, bem como qualquer outra indenização por perdas e danos que possa ser devida em virtude do artigo 74.

*Artigo 76.* 1. Se o contrato for resolvido e as mercadorias tiverem um preço corrente, a parte que pede indenização por perdas e danos, se não procedeu a uma compra de substituição ou a uma venda compensatória nos termos do artigo 75, pode obter a diferença entre o preço fixado no contrato e o preço corrente no momento da resolução, bem como qualquer outra indenização por perdas e danos que seja devida em virtude do artigo 74. No entanto, se a parte que pede indenização por perdas e danos resolveu o contrato depois de ter tomado posse das mercadorias, é o preço corrente no momento em

que tomou posse delas que é o aplicável e não o preço corrente no momento da resolução. 2. Para os efeitos do parágrafo anterior, o preço corrente é o preço do lugar onde a entrega das mercadorias deveria ter sido efetuada ou, na falta de preço corrente nesse lugar, o preço corrente praticado noutro lugar que se afigure razoável tomar como ponto de referência, tendo em devida conta as diferenças no custo do transporte das mercadorias.

*Artigo 77.* A parte que invoca a violação do contrato deve tomar as medidas razoáveis, face às circunstâncias, para limitar a perda, aí compreendido o lucro cessante, resultante da violação contratual. Se não o fizer, a parte faltosa pode pedir uma redução da indenização por perdas e danos no momento da perda que deveria ter sido evitada.

*Artigo 79.* 1. Uma parte não é responsável pela inexecução de qualquer das suas obrigações se provar que tal inexecução se ficou a dever a um impedimento alheio à sua vontade e que não era razoável esperar que ela o tomasse em consideração no momento da conclusão do contrato, o prevenisse ou o ultrapassasse, ou que prevenisse ou ultrapassasse as suas conseqüências. 2. Se o não-cumprimento de uma parte se ficou a dever ao não-cumprimento de terceiro que ela encarregou de executar o contrato total ou parcialmente, aquela parte só fica exonerada da sua responsabilidade: (a) se estiver exonerada em virtude do disposto no parágrafo anterior; e (b) se o terceiro estivesse também ele exonerado, caso as disposições daquele parágrafo lhe fossem aplicadas. 3. A exoneração prevista pelo presente artigo produz efeitos enquanto durar o impedimento. 4. A parte que não executar as suas obrigações deve comunicar à outra parte o impedimento e os efeitos deste sobre a sua capacidade de cumprir o contrato. Se a outra parte não recebe a comunicação num prazo razoável contado a partir do momento em que a parte faltosa conheceu ou deveria ter conhecido o impedimento, esta fica responsável pelas perdas e danos decorrentes da falta de recepção da comunicação. 5. As disposições do presente artigo não impedem as partes de exercer qualquer dos seus direitos, salvo o de obter

indenização por perdas e danos, nos termos da presente Convenção.

*Artigo 81.* 1. A resolução do contrato liberta ambas as partes das obrigações dele decorrentes sem prejuízo de qualquer indenização por perdas e danos que possa ser devida. A resolução não afeta quaisquer estipulações do contrato relativas à solução dos diferendos ou aos direitos e obrigações das partes em caso de resolução. 2. A parte que executou total ou parcialmente o contrato pode reclamar da outra parte a restituição de tudo aquilo que forneceu ou pagou a título de cumprimento daquele. Se ambas as partes estiverem obrigadas a proceder a restituição, devem efetuá-la simultaneamente.

*Artigo 82.* 1. O comprador perde o direito de declarar o contrato resolvido, ou de exigir do vendedor a entrega de mercadorias de substituição, se lhe é impossível restituir as mercadorias num estado sensivelmente idêntico àquele em que as recebeu. 2. O parágrafo anterior não se aplica: (a) se a impossibilidade de restituir as mercadorias, ou de as restituir num estado sensivelmente idêntico àquele em que o comprador as recebeu, não se ficar a dever a um ato ou omissão seus; (b) se as mercadorias pereceram ou se deterioraram, no todo ou em parte, em conseqüência do exame prescrito no artigo 38; ou (c) se o comprador, antes do momento em que constatou ou deveria ter constatado a falta de conformidade, vendeu todas ou parte das mercadorias, no quadro de uma operação comercial normal, ou consumiu ou transformou todas ou parte delas de acordo com o uso normal.

*Artigo 83.* O comprador que perdeu o direito de declarar o contrato resolvido ou de exigir do vendedor a entrega de mercadorias de substituição, nos termos do artigo 92, conserva o direito de se prevalecer de todos os outros meios que lhe advenham do contrato e da presente Convenção.

*Artigo 84.* 1. Se o vendedor estiver obrigado a restituir o preço, deve também pagar juros sobre aquela quantia a partir do dia do pagamento. 2. O comprador deve entregar ao vendedor o equivalente a todo e qualquer benefício que retirou das mercadorias ou de uma parte destas: (a) quando deva

restituí-las no todo ou em parte; ou (b) quando se encontre impossibilidade de restituir as mercadorias no todo ou em parte ou de as restituir, no todo ou em parte, num estado sensivelmente idêntico àquele em que as recebeu, e mesmo assim declarou o contrato resolvido ou exigiu do vendedor a entrega de mercadorias de substituição.

**Artigo 88.** 1. A parte que estiver obrigada a assegurar a conservação das mercadorias, nos termos dos artigos 85 e 86, pode vendê-las por todos os meios apropriados se a outra parte se atrasou de modo irrazoável a tomar posse das mercadorias, ou a retomá-las ou a pagar o preço ou as despesas de conservação, desde que notifique a outra parte, em condições razoáveis, da sua intenção de proceder à venda. 2. Se as mercadorias estiverem sujeitas a uma rápida deterioração ou se a sua conservação provocasse despesas excessivas, a parte que estiver obrigada a assegurar a conservação das mercadorias nos termos dos artigos 85 e 86, deve empenhar-se, de um modo razoável, em vendê-las. Na medida do possível, deve notificar à outra parte a sua intenção de proceder à venda. 3. A parte que vender as mercadorias tem o direito de deduzir do produto da venda um montante igual às despesas razoáveis feitas com a conservação e a venda das mercadorias, devendo entregar o remanescente à outra parte.

## ANEXO II

### *Legislação brasileira citada*

#### CÓDIGO CIVIL

**Art. 177.** As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em vinte anos, as reais em dez, entre presentes e entre ausentes em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas.

Com a nova redação dada pela Lei n.º 2.437, de 7-3-1955. O direito do IAPAS de receber ou cobrar importâncias devidas ao FPAS e ao FLPS prescreve em 30 (trinta) anos (Decreto n.º 83.081, de 24-1-1979, art. 154).

**Art. 178.** Prescreve: § 9, V – A ação de anular ou rescindir os contratos, para a qual se não tenha estabelecido menor prazo; con-

tado este: (a) no caso de coação, do dia em que ela cessar; (b) no de erro, dolo, simulação ou fraude, do dia em que se realizar o ato ou o contrato; (c) quanto aos atos dos incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

**Art. 866.** Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido ao seu preço o valor que perdeu. V. art. 871.

**Art. 955.** Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento, e o credor que o não quiser receber no tempo, lugar e forma conveniados (art. 1.058). V. art. 963. V. Código Comercial, arts. 137 e 138.

**Art. 956.** Responde o devedor pelos prejuízos a que a sua mora der causa (art. 1.058). V. arts. 1.056 e 1.062. Acréscimo de juros no caso de mora de débito fiscal – V. art. 161 da Lei n.º 5.172, de 25-10-1966 (Cód. Tributário Nacional).

**Art. 963.** Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora. V. art. 909.

**Art. 1.056.** Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos. V. arts. 865, 916, 955, 956, 1.092, parágrafo único, e 1.097. Responsabilidade contratual relativa aos transportes aéreos – V. arts. 97 a 108 do Decreto-Lei n.º 32, de 18-11-1966 (Cód. do Ar). O inadimplemento de obrigação relativa a ajuste salarial foi erigido em crime e equiparado à sonegação fiscal pelo art. 10 do Decreto-Lei n.º 15, de 19-7-1966.

**Art. 1.092.** Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. Se, depois de concluído o contrato sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la. V. arts. 954, 1.056, 1.130 e 1.131. V. art. 198 do Código Comercial. No Estado de São Paulo, o Decreto n.º 46.118, de 18-3-

1966, estabelece normas para reajustamento de preços nos contratos de natureza pública.

*Art. 1.163.* Ajustado que se desfaça a venda, não se pagando o preço até certo dia, poderá o vendedor, não pago, desfazer o contrato, ou pedir o preço. V. arts. 647, 960 e 1.092, parágrafo único.

*Parágrafo único.* Se, em dez dias de vencido o prazo, o vendedor, em tal caso, não reclamar o preço, ficará de pleno direito desfeita a venda.

#### CÓDIGO COMERCIAL

*Artigo 202.* Quando o vendedor deixa de entregar a coisa vendida no tempo aprazado, o comprador tem opção, ou de rescindir o contrato, ou de demandar o seu cumprimento com os danos da mora; salvo os casos fortuitos ou de força maior. Inexecução das

obrigações: arts. 1.056 a 1.058 e 1.092, parágrafo único, do Código Civil.

*Artigo 204.* Se o comprador sem justa causa a recusar a receber a coisa vendida, ou deixar de a receber no tempo ajustado, terá o vendedor ação para rescindir o contrato, ou demandar o comprador pelo preço com os juros da mora; devendo, no segundo caso, requerer depósito judicial dos objetos vendidos por conta e risco de quem pertencer. Consignações: arts. 973 e segs. e 1.092, parágrafo único, do Código Civil.

*Artigo 212.* Se o comprador reenvia a coisa comprada ao vendedor, e este a aceita (art. 76), ou, sendo-lhe entregue contra sua vontade, a não faz depositar judicialmente por conta de quem pertencer, com intimação do depósito ao comprador, presume-se que consentiu na rescisão da venda.

# Os direitos básicos do consumidor: interpretação e crítica

JOSÉ MATIAS PEREIRA

## S U M Á R I O

1. Considerações iniciais. 2. Formas de intervenção do Estado. 3. A base constitucional do Código. 4. O caráter sistemático da Lei de Proteção do Consumidor. 5. A importância da codificação. 6. As fontes de inspiração do Código. 7. A forma de estruturação do Código. 8. Os direitos básicos do consumidor. 9. Conclusão. 10. Bibliografia.

### 1. *Considerações iniciais*

Ao iniciar análise dos direitos básicos do consumidor, contidos na Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, que "dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências", parece-me oportuno abordar, de maneira ampla, alguns temas que irão permitir uma melhor compreensão desse importante e complexo assunto em exame. Destacam-se entre eles as formas de intervenção do Estado no relacionamento consumidor/fornecedor, a importância da codificação e a forma de estruturação do Código.

### 2. *Formas de intervenção do Estado*

Entendo oportuno, dentro do tema em análise, lembrar que o mercado pode ser organizado basicamente através dos seguintes modos:

a) *Modelo privado*, onde os próprios consumidores e fornecedores se encarregam em combater as práticas restritivas. É o modelo da auto-regulamentação, das convenções coletivas de consumo e do boicote. Deve-se observar que esse modelo não se tem mostrado capaz de resolver a questão da fragilidade do consumidor.

José Matias Pereira é advogado e economista; técnico de planejamento e pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA); mestre pela Universidade de Brasília (UnB); e exerce o mandato de conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), do Ministério da Justiça.

b) O segundo modelo é o *intervencionista*, ou seja, é aquele que, não eliminando o primeiro, funda-se em normas imperativas de controle do relacionamento consumidor/fornecedor. É o modelo onde o Estado intervém, ocorrendo especialmente nos países de economia capitalista avançados.

É importante destacar que nenhum país do mundo consegue proteger seus consumidores apenas com o modelo privado. Todos tendem a possuir leis que, em menor ou maior grau, refletem-se numa intervenção pelo Estado daquilo que, conforme preconizado pelos economistas liberais, deveria permanecer na esfera exclusiva de decisão dos sujeitos envolvidos.

Vale observar que o modelo do intervencionismo estatal pode manifestar-se de duas formas. O primeiro é o sistema preponderante no mundo. São aqueles países que organizam o mercado de consumo através de leis esparsas, específicas para cada uma das atividades econômicas diretamente relacionadas com o consumidor (publicidade, crédito, responsabilidade civil pelos acidentes de consumo, garantias, etc.). No segundo caso estão os países que preferem tutelar o consumidor de modo sistemático, optando por um *código*, como conjunto de normas gerais, em detrimento de leis esparsas.

Deve-se registrar que o modelo codificado de direito do consumidor, que tem o Brasil como pioneiro, é defendido pelos maiores juristas da matéria no mundo, e tudo indica deverá ser adotado, a médio prazo, pelos países de economias mais complexas e desenvolvidas.

### 3. A base constitucional do Código

A *codificação* das normas de consumo, no caso do Brasil, foi feita por inspiração da Assembléia Nacional Constituinte. A elaboração do Código, portanto, ao contrário da experiência francesa, decorrente de uma simples decisão ministerial, encontra-se respaldado pela Constituição Federal de 1988.

### 4. O caráter sistemático da Lei de Proteção do Consumidor

Deve-se destacar que o texto constitucional expressamente reconheceu que o consu-

midor não podia ser protegido, de forma adequada, com base apenas em um modelo privado ou em leis esparsas, muitas vezes contraditórias ou lacunosas. Ao adotar a concepção da codificação, nos moldes da melhor doutrina estrangeira, o legislador admitiu a necessidade da promulgação de um instrumento geral para o ordenamento do mercado de consumo.

E, mesmo considerando que o Código foi votado com outra modalidade, transformando-se na Lei n.º 8.078/90, entendo que estamos, de maneira clara, diante de um código, levando-se em consideração a sua inspiração constitucional e o seu caráter sistemático. Deve-se observar ainda que o Congresso Nacional sequer se deu trabalho de explicar no corpo legal as menções ao vocábulo *código* (arts. 1.º, 7.º, 28, 37, 44, 51 etc.).

### 5. A importância da codificação

Vale ressaltar que o trabalho de codificação, além de permitir a reforma do direito vigente, apresenta, ainda, outras vantagens. De um lado, dá coerência e homogeneidade a um determinado ramo de direito, possibilitando sua autonomia. Por outro lado, simplifica e clarifica o regramento legal da matéria, favorecendo, de uma maneira geral, os destinatários e os aplicadores da norma.

### 6. As fontes de inspiração do Código

A inspiração do Código de Proteção e Defesa do Consumidor do Brasil foi buscada em modelos legislativos estrangeiros já vigentes. É oportuno destacar que os legisladores tomaram a precaução de evitar que o Código fosse uma transcrição pura e simples de textos existentes em outros países.

Observa-se que foram levadas em consideração as peculiaridades da economia brasileira, e de forma especial o seu mercado de consumo, que tem características específicas. Essas particularidades estão contidas no Código.

Vale destacar também que na origem dos direitos básicos do consumidor está a Resolução n.º 39/248, de 9 de abril de 1985, da Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas.

Mas a maior influência sofrida pelo Código, deve-se registrar, veio do *Projet de Code de la Consommation*, da França. Também possui influência das leis gerais da Espanha (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Lei n.º 26/1984), de Portugal (Lei n.º 29/81, de 22 de agosto), do México (*Ley Federal de Protección al Consumidor*, de 5 de fevereiro de 1976) e de Québec, Canadá (*Loi sur la Protection du Consommateur*, promulgada em 1979).

Examinado sob o enfoque mais específico de algumas de suas matérias, constata-se no Código a inspiração no direito comunitário europeu, representado pelas Diretivas 84/450 (publicidade) e 85/374 (responsabilidade civil pelos acidentes de consumo). Foram utilizadas, ainda, pode-se perceber, na formulação do traçado legal para o controle das cláusulas gerais de contratação, as legislações de Portugal (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro de 1985) e Alemanha (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (AGB), *Gesetz*, de 9 de dezembro de 1976).

Sofreu também a influência do direito norte-americano, ao se usarem as regras mais modernas de tutela do consumidor, bem como do sistema legal de proteção ao consumidor.

### 7. A forma de estruturação do Código

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor apresenta na sua estrutura a definição de um conceito amplo de fornecedor, incluindo todos os agentes econômicos que atuam, direta ou indiretamente, no mercado de consumo. Abrange inclusive as operações de crédito e securitárias; definição dos direitos básicos dos consumidores e instrumentos de implementação; proteção contra todos os desvios de quantidades e qualidades (vícios de qualidade por insegurança e vícios de qualidade por inadequação); melhoria do regime jurídico dos prazos prescricionais e decadenciais; ampliação das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica das sociedades; regramento do *marketing* (oferta e publicidade); controle das práticas e cláusulas abusivas, bancos de dados e cobrança de dívidas de consumo; introdução de um

sistema sancionatório administrativo e penal; facilitação do acesso à Justiça para o consumidor; incentivo à composição privada entre consumidores e fornecedores, notadamente com a previsão de convenções coletivas de consumo.

A lei ora em análise, no seu art. 1.º, estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social (nos termos dos arts. 5.º, XXXII, e 170, V, da Constituição, e do art. 48 de suas Disposições Transitórias). Normas essas, que tutelam o consumidor, pertencentes não somente ao direito civil e comercial, como também ao direito penal e ao processual, ao direito administrativo e inclusive ao constitucional, determinando que os limites desse segmento de interesses sejam pouco precisos, inserindo dessa forma a matéria no campo dos interesses difusos.

### 8. Os direitos básicos do consumidor

Ao tratar, a seguir, dos direitos do consumidor, parece-me recomendável ressaltar o excesso de definições contidas no Código do Consumidor. O questionamento recai sobre a necessidade desse excessivo número de definições existentes no referido Código (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990). Em princípio, mesmo tendo posição contrária à forma utilizada na sua redação, entendo que devem ser aceitas, entre outros motivos, por razões de acessibilidade dos usuários, em relação a um tema pouco conhecido e exercitado no Brasil. Deve-se observar que a definição de *consumidor* está enfocado na lei exclusivamente do ponto de vista econômico, dando-se ainda grande amplitude à outra parte do que se convencionou denominar fornecedor de bens e serviços.

Deve-se registrar que o Código avançou rumo a uma "política nacional de relações de consumo", de maneira correta, visto que não se preocupou apenas com o consumidor. Foi além, tratando da necessária harmonia das "relações de consumo".

Partindo da importância das necessidades dos consumidores e do respeito a sua dignidade, saúde e segurança, proteção de interesses econômicos, melhoria da sua qualidade de vida (considerando que são eles a parte

vulnerável no mercado de consumo), justifica-se um tratamento desigual para partes reconhecidamente desiguais. Por outro lado preocupou-se em compatibilizar a mencionada tutela com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, viabilizando-se os princípios da ordem econômica de que trata o art. 170 da Constituição Federal, e educativo (informação de fornecedores e consumidores quanto aos seus direitos e obrigações).

Diante dessa realidade, é de fundamental importância o incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes do controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como mecanismos alternativos de solução de conflitos. Registre-se como de relevância a inserção dos chamados "órgãos de defesa ou serviços de atendimento aos consumidores" como instrumentos que viabilizam o atendimento de reclamações, bem como o recebimento de sugestões dos próprios consumidores, beneficiando-se com isso ambas as partes das relações de consumo.

É oportuno lembrar que a harmonia que se visa alcançar mediante a implementação e efetiva execução do Código de Defesa do Consumidor também é buscada, ainda sob a inspiração do art. 170 da Constituição da República, pela coibição de abusos como a concorrência desleal nas práticas comerciais, pela racionalização dos serviços públicos e pelo estudo constante das modificações no mercado de consumo.

Deve-se alertar que o Código de Defesa do Consumidor em vigor, por si só, não representa uma solução para todas as questões que afligem o consumidor. Não será por ter sido ele instituído que deixaram de existir outras normas relativas às relações de consumo, e existentes nos Códigos Civil, Comercial, Penal, etc., bem como na legislação esparsa; a menos que com ele sejam incompatíveis, dentro do princípio geral da revogação de uma lei antiga por outra nova. É o caso, por exemplo, dos "vícios redibitórios", que receberam disciplina totalmente nova, a começar pela dicotomia operada entre aqueles propriamente ditos (rebatizados de "vícios do produto e do serviço"), e os

chamados "defeitos do produto e do serviço", estes decorrentes do simples fato de sua colocação no mercado de consumo, e cada qual com tratamento diferenciado.

Oportuno, portanto, ressaltar que a matéria "proteção e defesa do consumidor", além de vasta, é extremamente complexa. O que demonstra ser na prática impossível a previsão de tudo que diga respeito aos direitos e deveres dos consumidores e fornecedores.

Com base nessa visão é que o atual Código representa muito mais pelas diretrizes que fixa para efetiva defesa ou proteção do consumidor, bem como do devido equacionamento da harmonia buscada, do que pela exaustão das normas que tendem a esses objetivos.

Com relação aos instrumentos de defesa do consumidor, há que se entender não apenas os institucionais (assistência jurídica integral e gratuita para o consumidor carente; a criação de promotoria de justiça de proteção ao consumidor, de delegacias especializadas em questões que tais, mormente nos crimes contra as relações de consumo, de juizados especiais de pequenas causas, bem como para o julgamento de demandas onde também são sobreditas relações de consumidores, entre outros), como também normas e leis das mais variadas fontes e tipos, e não apenas as do Código, ganhando aquelas, porém, ainda que de forma esquemática, uma sistematização em face da mesma diretriz imposta.

Torna-se necessário lembrar ainda que os direitos básicos do consumidor – livre escolha, segurança e qualidade, educação e defesa dos seus interesses, indenização por danos sofridos, entre outros, previstos no art. 6.º do Código – não representam uma inovação, visto que estão presentes nos Códigos que tratam do assunto nas sociedades mais evoluídas. Têm sua origem na Resolução da ONU de 1985, que fala em direito de proteção à vida, saúde e segurança contra riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços, informação clara e adequada sobre os mesmos, proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, meios coercitivos ou desleais, cláusulas abusivas em contratos, principalmente de adesão, modifi-

ção de suas cláusulas, prevenção e reparação de danos, acessos aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

O avanço em relação aos códigos de outros países é na questão do direito previsto no inciso VIII do art. 6.º, acima mencionado (do Código de Defesa do Consumidor), quando fala da inversão do ônus da prova, a seu favor, mas apenas no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação do consumidor, ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Importante também é o registro do disposto no art. 7.º do citado Código, que trata das fontes dos direitos do consumidor, igualmente da maneira mais ampla possível.

Por outro lado, não poderia deixar de citar neste trabalho a posição de alguns especialistas internacionais na matéria, em relação ao *direito do consumidor*. Dentre esses estudiosos é válido destacar a manifestação feita por Gérard Cas (*La Défense du Consommateur*, Paris: Presses Universitaires de France, 1980), ao afirmar que "a sociedade industrial engendrou uma nova concepção de relações contratuais que têm em conta a desigualdade de fato entre os contratantes". É oportuno ressaltar que estou de acordo com esse entendimento, visto que nessas relações contratuais a parte mais fraca é a representada pelo consumidor.

Conclui Gérard Cas que, desta forma, "o legislador procura proteger os mais fracos contra os mais poderosos, o leigo contra o melhor informado; os contratantes devem sempre curvar-se diante do que os juristas modernos chamam de ordem pública econômica".

Tratando da questão da proteção jurídica do consumidor, Eduardo Polo (*La Protección del Consumidor en el Derecho Privado*, Madrid, Editorial Civitas, 1980) ressalta o caráter interdisciplinar do denominado "direito dos consumidores", destacando a dificuldade da sua sistematização, considerando que seria impossível apagar-se todos os demais direitos ou interesses espalhados por inúmeros diplomas legais, promovendo a sua substitui-

ção por um código específico sobre o tema em análise.

Acentua ainda Eduardo Polo, "a defesa e proteção do consumidor constitui-se hoje em dia num dos temas mais extraordinariamente amplos e que afeta e se refere a casos de todos os setores do ordenamento jurídico". Observa também que "a variedade das normas que tutelam – ou deveriam tutelar – o consumidor pertence não somente ao direito penal e ao processual, ao direito administrativo e inclusive ao constitucional; determinou que os limites desse setor de interesses sejam pouco precisos, e – por que não dizer-se – vagos e difusos".

Aponta Eduardo Polo, na citada obra – em face de tal amplitude de interesse com que se deparam todos quantos se dediquem ao estudo do que prefere chamar "direitos e interesses do consumidor", e não direito do consumidor –, para a dificuldade de delimitar-se o campo de atuação dos referidos direitos, a saber:

"Situados nessa perspectiva, tudo hoje em dia é direito do consumidor: o direito à saúde e à segurança; o direito de defender-se contra a publicidade enganosa e mentirosa; o direito de exigir as quantidades e qualidades prometidas e pactuadas; o direito de informações sobre os produtos, os serviços e suas características, sobre o conteúdo dos contratos e a respeito dos meios de proteção na contratação; o direito de intervir na fixação do conteúdo do contrato, o direito de não submeter-se às cláusulas abusivas; o direito de reclamar juridicamente pelo descumprimento ou cumprimento parcial ou defeituoso dos contratos; o direito à indenização pelos danos e prejuízos sofridos; o direito de associar-se para a proteção de seus interesses; o direito de voz e representação em todos os organismos cujas decisões afetem diretamente seus interesses; o direito, enfim, como usuários, a uma eficaz prestação dos serviços públicos e até mesmo a proteção do meio ambiente".

## 9. Conclusão

Após as considerações acima, e para concluir, parece-me oportuno ressaltar que proteção do consumidor é um desafio da nossa

era e representa, em todo o mundo, um dos temas mais atuais do direito.

Vale explicar as razões do grande avanço desse fenômeno jurídico, totalmente desconhecido no século passado e em boa parte deste. O homem do século XX vive em função de um modelo novo de associativismo: a sociedade de consumo (*mass consummation society* ou *Kunsumgesellschaft*), caracterizada por um número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do *marketing*, assim como pelas dificuldades de acesso à Justiça. São esses aspectos que marcaram o nascimento e desenvolvimento do direito do consumidor, com a disciplina jurídica autônoma.

A sociedade de consumo, registre-se, não trouxe apenas benefícios para os seus integrantes. Em certos casos, a posição do consumidor, dentro desse modelo, piorou, ao invés de melhorar. Se antes fornecedor e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha (até porque se conheciam), agora é o fornecedor, representado pelo fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante, que assume a posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, impõe as suas regras. O direito, nesses casos, não pode ficar alheio a tal disfunção.

Por outro lado, o mercado não apresenta, em si mesmo, mecanismos eficientes para superar a apontada fragilidade do consumidor. Nem mesmo para atenuá-la. O que torna necessário a intervenção do Estado nas suas três esferas: o Legislativo formulando as normas jurídicas de consumo, o Executivo implementando-as e o Judiciário dirimindo os conflitos decorrentes dos esforços de formulação e de implementação.

A fragilidade do consumidor possui causas diversas. Dessa forma, não pode o direito proteger a parte mais fraca da relação de consumo somente no que tange a algumas das facetas do mercado. Não se busca uma tutela incompleta do consumidor. A aspiração é de uma proteção integral, sistemática e

dinâmica. Isso requer o regramento de todos os aspectos da relação de consumo, sejam aqueles pertencentes aos próprios produtos e serviços, sejam outros que se manifestam como verdadeiros instrumentos fundamentais para produção e circulação destes mesmos bens: o crédito e o *marketing*.

É nessa fragilidade do consumidor que se baseia a nova disciplina jurídica. Isso apresenta-se como uma enorme tarefa, quando se sabe que essa vulnerabilidade é decorrente da atuação dos monopólios e oligopólios e da carência de informação sobre qualidade, preço, crédito e outras características dos produtos e serviços. Sofre também o consumidor os reflexos decorrentes de uma publicidade crescente. É prejudicado ainda, vale reafirmar, por não estar tão organizado quanto os fornecedores.

Em síntese, pode-se concluir que toda legislação de proteção ao consumidor tem o mesmo objetivo, que é o de reequilibrar a relação de consumo. Reforçando, sempre que possível, a posição do consumidor, através da proibição ou da limitação das práticas distorcidas de mercado.

## 10. Bibliografia

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 1.ª ed. (Comentado pelos autores do Anteprojeto). Rio de Janeiro: Ed. Forense Universidade, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, 14.ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 1985.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988; Interpretação e crítica*. São Paulo: ed. dos Tribunais, 1990.

OLIVEIRA, Juarez (Coord.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 1.ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 1991.

Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990).

Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

# Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro

FRANCISCO AMARAL

## S U M Á R I O

1. Introdução. 2. Razão, racionalismo e racionalismo jurídico. 3. Sistema e pensamento sistêmico. 4. A idéia de sistema no direito e o processo de codificação. O Código Civil Brasileiro. 5. O direito civil contemporâneo. Constitucionalização e descodificação. 6. Conclusões. Perspectivas do Direito Civil Brasileiro.

### 1. *Introdução*

O que é hoje o direito civil, quem são e o que fazem hoje os civilistas? Quais as perspectivas que a esse respeito se apresentam no final deste século?

Penso que a resposta a tais indagações passa por uma reflexão sobre a experiência jurídica ocidental, particularmente o direito civil, tomando como ponto de referência um de seus condicionantes histórico-filosóficos mais significativos – o racionalismo jurídico – e como suas projeções no direito o conceito de sistema e o processo de codificação, suscitando ainda uma questão da maior atualidade, que é a da permanência do Código Civil como ordenamento global da disciplina jurídica da sociedade privada. E sendo o Código um dos produtos imediatos desse racionalismo, discute-se, em última análise, a conveniência de se manterem as formas legais da racionalidade herdada do pensamento jurídico europeu do século XIX e da sua adequação à experiência jurídica brasileira contemporânea.

Essa reflexão leva em conta o sentimento de angústia gerado pela percepção da crise que perpassa pelo direito contemporâneo, conscientizando-se os juristas da necessidade

de histórica de rever as estruturas normativas vigentes, à luz das novas funções que a vida social impõe ao direito.

Antes de mais, diga-se que a tão apregoada crise do direito nada mais é do que um fértil processo de mudanças jurídicas, impostas pelos problemas da sociedade tecnológica, que tornou extremamente complexo o relacionamento social e impôs crescentes desafios às estruturas jurídicas herdadas do século XIX. A resposta a esses desafios exige dos juristas e, particularmente, dos nossos civilistas um esforço de reflexão epistemológica que lhes permita, a partir do conhecimento do direito brasileiro, na sua gênese e evolução, elaborar novos modelos que atendam às necessidades crescentes da sociedade contemporânea.

Superada essa preliminar, propomo-nos a focalizar um dos mais discutidos temas da metodologia jurídica atual, que é o predomínio do conceito de sistema e do pensamento sistemático<sup>1</sup> na ciência do direito, como herança da racionalidade que marcou o pensamento jurídico europeu dos séculos XVIII e XIX,<sup>2</sup> projetando-os na experiência histórica

brasileira e verificando de que modo se apresentam no direito civil contemporâneo e se perspectivam para o terceiro milênio.

Escolhendo esse tema, que se integra no movimento de revisão crítica por que passa o direito atual, com a hermenêutica e a *praxis* superando a concepção dogmático-exegética da ciência jurídica e a correspondente visão positivo-legalista herdada do século passado, associamo-nos às justas comemorações que marcaram em 1992 o centenário de Pontes de Miranda, figura exponencial e um dos mais legítimos representantes do pensamento sistemático no direito brasileiro, do que são prova os seguintes trechos que me permito transcrever do prefácio do seu *Tratado de Direito Privado*:

"Os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos. Essas proposições, regras jurídicas, prevêem (ou vêem) que tais situações ocorrem, e incidem sobre elas, como se as marcassem."

.....  
"A parte geral do direito é um dos ramos do direito. Todo sistema jurídico é sistema lógico. Cada ramo também o é. Não é contemplação, nem doutrina teleológica. Há de formar sistema lógico; ou, melhor, há de ser apañhado do que é geral e comum no sistema lógico, ou geral e comum nos sistemas lógicos de que se trata"<sup>3</sup>.

## 2. Razão, racionalismo e racionalismo jurídico

Problema básico da filosofia e da ciência do direito é estabelecer o critério mais adequado à aquisição do conhecimento jurídico, com a razão e a experiência, o racionalismo e o empirismo sempre se constituindo em pólos e correntes opostas de pensamento, como procedimentos específicos de aquisição do saber, e como posições epistemológicas contrárias. Particularmente no direito, a

<sup>1</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Auflage Berlin: 1983. Dunker und Humbolt, (Trad. port.: *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Intr. e trad. de Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, 5. p.)

<sup>2</sup> Essa herança, representada pelas concepções positivistas e formalistas do direito, e expressa no paradigma dogmático, assentava nas seguintes premissas: a) o direito como sistema de normas criadas pelos órgãos do Estado em determinado momento histórico; b) consideração da norma jurídica como imperativo; com a forma de um juízo lógico hipotético-condicional; c) teoria monista das fontes do direito, sendo a lei uma regra geral, abstrata e universalmente obrigatória; d) consideração do sistema jurídico como um sistema normativo pleno, com a proibição expressa de heterointegração, isto é, preenchimento de lacunas da lei com a aplicação de normas ou princípios de outro sistema; e) representação da autoridade do juiz como tarefa de conhecimento idêntica à da ciência; f) redução da interpretação à mera exegese de normas, cuja determinação (a norma aplicável) não seria problemática; g) separação radical entre os conceitos de interpretação e criação do direito. PUCEIRO, Zuleta. "Paradigma dogmático y ciencia del derecho", Madrid: Ed. de Derecho Reunidas, 1981, pp. 155-6; LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa: Editorial Fragmentos, 1990, p. 29.

<sup>3</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado*, t.1, 5.ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. IX.

razão funciona como sistematizadora do raciocínio e do conhecimento, dando consistência a uma ordem normativa.<sup>4</sup> O racionalismo (de *ratio*) vê no pensamento, na razão, a fonte principal do conhecimento humano. Seu modelo é o conhecimento matemático, predominantemente conceitual e dedutivo. No direito, encontra seu maior desenvolvimento na filosofia social do seu arquétipo; é o direito natural ou jusnaturalismo. Contrapõe-se ao empirismo, para o qual a única fonte do conhecimento é a experiência. Sua principal expressão no direito contemporâneo é o realismo jurídico.

O racionalismo remonta ao pensamento grego, onde se encontram, como característica dos primeiros filósofos, as idéias de ordem e de medida<sup>5</sup> que governam o mundo (*Kosmos*) saído da desordem (*chaos*). Essa ordem eram as leis, o *logos* ou razão, como princípio ativo que animava e ordenava a matéria. O *logos* como racionalidade, qualidade do que é conforme à razão. Racionalidade do mundo e, obviamente, racionalidade do homem.

A doutrina que confere à razão o predomínio na gênese do conhecimento humano é, portanto, o racionalismo, cultivado especialmente por Locke, Descartes, Spinoza e pela filosofia do Iluminismo, movimento culminante da revolução cultural e intelectual que marcou o pensamento europeu dos séculos XVII e XVIII. No campo do direito, como já assinalado, foi cultivada pelos juristas do direito natural, um dos componentes fundamentais da história do direito privado e antecedente necessário das modernas teorias jurídicas,<sup>6</sup> sob o nome de *jus-racionalismo*.

Qual a contribuição do *jus-racionalismo* à ciência do direito? Antes de mais, "uma

ideologização da vida pública" no sentido de que toda a atividade social é racionalmente ordenada, permitindo-se a justificação racional das posições político-constitucionais da época moderna. Como teoria, dá ao direito um sistema e um método dogmático específico, a partir de conceitos gerais, abrindo caminho, com sua visão de conjunto, para as construções sistemáticas autônomas. Sua mais importante contribuição é, portanto, a idéia de sistema no direito. Como afirma Wieacker, "com o sistema do *jus-racionalismo*, a ciência jurídica positiva adotou também a sua construção conceitual. Numa teoria que tinha de se comprovar perante o *forum* da razão através da exatidão matemática das suas premissas, o conceito geral adquiriu uma nova dignidade metodológica. Agora, ele não era já apenas um apoio tópico, um artifício na exegese e harmonização dos textos, mas o símbolo central que exprimia a pretensão de ordenação lógica da ciência jurídica. As últimas fases do *jus-racionalismo*, sobretudo, consideravam que a sua missão consistia numa demonstração das normas jurídicas que aspirasse à evidência lógica da prova matemática, e que consistisse, portanto, numa ininterrupta progressão dos conceitos mais gerais para os mais especiais: uma *demonstratio more geometrico*, a que corresponde, como precisamente se exprime no título e na forma expositiva da sua *Ethica more geometrico demonstrata*, a metafísica de Spinoza. Através dos discípulos juristas de Christian Wolff, estas exigências entraram a fazer parte para sempre do programa da ciência jurídica privatística. A jurisprudência dos conceitos do século XIX é essencialmente a herdeira deste processo cognitivo galilaico-cartesiano."

Da ligação do *jus-racionalismo* com o iluminismo surge a primeira grande onda de codificações modernas, a saber: o código prussiano (*Preussisches Allgemeines Landrecht, ALR*, 1774), o código civil austríaco (*Osterreichisches Allgemeines Bürgerliche Gesetzbuch, ABGB*, 1812) e o código civil francês (*Código Civil*, 1804).

7 Idem, p. 310.

<sup>4</sup> ARNAUD, André-Jean. *Critique de la raison juridique*. Paris: LGDJ, 1981, p. 31.

<sup>5</sup> DAZO, Hector. *Razon y filosofia; Para um estudio de la génesis de la racionalidad en Occidente*. Buenos Aires: Cathedra, 1974, p. 11.

<sup>6</sup> WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.ª ed., 1967, (Trad. port.: *História do direito privado moderno*, Trad. de Antonio Hespanha, 2.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 298). Sobre as características do *jus-racionalismo*, cf. BIGOTTE CHORÃO, Mário. *Introdução ao direito*. I. *O conceito de direito*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 162.

cuja caracterização formal e material não cabe aqui referir, com os quais se pretendia a disciplina geral da sociedade por meio de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica, e do que é melhor exemplo o código civil francês, por sua importância e influência. Baseados na convicção iluminista de que o governo racional dos governantes criaria uma sociedade melhor, esses códigos podem considerar-se como verdadeiros atos de transformação revolucionária.

O racionalismo jurídico está, assim, na própria base do Estado moderno, e suas manifestações intelectivas, como a construção dos conceitos e dos sistemas, são expressão do predomínio de uma nova classe, a burguesia racionalista e calculadora,<sup>8</sup> que vê como possível uma igualdade material de direitos, por meio da generalidade e da abstração das normas jurídicas, generalidade no sentido da indeterminação dos sujeitos, e abstração como universalidade dos casos a que se aplica a lei, atributos esses decorrentes do princípio da igualdade formal do modelo jurídico do liberalismo. O racionalismo marca, assim, a ciência jurídica moderna, cuja nota específica é a exatidão.<sup>9</sup> Sua realização máxima são os códigos e as constituições: razão, direito e política.<sup>10</sup> O pensamento sistemático invade a ordem jurídica.

### 3. Sistema e pensamento sistemático

Significativa contribuição do *jus-racionalismo* é a consideração do direito como sistema, abrindo caminho para a construção unitária e autônoma que veio a marcar a ciência jurídica da modernidade.

Embora sem unanimidade nessa matéria, podemos considerar o sistema como um conjunto ordenado de elementos, marcado pela unidade, coerência e hierarquia. Unidade, no sentido de aglutinação desses elementos, normas, princípios e valores, em torno de um princípio básico, geral e comum; coerência,

como ligação entre si e ausência de contradição; hierarquia, no sentido de dependência e dedutibilidade lógica.

O sistema jurídico, ou, de modo mais preciso a concepção do direito como sistema, é tema fundamental da ciência jurídica moderna, pois o julgamento de validade de uma regra jurídica pressupõe a tese da sistematicidade do direito,<sup>11</sup> no sentido de que a regra vale se observar os requisitos legais, isto é, se for conforme o ordenamento jurídico. Constitui-se, assim, em pressuposto teórico de relevo nos estudos de filosofia, de metodologia e de teoria jurídica. Diga-se porém que, embora correspondendo a uma ambição filosófica do saber total e a uma tendência de ver o direito como um conjunto de normas estabelecidas de modo coerente, unitário e subordinado, o sistema nada mais é do que um modelo, uma criação intelectual, uma "ficção controlada pela experiência", para atender a uma demanda crítica do saber. Não se deve, por isso, chegar ao ponto de tomar o modelo como realidade, vendo-se no direito características que na realidade não possui.<sup>12</sup>

O conceito de sistema é útil na medida em que possa desempenhar função significativa na ciência e na prática do direito, facilitando-lhe a aplicação dos seus princípios, conceitos e regras gerais, assegurando uma certa previsibilidade dos efeitos jurídicos e garantindo ainda a unidade interior do direito, com a interpretação sistemática e a aplicação analógica das normas jurídicas. Existem, porém, diversos conceitos de sistema, e nem todos são aceitáveis. Devem excluir-se, por impróprios, os conceitos que não expressem a *ordem* e a *unidade* que lhes são características – ordem, no sentido de compatibilidade lógica de seus elementos, e unidade, no sentido de referência a um ponto central. São impróprios: o chamado sistema externo, que se refere apenas à exposição do material jurídico, apresentando o direito como um conjunto de normas; o sistema

<sup>8</sup> ARBOLEYA, Enrique Gómez. *Estudios de teoría de la sociedad y del Estado*, 2.ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1982, p. 424.

<sup>9</sup> BALLESTEROS, Jesús. *Sobre el sentido del derecho: introducción a la filosofía jurídica*, 2.ª ed. Madrid: Tecnos, 1992, p. 20.

<sup>10</sup> ARBOLEYA, op. cit., p. 468.

<sup>11</sup> SÈVE, René. Le système juridique; Introduction. In: *Archives de Philosophie du Droit*, t. 31 Paris: Sirey, 1986, p. 1.

<sup>12</sup> GRZEGORCZYK, Christophe. Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit. In: *Archives de Philosophie du Droit*, p. 301.

axiomático-dedutivo, que defende a possibilidade de uma dedução puramente lógico-formal das regras jurídicas, a partir de axiomas – proposições tão evidentes que dispensam demonstração, e aqueles conceitos que exprimam apenas categorias puramente formais, como os de Stammler, Kelsen e Nawiasky, assim como o sistema lógico-formal da jurisprudência dos conceitos.<sup>13</sup>

A idéia de sistema, como modelo hierárquico e axiomático, está hoje em crise, principalmente pelo aspecto excessivamente técnico e instrumental que a razão tem assumido no campo jurídico e nos demais setores da sociedade.<sup>14</sup>

A oposição mais conhecida é a de Viehweg, que "não só condena a dogmática jurídica de natureza lógico-dedutiva, como nega cientificidade à jurisprudência em geral, considerando destituída de unidade sistemática".<sup>15</sup> Defendendo a concepção do direito como problema, ou pensamento problemático, considera o direito como conjunto de *topoi*, juízos normativos elaborados para atender a problemas concretos, sem concessões à unidade sistemática. A discussão em torno dessa dicotomia, o direito como sistema ou pensamento sistemático, e o direito como problema, ou pensamento problemático, tem sofrido, porém, da falta de clareza quanto ao próprio conceito de sistema, pelo que se censura Viehweg por ter conduzido uma "luta contra moinhos de vento", já que o sistema lógico por ele questionado há muito ninguém o defende.<sup>16</sup> E até os mais adeptos da idéia do direito como sistema são os primeiros a reconhecer que no estágio atual da ciência jurídica, o direito se apresenta como um ordenamento formado não só de normas, mas também de valores e princípios jurídicos, produto da relação dialética entre a

intenção sistemática, exigida pelo postulado da ordem, e a experiência problemática, imposta pela realidade social. O sistema passa a configurar-se assim como uma "ordem axiológica ou teológica de princípio gerais", "uma entidade aberta e dinâmica que continuamente se enriquece e constitui".<sup>17</sup> Não mais o "sistema fechado", representado pela idéia da codificação, mas "sistema aberto", incompleto e móvel nos seus valores fundamentais.

Verifica-se, portanto, o ocaso do modelo de sistema hierárquico e axiomático no direito dos séculos XVIII e XIX. O novo modelo não se apresenta mais como uma estrutura lógico-dedutiva, mas como uma rede,<sup>18</sup> um entrelaçamento de relações sob o predomínio ou a orientação de princípios jurídicos que funcionam como pautas abertas de comportamento, à espera da necessária concretização. O movimento interno do sistema não é ascendente, mas circular. E enquanto o sistema axiomático usava a razão em sentido teórico o sistema circular usa-a em sentido prático, substituindo-se o rigor lógico pela probabilidade dos fatos. Mas, se ainda considerarmos o sistema no seu sentido tradicional, verificaremos que a sua unidade, característica básica, dá lugar à pluralidade, no sentido de um ordenamento, no caso o de direito civil, não se configura mais como um sistema unitário mas como um conjunto de microsistemas, múltiplos núcleos com as características da sistematicidade. É o polisistema. No mesmo sentido, pode-se dizer que o pensamento sistemático dá lugar ao pensamento pragmático, com o predomínio da razão prática.

O direito assume, desse modo, e cada vez mais, o caráter de uma prática social. Com a revalorização da *praxis* e da experiência, a sistematicidade entra em crise e desenvolve-se o empirismo na doutrina.

<sup>13</sup> CANARIS, op. cit., p. 27.

<sup>14</sup> HABERNAS, Jürgen. *Erkenntnis und Interesse*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1968. (Trad. espan. de Manuel Jiménez, Buenos Aires: Taurus Ediciones, 1990, p. 9), *Theorie und Praxis*. Darmstadt: 1963, (Trad. espan. de Salvador Más Torres. Madrid: Tecnos, 1990, pp. 296 ss.).

<sup>15</sup> VIEWEG, Theodor. *Tolpik und Jurisprudenz*. Munique: (Trad. de Tércio Sampaio Ferraz. Brasília: DIN, 1979).

<sup>16</sup> DIEDERISCHEN, apud CANARIS, op. cit., p. 17.

<sup>17</sup> CANARIS, op. cit., p. 280; Castanheira Neves. *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido*. (Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro, II). Coimbra: 1979, p. 171.

<sup>18</sup> VIOLA, Francisco. *Il diritto come pratica sociale*. Milano: Jaca Book, 1990, p. 59.

#### 4. A idéia de sistema no direito e o processo de codificação. O Código Civil Brasileiro

Do Iluminismo resultou a convicção de que o governo poderia criar uma sociedade melhor, mais livre e igualitária. E o direito seria o instrumento adequado à realização dessa idéia, com a sistematização da matéria jurídica em um corpo já unitário e homogêneo, chamado código. Disso são exemplos os códigos jus-naturalistas supramencionados, sendo a codificação, portanto, a expressão do racionalismo no direito, e o sistema o seu paradigma. O importante era elaborar conceitos e preceitos racionais, não contraditórios, manifestação de uma unidade de poder e de razão,<sup>19</sup> vindo ao encontro dos anseios ou necessidades de uma burguesia que lutava pelos valores da liberdade e da igualdade conquistados na Revolução de 1789 e consagrados no Código Civil francês. A liberdade perante o Estado, a igualdade dos cidadãos perante a lei, a garantia absoluta do direito de propriedade como atributo da personalidade eram princípios revolucionários que o código civil acolhia, assumindo, assim, um caráter de obra revolucionária.<sup>20</sup>

A codificação apresenta vantagens, como a de simplificar o sistema jurídico, facilitando o conhecimento e a aplicação no direito, levando ainda ao surgimento dos princípios gerais do ordenamento, diretrizes ou idéias básicas que presidem a adaptação do direito à complexidade da vida real. Tudo isso explica o triunfo dos códigos nos três últimos séculos. Como inconveniente, afirma-se que a codificação impede o desenvolvimento do direito, produto da vida social que não pode ficar circunscrito, limitado, aprisionado por estruturas formais e abstratas.

O código passou a ser, na esfera do direito privado, pela possibilidade de previsão dos efeitos dos atos jurídicos, a garantia das liberdades civis e do predomínio do poder legislativo sobre o judicial, assegurando a autonomia do indivíduo em face do poder estatal, como ocorre, no direito público, com

as declarações de direitos e as Constituições. Assim sendo, permitia a realização do espírito da época, o "individualismo jurídico próprio do pensamento liberal", que se exprime, entre outros aspectos, na divisão do direito em público e privado, na garantia da liberdade dos indivíduos, e na concepção da centralidade do direito em face da política e da filosofia.

No que diz respeito ao Brasil, a nossa codificação civil foi um processo que começou em 1822 e terminou em 1916, com a publicação do Código Civil Brasileiro. Os trabalhos da codificação iniciaram-se com Teixeira de Freitas, em 1855, convidado, inicialmente, para consolidar a legislação civil existente no Brasil, "esparça, desordenada e numerosíssima", e, posteriormente, para redigir o projeto do Código Civil.<sup>21</sup> O produto desse trabalho são suas famosas e importantes obras, a *Consolidação das Leis Civis* e o *Esboço de Código Civil*. Não o Código, consecutivamente, Nabuco de Araújo, Felício dos Santos e Coelho Rodrigues, cujos projetos, não tendo logrado aceitação, foram desaguado na obra de Clóvis Beviláqua. Este eminente jurista, professor da Faculdade de Direito do Recife, concluiu o processo da codificação civil brasileira com um projeto que, apresentado em 1889, somente logrou aprovação em 1.º de janeiro de 1916, para entrar em vigor em 1.º de janeiro de 1917.

Esse Código é produto de sua época, com formação eclética e influência do direito francês e da técnica do Código alemão. Feito por homens identificados com a ideologia dominante, representa o sistema normativo de um capitalismo colonial no campo das relações civis.

No seu aspecto formal e à semelhança do Código alemão (BGB), tem a precedê-lo uma Lei de Introdução, com regras sobre publicação, vigência e aplicação das leis, e com os critérios para a solução de conflitos de

<sup>19</sup> ARBOLEYA, op. cit., p. 450.

<sup>20</sup> NICOLÒ, Rosario. Codice civile. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1960, p. 248.

<sup>21</sup> A Constituição do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, dispunha, no seu art. 179, item 18: "organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade". Em 16 de dezembro de 1830 publica-se o Código Criminal do Império, substituído, com o advento da República, pelo Código Penal de 11 de outubro de 1890.

normas no tempo e no espaço. Quanto à estrutura do Código propriamente dito, compõe-se de duas partes, uma geral, de 179 artigos, reunindo os princípios e as regras aplicáveis às pessoas, aos bens e aos fatos jurídicos, e outra especial, subdividida em quatro livros, o do direito de família, com 305 artigos, o do direito das coisas, com 378 artigos, e o do direito das obrigações, com 709 artigos, e o do direito das sucessões, com 236 artigos, em um total de 1.807. Essa disposição parte da pessoa como conceito de maior extensão e importância no direito e, portanto, de maior destaque e primazia. Logo após, a família, como círculo social básico, onde a pessoa nasce e se desenvolve. Em seguida, os bens, tudo aquilo sobre que a pessoa exerce os seus poderes e que, dividindo-se em coisas e ações, justificam a disciplina dos direitos reais e do direito das obrigações, tudo isso a finalizar no direito das sucessões, que com todos se relaciona. Estruturada, desse modo, a matéria do direito civil brasileiro, em torno e em função das instituições fundamentais do direito privado, a saber, a pessoa, a família e o patrimônio, apresenta-se cada uma delas como um verdadeiro microsistema jurídico, com sua realidade própria e seus elementos específicos, normas, princípios, valores e relações, embora ainda formalmente ligados no contexto unitário do Código Civil.

No curso da sua existência, o nosso Código tem sido alterado ou complementado por grande número de leis especiais, de modo a poder enfrentar as questões decorrentes das mudanças verificadas na sociedade brasileira durante este século, sendo que já foi objeto de três tentativas de reforma. Em 1941, com o Anteprojeto de Código das Obrigações, de Orozimbo Nonato, Filadelfo Azevedo e Hahnemann Guimarães; em 1961, com o Anteprojeto de Código Civil, de Orlando Gomes, e de Código das Obrigações, de Caio Mário da Silva Pereira; e em 1967, com o Anteprojeto de Código Civil, da comissão formada por Miguel Reale, Moreira Alves, Arturdo Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato de Castro. Nenhum foi aprovado, sendo que o último encontra-se atualmente no Congresso Nacional.

### 5. O direito civil contemporâneo. Constitucionalização e descodificação.

A publicação do Código Civil Brasileiro deu azo a grande movimento de floração doutrinária, com obras de grande vulto tanto no campo da teoria quanto no da exegese das normas e institutos do novo Código.

Sendo, porém, o Código um conjunto sistematizado de regras jurídicas destinado a reger, com a maior amplitude e generalidade possíveis, as relações de natureza privada, como estatuto fundamental da sociedade civil, cristalizando em suas normas os valores e as ideologias dominantes no seu tempo, teve naturalmente de sofrer a influência do processo de evolução que marcou a sociedade brasileira deste século.

Assim é que, publicado o Código, tantos foram os problemas e os desafios da sociedade em mudança, e tamanha foi a dificuldade do Código em se adaptar às novas exigências, que foi necessário partir-se para a adoção de leis especiais em ritmo crescente, tentando adequar os institutos tradicionais da sociedade civil (a pessoa, a família, a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil) às novas contingências da sociedade industrial e tecnológica que se desenvolvia no Brasil em substituição do sistema colonial agrário da época da codificação. Rompiam-se, desse modo, a unidade e a generalidade do Código Civil, com a edição de normas especiais, que, "editadas para a disciplina de certas categorias de relações", passaram a ser mais aplicadas do que o próprio Código, deslocado este de sua posição de lei fundamental do sistema de direito

22 Além das obras de Clóvis Bevilacqua, onde sobressai meritória a Teoria Geral do Direito Civil, destacam-se as de Lacerda de Almeida, Marinho Garcia, Almáquio Dinis, Azevedo Marques, Lafayette Rodrigues Pereira, Ferreira Coelho, Eduardo Espinola, Eduardo Espinola Filho, Carvalho Santos, Paulo Lacerda, Pontes de Miranda, João Luis Alves, Spencer Ráo, Serpa Lopes, Adauto Fernandes e, mais recentemente, San Thiago Dantas, Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira, Antônio Chaves, Washington de Barros Monteiro, Sívio Rodrigues, Franzen de Lima, Vicente Ráo, Serpa Lopes, Arnaldo, Wald, Rubens Limongi França, Maria Helena Diniz, etc. Sobre a elaboração e a reforma do Código Civil, cf. Limongi França, *Manual de direito civil*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971, pp. 102 ss.

privado para a condição de lei supletiva e subsidiária.

Surgem assim novos ramos jurídicos, especiais e autônomos, como o direito de trabalho, para disciplinar a prestação de serviços de determinada natureza, o direito agrário, para as relações típicas da atividade agrária, a legislação da previdência social, do inquilinato, da navegação aérea, da atividade financeira e bancária, da proteção ambiental e do consumidor, dos novos tipos de propriedade, como a industrial, a intelectual, a urbana. Configuram-se novas questões a exigir do direito adequadas estruturas jurídicas de resposta, como ocorre com o ambiente, a procriação artificial, os transplantes, a engenharia genética, a eutanásia, enfim, problemas do direito à vida que situam novamente a pessoa no centro do ordenamento jurídico, reafirmando-se o direito civil como sistema de defesa do indivíduo, do seu ser físico e natural, da sua individualidade e da sua vontade.

Toda essa variada gama de regras jurídicas, destinada a disciplinar novas situações e novos conflitos de interesses, rompe a unidade do direito civil e contesta a generalidade de suas normas, o que levou autores de nomeada a vislumbrar o ocaso e a agonia do Código Civil.<sup>23</sup>

Com essas modificações, configura-se uma crescente intervenção do Estado na economia e na vida social, o que vem também a marcar, de modo inconfundível, o direito civil brasileiro das últimas décadas.

Dois conseqüentes aspectos são de assinalar: a *constitucionalização* dos princípios e institutos fundamentais do direito privado e a *fragmentação* da matéria privada em ramos distintos e autônomos, passando-se do monossistema das codificações do século XIX para o plurissistema típico da época contemporânea.

Essa constitucionalização significa que os princípios básicos do direito privado emigram do Código Civil para a Constituição, que passa a ocupar uma posição central no

ordenamento jurídico, assumindo o lugar até então privilegiadamente ocupado pelo Código Civil, transformando-se este num satélite do sistema constitucional. Os valores fundamentais do direito em geral e do civil em particular, como a justiça, a segurança, a liberdade, a igualdade, o direito à vida, a propriedade, o contrato, o direito de herança etc., saem do seu *habitat* natural, que era o Código Civil, e passam ao domínio do texto constitucional, que, além de reunir os princípios básicos da ordem jurídica, também estabelece os direitos e deveres do cidadão e organiza a estrutura político-administrativa do Estado.

Fixando-se como vértice da pirâmide normativa, a Constituição cria o problema da legalidade constitucional de todas as normas que lhe são inferiores, pertencentes ao Código Civil ou à legislação autônoma. Por outro lado, de modo contrário ao Código Civil, que conserva os valores da sociedade liberal do século XIX, a Constituição "projeta e estimula a fundação de uma nova sociedade" com suas normas programáticas.

Conseqüência imediata desse processo é a *inserção da normativa constitucional no corpo do direito civil, como constante critério de controle*. De outra parte, as suas normas programáticas vão estimular a criação de leis especiais que, em matéria civil, reduzem o primado do Código e criam uma pluralidade de núcleos legislativos que fragmentam o sistema unitário presidido pelo Código Civil, caracterizando o chamado processo de *descodificação do direito*, termo devido a Irti e, no Brasil, adotado por Orlando Gomes.<sup>24</sup>

Antes demais, a descodificação representa uma antítese histórica. Se a época da codificação, basicamente o século XIX, resulta do racionalismo jurídico europeu, como convergência de três tendências, a do *direito natural* racional, como razão utópica construtora da realidade, a do *racionalismo burguês*, como racionalismo afirmador da vida profana, livre e igual, e da *razão de Estado*,

<sup>23</sup> GOMES, Orlando. "A agonia do Código Civil." *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. Rio de Janeiro, 1985, n.º 7, p. 9.

<sup>24</sup> IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1979; GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, pp. 40 ss.

como edificador do Estado moderno,<sup>25</sup> sendo os códigos momento essencial da razão jurídica moderna<sup>26</sup> e o símbolo da *estabilidade* e da *unidade*, a época atual da descodificação, iniciada com a maré da legislação especial e extravagante, a partir das primeiras décadas do século, representa o *movimento* e a *pluridade* no direito, comprovando a crise da unidade sistemática do direito civil herdada da racionalidade jurídica dos dois últimos séculos. O Código Civil não mais garante a unidade do sistema de direito privado, deixando a posição central que nele ocupava e passando o cetro do poder civil à própria Constituição, agora o eixo em torno do qual gravita todo o ordenamento jurídico da sociedade brasileira. Não mais o regime do *monossistema*, sob a égide do código civil unitário da época liberal, que exprimia uma visão compreensiva da sociedade,<sup>27</sup> mas o do polissistema, como pluralidade de núcleos jurídicos que representam a fragmentação dessa unidade, cada um com seus próprios princípios e lógicas interpretativas. O Estado, de espectador que era na época moderna, se faz protagonista, e o civilista, que antes se configurava como o "estudioso enciclopédico do direito privado", surge agora como especialista setorial, como técnico de microssistemas ou de leis especiais,<sup>28</sup> como personagem secundário. Sua contribuição é fundamentalmente técnica, inserida no ritmo da sociedade industrial pós-moderna, e destituída da importância política de antigamente, quando foi decisiva ou marcante a sua contribuição, não só para a gênese da mentalidade como para a própria segurança da vida privada. Qual o sentido e o significado desse processo? Se a constitucionalização da matéria civil implica num novo centro do sistema, normativo, a Constituição, que passa a garantir a unidade do ordenamento jurídico, implica também na atribuição de um papel residual ao código civil e na necessidade de uma reflexão sobre problemas centrais

<sup>25</sup> ARBOLEYA, op. cit., p. 509.

<sup>26</sup> Idem, p. 452.

<sup>27</sup> IRTI, Decodificazione. In: *Digesto delle Discipline Privatistiche*. Sezione Civile, V. Torino: UTET, 1990, p. 142.

<sup>28</sup> Idem, p. 148.

da teoria geral do direito, que vão da teoria das fontes e da interpretação, aos do método e até do ensino jurídico, o que se junta à fragmentação do código, tudo isso a configurar a passagem do monossistema ao polissistema, da unidade à pluralidade, da estática à dinâmica na realização do direito. E, se tal ocorre no campo da sistemática, também na doutrina se verifica um movimento a denunciar a evolução do saber jurídico para uma postura menos racional e mais empírica, a partir de uma concepção do direito como prática social. Não mais o tempo das teorias gerais e das grandes construções, mas a época de superação da *generalidade* e da *sistematicidade* fechados. É o tempo da razão prática e do sistema aberto. Por sua vez, o direito civil dogmático, enriquecido pelas contribuições da história, da filosofia, da sociologia, da economia, reconduz os juristas à exegese dos textos e relativiza a importância das antigas partes gerais dos códigos, tornando imperativa também a revisão dos métodos didáticos.<sup>29</sup>

## 6. Conclusões. Perspectivas do direito civil brasileiro

Revisitado o direito civil no seu processo histórico cultural, nele compreendida a experiência jurídica brasileira, a que conclusões podemos chegar a respeito das mudanças que neste século se têm verificado, por força dos desafios da sociedade pós-moderna, um verdadeiro rito de passagem para o terceiro milênio?

Saliente-se que as notas marcantes do direito civil são a historicidade, no sentido de uma formação ao longo do tempo, e a continuidade, com referência a um processo constante e uniforme de decidir. Como produto desse longo evoluir histórico, o direito civil vem a configurar-se como o direito dos particulares, fundado no princípio da igualdade, e elaborado com base no reconhecimento de uma esfera de soberania individual, cujas manifestações mais evidentes são o princípio de liberdade com referência à pessoa, a propriedade no tocante à relação pessoa/bens da

<sup>29</sup> IRTI, Diritto civile. In: *Digesto delle Discipline Privatistiche*, VI, p. 143.

vida e no contrato, com referência à atividade livre dos indivíduos.<sup>30</sup> Surge, então, o direito civil como aquele setor da experiência jurídica que privilegia a chamada autonomia privada, poder jurídico que os particulares têm de dispor de seus interesses e de regular juridicamente as suas relações, nos limites estabelecidos pela ordem pública e os bons costumes. Todos esses aspectos têm de ser levados em conta no balanceamento do estado atual e das perspectivas que se oferecem ao direito civil e aos civilistas.

Como produto histórico e cultural, o direito civil acompanhou as vicissitudes da cultura que integrava, sob a influência de outros grandes componentes culturais, a filosofia grega e o cristianismo. Da primeira, herdou os princípios e os conceitos fundamentais que vieram a orientar os grandes sistemas de pensamento, entre os quais a racionalidade, o pensamento racional; do segundo, o humanismo, a importância e a dignidade da pessoa humana, correntes de pensamento com grande influência na evolução do direito da época moderna.

A corrente racionalista tem início com o predomínio da razão (*logos*) no pensamento grego, desenvolvendo-se na filosofia medieval e consagrando-se no jus-racionalismo uma das filosofias básicas do direito privado ocidental. Do jus-racionalismo surge a idéia do direito como sistema, considerado este, em princípio, como um conjunto unitário e coerente de conceitos e proposições jurídicas, articuladas de modo axiomático e dedutivo, que vem por influência do Iluminismo, a resultar nas grandes codificações do direito europeu.

O direito civil brasileiro não fugiu a isso. Sistematizado no Código de 1916, foi eclético na sua gênese, adotando concepções do Código francês e a técnica do Código alemão. Do ponto de vista ideológico, era a expressão dos interesses da burguesia mercantil, mais liberal, e da burguesia agrária, mais conservadora, do final do século XIX, vindo a sofrer, como é óbvio, os desafios do advento da sociedade industrial e tecnológica, guardadas as limitações decorrentes da

condição colonial e periférica da economia e da sociedade brasileira.

Qual o sentido da evolução do direito civil brasileiro neste século e como se apresenta hoje, às vésperas do terceiro milênio? O que é o direito civil, quem são e o que fazem os civilistas, quais as perspectivas que se apresentam?

Creio que o rápido bosquejo histórico e sociológico aqui traçado já nos permite responder a tais indagações e concluir.

A evolução da ciência do direito, mais particularmente do direito civil, é marcada pelo paradigma da racionalidade, principalmente a partir da revolução intelectual que se verificou na Europa na época moderna, séculos XVII e XVIII, com o advento do racionalismo e do iluminismo.

Grande contribuição do racionalismo ao direito foi o conceito de sistema, conjunto unitário e coerente de elementos articulados e estruturados de modo lógico-dedutivo, que vem a constituir-se no paradigma dos códigos e das Constituições.

A codificação do direito brasileiro seguiu o mesmo modelo, por influência do direito europeu, principalmente os códigos civis francês e alemão, sendo que deste adotou a sistemática externa, de modo quase igual.

As transformações da sociedade civil brasileira no curso deste século, co-envolva no processo da revolução industrial e tecnológica, com a intervenção crescente do Estado no âmbito da autonomia privada, têm causado, porém, notórias modificações de natureza formal e material no sistema de direito civil brasileiro.

Do ponto de vista material, verifica-se uma crítica à racionalidade técnico-intelectual do direito da modernidade marcado pelo processo de racionalização que caracterizou o desenvolvimento do capitalismo no século XIX, em que se acentua uma "tendência progressiva da orientação técnica e instrumental da vida social". Em última análise, é uma crítica ao positivismo, que é a principal filosofia do direito da modernidade.

Paralelamente a essa crítica à racionalidade instrumental e ao conceito de sistema, principalmente o fechado, axiomático-dedutivo, verifica-se a desagregação do sistema

<sup>30</sup> NICOLÒ, *op. cit.*, p. 907.

unitário do direito civil tradicional, que se fragmenta em microssistemas, cada um com individualidade e especificidade, autonomia e interpretação próprias. É o fenômeno da descodificação, que supera a pretensão tradicional de totalidade e de generalidade dos códigos civis modernos, surgindo, em detrimento da sua estrutura, novos ramos de direito, como o do trabalho, o agrário, o previdenciário, o imobiliário, o dos transportes, o bancário, o industrial, o notarial, o da responsabilidade civil etc. No campo doutrinário, o jurista perde também a sua pretensão de totalidade do conhecimento do direito e transforma-se em técnico especializado desses novos microssistemas.

Do ponto de vista axiológico, a segurança jurídica perde terreno para os valores do bem comum e da justiça social. O pensamento jurídico passa a orientar-se mais em função dos valores do que dos interesses, recorrendo cada vez mais às cláusulas gerais e aos princípios jurídicos, categorias que não permitem maior rigor no trabalho lógico-dedutivo, ou raciocínio de subsunção, o que leva a falar-se, atualmente, em "perdas de certeza" no pensamento jurídico.<sup>31</sup>

Constata-se a crise da sistematicidade e revigora-se o conflito entre o formalismo e o

pragmatismo. Na relação entre o *logos* e a vida, que na modernidade tendia para a absolutização do primeiro, a pós-modernidade acentua o primado da vida, "propondo-se uma reflexão crítica sobre o dogmatismo metodológica". O mundo da vida supera o mundo da razão.

O direito reafirma-se como uma categoria ética e como uma prática social. E o civilista surge como um intelectual crítico, empenhado não mais na defesa de uma classe, a burguesia, mas na da pessoa e dos seus interesses inalienáveis.

O direito civil brasileiro, à véspera do terceiro milênio, encontra-se dividido, separada a doutrina do Código, fragmentado este em microssistemas e superada aquela nas suas pretensões de racionalidade, generalidade e sistematicidade. O processo de mudança é fértil, com a proliferação legislativa, que, se por um lado representa o casuismo jurídico, por outro atesta a preocupação do político e do jurista com o bem-estar do homem contemporâneo, não o *homo ideologicus* que motivou o direito e o código civil da modernidade, mas o *homo privatus*,<sup>32</sup> nas suas carências e nos anseios de realização dos seus valores supremos, a liberdade, a justiça e o bem comum.

<sup>31</sup> LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa: Editorial Fragmentos, 1990, p. 80.

<sup>32</sup> IRTI, op. cit., p. 147.

# A responsabilidade civil do notário e do registrador

CLAYTON REIS

## S U M Á R I O

1. Conceitos históricos. 2. Elementos formais da responsabilidade civil. 3. Configuração do dano. 4. Função do notário e do registrador. 5. Os atos notariais e de registro. 6. Relação jurídica com o Estado. 7. A obrigação de indenizar. 8. Conclusões.

### 1. *Conceitos históricos*

Remonta há séculos o princípio jurídico de indenizar os prejuízos no patrimônio da pessoa, em decorrência de ato lesivo culposo ou doloso perpetrado por outrem.

A noção primitiva de reparação do dano fundada no axioma do "olho por olho, dente por dente", do antigo Código de Hamurábi, corresponde a um conceito rudimentar de reparação equivalente.

Na realidade, o homem sempre sentiu necessidade de recompor a ofensa sofrida, através de uma ação individual direcionada contra quem lesionou a sua pessoa ou o seu patrimônio. Esse sentimento de vingança, inato no homem, contribuiu para o acirramento da violência e da desproporcionalidade das reações *inter personae* e as famílias dos lesados. As reparações de danos situavam-se, dessa forma, no campo dos instintos e denunciavam uma forma grave de aplacar o natural sentimento de restituição da agressão ou do bem perdido.

Todavia, os monarcas sentiram necessidade de criar um sistema de ordenações em que o Estado assumiria a responsabilidade de disciplinar e equilibrar as relações decorrentes desses conflitos individuais. Para tanto, criou normas e procedimentos a fim de

Clayton Reis é magistrado no Estado do Paraná, professor da Universidade Estadual de Maringá, professor e diretor da Escola da Magistratura do Paraná.

impedir que cada cidadão agisse por *moto proprio*. A partir desse momento histórico, o homem não mais poderia, através de recursos pessoais, buscar a reparação da lesão de que fora vítima. O exercício arbitrário das próprias razões passou a ser considerado um delito capitulado em disposições expressas, prevendo sanções aplicáveis aos seus infratores nos casos de sua inobservância.

Nessa esteia, a civilização marchou decididamente no curso da sua história no sentido de implantar o império da lei nas relações singulares e coletivas. O Estado assumiu a gestão da sociedade e criou mecanismos de repreensão dos atos lesivos aos bens patrimoniais e extrapatrimoniais das pessoas.

O Estado de direito, erigido sob os pressupostos formais da legalidade e da legitimidade, consolidou definitivamente os rumos do processo civilizatório em que o homem é o centro e a razão do sistema social.

## 2. Elementos formais da responsabilidade civil

Segundo a lição de Antonio Chaves, "toda ação do homem que viole um princípio social, regulado ou protegido pela lei, pela doutrina ou pelo costume, traz em si uma responsabilidade e é sancionada".<sup>1</sup>

O código de sociabilidade humana exige um respeito entre os indivíduos, a fim de que, vivendo em harmonia, cada um possa desenvolver sua atividade produtiva e enriquecedora.

O poder público tem o dever de permitir e assegurar que cada cidadão tenha o direito de exercer sua atividade na comunidade social, bem como o de fixar limites em que cada um poderá desempenhar impunemente a sua atividade laborativa. A concorrência vital deve ser ordenada, e a vida em comunidade deve ser estabelecida.

No dizer ainda de Antonio Chaves, "o código de sociabilidade prescrito por Stuart Mill dispõe que a única finalidade pela qual se pode exercer com direito um poder sobre um membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é a de impedir-lhe que

prejudique os demais".<sup>2</sup> Portanto, o grande objetivo da responsabilidade civil é impedir que as pessoas ajam com fito de prejudicar outrem, rompendo dessa forma a cadeia de equilíbrio necessário ao desenvolvimento da sociedade.

Nesse sentido, se a responsabilidade penal tem efeito repreensivo e preventivo de caráter público, a responsabilidade civil, que também possui uma função sancionadora, é quase sempre movida pelo interesse individual, na medida em que busca a reparação do dano resultante da ação lesiva de uma pessoa.

Segundo a ótica de Maria Helena Diniz, "a responsabilidade civil requer prejuízo a terceiro, particular ou ao Estado. A responsabilidade civil, por ser repercussão do dano privado, tem por causa geradora o interesse em restabelecer o equilíbrio jurídico alterado ou desfeito pela lesão, de modo que a vítima poderá pedir reparação do prejuízo causado, traduzida na recomposição do *status quo ante* ou numa importância em dinheiro".<sup>3</sup>

Todavia, não se pode conceber a existência de um ato antijurídico sem as conseqüências decorrentes. Para Eduardo A. Zanunni, "o dano constitui, de tal forma, um dos pressupostos da obrigação de ressarcir ou, então, da responsabilidade jurídica".<sup>4</sup> Assim, não há responsabilidade jurídica se não houver dano. Por conseguinte, um dos pressupostos formais da responsabilidade civil é o dano, ou seja, uma diminuição do patrimônio da vítima ou, ainda, uma ofensa à sua integridade psíquica. Assim, a partir do momento em que se perpetra o dano, surge para o lesionado o direito à recomposição ou compensação do seu patrimônio subtraído. Entrementes, é necessário que a ação antijurídica tenha sido perpetrada de modo direcionado, ou seja, o

<sup>2</sup> CHAVES, Antonio, ob. cit., p. 42.

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena, *Responsabilidade civil*, v. 7. São Paulo: Ed. Saraiva, 1984, p. 18.

<sup>4</sup> ZANONNI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987, p.1:

"El daño constituye, de tal modo, uno de los presupuestos de la obligación de resarcir, o, si se prefiere, de la responsabilidad jurídica."

<sup>1</sup> CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 88.

resultado de um procedimento ilícito comissivo ou omissivo voluntário e objetivamente imputável ao agente ou a terceiro.

A indenização, segundo iterativa orientação jurisprudencial (RT, 417:167), "deriva de uma ação ou omissão do lesante que infringe um dever legal, contratual ou social, isto é, se provocado com abuso de direito".

Para caracterizar essa situação, é necessária a existência da culpa, que é a violação de um dever jurídico, imputável a alguém em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela. Pode ser dolosa, que é a violação intencional do direito, ou culposa, evidenciada pela ação negligente, imprudente ou imperita do agente.

Segundo a lição de Maria Helena Diniz, "para que haja dever de ressarcir prejuízo, será preciso que o fato gerador possa ser imputável ao seu autor, isto é, que seja oriundo da sua atividade consciente".<sup>5</sup>

Por outro lado, não se pode falar em responsabilidade civil, mesmo ocorrendo o dano e a culpa, caso inexista nexa causal, ou seja, uma relação entre a ação do agente e a lesão ocorrida.

Nesse aspecto, a jurisprudência (RT 224:155) igualmente predominante de nossas Cortes de Justiça não discrepa desse raciocínio ao preceituar: "a responsabilidade civil não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a ação que o provocou".

Tal nexa representa, portanto, conforme ensina Maria Helena Diniz, "uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido".<sup>6</sup>

Por tais motivos, podemos concluir, com clareza solar, que a responsabilidade civil envolve necessariamente a existência de três pressupostos essenciais para caracterizar o direito à reparação, ou seja, a culpa, o dano e o nexa causal.

### 3. O ato lesivo

O ato lesivo decorre da ação antijurídica do agente. É preciso, no entanto, que a lesão no caso em exame seja real e não fictícia, já que, como se observará no curso dessa exposição, a ação dos notários e dos registradores é uma atividade de resultado.

Portanto, a inexecução do serviço encomendado e que resulte em lesão ao contratado, presentes os pressupostos da responsabilidade civil, acarretará inevitavelmente o dever de indenizar.

A lesão, nesse caso, poderá ocorrer quando o ato registral ou notarial não se revestir dos elementos necessários à configuração do ato jurídico perfeito e acabado. É que, sendo obrigação de resultado, é indispensável que o registrador e o notário utilize toda a sua diligência e prudência no sentido de concorrer para a efetiva e segura realização do ato negocial. Nesse particular, deverá contribuir com cautela e perícia, já que se trata de um profissional em que o conhecimento das regras técnicas da atividade é um dever de ofício.

Por tais razões, a lesividade será um resultado inevitável sempre que o notário ou registrador negligenciar no uso das regras necessárias ao desempenho do seu *desiderato*.

A lesividade será ainda patente quando o notário ou o registrador deixar de lavrar ou proceder a lavratura de ato em desacordo com a lei registral ou normas de serviços, editada pela Corregedoria da Justiça do seu Estado. Dessa forma, conforme as previsões contidas na lei registral (Lei nº 6.015/73), toda vez que houver a prática de ato fora do expediente regulamentar (art. 9º); ocorrer a alteração de ato cuja certidão é pedida (art. 21); ou pelos prejuízos que causarem por culpa ou dolo aos interessados no artigo (art. 28), estes fatos acarretarão a inevitável ação de responsabilidade civil do notário e registrador.

É curial ressaltar que a lei registral, no seu art. 28, parágrafo único, ratificou, sem necessidade aliás, a postura do art. 1.525 do Código Civil, ao prescrever que a responsabilidade civil será independente da criminal.

<sup>5</sup> DINIZ, Maria Helena, ob. cit., p. 38.

<sup>6</sup> Idem, ib., p. 81.

Portanto, a ação delituosa praticada com culpa ou dolo e que tenha resultado em dano para terceiros implicará a conseqüente reparação de danos, independentemente do procedimento criminal, se cabível.

#### 4. Função do notário e do registrador

A obrigação fundamental dos notários e dos registradores que exercem um ofício público, preleciona Antonio Chaves, "consiste em desempenhar, com o maior zelo, os atos inerentes ao seu cargo, a bem não apenas do interesse daqueles que os procuram, como também da fé pública que devem sempre resguardar, esclarecendo as partes a respeito da legitimidade dos seus atos e de seus negócios".<sup>7</sup>

O notário e o registrador, como *experts* da função, têm a obrigação de dominar a arte do seu ofício. É inadmissível presumir que o tabelião não conheça os requisitos necessários à elaboração de um testamento público. Trata-se de um ato que se reveste de extrema formalidade. A ausência de um deles acarreta, inexoravelmente, a sua nulidade, com sérios reflexos na ordem sucessória.

Para Santiago Santis Melendo, citado por José Renato Nalini, em seu artigo "A Responsabilidade Civil do Notário", "o notário é um professor de direito; um professor cuja missão não é docente, não é dar lições, mas pôr em prática o direito de tal maneira que a finalidade da paz social seja alcançada integralmente; assim como o médico ministra remédio para curar e, até em certas ocasiões, amputar, a função do notário é prevenir".<sup>8</sup>

A atividade do notário e do registrador, como se denota, assume relevância nas comunidades brasileiras. O Brasil é um país continental e o papel desempenhado pelo notário e pelo registrador nas microcomunidades é relevante para a segurança e exatidão dos atos negociais. Afinal, a estabilidade das relações humanas decorre da precisão dos

atos lavrados. Nesse sentido, as funções do notário e do registrador emergem à condição de atividade social de reconhecido valor.

Para Antonio Chaves, "os tabeliães e oficiais públicos são responsáveis pela inexistência ou lacuna dos atos que lavram, ou pelos escreventes à sua direção, desde que causem prejuízos a terceiros".<sup>9</sup>

#### 5. Os atos notariais e de registro

A função essencial do registrador e do notarial se resume na prática de atos, cada qual no âmbito do seu ofício. Por outro lado, os referidos atos são elaborados mediante contrato de prestação de serviço, sendo assim uma atividade-fim.

O notário tem, na verdade, segundo a lição precisa de José Renato Nalini, dúplice responsabilidade: "pelas faltas cometidas no estrito cumprimento dos deveres de sua função e em razão dos danos que pode causar a outrem, no cumprimento das diversas missões que aceita em virtude da sua obrigação: aconselhamento, mandato, gerência de negócios, depósitos de títulos ou dinheiro etc."<sup>10</sup>

As funções dos notariais e registradores decorrem da lei registral. Seus deveres são, por isso, legais. A circunstância de ser o notário ou o registrador oficial público não atingirá o caráter contratual da sua responsabilidade.

Nesse aspecto, Antonio Chaves, proclama que, "se o oficial do registro de imóveis, por engano ou descuido, certificar não estar onerado um imóvel sobre o qual, todavia, pesa hipoteca regularmente inscrita, responderá pelo dano sofrido por quem fizer o negócio confiando na exatidão da certidão expedida. O mesmo ocorre com o tabelião que, ao lavrar testamento público, deixar de observar com exatidão as regras contidas no art. 1.623, I a IV, do Código Civil, cuja falta resulta na nulidade do referido testamento, com prejuízo aos legatários".<sup>11</sup>

Conforme afirmamos, a segurança da ordem institucional depende da fiel observância das normas jurídicas e da exatidão na

<sup>7</sup> CHAVES, Antonio, ob. cit. p. 449.

<sup>8</sup> NALINI, José Renato. "A responsabilidade civil do notário". São Paulo, *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo*, Lex Editora, n.º 130, maio/jun. 1991, p. 20.

<sup>9</sup> CHAVES, Antonio, ob. cit., p. 450.

<sup>10</sup> NALINI, José Renato, ob. cit., p. 21.

<sup>11</sup> CHAVES, Antonio, ob. cit., p. 450.

formação dos atos notariais e de registro. O defeito ou erro no nascimento desses atos acarreta, via de regra, um rompimento na cadeia social, gerando desequilíbrio no inter-relacionamento das pessoas. O tabelião e o registrador poderão ser responsabilizados por esse desencadeamento de fatores lesivos aos direitos e interesses de terceiros.

Por tais motivos o notarialista Rufino Larraud, citado por José Renato Nalini, em seu trabalho já referido, concluiu:

"Por isso responde por suas omissões profissionais com todo o seu patrimônio, como se existira uma total identidade entre sua pessoa e o ofício que desempenha."<sup>12</sup>

Dessa forma, sendo os notários e registradores profissionais dedicados ao manuseio de documentos e elaboração de atos, cumpre-lhes adotar as maiores cautelas possíveis na formação dos negócios sujeitos à sua obrigação.

José Aguiar Dias ensina com clareza:

"Essas considerações não excluem, é claro, a obrigação, que incumbe aos tabeliães, de observar a maior cautela nos atos que lhes vêm às mãos. Assim, se, em qualquer dos casos acima, tendo motivos para suspeitar do negócio em que intervenha, o tabelião nada fizer para esclarecer a sua legitimidade, sem dúvida deverá responder pelos prejuízos resultantes."<sup>13</sup>

## 6. Relação com o Estado

Os registradores e notariais, com o advento da Constituição Federal de 1988 (art. 236), continuam a exercer uma função pública delegada, não obstante a Carta Magna elege essas serventias à condição de atividade privada.

Todavia, mesmo com o advento da referida disposição constitucional, não ocorreu a subtração do sentido público da atividade notarial, preservando, por outro lado, o pres-

suposto da delegação de poderes, que se encontra presente no *mens legis*.

José Renato Nalini, preleciona que "a Constituição da República não inovou a respeito. A delegação apenas restou explícita na lei fundamental. Continuam os notários exercentes de função pública. E é simples concluir que, não fora pública a função exercida, e não haveria necessidade de delegação. O poder público apenas delega aquilo que detém."<sup>14</sup>

Portanto, é absolutamente cristalina a conclusão de que, ao delegar poderes, o Estado reserva para si o direito de controlar, fiscalizar e ditar normas, a fim de que o interesse público sobreleve sobre o particular. A delegação difere, assim, da iniciativa privada, cujo nascimento decorre da *affectio societatis* e é comandada por obrigações contratuais firmadas pelo acordo de vontade individuais. O Estado, nesse caso, apenas observa se os objetivos e as cláusulas dos estatutos constitutivos obedeceram aos conceitos de moralidade e legalidade.

Nessa linha de raciocínio, a lição de Walter Ceneviva é precisa na medida em que esclarece:

"A norma Constitucional específica tenta o exegeta a supor a conclusão da regra geral, atinente a todos os serviços públicos quanto à responsabilidade civil do Estado."<sup>15</sup>

E adiante conclui:

"O serviço registrário faz de seu titular um delegado do poder público, com a possibilidade, nos limites da lei, de representar, proceder, examinar, julgar, resolver as questões que lhe sejam pertinentes. Afirma, pois, sua condição de prestador de serviço público."<sup>16</sup>

<sup>14</sup> NALINI, José Renato, ob. cit., p. 19.

<sup>15</sup> CENEVIVA, Walter, *Lei dos Registros Públicos Comentada*, 7ª Edição São Paulo/SP. Editora Saraiva S.A., 1991, p. 40.

<sup>16</sup> HELY, Lopes Meirelles, (em *Direito administrativo brasileiro*, 16ª ed., atualizada pela Constituição de 1988, São Paulo: ed. RT, 1991, p. 551) ensina: "A Constituição atual usou acertadamente o vocábulo *agente*, no sentido genérico de servidor público, abrangendo, para

(continua)

<sup>12</sup> NALINI, José Renato, ob. cit., p. 22.

<sup>13</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, 8ª ed., v. 1, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1987, p. 361.

Todavia, a aplicabilidade das normas constitucionais mencionadas merece remissão à legislação complementar. Vigora, porém, o art. 28 da lei registral, sem prejuízo da responsabilidade direta do Estado, nos termos contidos no art. 37, § 6.º da Constituição.

Para Juracy C. Silva, a responsabilidade do Estado abrange os atos de serventuários da Justiça em geral, qualquer que seja o regime jurídico a que estejam sujeitos (tabeliães de notas, escrivães, oficiais do registro civil, do registro de imóveis etc.), porque, a entender-se que eles seriam responsáveis em caráter pessoal, ter-se-ia de admitir que eles não exercem qualquer parcela de função pública, não passando de particulares, conclusão injurídica e falaciosa".<sup>17</sup>

A falta do serviço público (*faute du service publique*) acarreta, como observamos, a responsabilidade civil do Estado.

Para que ocorra, é necessário que o serviço executado pelo seu preposto, ou por quem exerça função delegada, proceda com desídia na sua execução.

Nesse particular, segundo Edimir Netto de Araújo, "quando o serviço público funcionar mal, ou não funcionar quando deveria fazê-lo, ou ainda funcionar com atraso em relação ao exigível, na ocasião pelas circunstâncias, e disso resultar prejuízo para o administrado, o Estado será responsabilizado."

Aqui reside uma questão fundamental: o Estado responde pelos atos praticados pelo seus prepostos, ainda que erigidos através da função delegada, que na realidade é uma *longa manus* do poder estatal. Nesse particular, a responsabilidade pessoal será excluída, no que, aliás, devem os notários e os registradores concordar. Cabe ao Estado exercer o direito de regresso no caso de culpa ou dolo dos lecionadores do direito, conforme, aliás, prevê o art. 37, inciso XXI e § 6.º da Constituição. No processo de reparação de danos, o causador do ato lesivo não participa

(continuação da nota 16)

fim de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório".

<sup>17</sup> SILVA, Juracy C. *A responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1985, p. 291.

do processo, ainda que como denunciado. Poderá, todavia, intervir no processo como assistente da administração.

A responsabilidade civil do Estado emerge, portanto, da teoria objetiva, ou seja, da obrigação do Estado em ressarcir as vítimas dos danos causados a terceiros por atos dos seus prepostos, sem perquirir a culpa do agente. Antonio Lindbergh C. Monteiro ensina que, "em matéria de direito público, registra-se que, em razão de orientação seguida pelas nossas Constituições, a partir de 1946, firmou-se em doutrina e jurisprudência o ponto de vista de que os órgãos estatais, inclusive suas autarquias, respondem pelo dano causado a terceiros pelos seus serviços, independentemente da prova de culpa. Em suma: prevalece o sistema de responsabilidade objetiva."<sup>18</sup>

Todavia, a responsabilidade civil sem culpa do Estado não é absoluta. A administração não responde por atos predatórios de terceiros e fenômenos naturais que causem danos aos particulares.

Nesses casos, havendo culpa ou fato fortuito do agente, fica excluída a responsabilidade da administração, que não poderá ser acionada por ato notoriamente culposo de terceiros. Hely Lopes Meirelles preceitua que, "nessas hipóteses, a indenização pela Fazenda Pública é devida se se comprovar a culpa da administração. E, na exigência do elemento subjetivo culpa, não há qualquer afronta ao princípio da responsabilidade sem culpa estabelecida pelo art. 37, § 6.º, da Constituição, porque o dispositivo constitucional só abrange a atuação funcional dos servidores públicos, e não os atos de terceiros e os fatos de natureza. Para situações diversas, fundamentos diversos".<sup>19</sup>

É preciso não esquecer que o notário e o registrador, no sistema atual, compõem o quadro de servidores do foro extrajudicial do Poder Judiciário. São, assim, pessoas que contribuem para o correto e eficaz funcionamento da Justiça. As falhas desse serviço,

<sup>18</sup> MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Do ressarcimento de danos pessoais e materiais*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural Edições, 1984, p. 45.

<sup>19</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, ob. cit., p. 552.

desde que causem danos a terceiros, acarretam, inevitavelmente, a responsabilidade do Estado. Todos os notários e registradores são componentes de um mecanismo em que o mau funcionamento de uma peça poderá comprometer todo sistema, gerando daí danos a terceiros. Nesse aspecto, Luiz Fabiano Correia, proclama:

"A administração da justiça é um processo complexo, que envolve deveres plúrimos, de ordem até mesmo constitucional, a começar pelo Estado, que lhe detém o monopólio, seguindo o das demais pessoas, cuja atuação se faz necessária, para que ela seja bem administrada. Quem nesse mister descumpra o seu dever e com isso cause algum dano a alguém está sem dúvida obrigado a indenizar o lesado."<sup>20</sup>

Portanto, nessa ótica resta estreme de dúvida que o Estado é igualmente responsável pela atividade desenvolvida pelos notários e registradores, bem como pelos atos praticados pelos empregados desses titulares. Ao Estado, acionado diretamente pelo lesionado, caberá, posteriormente, exercer o direito de regresso. O fato é que terceiros prejudicados poderão acionar o notário ou registrador e a Fazenda do Estado simultaneamente, reconhecendo-lhes a responsabilidade comum, sem prejuízo da responsabilidade objetiva do Estado para a reparação do dano havido.

Segundo a opinião de Irineu Antonio Pedrotti, "o exame do nexu etiológico precisa ser feito com cautela para cada caso em concreto. Um dos pontos relevantes a ser examinado é que o preceito constitucional não exige que os agentes das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos venham a agir no exercício de suas respectivas funções, mas, sim, nessa qualidade. Com efeito, sempre que a condição de servidor tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, responderá o Estado pela reparação

do dano".<sup>21</sup> Assim, a relação do notário e do registrador decorre da função pública delegada por força da lei e vinculando-os indiretamente ao Estado.

O Estado preserva, dessa forma, o comando na condução dos serviços considerados essenciais à atividade pública. E, portanto, ao verificar que o notário ou o registrador laborou erroneamente por dolo ou culpa, o Estado ressarcir o dano perpetrado, exercendo a seguir o seu direito de regresso, em razão do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos.

### 7. Obrigação de indenizar

Conforme observamos, a obrigação de indenizar decorre da prática de atos antijurídicos, lavrados pelos notariais e registradores que, por culpa ou dolo, causem danos a terceiros. Essa obrigação de ressarcir o prejuízo causado decorre das disposições contidas na lei registral, nos arts. 9º, 21 e 28, bem como no art. 159 do Código Civil.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo acórdão reconheceu o dever da Fazenda estadual de ressarcir o dano causado por notário, conforme se observa:

"A Fazenda Pública Estadual é responsável por ato danoso causado pelo escrevente do cartório a terceiros, não sendo necessário reconhecer se ele é ou não funcionário público, pois a responsabilidade do Estado decorre do exercício da função pública do seu agente." (RT 268:377)

Walter Ceneviva, por sua vez, destaca:

"Todo prejuízo causado em função do ofício registrário deve ser indenizado, conforme o montante comprovado, na medida da sua repercussão patrimonial."<sup>22</sup>

Na realidade, a ação de responsabilidade civil, que consiste na obrigação de indenizar o prejuízo advindo do ato ilícito, será dire-

<sup>20</sup> CORREA, Luiz Fabiano. "Administração da justiça e responsabilidade civil". *Revista de Informação Legislativa*, a. 21, nº 83, jul./set. 1984, p. 379.

<sup>21</sup> PEDROTTI, Irineu Antônio. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais e legislativos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1990, p. 209.

<sup>22</sup> CENEVIVA, Walter, ob. cit., p. 47.

cionada contra o Estado. É que, em primeiro plano, o Estado tem a obrigação de proteger os direitos dos seus súditos, abalados pela ação delituosa dos seus agentes. O tabelião ou o registrador, embora não percebam dos cofres públicos, são funcionários públicos para efeito de responsabilidade civil, sendo indiscutível que ao Estado incumbe ressarcir os danos que tal funcionário causar a terceiros. Nessa esteira de raciocínio, bem andou o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná ao proclamar:

"Independentemente de se considerar o ato praticado pelo serventuário, *jure imperii* ou *jure gestionis* - desde que o reconhecimento das firmas não autenticadas como legítimas tenha acarretado prejuízo a terceiros, sem que para isso tenha este ocorrido -, impõe-se a proclamação da responsabilidade civil do Estado." (Embargos Infringentes Cíveis n.ºs 85/87, da 3.ª Vara da Fazenda Pública. Ac. 1234, Rel. Des.: Oto Luiz Sponholz. Julgamento proferido em 15-12-88)

Todavia, segundo a ótica de Arnaldo Marmitt, "ao tabelião descabe invocar sua condição de funcionário público, para transferir responsabilidade ao Estado, eis que não tem ação regressiva contra este, que a tem contra ele. A vítima não é obrigada a endereçar sua ação contra o poder público, mas, se a dirigir diretamente contra o servidor, deve comprovar a culpa ou o dolo, uma vez que a responsabilidade objetiva só condiz com o poder público".<sup>23</sup>

Por tais motivos, é incontroverso que a obrigação primeira em indenizar os atos praticados pelos notários e registradores deve ser do Estado, posto que o direito positivo brasileiro consolidou definitivamente a teoria do risco administrativo.

<sup>23</sup> MARMITT, Arnaldo. *Perdas e danos*. Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1987, p. 240. Para Hely Lopes Meirelles (ob. cit., p. 555), "por todos esses fundamentos, é inaplicável a denúncia da lide pela administração a seus servidores, ou mesmo a citação direta pela vítima" (STF/RTJ 100:1333, 105:225, 106:1504).

Nesse particular, a lição sempre precisa de Caio Mário da Silva Pereira merece destaque:

"O direito positivo brasileiro consagra a teoria do risco integral ou do risco administrativo (RTJ 55:50). O art. 37, § 6.º, da Constituição de 1988, repetindo a política legislativa adotada nas disposições constitucionais anteriores, estabelece o princípio da responsabilidade do Estado pelos danos que os seus agentes causem a terceiros."<sup>24</sup>

A norma constitucional confirmou, assim, o primado do controle do Estado sobre as atividades essenciais. Delegou uma função sem descuidar da sua responsabilidade civil nos casos previstos na lei. Todavia, a norma não poderá transformar-se em excludente da ilicitude para permitir que pessoas inescrupulosas sirvam-se da proteção estatal para fins pessoais e escusos.

Somente o elevado sentido profissional e a consciência do dever de moralidade serão capazes de evitar procedimentos dessa natureza, contrários à ética e à lei.

## 8. Conclusões

A teoria da responsabilidade civil no direito brasileiro já sacramentou a idéia de que todo ato lesivo aos interesses de terceiros,

<sup>24</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1990, p. 142. É importante destacar que, ressarcida a vítima pela administração, não significa que o agente fique indene. A ação regressiva do Estado contra o lesionador está imbutida no art. 37, § 6.º, da Constituição. Hely Lopes Meirelles, em sua obra citada - (p. 557), destaca:

"Para o êxito desta ação exigem-se dois requisitos: primeiro, que a administração já tenha sido condenada a indenizar a vítima pelo dano sofrido, segundo, que se comprove a culpa do funcionário no evento danoso". É preciso destacar que na ação civil, cuja finalidade é a reparação patrimonial, o direito de regresso atinge igualmente os sucessores do lesionador culpado. E, para esse desiderato, não é necessário que ele esteja no exercício da sua função. A ação de regresso deverá atingi-lo mesmo nas hipóteses de cessação do exercício no cargo ou função, por disponibilidade, aposentadoria, exoneração ou demissão.

praticados com culpa ou dolo, resulta no indiscutível dever de indenizar. Os notários e registradores não fugiram a essa regra geral do direito.

O fato de que são agentes do Estado não lhes subtrai o dever de reparar o dano causado a terceiros, particularmente tendo conhecimento de que seus atos decorrem de obrigação contratual de produzir resultado. Assim, devem os notários e registradores exercer acuidada observação no recrutamento de seus prepostos, em face da *culpa in vigilando* e *culpa in elegendo*, para que estes exerçam suas atividades com cautela e diligência.

O instituto da responsabilidade civil é uma forma de disciplinar o espírito do agente irresponsável. A Nação precisa de profissionais diligentes e cônscios de seus deveres, de pessoas que cumpram suas obrigações com ênodo amor às causas que elegeram como forma de trabalho e realização pessoal. Por outro lado, o comando sancionário da lei existe apenas para quem não a cumpre. Os profissionais responsáveis e escrupulosos apenas servem-se das disposições legais para a defesa dos seus direitos, eis que são fiéis defensores dos preceitos vigentes na Constituição e na lei. Ademais, os valores que compõem o espírito de nossas leis devem ser um ideal que, além de abranger o bem-estar individual, inspire um modelo de sociedade propícia à concretização das potencialidades humanas e à plena compreensão e vivência dos demais valores espirituais. Esse estado de espírito deve ser dinâmico, voltado sempre para a construção de uma sociedade mais justa e humana. Afinal, não se deve esquecer, segundo Elcias Ferreira da Costa que "o Estado de direito, tal como a democracia,

não é um *status*, nem um estado perfeito de evolução, pronto e consumado. É, antes, um processo, cotidianamente recomeçado pelas forças vivas da Nação, admitindo graus de oscilações para maior ou menor adequação com os ideais procurado."<sup>25</sup>

Os notários e registradores são forças vivas da Nação. Participam ativamente do crescimento do Estado através dos elementos indispensáveis à formação perfeita dos atos negociais. Todos têm sobre seus ombros a grande responsabilidade em contribuir para a construção de uma Nação rica e poderosa em seu aspecto social, cultural e econômico. E, para que possam cumprir com essa missão, é necessário que sejam esmerados profissionais, desempenhando com exatidão e responsabilidade os poderes que lhes foram delegados pelo Estado. Para esse procedimento, haverá sempre os riscos da penalização através da responsabilidade civil para os eventuais aventureiros e irresponsáveis, já que, conforme observamos no desenvolvimento das idéias, a reparação de danos será uma forma de penalizar o lesionador e assegurar à vítima a recomposição do bem perdido.

Por derradeiro, a ação ou omissão culposa ou dolosa do notário e do registrador, além dos prejuízos advindos ao terceiro, acarreta inevitavelmente o descrédito da sociedade em nossas instituições, tão abalada nos tempos atuais pelo mau exemplo de alguns governantes. Este último fato é suficiente para demonstrar a seriedade com que se devem revestir os atos notariais e registraes, eis que todos somos parte da grande família brasileira, cujos valores devem ser preservados e defendidos em benefício da Nação.

<sup>25</sup> COSTA, Elcias Ferreira da. *Comentários breves à Constituição Federal*. Porto Alegre: 1989, p. 15.

# Em torno do direito alternativo

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

## S U M Á R I O

1. Introdução. 2. Direito livre, escola histórica ou direito natural? 3. A legalidade democrática. 4. A imparcialidade. 5. Conclusão.

### 1. *Introdução*

Gosto de começar muitas vezes citando a expressão completa de Aristóteles, contida na *Política* (livro I, capítulo I):

"É evidente que o homem, muito mais que a abelha ou outro animal gregário, é um animal social. Como costumamos dizer, a natureza nada faz sem um propósito, o homem é o único entre os animais que tem o dom da fala. Na verdade, a simples voz pode indicar a dor e o prazer, e outros animais a possuem (sua natureza foi desenvolvida somente até o ponto de ter sensações do que é doloroso ou agradável e externá-las entre si), mas a fala tem a finalidade de indicar o conveniente e o nocivo, e portanto também o justo e o injusto; a característica específica do homem em comparação com os outros animais é que somente ele tem o sentimento do bem e do mal, do justo e do injusto e de outras qualidades morais, e é a comunidade de seres com tal sentimento que constitui a família e a cidade."<sup>1</sup>

Como se vê, à qualidade social do homem está ligada sua capacidade de falar: por con-

José Reinaldo de Lima Lopes é professor da Faculdade de Direito da USP; pesquisador do Cediso (Centro de Estudos Direito e Sociedade).

<sup>1</sup> ARISTÓTELES. *Política*. I, 1253a. (na trad. de Mário da Gama Cury). Brasília: UnB, 1988, p. 15.

seqüência, sua capacidade de mentir e, daí, a de ser livre. Por isto mesmo, a discussão, a comunicação e a busca do discurso capaz de convencer e de dizer a verdade são tão essenciais. Impensável a vida humana sem os problemas que lhe são próprios pelo simples fato de verdade, veracidade e sinceridade serem apenas possíveis, mas não necessárias. Mais ainda: impensável uma sociedade, uma vida em comum, em que o pressuposto seja o de que todos mentem e devam mentir. Consta-se que todos mentem, ou podem mentir, mas tem-se como regra (como ideal) que não se deve mentir. Um discurso sobre a verdade e a mentira não é o propósito deste comentário. É, no entanto, um esclarecimento prévio e necessário e deve ser compreendido na seguinte linha: a verdade convence, a verdade se demonstra e demonstrada a inverdade (como engano, erro) de uma tese, ela deve ser abandonada pelos homens de boa-fé. Claro está que a demonstração racional de uma verdade não conduz necessariamente à adesão do interlocutor a uma prática nova.

Para citar outro clássico, moderno, cuja reflexão é esclarecedora da dialética do individual e do social, vale a pena reler Fichte:

"O homem (assim como todo ser finito em geral) só se torna homem entre os homens; e não pode ser outra coisa senão homem, e verdadeiramente não o seria, se não fosse assim – se deve haver homens em geral, é necessário que sejam vários. Não se trata de uma opinião admitida arbitrariamente, baseada na experiência havida até hoje, ou sobre outros fundamentos verossímeis, senão que é uma verdade que se estabelece estritamente a partir do conceito de homem. Na medida em que se determina perfeitamente este conceito, somos levados, a partir do pensamento de um indivíduo, a aceitar um segundo para poder explicar o primeiro. Assim, pois, o conceito de homem não é realmente o conceito de um indivíduo, visto que é algo impensável, mas o de um gênero".<sup>2</sup>

Este trecho de Fichte servirá de base para esclarecermos um ponto fundamental na antropologia de base de um direito alternativo sério, contraposta a uma antropologia de base de um direito conformista e pouco profundo, que em geral se difunde como "o direito".

Pesam sobre o movimento do direito alternativo no Brasil algumas definições, dadas por seus opositores em geral, que merecem nossa atenção pelo debate teórico que suscitam e, pois, pelas implicações práticas que evidentemente trazem. Uma diz que o direito alternativo nada mais é do que uma recuperação tardia da escola histórica, ou da escola do direito livre. Outra afirma que o direito alternativo põe em risco o fundamento do Estado democrático, ao praticamente

<sup>2</sup> FICHTE, J. G., apud Luc Ferry, *Filosofia política*, v. 1; México: Fondo de Cultura Económica, 1991, p. 130. Neste mesmo ponto, vale lembrar o precioso comentário de Ortega y Gasset, sobre nossa teoria social, de fundo individualista e contratualista. Ela determina uma série de confusões, que estão na base das duas antropologias opostas, do direito tradicional e do direito alternativo:

"Um dos mais graves erros do pensamento moderno, cujos efeitos ainda sentimos, foi confundir a sociedade com a associação, que é, aproximadamente, o contrário daquela. Uma sociedade não se constitui por acordo das vontades. Ao contrário, todo acordo de vontades pressupõe a existência de uma sociedade, de pessoas que convivem, e o acordo só pode consistir em definir uma ou outra forma dessa convivência, dessa sociedade preexistente. A idéia da sociedade como união contratual, portanto jurídica, é a mais insensata tentativa já feita de se colocar o carro na frente dos bois. (...) Querer que o direito seja as relações entre seres que não vivem previamente em efetiva sociedade parece-me – e perdoe-me a insolência – uma idéia bastante confusa e ridícula do que é o direito. (...) Boa parte da perturbação atual provém da incongruência entre a perfeição de nossas idéias sobre os fenômenos físicos e o atraso escandaloso das "ciências morais". O ministro, o professor, o físico ilustre e o novelista costumam ter dessas coisas conceitos dignos de um barbeiro suburbano. Não é perfeitamente natural que seja o barbeiro suburbano quem dê o tom ao tempo?" (Ortega y Gasset, *A rebelião das massas*, trad. de Marylene Pinto Michael; São Paulo: Martins Fontes, 1987)

abolir o princípio da legalidade. Outra diz respeito à parcialidade dos adeptos do direito alternativo. A partir de tais afirmações, será necessário esclarecer muita coisa.

## 2. *Direito livre, escola histórica ou direito natural?*

Seria necessário fazer algumas ressalvas. A jurisprudência livre e o romantismo da escola histórica de Savigny não estão na linha dos precedentes do direito alternativo tanto quanto posso imaginar. Creio que precedentes do direito alternativo podem ser encontrados sobretudo em algumas vertentes das escolas do direito natural. Ora, nossos códigos de direito privado são produto – indiretos talvez – da escola do direito natural moderno racionalista, deitando raízes, por exemplo, nos esforços de Pufendorf. Mas não apenas o nosso direito privado: também nosso direito público tem raízes no jusnaturalismo moderno. Assim, não se poderia dizer que o jusnaturalismo leva ao fascismo; bem ao contrário, muitas foram as resistências ao fascismo advindas do jusnaturalismo e justamente porque os jusnaturalistas não aceitavam a legitimidade do ordenamento nazista ou fascista em si mesmos; é um positivista, como Kelsen, quem dirá que o direito nazista é direito vigente. Assim, como toda generalização histórica é perigosa, muito perigoso é acusar o direito alternativo de ser uma semente de autoritarismo pura e simplesmente. Claro está que, sob o pretexto de julgar na forma de um direito alternativo, pode-se chegar a resultados autoritários, sobretudo quando o Judiciário não se submete a nenhum controle externo, e sim apenas à lei. Mas, dizendo com Riobaldo Tatarana, *viver é muito perigoso*, e nada afasta os perigos na vida.

O direito alternativo, creio eu, distingue-se da escola histórica e da jurisprudência livre, por alguns traços concretos muito importantes. Em tese de doutorado expus algumas destas questões, tratando das diferenças entre a obra de Ehrlich e Renner (*Direito e mudança social*, 1991). O primeiro destes traços, e mais relevante, é justamente sua inserção política. O romantismo pretendia uma espécie de conservação de uma ordem antiga

e tradicional contra a nova ordem, burguesa e moderna. A modernidade imposta pelos códigos era combatida com a sabedoria da tradição. Ora, o direito alternativo, concretamente no Brasil, não é bem a defesa de uma ordem tradicional contra uma ordem moderna. Olhando nossa realidade social e econômica, creio que muito do que se chama de direito alternativo é bem o contrário: é o apoio a avanços, a modernização das relações sociais contra um coronelismo e caciquismo político, econômico e social que vigora no Brasil de maneira informal, mas real. Evidentemente, sob o nome de direito alternativo encontram-se hoje muitas correntes: algumas levando a sério a modernidade para lançar-se a uma pós-modernidade como resistência, outras parecendo mais apelar para a pré-modernidade. Distinção, aliás, que pode ser vista também no discurso conservador: os temerosos da modernidade democrática, apreciadores da modernidade do mercado e do Estado-polícia, coisa velha e ineficaz.

O jusnaturalismo, que julgo estar na matriz do direito alternativo, não é irracional: ao contrário, seja na sua versão clássica, na sua versão tomista, na sua versão moderna, o apelo dos jusnaturalistas sempre foi à racionalidade e à razão humana. Esta, com todas as suas diferenças nas diversas escolas, era alçada ao grau de instância crítica do dever de obedecer. Naturalmente, no Estado moderno e contemporâneo algo precisa ser desatado e salvo.

É que, se, na teoria jusnaturalista do direito, o dever de obedecer é temperado pela crítica racional da ordem, a lei é uma expressão racional do bem comum. Uma lei que não conduz ao bem comum, que não tem sentido universal, é desqualificada como lei. Ora, o problema bem levantado é que este julgamento não pode ser feito por um juiz singularmente e nem pode ser feito por critérios emocionais. Ensinava Santo Tomás que a virtude da justiça é intelectual, diz respeito a julgar retamente, não diz respeito aos apetites (*Suma*, II, IIae, quaestio LVIII, art. IX). E isto tem muito de verdade. E por isso mesmo nos conduz a um tema da maior importância: o Parlamento detém a representação popular,

enquanto o Judiciário, não. O Parlamento está sujeito ao controle da vontade popular, é democrático como organização. O Judiciário, não. O Judiciário não detém soberania fundada diretamente na representação popular, não é controlado por ninguém, não presta contas ao povo. Em outras palavras, seu poder de julgar vem da Assembléia Constituinte, vem por delegação constitucional e legal, não por representação popular. Assim, sua legitimidade para julgar está exclusivamente assentada na sua conformidade com as leis. Ou o julgador faz uma demonstração racional, tomando como ponto de partida o direito positivo, ou perde totalmente a sua legitimidade para decidir. A questão, porém, é que, tendo o mesmo ponto de partida, ou seja, o direito positivo, as soluções podem ser muito diversas. Se assim não fosse, não haveria necessidade de recursos, de tribunais compostos por vários juízes, ou todos os outros mecanismos que tradicionalmente conhecemos para assegurar a diversidade de entendimentos e a possibilidade de mudanças de interpretação judicial. Outro aspecto importantíssimo a destacar: todos os argumentos técnico-jurídicos podem servir a duas decisões diversas, a de primeira instância num sentido, a de segundo grau noutro.

Além disso, é preciso considerar duas linhas de abordagem do direito presentes na Escola Histórica e que são refutadas pelo direito alternativo. Uma, de difícil interpretação, é o *voluntarismo* jurídico. A segunda, o *individualismo*, que toma como elemento articulador de toda a doutrina jurídica o conceito de direito subjetivo individual e como seu protótipo mais perfeito o direito de propriedade.<sup>3</sup> Ora, estes dois elementos são em geral questionados pelo direito alternativo: o voluntarismo é colocado em questão na sua vertente positivista (o direito como expressão da vontade do Estado, ou da maioria, ou do mais forte). O individualismo é colocado em questão pela inversão das hierarquias nos julgamentos: a vida, não a propriedade, é o primeiro *direito subjetivo*. É a vida, ao contrário da propriedade, não pode ser objeto de disponibilidade. Este traço, pode-se dizer, também não é novo. Certo, sua novidade não consiste no uso das palavras, que aliás não se

trocam na história, como se troca de roupa.<sup>4</sup> Sua novidade consiste no uso da tradição moderna, revolucionária e liberal para expandir igualdade e liberdade na vida jurídica. Dito de outra maneira, a novidade do direito alternativo consiste em retomar a questão da sociabilidade e da igualdade, como condições de vida jurídica (na tradição kantiana, por exemplo), sem abrir mão da liberdade. Não é por acaso que direito alternativo e redemocratização têm andado juntos em toda parte. Pensar o contrário é assumir que a democracia moderna, ao contrário do que disseram alguns de seus mais célebres pioneiros, deve se contentar com a disjuntiva: ou igualdade ou liberdade. Este dilema é o que se torna presente, de modo novo, pois novas são nossas circunstâncias, no debate proposto e iniciado não pelos neo-liberais, mas pelo direito alternativo. E não por iniciativa dos juízes, mas por pressão de grupos de cidadãos que se dispõem a superar, valendo-se de meios jurídicos conhecidos, as relações de poder antigas mantidas no Brasil.

### 3. A legalidade democrática

A questão leva-nos a um ponto crucial: se o Judiciário deseja manter-se, na explosiva sociedade brasileira, com legitimidade para julgar, é preciso que também se abra para ser "julgado". Um contato com as populações carentes do Brasil, que somam aproximadamente 60% dos cidadãos, mostra que o Judiciário atravessa uma crise de legitimidade. Duas palavras-chave se encontram na boca de todos: medo e impunidade. A população está atemorizada com a violência, e está escandalizada com o grau de impunidade a que chegamos. São centenas, milhares de pessoas mortas por violência policial, ou de grupos armados nas periferias das cidades.

<sup>3</sup> Para uma discussão mais longa a respeito do tema, ver Jesus Ballesteros, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*; Madrid: Tecnos, 1990.

<sup>4</sup> Cf. Marc Bloch, *Introducción a la Historia*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1990, p. 31:

"Para desesperación de los historiadores, los hombres no tienen el hábito de cambiar de vocabulario cada vez que cambian de costumbres."

São raríssimos os casos que vão a julgamento e são condenados. Qual a espécie de prestação de contas a que se submete a Administração da Justiça? Que espécie de esforço sobre-humano se exige da população para ver os casos julgados? E aqui, é bem de ver, não podemos pensar no juiz individualmente, mas no aparelho judiciário como um todo, em funcionamento, o que vale dizer: cartórios, polícia judiciária, promotorias de justiça etc. Quais têm sido as providências, que podem ser cobradas pelos cidadãos, tomadas pelo Judiciário, de iniciativa própria em várias esferas, para melhorar a Administração da Justiça, para torná-la acessível e transparente aos cidadãos organizados?

Têm razão, pois, os que se preocupam com a legalidade: se o Judiciário se legitima pelo cumprimento da lei, todo fundamento de justiça deve ser demonstrado como forma de justiça legal. Mas a justiça legal é, também, justiça constitucional e, pois, justiça política.

A questão que surge, neste momento, é a seguinte: se o direito alternativo está mais na linha de tradição do Direito Natural do que da Escola Histórica, esta tradição jusnaturalista não é contrária ao cumprimento das leis? Ela não pretende a revogação da lei pela consciência do seu intérprete? Nem tanto. Aqui vale lembrar dois exemplos clássicos de duas tradições jusnaturalistas diversas. Em primeiro lugar, lembro Santo Tomás de Aquino. Na *Suma Teológica* (II, IIae, quaestio LX (De Iudicio), art. V) aparece o problema: "Videtur quod non sit semper secundum leges scriptas iudicandum" (Parece que não devemos sempre julgar de acordo com as leis escritas). A resposta vai na linha da defesa da interpretação benigna das leis, sua interpretação pela sua finalidade: uma lei escrita não pode contrariar o direito natural, caso em que não é lei, por ser injusta; ou, uma lei justa pode não resolver adequadamente um caso particular. Em ambos os casos, o intérprete não revoga a lei: apenas desenvolve um juízo, segundo Santo Agostinho (citado por Santo Tomás), que julga não *da lei*, mas *pela lei*. A questão é complexa, e este sumário não dá conta de toda sua complexidade. Mas vemos que um jusnaturalista de vertente conteudística, como Santo Tomás, não descarta o tema de legalidade.

Outro exemplo, este já moderno e, pois, mais procedimentalista, é o de John Locke. Na sua *Carta a respeito da tolerância*, afirma que a autoridade da lei tem que ser salva, mesmo que contrarie a consciência do indivíduo particular, "porque o julgamento particular de qualquer pessoa, com relação à lei, promulgada em assuntos políticos, visando ao bem público, não suprime a obrigação à mesma, nem merece dispensa" (São Paulo: Ibrasa, 1964, p. 49). Assim, mesmo um jusnaturalista moderno, racionalista e procedimentalista considera a legalidade como medida de justiça. O que talvez nos falte, hoje, é a discussão da própria legalidade em que vivemos, discussão que pode e deve começar pelos grandes princípios constitucionais, fonte de toda legalidade entre nós. E entre eles, a justiça social não é um princípio inferior ou secundário.

Voltando à questão levantada, creio, portanto, que a rediscussão dos fundamentos e precedentes do direito alternativo é da maior importância. E creio que ela deverá levar a uma rediscussão dos fundamentos da teoria do direito como um todo. Neste sentido, não será mais o caso de falar da jurisprudência romântica ou da simples inadequação dos códigos aos fatos (*Leitmotiv* da escola do direito livre). Será a vez de propor a discussão racional do fundamento do direito e, do que é direito, ou seja, do que pode ser invocado como regra de decisão. Tem razão Luciano de Oliveira ao distinguir direitos políticos de direitos sociais, não em função de sua importância, mas de suas diferentes regras de funcionamento.<sup>5</sup> Isto não se fará sem um amplo debate a respeito das condições reais do Brasil: do papel do Estado, da situação econômica e social do seu povo, das grandes transformações que todos esperam há mais de um século neste País de descendentes de escravo.

<sup>5</sup> Para uma contribuição extraordinária a este debate, podemos invocar os autores que hoje discutem a filosofia moral e o próprio direito. Mais do que a teoria liberal de Rawls, creio que têm importância fundamental Karl-Otto Apel (*Teoría de la verdad y ética del discurso*; Barcelona: Paidós, 1991) e muito especialmente (erabóra divirjam entre si) Antoni Domenech (*De la ética a* (Continua)

O direito alternativo tem a sua novidade, mas, como tudo na História, e tudo o que é sério, sua novidade não é novidadeira, não é a moda. Dentro em pouco a expressão *direito alternativo* estará tão gasta e usada que todos a usarão e todos se aplicarão a mesma. Ora, a História é feita de continuidades e longa duração, como nos ensinou Fernand Braudel e toda a *Nouvelle Histoire*: o direito alternativo tem seus antecedentes e se assenta na tradição ocidental de luta pela justiça, pela liberdade, pela igualdade. Sua novidade deve-se ao seu contexto, deve-se ao fôlego daqueles que abandonam o conformismo com o *status quo*, outra linha de tradição de nosso direito.

#### 4. A imparcialidade

A segunda linha de objeções que se fazem é de que o direito alternativo não é consistente. Esta consistência, parece, está na sua *parcialidade* e no relativismo, que permite ao juiz escolher a lei que deseja aplicar.

Quanto à escolha da lei a ser aplicada, a questão está respondida pela própria existência de mecanismos de recursos e tribunais de apelação. Se não houvesse a possibilidade de, no *campo legislativo* do Estado contemporâneo, escolher duas leis que estão em vigor e são antinômicas, não haveria necessidade de revisões de julgados por meio de recursos. Se não houvesse a possibilidade de interpretações divergentes das mesmas leis, não haveria necessidade de recursos, sobretudo se considerarmos que na sociedade contemporânea não há um cimento ideológico e cultural hegemônico e unívoco. Se não houvesse possibilidade de enganos quanto à apreciação de fatos e provas, não haveria necessidade de recursos. Assim, o relativismo não é uma novidade dos *alternativos*. O sistema legal mesmo o reco-

(Continuação da nota 5)

*la política - de la razón erótica a la razón inerte*; Barcelona: Crítica, 1989) é o já clássico Alasdair MacIntyre (*After virtue*; Notre Dame: Univ. of Notre Dame Press, 1984); em português foi editado recentemente seu *Justiça de Quem? Qual Racionalidade?* São Paulo: Loyola, 1991). Indispensável também Franz Hinkelamert (*Crítica à razão utópica*; São Paulo: Paulinas, 1986). Entre nós existe a reflexão importante de Luciano de Oliveira num *paper* chamado "Ilegalidade e direito alternativo: notas para se evitar alguns equívocos", preparado em Recife para a Fundação Joaquim Nabuco.

nhece e o leva a sério. Afinal, a coisa julgada é o instrumento para pôr fim ao relativismo, que de outra maneira é sem limites. A coisa julgada faz do branco preto, diz-se no foro. Claro que a coisa julgada faz-se com a autoridade, não com a verdade: os tribunais superiores definem porque são tribunais, não porque são mais aptos a descobrir a verdade. *Autoritas facit legem non veritas*. E o juiz, também ele, decide não por ser mais sábio, mas por ser autoridade. As partes não escolhem um juiz porque sabem de sua capacidade e prudência: a ele recorrem porque tem autoridade.<sup>6</sup> A discussão com o direito alternativo torna-se claramente uma discussão em torno da autoridade. Uma autoridade fundada na lei (na vontade expressa na lei), ou uma autoridade fundada na verdade (na justiça do caso concreto)? Esta discussão é da maior importância em nosso contexto. É que desde há muito deixamos de levar a sério a possibilidade de a discussão da justiça (e pois da verdade da ação) ser definida em termos racionais. Em geral somos dominados pelo emotivismo ético. E não é sem boas razões históricas que se abandonou a discussão da verdade: a intolerância das guerras de religião foi evento determinante para que se colocassem as convicções sobre verdade e justiça dentro da esfera psicológica individual, de foro interno, à moda da *devotio* moderna. Assim, discussões em torno da verdade e da justiça, para o homem comum do século XX,

<sup>6</sup> Esta é uma diferença essencial, como se sabe, entre o juízo arbitral e o judicial/estatal. No segundo, vigora a regra do *juiz natural*, enquanto no primeiro as qualidades pessoais do árbitro são da maior importância e existe liberdade de sua escolha pelas partes. A importância da arbitragem é cada vez maior. Tanto assim, que para alguns, como creio ser o caso de José Eduardo Faria, uma das alterações fundamentais nos processos de resolução de conflitos na sociedade brasileira é o exercício, por diversas instituições estatais ou não-governamentais, do papel de árbitro. Na Universidade de São Paulo, foram criadas diversas disciplinas, nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito, relativas aos mecanismos de solução de conflito no direito internacional. Tenho debatido algumas dessas questões com o professor Guido Fernando da Silva Soares, e creio que, da tradição de um direito internacional em que nunca se formou um soberano/Estado, temos muito a aprender, inclusive no que diz respeito aos diversos institutos: mediação, bons ofícios, conciliação e arbitragem.

educado no irracionalismo moral, parecem absurdas. E no entanto, lançado um olhar sobre nossa realidade, é evidente que o abandono da discussão não levou ao reino de paz previsto pelos iluministas do século das luzes. Ditaduras, guerras, opressão econômica, colonialismos, trocas internacionais injustas, marginalização cultural, étnica, sexual, tudo isto convive com nosso abandono da discussão racional em torno da Justiça.

Num segundo nível, basta-nos citar um jurista contemporâneo da mais clara convicção democrática e do maior respeito ao princípio da legalidade: Norberto Bobbio. A integração e a interpretação das normas inevitavelmente dão alguma liberdade ao julgador.<sup>7</sup> Tenho insistido, diversas vezes, em que sob o nome de *direito alternativo* encontramos novos critérios de interpretação. E tenho insistido em que tais critérios sejam cada vez mais esclarecidos, expostos e levados a seu limite, de modo a não conduzir a lamentáveis equívocos. Nesse sentido, algumas das objeções levantadas são da maior importância. Sua resposta depende, porém, de inserir com clareza o problema da decisão individual de casos concretos num Estado e numa sociedade que não têm sido capazes de

<sup>7</sup> "Duas normas incompatíveis do mesmo nível e contemporâneas são ambas válidas. Não podem ser, ao mesmo tempo, ambas eficazes, no sentido de que a aplicação de uma ao caso concreto exclui aplicação da outra; mas são ambas válidas, no sentido de que, apesar de seu conflito, ambas continuam a existir no sistema, e não há remédio para sua eliminação (além, é claro, da ab-rogação legislativa). A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para justiça do ordenamento." (Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*; Brasília: Ed. UnB, 1989, p. 113.) (grifos no original).

Por seu turno, Hans Kelsen ressalta:

"A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação correta. Isso é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica." (*Teoria pura do direito*; Coimbra: Armenio Amado Ed., 1979, p. 472).

Poderia ser discutida a afirmação de Kelsen, no que tem de ceticismo e de emotivismo em relação ao fundamento ético do direito, mas sua honestidade e coerência, claramente, se definem nestas frases finais de sua obra.

elaborar políticas públicas de redistribuição dos benefícios do crescimento econômico (numa visão *conservadora*), ou de instituição de mecanismos de controle e apropriação democráticos do mesmo desenvolvimento (numa visão *progressista*). Este contexto social concreto leva a um esgotamento do modelo tradicional de decisão, uma vez que os casos julgados no foro apresentam-se, para uns como casos isolados, para outros como casos exemplares de situações de amplas parcelas dos cidadãos.

Mas a questão que merece comentário é relativa à imparcialidade do juiz. Nesse sentido, muito precisamos aprender. Claro que se um juiz se vê diante de um caso singular e deste caso não percebe suas dimensões reais, fará dos princípios contidos em nossas leis instrumentos de opressão e não instrumentos de defesa das partes. Assim, por exemplo: o Brasil não é uma república no sentido democrático-político do termo. E não é porque não nos organizamos com base nos direitos dos cidadãos, mas com base nos privilégios. Nossa organização jurídica é uma colcha de privilégios e nosso Judiciário corre o risco de, aplicando tais coisas, fazer apenas aumentar estes privilégios. Já comentamos acima o caso das violências a que se submete a população indefesa. Comentemos o caso dos posseiros. Vistos como grupo social, como classe, os posseiros são excluídos de nosso regime jurídico, são marginais. Contra eles, como detentores de privilégios, de leis particulares, estão os senhores das terras brasileiras. Será que os juízes, ao se confrontarem com questões e conflitos de terra, dão-se conta de que a aplicação do art. 125, I, do CPC exige, de sua parte, tratamento diferenciado para as duas partes? Ou seja, será que para dar tratamento igual a partes desiguais, o juiz não será obrigado a interferir de maneira ativa? Será que para julgar com imparcialidade, não terá que visitar a área de confronto, será que não deverá requisitar gratuitamente peritos pelo menos tão gabaritados e competentes para os peões quanto aqueles que serão contratados por honorários régios pelos detentores de poder econômico? Será que ao determinar os honorários de peritos estará fazendo justiça às duas partes, ou já de início

impossibilitando uma das partes de se valer da Justiça? Não se diga que isto nada tem a ver com a função jurisdicional. Tem, e muito, uma vez que foram sucessivas reformas de nosso ordenamento jurídico positivo que deram aos juízes uma função de zelar pela igualdade de tratamento das partes, pela busca da verdade real etc. Assim, é importante não confundir a imparcialidade do juiz, que é sua prontidão para ouvir e ponderar seriamente (inclusive para descartar, na motivação de sua sentença) os argumentos de ambas as partes, com a sua inércia, ou passividade ou acomodação a um ideário liberal de defesa da propriedade privada contra tudo e contra todos, como valor maior a ser protegido pela ordem jurídica. Parece que uma das vertentes do direito alternativo está na direção de rompimento com esta passividade, mais do que na perda de sua imparcialidade.

E, no entanto, a perda da imparcialidade é um risco, sem dúvida. Risco, naturalmente, que não está apenas nos defensores do direito alternativo. Vejamos que inúmeros casos relatados por centenas de centros de defesa de direitos humanos pelo Brasil afora dão-nos conta da parcialidade de diversos julgados: decisões relativas a posse de terras dadas em liminares (que são sempre uma forma de suspender o contraditório, quando as liminares são dadas sem a oitiva da parte contrária), absolvição de mandantes de crimes, demora na solução dos casos. A demora, aliás, é vista como uma forma de parcialidade: muitas vezes ação possessória é iniciada e tem por autor uma empresa, uma usina, uma fábrica, e por réus posseiros pobres. Nestes casos, queixam-se inúmeros advogados e réus, a celeridade do processo é grande. Naturalmente a celeridade pode dever-se a várias coisas: recursos de locomoção fácil para o advogado, o oficial de justiça, ou facilidade de obter documentos e certidões junto a órgãos estatais (um instituto de terras), ou até – por que não? – a facilidade para forjar provas, ameaçar testemunhas e partes etc. Além disso, contam os autores nestes casos, e isto é grave, com a ideologia da propriedade privada que significa mais ou menos a desconsideração sistemática do aspecto jurídico da posse. Dito de outro modo, a alega-

ção de propriedade impede que a questão seja colocada nos seus termos próprios, visto que a disputa pela posse é, até certo ponto, independente da disputa pela propriedade.<sup>8</sup> Assim, para uma parte considerável da população e dos cidadãos, o julgamento aparentemente na estrita legalidade é fonte de verdadeira parcialidade.

Claro está, pois, que o risco de parcialidade hoje está simultaneamente no lado de uma autodenominada estrita legalidade, visto que esta tem correspondido muitas vezes (não sempre) a um conformismo com a incapacidade de impor regras democráticas na sociedade brasileira. Isto porque a estrita legalidade pode ser, de fato, a negação de regras jurídicas, leis mesmo, vigentes. Exemplo: o abandono do Ministério Público a si mesmo, sem os meios suficientes para a ação penal ou pública de sua competência para o controle externo da atividade policial (Constituição Federal, art. 129, VII). Outro exemplo: a não-aplicação da inspeção judicial prevista no CPC e tão necessária em vários casos. Abandono da regra do art. 125 do CPC no seu aspecto material e muitos outros exemplos que poderiam ser trazidos. Todos eles estariam a indicar que a estrita legalidade é, de fato, a aplicação da lei segundo um filtro cultural, segundo padrões, hábitos e práticas cujo abandono ou transformação não significam, necessariamente, o abandono da legalidade.

Devemos pensar em instituições capazes de controlar a parcialidade, pois confiar apenas na boa-vontade de um funcionário é

<sup>8</sup> Para um texto de valor histórico e dogmático a respeito do regime jurídico da terra no Brasil, ver Fernando Pereira Sodero, *Esboço histórico da formação do direito agrário no Brasil*; Coleção Seminários, n.º 13; Rio: AJUP, 1990. Para dar-se conta das implicações contraditórias que podem existir entre uma visão simplista dos conflitos sociais, cito o exemplo elaborado por Paul Singer: a lei do inquilinato, que pretende ser uma norma de justiça social, e que por muitos juizes e juristas é entendida como tal e como exemplo de defesa do inquilino pobre contra o proprietário rico, é, para aquele economista, o exemplo típico de lei que disciplina relações entre indivíduos na sua maioria da mesma classe social (cf. Paul Singer, *Aprender economia*; São Paulo: Brasiliense, 1983). É que a verdadeira forma de apropriação capitalista do solo urbano não se dá nas relações de locação, mas no complexo industrial-financeiro da construção civil e na centralização das reservas de terrenos.

muito pouco. Assim, o respeito à lei é essencial. A fundamentação da sentença é essencial. E também, é certo, o sentido de justiça é essencial e pressuposto de toda interpretação jurídica. De outro modo, o ponto de partida de qualquer interpretação seria o da mentira: interpretar-se-ia a lei crendo que ela foi feita para prejudicar alguém, ou para criar desigualdades, ou para ocultar verdadeiras intenções. Em outras palavras, não apelar para a justiça (que é, conceitualmente falando, sempre uma *forma de igualdade*), no discurso fundamentador da decisão jurídica, seria o equivalente a não apelar para a verdade na fundamentação do discurso científico. Seria tirar ao discurso a possibilidade de ser. Assim, a Justiça, como fundamento último do pensamento jurídico, não é um ideal filantrópico: é sua condição de possibilidade. Isso porque a justiça implica e contém os mais elementares axiomas de um sistema normativo: o princípio da *boa-fé* (das partes de um contrato entre si, mas também do soberano, do legislador, do magistrado) ou princípio da *veracidade* (em filosofia); o princípio da *igualdade* (do qual decorre a isonomia) e que contém, por sua vez, o do equilíbrio, pelos magistrado/soberano/Estado, a ser preservado entre desiguais (exemplos: no direito tributário, a capacidade contributiva; no direito do trabalho, a proteção do hipossuficiente; no direito penal, a presunção de inocência; no direito civil contratual, proibição de cláusulas potestativas).

## 5. Conclusão

Em resumo, o que se pode dizer ao final deste comentário, creio eu, é que a questão do direito alternativo deve ser encarada de dois pontos de vista distintos, para compreendê-la adequadamente. Em primeiro lugar, o movimento do direito alternativo é, de fato, uma tentativa de resposta às questões que foram trazidas pelo próprio desenvolvimento social brasileiro. Estas questões são principalmente as seguintes: acesso ao Judiciário, litigiosidade entre grupos desiguais econômica e socialmente, confronto com políticas públicas, direito à cidadania em suma. Tais questões não foram suscitadas pelos profissionais do direito ou pelos juizes em primeiro lugar. De fato, continua a valer o *ne procedat iudex sine auctorem*, o princípio de que toda jurisdição é provocada. Elas chegaram ao Judiciário como reivindicações inadiáveis de massas marginalizadas, embora certamente através de grupos pioneiros.

Em segundo lugar, porém, dá vez a uma discussão política e metodológica. A discussão torna-se política porque leva diretamente à questão do poder de julgar, dos seus limites, da sua função social. A discussão torna-se metodológica, porque está em disputa a própria concepção do direito, de seu fundamento racional (vontade, consenso, verdade, lei, maioria?), e da necessidade crescente de os juristas serem formados de maneira nova e diversa, com maior interdisciplinariedade no seu saber, e com mais abertura para o universo social em que vão atuar, e também com maior rigor na sua própria disciplina.



No texto de 1988, surge a novidade do controle da "legalidade, economicidade e legitimidade". As Constituições anteriores se referiam, apenas incidentalmente, ao controle da legalidade. Agora o Tribunal de Contas estende a sua ação também à economicidade e à legitimidade. É ler o art. 70:

"A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder."

O dispositivo encontrou uma primeira inspiração no art. 114 da Constituição de Bonn:

"2. O Tribunal Federal de Contas, cujos membros possuem a independência judicial, controlará as contas assim como a economicidade e a legalidade da gestão orçamentária e econômica."<sup>3</sup>

Aproxima-se, também, da Constituição da Itália:

"Art. 100. O Tribunal de Contas (*Corte dei Conti*) exerce o controle preventivo quanto à legitimidade dos atos do Governo, como também sobre a exatidão do balanço do Estado."

Tem pontos de contato, igualmente, com o art. 31 da Constituição da Espanha:

"2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía."

(continuação da nota 2)

tituição de 1988: o avanço do retrocesso". Rio de Janeiro: Rio Fundo Ed., 1990, p. 118.

<sup>3</sup> "2. Der Bundesrechnungshof, dessen Mitglieder richterliche Unabhängigkeit besitzen, prüft die Rechnung sowie die Wirtschaftlichkeit und Ordnungsmässigkeit der Haus-halts- und Wirtschaftsführung".

A norma do art. 70 da Constituição de 1988 distingue entre a fiscalização formal (legalidade) e a material (economicidade), sintetizadas no controle da legitimidade, isto é, estabelece o controle externo sobre a validade formal, a eficácia e o próprio fundamento da execução orçamentária, como passamos a examinar.

### 1. Legalidade

O controle da validade formal se concentra sobre a legalidade dos atos e operações necessários à execução do orçamento. Mas não se esgota na legalidade estrita, na mera adequação do ato à lei formal, senão que tem por finalidade preservar a própria *segurança jurídica*.<sup>4</sup>

Assim sendo, o controle da legalidade implica, em uma primeira acepção, o exame da adequação da gestão financeira ao orçamento e às leis materiais dos tributos e da despesa pública, o que compreende inclusive o controle dos atos normativos da administração.

Abrange, também, o exame formal das contas, seus aspectos de certeza, exatidão e correção de números e cálculos.

O controle da legalidade implica ainda o da *superlegalidade*, ou seja, o da *constitucionalidade* das leis e atos administrativos. A matéria sempre foi controvertida no direito brasileiro<sup>5</sup> e merece exame cuidadoso. A in-

<sup>4</sup> A Constituição alemã usa a palavra *Ordnungsmässigkeit* (= adequação ao ordenamento), mais abrangente que *Gesetzsmässigkeit* (= adequação à lei) ou *Legalität* (= legalidade). Cf. KAREHNKE, Helmut. "Zur Neufassung des Artikels 114 des Grundgesetzes", *Die Öffentliche Verwaltung*, 1972, p. 148.

<sup>5</sup> Os defensores da possibilidade de o Tribunal de Contas decretar a inconstitucionalidade das leis e atos administrativos partem em geral da premissa de que aquele órgão exerce função jurisdicional: MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1970, v. 3, p. 249; CAVALCANTI, Themistocles Brandão. "O Tribunal de Contas, órgão constitucional: funções próprias e funções delegadas", *Revista de Direito Administrativo*, 109: 8, 1972: "Exerce o Tribunal de Contas o controle da constitucionalidade usando apenas da técnica da interpretação que conduz à valorização da lei maior(...). Não pode, entretanto, anular o ato, nem anular a lei, mas apenas deixar de aplicá-la por inconstitucional"; ANHAIA MELLO, José Luís. *Da competência do Tribunal de Contas para negar aplicação a leis inconstitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 17. A posição (continua)

constitucionalidade das leis *in abstracto* não a decretam o Tribunal de Contas nem os órgãos de controle externo ou interno, posto que, além de não exercerem função jurisdicional, limitam-se a apreciar casos concretos. Mas a inconstitucionalidade dos atos administrativos pode ser reconhecida *in casu* pelos órgãos encarregados do controle, que se negarão a aprová-los ou a dar quitação aos responsáveis, alinhando-se com a lei e a Constituição<sup>6</sup>. Se a inconstitucionalidade da lei não a declaram nem o Tribunal de Contas nem os demais órgãos fiscalizadores, por lhes faltar a competência jurisdicional, podem e devem, contudo, propor ao Congresso a sua revogação. A declaração incidental da inconstitucionalidade tornou-se evidente no texto de 1988, mercê da possibilidade de controle da legitimidade.

## 2. Economicidade

O controle da *economicidade* entende com o exame e fiscalização *material* da execução orçamentária, em contraponto com o formal, que é o da legalidade. Aparece pela primeira vez na Constituição do Brasil, embora já fosse reclamado há muito tempo pela doutrina. A Constituição alemã (art. 114, 2) utiliza o termo *Wirtschaftlichkeit*, que se traduz exatamente por *economicidade*. O conceito de *economicidade*, originário da linguagem dos economistas, corresponde, no discurso jurídico, ao de *justiça*.<sup>8</sup>

Controle da economicidade significa controle da eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos e na

maximização da receita e da arrecadação<sup>9</sup>. Transcende o mero controle da *economia* de gastos, entendida como aperto ou diminuição de despesa, pois abrange também a receita, na qual aparece como *efetividade* na realização das entradas orçamentárias. É, sobretudo, a justa adequação e equilíbrio entre as duas vertentes das finanças públicas.<sup>10</sup> O controle da economicidade, relevante no direito constitucional moderno, em que o orçamento está cada vez mais ligado ao programa econômico, inspira-se no *princípio do custobenefício*, subordinado à idéia de justiça, que deve prevelecer no fornecimento de bens e serviços públicos.<sup>11</sup> Com efeito, o

<sup>9</sup> Cf. LYRA FILHO, João op. cit., p. 44: "(...) a economicidade refletida no mérito dos custos contabilizados e dos resultados balanceados". Klaus Stern (*Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Múchen: C.H. Beck, 1980) formula o princípio da economicidade (*Wirtschaftlichkeitsprinzip*) de duas maneiras: "permite alcançar os melhores resultados possíveis com certos meios ou determinado resultado com os menores custos possíveis". SCHUPPERT, Gunnar F. "Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushalt recht und Haushaltskontrolle". *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 42:259, 1984; HALLER, Heinz. "Einige Überlegungen zur aktuellen und künftigen Bedeutung der Wirtschaftlichkeitsprüfung". *Festschrift für Schäfer*, 1975, p. 259. Gunter Kisker ("Sicherung von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit durch den Rechnungshof". *Neue Juristische Wochenschrift*, 1983, p. 2168) fala em princípio de maximização de benefícios (*Nutzenmaximierungssatz*) e minimização de custos (*Kostenminimierungssatz*)., H.H. von Arnim ("Grundprobleme der Finanzkontrolle". *Deutsches Verwaltungsblatt* 1983, p. 664) refere-se ao equilíbrio entre o *Maximalprinzip*, referido à receita, e o *Minimalprinzip*, no que tange à despesa A. Greifeld (*Der Rechnungshof als Wirtschaftlichkeitsprüfer*. Múchen: C. H. Beck, 1981, p. 8) define: "Maximizar o benefício por custo constante e minimizar o custo por benefício constante".

<sup>10</sup> A legislação alemã acrescentou ao controle da economicidade (*Wirtschaftlichkeit*), previsto na Constituição, o da economia (*Sparsamkeit*). Stern (op. cit., p. 438) esclarece que o conceito de *Sparsamkeit*, que é de minimização de custo (*Aufwandminimierung*), está embutido no de *Wirtschaftlichkeit*, que compreende resultado e custo (*Ergebnis und Aufwand*). Cf. tb. KAREHNKE, op. cit., p. 153; e KISKER, op. cit., p. 2168. A Constituição da Espanha só se refere à economia dos gastos.

<sup>11</sup> Cf. STERN, op. cit., p. 1252; A. AMATUCCI, "La intervención de la norma financiera en la economía: Perfiles Constitucionales". In: — e outros. *Seis Estudios sobre derecho constitucional e internacional tributário*. Madrid: Ed. Derecho Financeiro, 1980, p. 33.

(continuação da nota 5)

contrária, fundada na natureza meramente administrativa do controle do Tribunal de Contas, defende-a Alfredo Buzaid, em "O Tribunal de Contas no Brasil", *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 62:58.

<sup>6</sup> Cf. MANUZ, Th. In: — Durig, Herzog, Scholz. *Grundgesetz, Kommentar*. München: C.H. Beck, 1987, art. 114, nota 47; AMATUCCI, Andrea. *L'Ordinamento giuridico finanziario*. Napoli: Jovene Ed., 1980, p. 167.

<sup>7</sup> Cf. LYRA FILHO, João. "O controle público e suas alternativas". *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*, 12:44, 1981; SILVA, José Afonso. *Orçamento Programa no Brasil*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 356.

<sup>8</sup> Cf. VOGEL, Klaus. "Verfassungsrechtliche Grenzen der öffentlichen Finanzkontrolle". *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1970, p. 196.

princípio do custo/benefício significa que deve haver adequação entre receita e despesa, de modo que o cidadão não seja obrigado a fazer maior sacrifício e pagar mais impostos para obter bens e serviços que estão disponíveis no mercado a menor preço;<sup>12</sup> as correntes teóricas americanas da *new public finance* e da *public choice* vêm desenvolvendo esses aspectos, que se projetaram para o tema do controle de contas.<sup>13</sup>

Economicidade é princípio constitucional vazio, como acontece também com a igualdade. Enuncia a necessidade de adequação e equilíbrio entre o mínimo de despesa e o máximo de receita, nas melhores condições possíveis. Não passa de enunciado formal, porque não traz em si qualquer conteúdo ou determinação material, embora tenha por objetivo o controle dos aspectos materiais da execução orçamentária. O jurista alemão Hans Herbert von Arnim, num livro dos mais completos e profundos sobre o assunto, intitulado *Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip* (Economicidade como Princípio Jurídico), recusa-lhe o *status* de princípio de direito, preferindo apelidá-la de "norma fundamental de economicidade" (*Wirtschaftlichkeitsgrundsatz*), caracterizando-a como um "preceito de otimização" (*Optimierungsgebot*), tendo em vista que não diz "o que deve ser otimizado, senão apenas que deve ser otimizado".<sup>14</sup>

O princípio da economicidade carece de leitura conjunta com outras novidades introduzidas na fiscalização contábil, financeira e orçamentária, especialmente a que se refere à aplicação das subvenções e renúncia de receitas. Ficou aberta a possibilidade de o Tri-

bunal de Contas controlar, sob o ponto de vista da economicidade, todos os incentivos fiscais e financeiros concedidos na vertente da receita (isenções, créditos fiscais, deduções, abatimento, reduções de alíquota, etc.) ou da despesa pública (restituições de tributos, subvenções, subsídios). O assunto reveste-se da maior importância, pois houve nos últimos anos o abuso na concessão de incentivos, camuflados ou não, com reflexos negativos sobre as finanças públicas e a economia do País. O controle da economicidade, no que tange aos incentivos, consistirá no exame da adequação entre os fins almejados pela lei concessiva e o resultado efetivamente alcançado, entre o custo para o Tesouro com as renúncias de receitas e com os gastos tributários e o benefício social e econômico realmente produzido. Sabe-se da perversidade dos incentivos concedidos no Brasil nos últimos anos, alguns em franca contradição com os interesses ecológicos, econômicos e regionais, o que vem fazendo com que o Congresso reoriente as concessões e lhes diminua o número, a exemplo, aliás, do que ocorre em outras nações.<sup>15</sup> Sabe-se, também, que os privilégios financeiros, além da perversidade insita na maior parte das leis que os concederam, foram pessimamente administrados, favorecendo a corrupção e o desvio de dinheiro público. De modo que se torna verdadeiramente importante o aperfeiçoamento do controle da economicidade das subvenções e das renúncias de receita. O Tribunal de Contas da União, aliás, já vem exercitando a competência que lhe atribuiu a Constituição, controlando com maior rigor os incentivos.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Brennan, Geoffrey, & Buchanan, James. "The logic of tax limits: alternative constitutional constraints on the power to tax". *National Tax Journal*, 32 (2): 14, 1979: "A questão constitucional central para cada cidadão pode ser assim enunciada: como cada um pode obter o benefício pelo fornecimento de bens públicos (*public goods*) sem se expor a grande exploração pelo governo - exploração sob a forma de carga tributária desastrosamente excessiva (*disastrously excessive tax burdens*) e correspondentemente excessiva oferta de bens públicos.

<sup>13</sup> Cf. Musgrave, Richard A. "Cost-benefit analysis and the theory of public finance". In: Layard, R. (Coord.). *Cost-benefit analysis*. London: Penguin Books, 1981, p. 101; K. Stern, op. cit., p. XIX.

<sup>14</sup> Berlin: Duncker & Humblot, 1988, p. 37.

<sup>15</sup> A doutrina germânica defende a "demolição dos incentivos fiscais (*Abbau von Steuervergünstigungen*). Cf. TIPKE, Klaus. "Über Steuervergünstigungen - Abbautheoretische Überlegungen". *Finanz-Rundschau*, 1989, p. 186.

<sup>16</sup> Cf. SOUZA, Luciano Brandão Alves de. "A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas da União", *Revista de Direito Administrativo*, 175:40, 1989: "Matéria que já vem merecendo especial atenção do corpo deliberativo é o aprimoramento dos mecanismos destinados a propiciar uma melhor e mais abalizada avaliação dos sistemas de incentivos fiscais, consubstanciados nos fundos de investimentos regionais e setoriais - FINOR, FINAM, FIET. Os resultados das auditorias programáticas realizadas constituíram verdadeiro diagnóstico. R e -

(continua)

A economicidade, que adquire voz constitucional no capítulo do controle (art. 70), é, embora lá esteja implícito, um dos mais importantes princípios do orçamento público.<sup>17</sup> Na Constituição da Espanha, chega a aparecer na Declaração de Direitos e Deveres do Cidadão (art. 31, 2). Na Alemanha, a Lei do Orçamento Federal (BHO), de 1969, diz, no art. 7.º:

"1. Devem ser observados na elaboração e na execução do orçamento os princípios da economicidade (Wirtschaftlichkeit) e da economia (Sparsamkeit). 2. Devem ser realizados exames segundo o custo/benefício (Nutzen-Kosten-Untersuchungen) das medidas com significação financeira relevante".

O regulamento daquela lei, baixado em 1973 (Vorläufige Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung Vorl – VVBHO), define a economicidade como "a relação favorável entre os meios e os fins, que consiste ou em obter um certo resultado com a menor utilização de meios possível ou o melhor resultado possível com a utilização de certos meios".<sup>18</sup>

### 3. Legitimidade

O controle da *legitimidade* é o que se exerce sobre a *legalidade* e a *economicidade* da execução financeira e orçamentária. As finanças públicas no Estado social de direito, que, ao contrário do Estado guarda-noturno ou do Estado liberal do século passado, tem a sua dimensão intervencionista e assistencialista, não se abrem apenas para a tomada de contas ou para o exame formal da legalidade, senão que exigem também o controle

(continuação da nota 16)

velaram distorções, abusos e irregularidades, resultantes, em boa parte, da precariedade e morosidade dos instrumentos de ação fiscal". Cf. tb. "Tribunal de Contas, controle e economicidade, auditoria operacional". *Revista de Direito Administrativo*, 117:109-120, 1989.

<sup>17</sup> Cf. BADURA, Peter, *Staatsrecht*. München: C. H. Beck, 1986, p. 544.

<sup>18</sup> "Die günstigste Zweck – Mittel – Relation besteht darin, dass entweder ein bestimmtes Ergebnis mit möglichst Geringem Einsatz von Mitteln oder mit einem bestimmten Einsatz von Mitteln das bestmögliche Ergebnis erzielt wird."

de gestão, a análise de resultados e a apreciação da justiça e do custo/benefício, a ver se o cidadão realmente obtém a contrapartida do seu sacrifício econômico.<sup>19</sup>

O aspecto da legitimidade, por conseguinte, engloba todos os *princípios constitucionais orçamentários e financeiros*, derivados da idéia de segurança jurídica ou de justiça, que simultaneamente são princípios informativos do controle. A análise do exato cumprimento do princípio da *capacidade contributiva*, que manda cobrar impostos de acordo com a situação de riqueza de cada um, do princípio da *redistribuição de rendas*, que proclama a necessidade da justiça redistributiva, do princípio do *equilíbrio financeiro*, que postula a adequação entre receita e despesa para a superação das crises provocadas pelo endividamento público, por exemplo, participam do controle de legitimidade.<sup>20</sup>

Indubitável que a novidade constitucional do controle do aspecto da legitimidade significa abertura para a *política*. Entenda-se: não para a política partidária, nem para a pura atividade política ou discricionária, mas para a *política fiscal, financeira e econômica*. O intervencionismo e a ampliação do papel do Estado atual acarretam a necessidade das decisões políticas, da implementação de políticas e do aperfeiçoamento da política do bem-estar (*public policy, public purpose*), seja na via da elaboração dos planos e do orçamento, seja no momento posterior do con-

<sup>19</sup> Cf. Vilaça, Marcos Vinícius. "Contas públicas e descentralização". *Jornal do Brasil*, 30 maio 1988: "A legitimidade formal das ações do governo é sua conformidade à lei. A legitimidade substantiva envolve o bom uso dos recursos públicos, bom uso significando ao mesmo tempo, o seu emprego socialmente desejado, tecnicamente factível e economicamente eficiente. A legitimidade substantiva, em suma, mede-se na escala dos resultados". KAREHNKE, op. cit., p. 155; Matucci, "La intervención de la norma financiera...", cit., p. 33; LORAS, A. F. "Relaciones del Tribunal de Cuentas con las Cortes Generales". In: *Las Cortes Generales*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1987, v. 2, p. 987.

<sup>20</sup> Cf. ALBIÑANA, Cesar. "Prólogo". In: S. Fernandez-Victorio y Camps. *El control externo de la actividad financiera de la administración Pública*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1977, p. XIII; ESCRIBANO LÓES, Francisco. *Presupuesto del Estado y constitución*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1981, p. 328.

trole de sua execução, que não pode deixar de ser *político, finalístico, valorativo* e balizado constitucionalmente pelos princípios financeiros.<sup>21</sup> O aspecto político do controle se estende também ao Tribunal de Contas, que, sobre exercer fiscalização idêntica à do Congresso quanto à legalidade e economicidade da gestão financeira, precisa dotar as suas decisões do mesmo conteúdo e extensão dos atos administrativos que controla,<sup>22</sup> sem, todavia, substituir as decisões da política econômica pelas suas preferências.<sup>23</sup> Há que se distinguir entre o controle dos objetivos das decisões políticas, vedado à Corte de Contas, e o controle das contas dos órgãos políticos ou das premissas constitucionais (legalidade e economicidade) das decisões políticas, plenamente compatível com a nova estrutura democrática do País.<sup>24</sup>

A abertura do controle financeiro para a política, que sempre foi motivo de grande controvérsia,<sup>25</sup> torna-se possível, repita-se, diante da reforma constitucional que autoriza o controle dos aspectos da legitimidade e da economicidade.<sup>26</sup> Pesava sobre o Tribunal

de Contas, como ademais sobre o Banco Central e até sobre o próprio Poder Judiciário, a suspeita de falta de legitimação para as decisões políticas, por ausência de representação popular na investidura de seus membros; hoje a Constituição eliminou o problema, como prever expressamente o controle da legitimidade, que tem entre as suas consequências o controle incidental da constitucionalidade das leis. A questão se resolve sob a ótica dos princípios superiores da democracia e da divisão de poderes.<sup>27</sup>

O dispositivo constitucional que prevê o controle da legitimidade (art. 70) deve ser lido em conjunto com outras normas, especialmente a que declara: "Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União" (art. 74, § 2.º); e a que determina: "As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei" (art. 31, § 3.º). Quer dizer: a legitimação popular para deflagrar o processo de controle externo dá legitimidade política ao Tribunal de Contas. Nesta década final do século XX cresce a importância da participação popular sobre os mecanismos institucionais do Estado para a garantia da liberdade e a promoção da justiça social. Os arts. 73, § 2.º, e 31, § 3.º, estão em simetria com outros dispositivos da Declaração de Direitos (art. 5.º, itens LXX, LXXI, LXXIII), ou seja, a iniciativa do povo para provocar o controle das irregularidades e ilegalidades no

21 Cf. VIALON, Friedrich Karl. *Haushaltsrecht*. Berlin: Verlag Franz Vahlen, 1959, p. 49; BATTIS, Ulrich. "Rechnungshof und Politik". *Die öffentliche Verwaltung* 1976, p. 725; op. cit., p. 152.

22 Cf. BATTIS, op. cit., p. 723; VOGEL, K. op. cit., p. 194; BALEEIRO, Aliomar. "O Tribunal de Contas e o controle de execução orçamentária". *Revista de Direito Administrativo*, 31:10, 1953.

23 LALUMIÈRE, Pierre. *Las finances publiques*, Paris: Lib. Armand Colin, 1970, p. 394) adverte: "Um exame da eficácia da gestão no nível das grandes decisões econômicas ou financeiras (ex: política de produção de energia atômica) comportaria assim uma intervenção do controle num domínio que deve ser reservado aos ordenadores dotados de responsabilidade políticas".

24 Cf. von ARNIM, H. H. *Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip*, cit., p. 108.

25 Contra a política no controle: SCHAFER, Hans. "Der Bundesrechnungshof im Verfassungsgefüge der Bundesrepublik". *Die Öffentliche Verwaltung*, 1971, p. 543; LYRA FILHO, João, op. cit., p. 40.

26 Cf. KISKER, op. cit., p. 2168: "Quando os órgãos de controle, por temerem ser acusados de politização, renunciam à apreciação da finalidade jurídico-política, deles então há pouco a esperar para a segurança da economicidade e da economia (*Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit*); BATTIS, op. cit., p. 726; SIGG, Wolfgang. *Die Stellung der Rechnungshöfe im politischen System der Bundesrepublik Deutschland*. Berlin: Dunccker & Humblot, 1983, p. 75. O Min. Bento José Bugarin, em sessão realizada no Tribunal de Contas da União

(*Revista de Direito Administrativo*, 177:114, 1989), disse, com muita propriedade: "O TCU começa a deixar de lado sua tradicional cautela, e até mesmo timidez, diante dos aspectos políticos da atuação do Estado, para adentrar, de forma objetiva e clara, a análise aprofundada da realidade administrativa, extraindo conclusões e procurando gerar consequências aperfeiçoadoras dos procedimentos adotados".

27 Cf. von ARNIM, H. H. *Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip*, cit., p. 122: "O Tribunal de Contas pode tornar objeto do seu controle as decisões políticas, inclusive as do legislador. Os princípios da democracia e da separação de poderes não se opõem, senão que exigem tal controle".

campo financeiro tem a mesma dimensão democrática dos instrumentos processuais acionáveis na defesa dos direitos difusos, como sejam a ação popular, a ação civil pública e o mandado de injunção. O Tribunal de Contas se transforma em "advogado da comunidade".<sup>28</sup>

De notar, finalmente, que o controle do aspecto da legitimidade, sendo uma *garantia institucional da liberdade*,<sup>29</sup> legitima a própria ordem financeira. Só o controle rápido,

eficiente, seguro, transparente e valorativo dos gastos públicos legitima o tributo, que é o preço da liberdade.<sup>30</sup> O controle, como garantia dos direitos fundamentais, na exata observação de K. VOGEL,<sup>31</sup> não sofre *limitações constitucionais*, mas estímulos para a sua plena realização. O controle da legitimidade, que é da própria moralidade,<sup>32</sup> só agora se positivou na Constituição, mas já era reclamado há muito pelos juristas brasileiros.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> A expressão é de W. Sigg (op. cit., p. 27): "Rechnungshof als Sachwalter der Allgemeinheit".

<sup>29</sup> Cf. STERN, op. cit., p. 418; HAVERKATE, Görg. "Der Schutz subjektiv-öffentlicher Rechts in der Rechnungsprüfung". *Archiv des öffentlichen Rechts*, 107:543, 1982.

<sup>30</sup> ALBIÑANA, op. cit., p. VIII: "Tan pronto se plantea una reforma de nuestro sistema tributario surgen vocés que niegan toda base – jurídica y moral – al impuesto, por no existir un eficaz control del gasto público o por la falta de productividad del mismo".

<sup>31</sup> Op. cit., p. 200.

<sup>32</sup> Cf. MIRIMONDE, A. P. *La cour des comptes*. Paris: Sirey, 1947, p. 8.

<sup>33</sup> SEABRA FAGUNDES, Miguel. "Reformas Essenciais ao Aperfeiçoamento das Instituições Políticas Brasileiras". *Revista de Direito Administrativo*, 43:12, 1956: "O controle de contas, como hoje se exerce, é puramente formal, o que vale dizer: nada significa com relação à legitimidade e moralidade da aplicação das dotações orçamentárias. Resulta apenas no coonestamento de tudo quanto se faz".

# Regime Jurídico Único: inclusão, sem concurso, de servidores celetistas

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

## S U M Á R I O

1. Regime Jurídico Único. 2. Regime estatutário. 3. Regime estatutário e direito adquirido. 4. Cargo; emprego público; investidura. 5. Efetividade; estabilidade; concurso público. 6. Regime Jurídico Único e concurso público.

### 1. *Regime Jurídico Único*

A Constituição da República, em seu art. 39, obrigou as entidades federativas a instituir regime jurídico único para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

A aplicação dessa regra tem levantado, dentre outros problemas, o seguinte: é constitucional a norma municipal que, independentemente de concurso, inclua no regime único servidores celetistas admitidos anteriormente à Constituição de 1988?

Várias opiniões dão resposta negativa a essa pergunta, invocando o disposto no art. 37, II, da Lei Magna:

"a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;"

Entendo ser afirmativa a resposta: o Município pode, independentemente de concurso, incluir no regime único servidores celetistas admitidos anteriormente à Constitui-

Sérgio Sérvulo da Cunha é advogado.

ção de 1988. E, para demonstrá-la, empenho-me como segue:

## 2. Regime estatutário

Há, em nosso direito, a tradição de designar-se como *estatuto* a lei geral concernente ao funcionalismo público; assim, o estatuto dos funcionários públicos da União e, em seus respectivos níveis e âmbito, os vários estatutos pertinentes ao funcionalismo estadual e municipal. No direito pátrio, a mulher casada, o advogado, o menor de idade têm seu estatuto. Estatuto é também o termo com que se designa a regra particular de uma associação civil, ou sindicato (o que, em Roma, corresponde à *lex collegii*).

Durante a Idade Média estabeleceu-se uma certa oposição entre estatuto e lei, na medida em que se entendia como obrigatória apenas a norma posta pelo rei ou pelo papa; o termo estatuto, indicativo de uma certa autonomia, passou entretanto a compagnar-se com a lei na medida em que estatutos particulares vinham a ser reconhecidos ou outorgados pelo poder real. Desse ponto de vista, há certa sinonímia entre estatuto, carta de foral e carta colonial.

Ninguém aproximou-se tanto da noção que temos hoje de estatuto quanto John Salmond: "uma condição pessoal imposta a um homem pelo direito independentemente de seu consentimento, por oposição à condição que ele pode adquirir por si mesmo voluntariamente" (v. *Archives de Philosophie du Droit*, XIII:143).

Modernamente, a noção de estatuto opõe-se à de contrato, segundo a conhecida distinção de Sumner Maine. Na obra *Ancient Law*, esse historiador e sociólogo, assinalando a dissolução gradual da dependência familiar, sustenta que a evolução das sociedades procede do estatuto para o contrato.

Daf que, ao definir a relação estatutária, os administrativistas apontam, como sua principal característica, o fato de que a administração, mediante lei, pode alterá-la unilateralmente.

## 3. Regime estatutário e direito adquirido

Essa noção de relação estatutária parece chocar-se com uma outra, que abriga cânone

das garantias individuais: a noção de direito adquirido.

A noção de direito adquirido, em direito constitucional, associa-se à de irretroatividade da lei. Diz o art. 5.º, XXXVI, da Constituição brasileira:

"a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;"

E, a seu turno, o art. 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil:

"A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

(...)

§ 2.º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem."

Ninguém, entre nós, estudou os direitos adquiridos quanto Pontes de Miranda. Pontes critica a pretensão de se definir, em lei, o direito adquirido, pois "é pelo conhecimento das regras do direito substancial que se sabe se um direito foi adquirido ou não" (*Com. à Const. de 1967*, p. 66); e subordina a controvérsia ao conceito de força imediata da lei:

"A ciência do direito intertemporal tem de partir de pesquisa assaz delicada: a da linha que divide o efeito normal e o efeito anormal da lei nova. É indagação sutil de pontos do tempo. Quer-se saber, no plano do direito intertemporal, o que é passado e o que é presente (...)

O efeito retroativo, que invade o passado, usurpa o domínio de lei que já incidiu; é efeito de hoje, riscando, cancelando, o efeito pretérito: o hoje contra o ontem, o voltar no tempo, a reversão na dimensão fisicamente irreversível." (Id., pp. 72-73)

Os direitos, assim, não são eternos; definem-se segundo a lei do tempo respectivo,

incidente sobre os fatos dos quais eles nasceram. Sobre os fatos do passado (*facta praeterita*, fatos consumados, atos jurídicos perfeitos) incidem as leis do passado; sobre os fatos do presente incidem as leis do presente. Retroagir significa invadir, com lei do presente, a dimensão do passado.

A situação do servidor perante a lei nova foi sintetizada em voto do Ministro Antônio Neder (STF, Agr. Instr. 53.498, Rev. Dir. Adm., 117:112), com apoio em Ruy Cirne Lima (*Princípios de Dir. Adm. Brasileiro*, 3.<sup>a</sup> ed., p. 168):

"A investidura do funcionário não subjetiva, de um golpe, todos os direitos que o direito objetivo lhe enuncia. Pela investidura, o indivíduo adquire, antes de tudo, o *status* de funcionário, mero requisito para que se lhe tornem aplicáveis aquelas disposições do direito objetivo, à proporção que se verificarem os demais pressupostos de sua aplicação. Daí decorre que assim o Estatuto dos Funcionários Públicos como o direito dos servidores públicos são suscetíveis de alterações, por via legislativa, ainda quanto às situações vigentes. A lei poderá, portanto, em princípio, reduzir vencimentos; truncar ou modificar qualquer carreira administrativa; prescrever deveres novos; impor encargos antes dispensados etc. A alteração acaso introduzida, salvo exceções definidas, terá aplicação imediata. Os funcionários que o forem, ao tempo da lei nova, salvo garantias constitucionais, ou situações já subjetivadas, ficar-lhe-ão sujeitos às disposições". (Grifo meu)

#### 4. Cargo; emprego público; investidura

Diz o art. 37, II, da Constituição brasileira que "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público (...)" (Grifo meu)

O conceito de cargo público é preciso, não obstante a variedade de definições, oferecidas por inúmeros autores. Nos termos da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, "cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades, previstas na estrutura or-

ganizacional, que devem ser cometidas a um servidor" (art. 3.º). A noção fornecida por Celso Antonio Bandeira de Mello é mais trabalhada:

"Cargo é a denominação dada à mais simples unidade de poderes e deveres estatais a serem expressos por um agente. É 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, suas autarquias e fundações públicas". (*Regime constitucional dos servidores*, Ed. Rev. dos Tribunais, p. 28.)

Como se vê, um cargo público é indissociável da idéia de um servidor, que o ocupa, chegando-se, por isso, a falar em "direito ao cargo," por parte de seu "titular". Esse direito ao cargo ressalta com maior visibilidade ao se tratar de cargo efetivo. Na verdade, efetivo é o cargo – quando permanente – e não o funcionário que o ocupa (v. Hely Lopes Meirelles, *Dir. adm. bras.*, 5.<sup>a</sup> ed., p. 408).

Também é conhecido o conceito de *investidura*, ato complexo que compreende, segundo uns, a nomeação (ou outra forma de provimento) e a posse; e, segundo outros, a nomeação (ou outra forma de provimento), mais a posse e o exercício. Para o art. 7.º da Lei n.º 8.112/90, "a investidura em cargo público ocorrerá com a posse".

Esta é, porém, a primeira das nossas Constituições que fala em *emprego* público, termo sobre cujo significado ainda não se demoraram os estudiosos. Há razões históricas para isso visto que o regime estatutário faz parte de nossa tradição, havendo sempre existido, do ponto de vista legal, apenas *cargos*, mas não *empregos* públicos. Após a ordenação de 1967, o termo *cargo* passou a designar genericamente tanto o *cargo* quanto o que hoje se denomina *emprego* público.

Foi a ordenação de 1967 que rompeu aquela tradição, ao dispor, em seu art. 104:

"Aplica-se a legislação trabalhista aos servidores admitidos temporaria-

mente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada."

Não obstante a alteração dessa regra pela ordenação de 1969 (art. 106), prosseguiu em todos os níveis da administração a contratação de servidores, aos quais se aplicava a legislação trabalhista. Até que a Constituição de 1988, em vigor, consagrou a denominação *emprego* público, como análoga a *cargo*.

A possibilidade de se estabelecer relação de emprego – e não relação estatutária – entre o servidor e a administração deu lugar naturalmente a uma certa correspondência ou simetria entre as duas estratificações.\* Tanto assim que – à semelhança do que faz o art. 3.º da Lei n.º 8.112/90 – é possível definir-se o emprego público como "o conjunto de atribuições e responsabilidades, previstas na estrutura organizacional, que devem ser cometidas a um servidor". Essa "unidade de poderes e deveres" (Celso Antonio Bandeira de Mello) é ontologicamente idêntica quer se trate de cargo, ou de emprego; o que determina a denominação a lhe ser dada é uma externalidade, ou característica extrínseca: o tipo de relação (estatutária ou trabalhista) que se estabelece entre seu ocupante e a administração.

\* Comentando a Lei n.º 6.185, de 11 de dezembro de 1974, dizia o consultor do CEPAM Eurípedes Clóvis de Paula:

"Possibilitado o engajamento pelo regime trabalhista no serviço público federal, está todavia inculpada na norma advertência que as contratações ficarão adstritas aos cargos do plano de classificação com o vencimento correspondente, significando isto que o emprego terá o mesmo dimensionamento de deveres do cargo público com as mesmas atribuições funcionais, além de salário idêntico. O emprego refletirá as responsabilidades de um cargo já criado no plano de classificação da União, conforme sistema estabelecido pela Lei federal n.º 5.645, sendo nesse caso o servidor admitido como um empregado público, ainda que com as atribuições de um cargo. O vínculo que o liga à administração é contratual, e não estatutário." ("Criação de empregos na administração municipal", *Revista de Direito Público*, v. 63, p. 209, jul./set. 1982).

## 5. Efetividade; estabilidade; concurso público

O cargo efetivo se define hoje, legalmente, por oposição ao cargo de confiança – ou em comissão (v. art. 9.º da Lei n.º 8.112/90). Este é de livre nomeação e exoneração; naquele, a investidura depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, II, da Constituição).

Adquire-se efetividade com a investidura em cargo efetivo. Ou seja, a efetividade não é condição pessoal do servidor, mas situação que lhe é comunicada pela natureza do cargo. Sendo o cargo efetivo, seu titular só poderá ser afastado segundo as hipóteses previstas em lei. Seu estado não é instável ou provisório como o dos exercentes de funções de confiança, que podem ser afastados *ad nutum*. Assim, a efetividade não confere necessariamente a estabilidade, embora possa existir entre o cargo e seu titular um liame, decorrente da lei, que dificulta seu afastamento. Já estabilidade significa inadmissibilidade de dispensa, podendo ser absoluta ou relativa, por tempo certo ou por prazo indeterminado. Há estabilidade relativa quando a continuidade do servidor no cargo ou emprego não depende da discricionariedade de seus superiores hierárquicos, mas da ocorrência ou não, na vida funcional, de fatos objetivos previstos na lei.

A afinidade – em alguns casos, superposição – entre esses dois conceitos suscita não pouca confusão ou polêmica, de que é exemplo o repertório dos debates judiciais na vigência da ordenação de 1967/1969.\* Para o esclarecimento da matéria não contribuem termos imprecisos tal como *efetivação*, cujo emprego deveria ser evitado em linguagem técnica. *Efetivação* – efeito de investidura

\* O art. 177 da ordenação de 1967, em seu § 2.º, dispusera:

"São estáveis os atuais servidores da União, dos Estados e dos Municípios, da administração centralizada ou autárquica, que, à data da promulgação desta Constituição, contêm, pelo menos, cinco anos de serviço público."

Com base nesse artigo, inúmeros servidores pleitearam *efetivação* (v. Raimundo Nonato Fernandes, "A estabilidade na disposição transitória da Constituição", *Rev. Dir. Adm.*, 174:239 ss.).

em cargo efetivo – é termo inócuo, que a admissão em massa de servidores precários – contratados, extranumerários ou interinos – pôs em circulação com o sentido de "acesso a cargo efetivo".

A Constituição de 1934 foi a primeira, entre nós, a dedicar uma seção inteira ao funcionalismo público. Ela fazia obrigatório o concurso "de provas ou títulos" para a primeira investidura nos postos de carreira. A Constituição de 1946 manteve o preceito, ampliando a exigência de concurso para "a primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar". Foi somente com a ordenação de 1967 que se materializou em forma precisa, suficientemente abrangente, o princípio de igual acessibilidade aos cargos públicos:

"A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos." (Art. 97, § 1.º)

A ordenação de 1969, entretanto, regrediu no tempo:

"A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, *salvo os casos indicados em lei.*" (Art. 97, § 1.º) (Grifo meu)

A exceção foi imprudente. De sorte que a Constituinte de 1988 deparou-se com massa de servidores não concursados, estatutários ou celetistas. Em seu corpo, a nova Lei Fundamental voltou a consagrar, na formulação a mais precisa e rígida que já alcançamos, o princípio de igual acessibilidade aos cargos públicos:

"A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;" (Art. 37, II)

Esta é a regra que incide a partir de sua promulgação. No tocante aos atos pretéritos, e considerando-se que em face da Constitui-

ção não existe direito adquirido, a nova Carta poderia, em tese, ter declarado nulas as nomeações sem concurso efetuadas na vigência da ordenação de 1967/1969 ou poderia determinar que os nomeados fossem submetidos a concurso, sob pena de perda do cargo ou emprego. Não o fez, todavia, ressaltado o disposto no art. 18 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

"Ficam extintos os efeitos jurídicos de qualquer ato legislativo ou administrativo, lavrado a partir da instalação da Assembléia Nacional Constituinte, que tenha por objeto a concessão de estabilidade a servidor admitido sem concurso público, da administração direta ou indireta, inclusive das fundações instituídas e mantidas pelo poder público."

Com isso, a Constituição autolimitou seu poder de retroagir, no tocante a direitos dos servidores; decidiu purgar o passado até um limite de tempo: a data de instalação da Constituinte.

No que diz respeito aos demais servidores – investidos em cargos ou empregos públicos sob a ordenação de 1967/1969 –, a nova Constituição poderia ter silenciado, sem, com isso, alterar sua situação; mas, preferindo não deixar dúvidas, e à semelhança das Cartas de 1946 e 1967, criou benefício de estabilidade em favor dos servidores com mais de cinco anos de exercício (art. 19 do ADCT).

A enunciação acima – que acompanha desde a Constituição de 1934 até a de 1988 – evidencia que, na tradição recente, a investidura em cargo público, salvo exceções, tem tido como requisito a aprovação em concurso público. A causa final do concurso, a razão pela qual se faz, é a investidura em cargo ou emprego público. Não se pode dizer, destarte, que o objetivo do concurso é a *efetivação* em cargo público, mesmo porque pode haver concurso para investidura em cargo não-efetivo, ou em emprego público.

## 6. Regime Jurídico Único e concurso público

Inexiste qualquer incompatibilidade, ou antinomia, entre a regra constitucional que determina haja aprovação em concurso para a investidura em cargo ou emprego público (art. 37) e a regra do art. 39:

"A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas."

Por sua vez, o art. 24 do ADCT assim dispõe:

"A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios editarão leis que estabeleçam critérios para a compatibilização de seus quadros ao disposto no art. 39 da Constituição e à reforma administrativa dela decorrente, no prazo de dezoito meses, contados da sua promulgação". (Grifo meu)

O Regime Jurídico Único, assim, não se deve instaurar, paulatinamente, apenas com relação aos funcionários admitidos já sob a nova Carta, ou que venham a ser admitidos. Ele deve apanhar a massa dos funcionários dos quadros já existentes, mediante sua compatibilização. Objetivo da reforma é suprimir as disparidades existentes, uniformizando o tratamento legal dos servidores, o que significa, mediante a escolha de um só regime dentre os possíveis, reduzir à disciplina de suas normas aqueles que se achavam subordinados a outras.

No momento de se instaurar, mediante lei, o Regime Jurídico Único, apresenta-se o seguinte problema: caso o Regime Jurídico Único venha a ser estatutário, como normatizar a integração, a esse regime, dos servidores com vínculo trabalhista? Alguns têm dito — sem atentar ao problema de direito intertemporal — que esses servidores, investidos na vigência da ordenação de 1967/1969, devem ser submetidos a concurso, para que

possam continuar no exercício das respectivas funções.

Mas parece evidente que o legislador municipal — para que possa instaurar o Regime Jurídico Único — está autorizado: a) a dispensar os servidores celetistas não-estáveis, caso seja de seu interesse; b) a transformar empregos em cargos, caso opte por regime estatutário; c) a transformar cargos em empregos, caso opte pelo regime trabalhista.

A Constituição manda que se crie regime jurídico único. A regra que o faça deve ser geral, contemplando todas as categorias de servidores. Caso haja interesse da administração, o conjunto dos servidores celetistas não-estáveis, admitidos anteriormente à Constituição, pode ser dispensado; o ato de reforma administrativa também pode suprimir todos esses respectivos empregos. Não há, aí, violação a direito adquirido. O ato de reforma também pode transformar tais empregos em cargos; nesse caso seus ocupantes, já investidos nos empregos, passarão automaticamente de celetistas a estatutários, sem necessidade de prestar qualquer concurso. Seria inconstitucional a reforma se, transformando os empregos em cargos, obrigasse seus ocupantes, sob pena de dispensa, a prestar concurso.

Admitamos, para argumentar, que a lei nova, a ser elaborada pelo Município, possa exigir do servidor a aprovação em concurso, para nova investidura em cargo ou emprego que já ocupa, ou em que se transforme aquele que já ocupa.

Como o mesmo cargo ou emprego não pode ter dois ocupantes, isso significa: a) a duplicação do cargo ou emprego; ou b) a colocação em disponibilidade do ocupante mal sucedido no concurso; ou c) sua dispensa. Qualquer dessas soluções não se encontra, indubitavelmente, na *mens constitutionis*.

Alguns, para demonstrar a necessidade de se submeter esses servidores a concurso, têm invocado o art. 19, § 1.º, do ADCT:

"O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei."

A lembrança parece inadequada, a começar do fato de que "os servidores referidos neste artigo" são tão-só e exatamente os que o ADCT, mediante esse mesmo artigo, considerou estáveis.

É impossível obter um entendimento sistemático do art. 19, § 1.º, do ADCT com eixo no termo *efetivação*. Compare-se essa regra, por exemplo, com o art. 41 da Constituição, que conferiu à estabilidade praticamente todos os efeitos da efetividade. Como *efetivar* quem já goza de efetividade? O que faz o art. 19, § 1.º, do ADCT é criar vantagem: a contagem como título, em eventual concurso, do tempo de serviço prestado por aqueles servidores. E não pode ser tido como obrigando tais servidores à prestação de concurso.

Entender de outro modo essa norma conduz a situações embaraçosas. O professor Raimundo Nonato Fernandes, por exemplo, é constrangido a ver na *estabilidade* referida nesse artigo algo diferente da *estabilidade* referida no art. 41 da Constituição (*Rev. Dir. Adm.* 174: 239, trab. cit.); já Sérgio Araújo

Nunes, assessor do IBAM, é levado a dizer que o concurso previsto no art. 19, I, do ADCT "não deve ser confundido com aquele a que se refere o inciso II do art. 37 da parte permanente da Constituição, o qual é público, ou seja, é para investidura em cargo, emprego ou função daqueles que pretendem entrar para o serviço público, e não para os que nele já se encontram" ("Regime Jurídico de Trabalho na Administração Pública", *Revista de Administração Municipal*, 38 (200):36, jul./set. 1991).

É lamentável a esbórnica que, sob a ordenação de 1967/1969, criou-se no funcionalismo público; é discutível a solução dada, pela Constituição de 1988, à situação que encontrou; mas nossos sentimentos com respeito a essa solução não têm o condão de alterá-la. O art. 19, § 1.º, do ADCT – na esteira dos artigos assemelhados das Cartas de 1946 e 1967 – contém regra que beneficia servidores públicos, concedendo-lhes estabilidade; seria paradoxal extrair-se, de regra protetiva, a conclusão de que está suprimindo direitos adquiridos.

# A revisão constitucional e suas limitações

JOSÉ DE RIBAMAR BARREIROS SOARES

## S U M Á R I O

1. Terminologia e conceito. 2. Poder constituinte derivado. 3. Limitações ao poder de reforma constitucional. 3.1. As limitações temporais. 3.2. Limitações impostas quanto às circunstâncias. 3.3. Limitações de natureza material. 3.4. Limitações de caráter procedimental. 3.5. Revisão constitucional – as limitações do art. 3.º do ADCT. 4. Poder revisional e a eficácia da Constituição.

### 1. *Terminologia e conceito*

Os termos reforma, emenda, revisão e até modificação têm sido usados pelas Constituições brasileiras.

A reforma constitucional se processa mediante a ação de órgãos preestabelecidos pela própria Constituição e dentro das formalidades por ela estabelecidas. O poder reformador está vinculado à vontade e à determinação do poder originário.

Discute-se acerca do emprego das expressões "reforma", "emenda" e "revisão". Autores há que optam pelo uso do termo "reforma" em sentido lato, a englobar os termos "emenda" e "revisão", sendo aquele gênero, do qual estes são espécies. Outros, no entanto, preferem utilizar as três expressões: "reforma", "revisão" e "emenda", indiferentemente.

Parece-me de melhor tom a primeira corrente, considerando a expressão "reforma" num sentido mais genérico, abrangendo a emenda e a revisão.

O termo "reforma" se refere a uma modificação, uma forma nova e, conseqüente-

mente, implica qualquer alteração procedida no texto constitucional.

A emenda importa em uma melhoria, uma correção e, assim, refere-se a uma modificação de aspectos específicos, para os quais o legislador constituinte não estabeleceu obstáculos mais rígidos.

Quanto à revisão, esta se traduz num estudo com o objetivo de atualização. Logo, a revisão é uma alteração mais abrangente, processando-se através de recursos mais gradativos.

No art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabeleceu o constituinte a presciência de revisão constitucional, ao dispor: "A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral."

Trata-se, no caso, de uma alteração mais ampla, cujos contornos se delimitam a partir de uma exegese constitucional adequada, analisando-se os princípios que permeiam o sistema e que servem de orientação na busca do significado do texto constitucional, imputado pelo legislador constituinte.

No art. 59, utilizou-se a constituição das expressões "emendas à Constituição" e, no art. 60, cuidou do processo relativo a tais emendas.

Verifica-se, assim, que a nossa Constituição procedeu a uma distinção entre os termos "emenda" e "revisão", referindo-se a esta como uma alteração mais ampla do texto constitucional. Adequada, pelo que se observa do exame feito acerca do emprego dos termos "reforma", "revisão" e "emenda", a orientação no sentido de considerar a reforma como gênero, agasalhando-se a emenda e a revisão como espécies.

## 2. Poder constituinte derivado

A competência para proceder à reforma da Constituição, tanto no que diz respeito à emenda quanto no que tange à revisão, foi atribuída ao Congresso Nacional pela própria Constituição.

Trata-se de um poder constituinte, ao qual se imputou a competência de revisão e de emenda ao texto constitucional.

Entretanto, este poder constituinte não tem competência para editar uma nova constituição, que venha a substituir aquela em vigor, não faz surgir uma organização jurídica fundamental, uma nova ordem jurídica. Por isso, é chamado de poder constituinte derivado. O seu poder de reforma da Constituição não lhe é originário, não lhe pertence por natureza; origina-se de outro, de um poder originário, anterior a ele. Daí ser chamado de poder constituinte derivado, sendo constituído pelo poder originário e dele recebendo competência reformadora do texto constitucional.

O poder constituinte derivado surge diante da impossibilidade de se convocar o poder constituinte originário, sempre que se fizer necessário proceder a uma emenda à Constituição. Desta forma, o poder constituinte originário, ao estabelecer a Constituição, nomeia um poder derivado, um poder constituinte reformador, com o fito de atualizar a Constituição, quando se tornar necessário através de emendas ou de revisão. O poder constituinte originário age através do poder reformador, derivado, atuando como agente do processo de reforma, de modo indireto, em virtude da competência atribuída a um poder derivado para proceder às modificações constitucionais exigidas pela realidade político-social.

Com o poder de revisão, objetiva-se possibilitar a alteração da Constituição, adaptando-se às necessidades sociais e políticas da Nação, sem que, para isso, seja necessário recorrer à intervenção do poder constituinte originário.

## 3. Limitações ao poder de reforma constitucional

Passemos ao exame da questão referente a limites impostos pelo constituinte originário ao poder de reforma constitucional. Sem dúvida alguma, trata-se de um poder limitado, já que submetido às regras estabelecidas pelo poder originário, na própria Constituição, às quais fica vinculado, sob pena até mesmo de se sujeitar ao controle de constitucionalidade. O poder de reforma deve atuar nos estritos termos que a Constituição estabelece.

As limitações ao poder de reforma podem ser temporais, procedimentais, circunstanciais e materiais.

### 3.1. *As limitações temporais*

Exemplo de limitação temporal, encontramos na Constituição de 1824, cujo art. 174 declarava: "Se passados quatro anos depois de jurada a Constituição do Brasil, se reconhecer que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escrito, a qual deve ter origem na Câmara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte deles."

A Constituição de Portugal prevê a hipótese de revisão, após o prazo de cinco anos sobre a data da publicação de qualquer lei de revisão.

A Carta Magna de 1988, no art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, também estabeleceu uma limitação temporal, ao dispor que "A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral".

Essa limitação temporal contida no art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias diz respeito apenas à revisão constitucional, não se aplicando, todavia, ao poder de emendas, pois, quanto a estas, nada estabeleceu a Constituição no sentido de impedir a sua realização a qualquer tempo, com base no processo disposto no art. 60, da Constituição Federal.

### 3.2. *Limitações impostas quanto às circunstâncias*

Exemplo de limitação circunstancial vamos encontrar, a partir da Constituição de 1934, no que diz respeito à reforma constitucional durante a vigência do estado de sítio. Dispunha a Carta de 34, no seu art. 178, § 4.º: "Não se procederá à reforma da Constituição na vigência do estado de sítio."

A Constituição de 46 trazia, no art. 217, § 5.º, a seguinte regra: "Não se reformará a Constituição na vigência do estado de sítio."

Na Constituição de 67, a regra se repetia no art. 5.º, § 2.º, o qual reza: "A Constituição não poderá ser emendada na vigência de estado de sítio."

Foi mantida a limitação na Emenda Constitucional n.º 1, de 69, no art. 47, § 2.º, nos seguintes termos: "A Constituição não poderá ser emendada na vigência de estado de sítio."

A Constituição de 1988 inovou nesse aspecto, ampliando o campo de aplicação da limitação ao estabelecer que a Constituição não poderá sofrer emendas na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. A vedação referente à intervenção federal nos Estados, que não tinha previsão anterior, foi incluída no art. 60, § 1.º, da Constituição Federal.

### 3.3. *Limitações de natureza material*

A questão ganha foros mais acirrados de debates naquilo que respeita aos limites materiais do poder de reforma constitucional. O poder de reforma poderia incidir sobre qualquer dispositivo da Constituição ou certos dispositivos estariam, no caso, resguardados e, conseqüentemente, fora do campo de incidência do poder reformador?

Sabemos que as limitações materiais podem ser explícitas ou implícitas.

As limitações explícitas são aquelas expressamente vedadas pelo constituinte originário. O constituinte originário pode excluir, de modo expresso, certas matérias e conteúdo da competência do poder reformador. As Constituições brasileiras, ao longo dos anos, mantiveram intocáveis, imodificáveis a Federação e a República.

Na Constituição de 88, não se encontra, nas limitações materiais contidas no art. 60, qualquer vedação a emenda no sentido de abolir a República.

No art. 34, VII, *a*, prevê a Constituição a possibilidade de intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal para assegurar a observância do princípio constitucional da forma republicana, do sistema representativo e do regime democrático. Vê-se, portanto, que a forma republicana foi inscrita como princípio constitucional a ser assegurado e observado.

Entretanto, no art. 2.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispôs o constituinte originário que, "no dia 7 de setembro de 1993, o eleitorado definirá, atra-

vés de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País".

Depreendemos, do confronto de tais artigos, que, embora não haja vedação a emendas tendentes a abolir a República, certos elementos inerentes à República, como, por exemplo, a periodicidade de mandato, devem ser preservados e respeitados.

Nas Constituições anteriores, preocupou-se o legislador em impedir propostas de emenda tendentes a abolir a Federação ou a República.

A Constituição de 88 ampliou o espectro de tais limitações. No art. 60, § 4.º, estabeleceu o constituinte que "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais."

Deste modo, uma emenda que pretendesse, a título de exemplo, instituir a pena de morte, em nosso ordenamento jurídico, seria incompatível com o disposto no art. 60, § 4.º, uma vez que a Constituição, no Capítulo que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, no art. 5.º, XLVII, *a*, proíbe a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX.

Quanto às vedações materiais implícitas, podemos reportar-nos àquela que proíbe a supressão do dispositivo que estabelece as vedações.

Seria inócua a inserção de um dispositivo constitucional pelo constituinte originário, estabelecendo vedações, limitações ao poder de reforma, se o poder derivado pudesse suprimi-lo. Alcançaria o legislador constituinte derivado aquilo que o constituinte originário pretendeu intocável, irreformável. Por isso, a supressão do dispositivo que estabelece vedações ao poder de reforma encontra-se abrangida pelas vedações materiais implícitas.

Do contrário, o constituinte derivado assumiria a competência do poder constituinte originário, libertando-se de todas as limitações que lhe foram impostas pelo poder que lhe deu forma e origem. Seria a criação usurpando o lugar do criador.

Discute-se, ainda, se as limitações impostas ao poder de emendas também se aplicam ao poder de revisão ou se este estaria livre das amarras constitucionais que delimitam o campo de atuação do poder de reforma no âmbito das emendas à Constituição.

Obviamente, as limitações dispostas no art. 60, § 4.º, da Constituição não se encontram ali por mero capricho do constituinte originário. Os contornos constitucionais impostos ao campo de aplicação do poder constituinte reformador espelham princípios maiores, norteadores do sistema, com os quais interagem as normas constitucionais.

Um exame dos princípios constitucionais que informam o nosso ordenamento jurídico poderá servir de auxílio na compreensão do problema.

Os princípios servem como alicerces que sustentam a estrutura das normas. São fundamentos que definem e caracterizam a orientação política do Estado; definem a forma de Estado, sua estrutura, o regime político e os elementos caracterizadores da forma de governo, da organização política adotada; são normas matrizes, relacionadas a valores políticos e sociais do Estado, explicitadas pelo legislador constituinte originário.

Nos arts. 1.º a 4.º da Constituição, encontram-se os princípios fundamentais que norteiam o Estado democrático de direito brasileiro.

No art. 1.º, encontramos os princípios que dizem respeito à existência, forma, estrutura e tipo de Estado, bem como adotam-se os princípios relativos ao regime político, como cidadania, dignidade da pessoa humana, soberania popular, pluralismo político, participação popular, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

O art. 2.º destaca o princípio da separação dos Poderes.

A organização da sociedade, a livre organização social, a convivência justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a promoção

do bem-estar de todos, mediante a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades e a extirpação de qualquer tipo de preconceito ou discriminação são princípios enumerados no art. 3.º.

Finalmente, no art. 4.º, alinham-se os princípios concernentes à posição do Estado nas relações internacionais, como, por exemplo, o repúdio ao racismo e ao terrorismo, a prevalência dos direitos humanos, a solução pacífica dos conflitos, entre outros.

Tais princípios são fundamentos do Estado democrático de direito, em que se funda o sólido alicerce da democracia conquistada pelo povo.

São vetores constitucionais a direcionar o ordenamento jurídico ao seu endereço final: o Estado democrático de direito. Não podem ser traçados e manipulados ao sabor das ideologias e dos interesses dominantes em determinado tempo e espaço, que não se coadunem com a vontade popular soberana.

Como alicerces do nosso sistema constitucional, não podem ser mudados aleatoriamente, arbitrariamente, sob pena de ruir e destruir toda a construção democrática, de abalar e criar fendas na estrutura sólida do Estado democrático de direito.

Por esta razão, foi sábio o legislador constituinte ao estabelecer limitações ao poder de reforma na sua atuação como representante da vontade soberana do povo, verdadeiro detentor do poder. Ao limitar a competência do legislador constituinte derivado, age o poder originário como poder constituinte que não se esgota na promulgação da Constituição, mas que nela subsiste na defesa das instituições democráticas.

Tais princípios constitucionais não podem ser alvo de reforma constitucional, pois não poderia ter sido este o objetivo do legislador constituinte, ao estabelecer a realização de uma revisão constitucional num futuro previsto.

A intenção do constituinte originário, ao contrário, foi certamente a de permitir uma adequação do texto constitucional à realidade, com vistas não à sua superação, mas à sua realização. A revisão constitucional deve objetivar um aperfeiçoamento do texto constitucional, com o fito de tornar mais plena a

sua realização, mantendo-se fiel aos seus princípios basilares sem alterar ou suprimir alicerce em que se funda o Estado democrático de direito.

Seria ilógico pensar-se que o poder derivado pudesse suprimir do nosso ordenamento jurídico-constitucional a separação dos Poderes, o princípio da independência nacional, da federação, do voto direto, secreto, universal e periódico, os direitos e garantias individuais, o princípio da soberania e da dignidade da pessoa humana, a título de exemplificação. Vedou o constituinte originário o poder de emendas quanto àquelas matérias relacionadas no § 4.º do art. 60, por se tratar de elementos essenciais na caracterização de princípios basilares do nosso ordenamento constitucional democrático. Tais matérias jazem sob o manto de princípios maiores, basilares, informadores e norteadores do ordenamento jurídico. Sua reforma implicaria mesmo a reforma de princípios constitucionais fundamentais. Tais limitações, portanto, se estendem também ao poder de revisão, e não apenas ao poder de emendas.

O poder constituinte derivado tem seu surgimento e sua atuação delimitados pelo poder constituinte originário.

Logo, o poder constituinte derivado não possui um campo de atuação tão amplo quanto aquele pertencente ao constituinte originário.

O constituinte originário, ao criar sua obra, fixa a possibilidade de sua reforma e estabelece os limites em que tal procedimento deve ocorrer.

Atribui-se competência a um poder derivado no sentido de modificar o texto constitucional, adaptando preceitos da ordem jurídica a realidades do mundo fático surgidas, já que as constituições não se podem pretender imodificáveis, sob pena de descompasso com a realidade fática. No entanto, podemos afirmar que essa normatividade surgida do poder derivado não se constitui em representação ou fruto direto da vontade popular soberana, como ocorre com aquela produzida pelo constituinte originário.

A produção normativa do poder constituinte derivado assume a natureza da formu-

lação normativa secundária, no que atina aos foros de legitimidade, a saber, trata-se de derivação indireta da soberania popular. Logo, não se pode aludir ao poder derivado de reforma como que encampando competências próprias do poder constituinte originário.

Sendo a competência do poder constituinte derivado emanada da atividade constituinte originária, deve-se ater às limitações impostas pelo poder que lhe deu origem. Do contrário, estaria o constituinte derivado usurpando uma competência que não lhe foi atribuída pela vontade popular soberana, desvirtuando-se assim o verdadeiro sentido do Estado democrático de direito.

Alguém talvez argumente com a possibilidade de supressão do dispositivo que impõe as vedações, as proibições no que tange às limitações materiais, circunstanciais ou temporais ao poder de reforma constitucional. Tal argumentação, entretanto, não procede, pois implicaria conseguir, via indireta, aquilo que o legislador constituinte originário vedou direta e expressamente. Trata-se de uma vedação implícita, não podendo o órgão ao qual se atribui a competência reformadora modificar o critério de rigidez estabelecido pelo constituinte originário.

#### 3.4. Limitações de carácter procedimental

Quanto às limitações procedimentais, encontramos aquelas relativas à titularidade, ao *quorum* para discussão e votação, aos turnos (se em um ou dois turnos), à unicameralidade ou bicameralidade, à promulgação e à impossibilidade de reiteração na mesma sessão legislativa de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada (art. 60, I, II e III, §§ 2.º, 3.º e 5.º).

#### 3.5. Revisão constitucional – as limitações do art. 3.º do ADCT

Quanto à revisão constitucional, o art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispõe que:

"Art. 3.º – A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral."

Podemos vislumbrar, portanto, uma limitação de carácter temporal: o prazo de cinco anos, e duas de natureza procedimental, a saber, maioria absoluta e sessão unicameral.

A limitação quanto ao prazo já se encontra superada, uma vez transcorridos mais de cinco anos desde a promulgação da Constituição Federal de 88. Resta, pois, a observância no que tange ao *quorum* e à unicameralidade. Qualquer outra forma de limite à atuação do poder constituinte revisional somente poderia decorrer de sua própria deliberação, mediante ato *interna corporis*, como a previsão de dois turnos pelo Regimento da Revisão Constitucional.

Há, por outro lado, aqueles que pretendem vislumbrar maiores empecilhos à atividade revisional da Constituição. Uma destas limitações consistiria em atrelar a realização da revisão à mudança do sistema ou forma de governo, ou de ambos, em decorrência do plebiscito previsto no art. 2.º do ADCT. Tal concepção é, todavia, desprovida de apoio exegetic.

As limitações não são regras, são exceções, e, como tais, por diminuírem a atuação de um Poder da República, devem ser interpretadas restritivamente, não se podendo ir além do que pretendeu o constituinte originário.

Em momento algum, essa vinculação restou explícita, ou mesmo implícita, no texto constitucional invocado. A se aplicar uma interpretação contextual dessa amplitude, poderemos chegar à afirmação teratológica de que a regra do art. 7.º do ADCT também depende da previsão inserta no art. 3.º, ou seja, a formação de um tribunal internacional dos direitos humanos só será propugnada se aprovada esta ou aquela forma, este ou aquele sistema de governo, ou ambos. Trata-se de verdadeiro sofisma jurídico.

Outra barreira que se pretende impor é no sentido de que a revisão não pode ser procedida em partes, com um tema de cada vez. Dessa forma, a promulgação do Plano Social de Emergência tornaria extinta a revisão constitucional, impedindo qualquer outro processo de revisão. Mais uma vez, tenta-se ir além das limitações impostas pelo constituinte originário, estabelecendo-se outras

que não foram previstas na Constituição. Não há qualquer dispositivo constitucional que impeça a realização da revisão por partes. A revisão, por ser um processo mais abrangente que a emenda, envolverá uma variedade de temas, que poderão merecer reflexão, apreciação e tratamento individualizado, de forma separada. Nem por isso a revisão deixará de ser um todo. O processo revisional é contínuo, seus diversos momentos se superpõem no tempo, não havendo que se falar em várias revisões.

Não há reiteradas convocações do poder constituinte derivado, revisional, para proceder a diversas revisões constitucionais. A convocação é única, como uma é a revisão do texto constitucional. Assim, qualquer pretensão de limitar o poder de reforma da Constituição esbarra na ausência de fundamentação hermenêutica e na falta de previsão constitucional quanto a esse aspecto.

#### 4. *O poder revisional e a eficácia da Constituição*

Acrescente-se, ainda, que estabelecer amarras à atividade revisional do constituinte derivado é propugnar contra a eficácia da Constituição, pois esta não está dissociada da realidade histórica, das circunstâncias concretas do seu tempo.

Nesse sentido, Konrad Hesse leciona com mestria:

"Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve –

provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (telos) de uma proposta constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito" (*A Força Normativa da Constituição*, p. 23).

Num momento em que o País presencia o aperfeiçoamento de suas instituições públicas, em que a moralidade e a ética dos agentes públicos – em seu sentido lato – são temas de grande relevância, em que o contexto econômico, político e social reclama profundas mudanças, a revisão constitucional exsurge como elemento ordenador e conformador da realidade política, social e econômica que vivemos.

Impedir a revisão constitucional, ou tentar impor-lhe limitações além das previstas na Constituição, é desconsiderar a realidade concreta do Estado e os interesses prementes da Nação.

# Aspectos da pena no Código Penal Militar em face do Código Penal Brasileiro e da Constituição Federal

Carlos Frederico Oliveira Pereira

## S U M Á R I O

Aspectos gerais. II- As penas acessórias. III- Individualização da pena. IV- Criminoso habitual ou por tendência. V - Exílio Local.

Trabalho apresentado no Encontro Brasileiro sobre Justiça Militar, em Porto Alegre/RS no painel Direito Militar. O Encontro foi promovido pela Associação dos Juízes \_ RS, Escola Superior da Magistratura \_ RS, Escola Nacional da Magistratura, Associação do Ministério Público \_ RS e Escola Superior do Ministério Público \_ RS.

### I - *Aspectos Gerais*

O Código Penal Militar no art. 55 estabelece as penas principais e no art. 98 as acessórias, classificação diferente do Código Penal Brasileiro que não mais prevê essas últimas e no art. 32 as classifica em privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa. No Código Penal Militar as primeiras são: morte; reclusão; detenção; prisão e impedimento; suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função e reforma.

A pena de morte no Código Penal Militar é aplicada tão-somente em caso de guerra externa, o que está em consonância com a atual Carta Magna, no art. 5.º, inciso XLVII que limita sua aplicação somente nesse caso. Estabelece o art. 20 do Código Penal Militar que em tempo de guerra aplicam-se as penas cominadas para o tempo de paz com o aumento de um terço. Logicamente, esse aumento se refere somente àqueles crimes que não estão elencados como tipos específicos

Carlos Frederico Oliveira Pereira é Procurador da Justiça Militar.

para o caso de guerra, previstos no Livro II do Código Penal Militar.

As penas de reclusão e detenção no Código Penal Militar apenas se diferenciam uma da outra pelo tempo de privação de liberdade. Na primeira, o mínimo é de um ano e o máximo de 30; para a detenção o mínimo é de 30 dias, e o máximo de 10 anos, como prescreve o art. 58 do Código Penal Militar. O Código Penal Brasileiro estabelece que a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto, e a detenção em regime semi-aberto ou aberto, salvo necessidade de transferência para o regime fechado. No Código Penal Militar é lícito dizer que só existe o regime fechado e a execução penal somente pode ser feita para militares e em condenações que não ultrapassem 2 anos, porque além desse período o militar condenado deve ser recolhido em estabelecimento prisional civil, ante a inexistência de presídios militares, exceto os da Marinha, e assim a individualização executiva deve ser realizada perante o juiz da vara de execuções penais, a teor do art. 61 do Código Penal Militar e art. 2.º, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais. O civil condenado pela Justiça Militar Federal sempre cumpre pena em estabelecimento prisional civil, de acordo com o art. 62 do Código Penal Militar, logo sempre a pena é executada no âmbito do juízo da vara de execuções penais.

A pena de impedimento só se aplica aos insubmissos, cujo crime vem definido no art. 183 do Código Penal Militar e consiste na não-apresentação à incorporação no prazo marcado. Evidentemente esse crime jamais será julgado perante a Justiça Militar Estadual, pois a obrigatoriedade de prestação do serviço militar só ocorre em relação às Forças Armadas.

Na letra f do art. 55 está prevista a pena de suspensão do exercício, posto, graduação, cargo ou função. Vem ela especificada no art. 64 e consiste na agregação, afastamento, licenciamento ou disponibilidade. Trata-se de norma penal em branco, não quanto à tipificação mas sim em relação ao tipo de penalidade, pois o Código Penal Militar não define esses tipos de sanções, sendo necessário o recurso ao estatuto dos militares. Dessa

forma, agregação ocorre quando o militar em situação de atividade (militar da ativa) deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu corpo, quadro, arma ou serviço, como prescreve o art. 80 da Lei n.º 6.880/90; o licenciamento implica no desligamento e o afastamento na privação de qualquer função militar, a teor dos arts. 94 e seguintes e 44, parágrafo 2.º, respectivamente, do mencionado estatuto. A disponibilidade só se aplica aos eventuais civis condenados pela Justiça Militar Federal, pois inexistente essa figura jurídica para os militares.

A suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função se assemelha à pena de interdição temporária de direitos prevista no art. 43, II c/c o art. 47, I, ambos do Código Penal Brasileiro, que são aplicadas em substituição à pena privativa de liberdade como prescreve o art. 54 do Código Penal Brasileiro, e têm a mesma duração dela, como dita o art. 55. A diferença principal é que no Código Penal Militar não é tratada como pena substitutiva da pena privativa de liberdade genericamente prevista na parte geral do código, mas sim como pena principal isolada, como acontece nos arts. 197, 324 e 340, ou como pena alternativa em relação à reforma, como se vê dos tipos penais dos arts. 201, 204 e 266, todos do Código Penal Militar. Deve-se observar que essa penalidade, bem como a reforma, não é passível de sursis, entretanto, reza o parágrafo único do art. 64 que, se o condenado à pena de suspensão acima referida não mais estiver em serviço ativo, a pena será convertida em detenção, de três meses a um ano. Nesse caso, convertida em privativa de liberdade, é passível de sursis.

Por último, como pena principal, temos a reforma. A reforma não necessita da concorrência da legislação administrativa como acontece com o art. 64 de que já falamos, pois o art. 65 do Código Penal Militar já traz a sua definição dizendo que é a sujeição à situação de inatividade, além de brusca redução nos proventos.

## II – As penas acessórias

Estão elas definidas no art. 98 do Código Penal Militar: perda do posto e patente; in-

dignidade para o oficialato; incompatibilidade para o oficialato; exclusão das Forças Armadas; perda da função pública ainda que eletiva; inabilitação para o exercício da função pública; suspensão do pátrio poder, tutela ou curatela e suspensão dos direitos políticos.

As penas acessórias, dizia Aníbal Bruno, verbis: "O seu fundamento pode ser a natureza do crime cometido ou a falta ao cumprimento de certos deveres cometidos ou a falta ao cumprimento de certos deveres, ou a espécie ou graduação da pena principal aplicada. Verificando um desses fundamentos previstos na lei, a pena acessória impõe-se de maneira obrigatória, e pode resultar automaticamente da condenação, ou, como é mais comum acontecer, vir declarada expressamente na sentença" (in *Direito Penal*, Tomo II, 1978, Forense, p. 91). As penas acessórias, na revogada parte geral, normalmente necessitavam de fundamentação, sendo poucas as que resultavam da simples imposição da pena principal como referendava Roberto Lyra, verbis: "As que decorrem ope legis da imposição da pena principal são somente as da letra c, do n.º II, do art. 68, do parágrafo único do art. 69 e n.º V, respectivo. A regra, portanto, é a declaração do juiz, cujo silêncio importa exclusão". (in *Comentários ao Código Penal*, em co-autoria com Nelson Hungria, vol. II, 2.ª ed., 1955, p. 512). Na atual parte geral do Código Penal Brasileiro a perda da função pública é efeito da condenação e sempre deve ser declarada na sentença, ao contrário da exceção que tinha o código revogado. Sobre a suspensão dos direitos políticos que era prevista no art. 69, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro de 1944, e inexistente na atual parte geral do Código Penal Brasileiro, falaremos mais à frente. De qualquer maneira inexistente pena acessória no atual estatuto repressivo comum, sendo todas as sanções autônomas, com a observação de que as penas restritivas de direitos são substitutivas das penas privativas de liberdade, o que também pode acontecer com a pena de multa, observado o disposto no art. 60, parágrafo 2.º, do Código Penal Brasileiro.

Pouca coisa tratada no Código Penal Militar como pena acessória pode ser aplicada

automaticamente, sem motivação na sentença, como acontecia também no Código Penal Brasileiro revogado. Os três primeiros incisos, por exemplo, que se referem a oficiais, dependem de processo independente do processo penal. Já entrando no tema, quanto à pena do art. 98, I, diz o art. 99 do Código Penal Militar que a perda do posto e patente resulta da condenação a mais de dois anos, o que sugere aplicação imediata, sendo a conclusão confirmada pelo disposto no art. 107 do Código Penal Militar que exclui da necessidade de motivação na sentença essa penalidade classificada de acessória. É certo que os artigos 100 e 101 elencam crimes em que o oficial fica sujeito à declaração de indignidade e incompatibilidade, respectivamente. Ocorre que a indignidade, assim como a incompatibilidade, só podem ser reconhecidas em processo autônomo, através de representação do Procurador-Geral da Justiça Militar como prevê o art. 116, inciso II, da Lei Complementar n.º 75/93, ou através dos processos de conselho de justificação. Além disso ainda há a Constituição Federal, que no art. 42, parágrafos 7.º e 8.º, subordina a declaração de indignidade e incompatibilidade com o oficialato, com a consequente perda do posto e patente, à decisão surgida de processo autônomo, perante tribunal militar permanente. Logo a pena acessória do art. 98 inciso I do Código Penal Militar está revogada pela atual Carta Magna, aliás esse dispositivo da lei repressiva militar já era incompatível com a CF anterior, como diz Manoel Gonçalves Ferreira Filho, verbis: Desde a Emenda n.º 1, de 1969, alterou-se, neste ponto, significativamente o direito constitucional relativamente à perda da patente e do posto por parte do oficial das Forças Armadas. No direito hoje vigente, a perda somente se dará nos casos de indignidade ou incompatibilidade com o oficialato. Não mais existe a perda como consequência acessória de condenação a pena restritiva da liberdade, como ainda previa o texto constitucional promulgado em 1967 (art. 94, parágrafo 2.º) e vinha em nosso direito constitucional desde 1891 (art. 76) (in *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1, Ed. Saraiva, 1990, p. 277). Os arts. 100 e 101 do Código

Penal Militar não se revestem de pena acessória, e a condenação nos tipos por eles elencados serve apenas de fundamento à representação do Procurador-Geral da Justiça Militar pelos mesmos motivos da pena acessória do art. 98 inciso I do Código Penal Militar revogados pela ordem constitucional. A única observação que deve ser feita é que a jurisprudência do Egrégio STM e do Excelso Pretório, com raríssimos votos discordantes entende que o conselho de justificação é processo administrativo, ponto de vista que não comungamos, como ficou demonstrado por nós na última revista do STM.

A exclusão das Forças Armadas, prevista no inciso V do art. 98 só pode ser aplicada às praças das Forças Armadas, estando, pois, vigente o art. 102 do Código Penal Militar. Não é de aplicação imediata como parece, pois o art. 107 exige que conste expressamente da sentença. Essa pena acessória não se aplica às praças das milícias estaduais, tendo em vista que os dispositivos penais citados, expressamente, se referem aos integrantes das Forças Armadas, não havendo como se estender essa punição aos milicianos sem terrível atentado ao princípio da legalidade.

Ainda com relação às praças das corporações militares estaduais, esclarece o art. 125 parágrafo 4.º da CF que semelhantemente ao que acontece com os seus oficiais, só perderão os primeiros a graduação se assim decidir o competente tribunal militar permanente. Mesmo com essa prerrogativa de que não gozam as praças das Forças Armadas, não são eles vitalícios como acontece com os oficiais que só podem ser demitidos por sentença judicial em processo autônomo do penal. O dispositivo constitucional diz que tal expulsão só ocorre no caso de crimes militares. Dessa forma, deverá o Ministério Público estadual, no processo penal militar, a que estiver respondendo a praça graduada, pedir a sua exclusão após a condenação de primeiro grau de jurisdição, quando for criada a pena acessória de que fala a CF, sendo certo que a lei maior não criou nenhum privilégio ou garantia a mais aos graduados estaduais, mas determinou que a aplicação da pena acessória em comento, que no âmbito federal pode

ser aplicada em primeiro grau de jurisdição, fosse da competência do tribunal militar exclusivamente, como acertadamente tem interpretado o Egrégio TJM do RS, verbis: Representação para perda de graduação n.º 1/91:

"A perda de graduação da praça, ao contrário da perda de posto e patente do oficial, não decorre do julgamento acerca de sua indignidade ou incompatibilidade com a função, embora devam ser decididas em procedimentos semelhantes.

A única pena acessória aplicável às praças, com ou sem graduação, é aquela do art. 98, inciso IV do Código Penal Militar, e só pode ser aplicada de acordo com o estabelecido pelo art. 102 do referido código. Impossibilidade jurídica de sua substituição por qualquer das outras penas acessórias estabelecidas naquele dispositivo, ou mesmo pela pena de reforma, que se destinam a oficiais ou a funcionários civis.

Cogência da norma sancionadora do art. 102 do Código Penal Militar.

A redação do parágrafo 4.º do art. 125 da Constituição Federal não institui qualquer direito ou garantia destinados a militares de qualquer hierarquia, mas se constitui em fixação da competência jurisdicional do órgão de 2.ª instância da Justiça Militar Estadual.

Relator Originário: Juiz Cel. Odilon Camargo.

Relator para o acórdão: Juiz Cel. Antônio Cláudio Barcellos de Abreu."

Só discordamos da necessidade de procedimento autônomo para se aplicar a pena acessória, bem como da espera do trânsito em julgado da sentença penal condenatória no âmbito castrense, e também da incidência do art. 98, inciso IV para as praças estaduais. No mais concordamos inteiramente com o v. acórdão, a indignidade e incompatibilidade só se referem a oficiais, tampouco criou a norma constitucional uma nova penalidade acessória. O art. 102 do CÓDIGO PENAL MILITAR é totalmente constitucional e só não se aplica no âmbito estadual porque expressamente se refere a militares das Forças Armadas.

Discordamos inteiramente do acórdão proferido pelo Excelso Pretório no RE 121.533-0/MG, verbis:

"EMENTA: Militar: praças da Polícia Militar Estadual: perda de graduação; exigência constitucional de processo específico (CF, art. 125, parágrafo 4.º, parte final) de eficácia imediata: caducidade do art. 102 do Código Penal Militar.

O art. 125, parágrafo 4.º, in fine, da Constituição, subordina a perda de graduação dos praças das polícias militares à decisão do tribunal competente, mediante procedimento específico, não subsistindo, em consequência, em relação aos referidos graduados o art. 102 do Código Penal Militar, que a impunha como pena acessória da condenação criminal a prisão superior a dois anos.

A nova garantia constitucional dos graduados das polícias militares é de eficácia plena e imediata, aplicando-se, no que couber, a disciplina legal vigente sobre a perda de patente dos oficiais e o respectivo processo."

A CF de 1988 não criou nenhuma garantia a mais, apenas disse que a pena acessória em comento deve ser aplicada pelo Tribunal e não também pelos conselhos, como acontece com a Justiça Militar Federal, à semelhança de um privilégio de foro, e nada mais. Se garantia fosse não estaria inserida na Seção dedicada à competência da Justiça Estadual, e sim na seção dedicada aos servidores militares, que no art. 42, parágrafo 9.º transfere o problema da estabilidade para à lei ordinária. Pensamos também que nem mesmo é necessário processo autônomo para isso, porém ainda que se entenda ele necessário a sua existência não tornaria caduco o art. 102 do Código Penal Militar. É preciso se interpretar sistematicamente a Constituição e não isoladamente em um dispositivo. O art. 42, parágrafos 7.º e 8.º só tratam como vitalícios os oficiais, e dizem que serão eles demitidos após declarados indignos ou incompatíveis para o oficialato, após serem condenados a mais de 2 anos, em processo autônomo. O art. 125, parágrafo 4.º reafirma isso após restringir a competência castrense aos crimes praticados pelos militares estaduais, excluindo, portanto, os civis, e confirma também a competência exclusiva do Tribunal para a imposição da pena acessória aos graduados, afastando a competência dos Conselhos. Não

há que se falar em indignidade ou incompatibilidade de praça, como acertadamente está lembrado no acórdão do Egrégio TJM/RS. A lei de Organização Judiciária do DF e territórios, por isso, conferiu ao órgão especial do Tribunal a competência exclusiva para apreciar as representações por indignidade para o oficialato, não estendendo essa representação às praças. Mas como inexiste a dita pena acessória para às praças estaduais, o dispositivo do art. 125, parágrafo 4.º da CF não pode ser a eles aplicados sob pena de violação do princípio da legalidade.

Observe-se que o dispositivo constitucional citado só diz respeito a crime militar, e então por crime comum podem ser demitidos em razão do efeito da condenação previsto no art. 92, inciso I, do Código Penal Brasileiro, que pode ser imposto por juiz ou tribunal da Jurisdição Ordinária, o que jamais acontece com os oficiais que, condenados pela Justiça Militar ou Ordinária só são demitidos por decisão em processo autônomo perante o Tribunal Militar Permanente. Por outro lado, como não gozam as praças de vitaliciedade podem ser demitidas em processo administrativo disciplinar.

Veja-se sobre esse último tópico algumas ementas de acórdãos do Egrégio STJ:

RMS 1.261-ORJ

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA \_ SOLDADO DO CORPO DE BOMBEIROS. PENA DISCIPLINAR DE EXCLUSÃO DA CORPORACÃO. COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA PARA APLICAÇÃO DA PENA. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 125, parágrafo 4.º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

\_ Soldado bombeiro afastado da corporação "a bem da disciplina".

\_ Apenas nos crimes militares (e não nos casos de infrações disciplinares) compete ao Tribunal de Justiça, no caso, decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação dos praças.

\_ Recurso improvido.

RMS L.605-5-RJ

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MILITAR. PENA DISCIPLINAR DE EXCLUSÃO DA CORPORACÃO.

**COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 125 parágrafo 4.º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

— Policial militar condenado criminalmente e excluído da corporação.

— Apenas nos crimes militares (e não nos casos de infrações disciplinares) compete ao Tribunal de Justiça, na hipótese, decidir a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

— Recurso improvido.

O dispositivo sobre perda da função pública, ínsito do art. 103 do Código Penal Militar obviamente só se aplica no âmbito da Justiça Militar Federal, posto que se refere a civis. Contudo, essa pena acessória pode ser aplicada aos militares da reserva ou reformado, caso exerçam função pública de qualquer natureza, como diz o parágrafo único desse dispositivo.

A inabilitação para o exercício da função pública (art. 98, inciso VI do Código Penal Militar), no âmbito federal, aplica-se tanto a militares como a civis que praticarem crime com abuso de poder ou violação de dever inerente a função pública. Aos militares acrescenta-se que deve haver violação de dever militar, e aí entendemos que se deve restringir a interpretação aos crimes militares definidos no título III.

A suspensão do pátrio poder, tutela ou curatela seria de aplicação automática pela redação do art. 105, entretanto pelo art. 107 necessita de ser motivada na sentença. No Código Penal Brasileiro o que existe é incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela e, nesse caso, a medida é definitiva, ao contrário do que ocorre no Código Penal Militar. E no estatuto repressivo castrense a suspensão de que se fala pode ser aplicada no curso do processo como medida de segurança provisória, como prescrevem o parágrafo único do art. 105 do Código Penal Militar e 276 do Código de Processo Penal Militar.

Por fim, temos a suspensão dos direitos políticos, que restringe o direito de votar e ser votado durante a execução da pena privativa de liberdade ou de medida de execução imposta em substituição, ou enquanto perdu-

rar a inabilitação para a função pública, como dita o art. 106 do Código Penal Militar. Por exclusão, aquele que for condenado a suspensão do exercício do posto, graduação etc. ou reforma, não seria submetido a essa penalidade acessória. Entretanto, o art. 15, III da atual Carta Magna diz que a suspensão dos direitos políticos ocorrerá no caso de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os seus efeitos. O critério do texto constitucional é bem mais amplo, pois não se vincula ao tipo de pena imposta, e, obviamente, prevalece, valendo para todos os tipos de sanção penal, a exceção da reforma porque nela o efeito da sentença penal condenatória transitada em julgado é imediato. O princípio do art. 106 do Código Penal Militar é incompatível com o dispositivo constitucional citado. Pela mesma razão, no Direito Penal comum a suspensão dos direitos políticos alcança todas as penas, inclusive as restritivas de direitos, além disso, na atual parte geral não existe a limitação que existia no parágrafo único do art. 69 do Código Penal de 1940, onde anteriormente a restrição só se aplicava às penas privativas de liberdade. Como reflexos nos direitos políticos estabelece o Código Penal Brasileiro no art. 92 a perda do cargo eletivo como efeito da condenação, e se limita aos casos de crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública. O art. 47, I do Código Penal Brasileiro prevê como interdição temporária de direitos a proibição do exercício de mandato eletivo, e o art. 56 complementa dizendo que tal só ocorre se o crime for praticado com violação do dever. Todos esses dispositivos do Código Penal comum estão abrangidos pela regra constitucional que, em relação a eles, é bem mais ampla.

Não resta dúvida que essa norma constitucional é auto-aplicável, e, como assinala Júlio Fabrini Mirabete, verbis: "o art. 15, III, da CF, tem, como qualquer dispositivo constitucional, um mínimo de eficácia que impede o condenado de exercer o direito de voto enquanto preso" (in Comentários à Lei de Execução Penal, Atlas, 3.ª ed., 1990, p. 56). Entretanto, em relação ao comentário que faz a esse dispositivo temos duas divergên-

cias: o renomado autor dá a entender que a restrição constitucional só abrange a pena privativa de liberdade, e enquanto estiver encarcerado o condenado, como se viu da transcrição acima complementada por essa outra, verbis: "Eliminados alguns direitos e deveres do preso nos limites exatos dos termos da condenação, deve executar-se a pena privativa de liberdade de locomoção, atingidos tão-somente aqueles aspectos inerentes a essa liberdade, permanecendo intactos outros tantos direitos" (op. cit., p. 52). Sem dúvida nenhuma a restrição da lei maior não se aplica ao condenado apenas enquanto preso, mas também"(...) quando é ainda possível o Estado exigir o cumprimento da pena, é porque da sentença continuam ainda a irradiar efeitos, estando, nesse período de irradiação sentencial, suspensos os direitos políticos"(José Cretella Júnior, Comentários à Constituição de 1988, Ed. Forense, 1989, p.1121). Dessa forma, o condenado cumprindo o *sursis* está abrangido por essa limitação, assim como o que estiver em livramento condicional, sendo difícil se sustentar uma interpretação restritiva, até porque a atual parte geral do Código Penal não possui a restrição da suspensão dos direitos políticos apenas às penas privativas de liberdade, como acontecia no art. 69, parágrafo único, item V do Código revogado e a interpretação que excluía o *sursis* se baseava na não auto-aplicabilidade do art. 149 da CF de 1969, e a complementação legislativa quando veio (LC 42/82) só se referiu a alguns crimes e assim mesmo se restringiu à inelegibilidade, e não ao direito de votar, como disse Mirabete (sobre o que foi dito conferir em Pinto Ferreira, Comentários à Constituição Brasileira, 1.º vol., Saraiva, 1989, pp. 316/7). E mais, voltamos a repetir, o art. 15, III, da CF não se refere apenas a condenações que importem em privação da liberdade, porque ali não se refere a Lei Maior ao tipo de sanção imposta e sim a condenação, logo estão abrangidas as penas não privativas de liberdade do Código Penal Militar.

### III – Individualização da pena

A individualização da pena vem prevista no art. 5.º, inciso XLVI da CF e tem, eviden-

temente, reflexos no Código Penal Militar. A individualização da pena, que é adaptação da pena ao condenado, possui três fases: legal, judicial e administrativa. Na primeira, tem-se a fixação dos limites legais de penalização para cada delito nos mínimos e máximos genéricos, de maneira que não possa existir pena indeterminada, aliás nenhum tipo de sanção penal, e aí incluímos as medidas de segurança; depois a pena é ajustada ao condenado e aí entra o arbítrio judicial onde o juiz observa os requisitos do art. 59 do Código Penal Brasileiro e 69 do Código Penal Militar e, por fim, temos a fase administrativa ou executória que, como o próprio nome diz ocorre no momento da execução da pena, sendo extremamente rica no direito penal comum, onde se analisam progressão e regressão de regimes e vários outros incidentes de execução.

Estabelece o dispositivo constitucional citado vários princípios e os submete a regulamentação legal. Luiz Vicente Cernichiaro e Paulo José da Costa Júnior entendem que a prestação social alternativa, prevista na letra d abrange as penas restritivas de direitos (cfr. Direito Penal na Constituição, RT, 1990, p. 98). Todas as outras penas estão previstas no Código Penal Brasileiro. Parece-nos que prestação social alternativa seria a prevista no art. 46 do Código Penal Brasileiro, em todo caso o Código Penal Militar não possui penas restritivas de direitos, tampouco a pena de prestação de serviços à comunidade, aliás nem mesmo está prevista a pena de multa que também é princípio ínsito na individualização da pena, no item c do inciso XLVI do art. 5.º da CF. No máximo, a pena acessória de inabilitação para o exercício de função pública se assemelha a interdição do art. 47, I, do Código Penal Brasileiro.

Apesar do mandamento constitucional, que se constitui em princípio-garantia, terminologia de Canotilho, à semelhança do princípio da legalidade, fazer referência à legislação ordinária, nem por isso deixa de ter positividade, até porque é norma, tendo vigência e eficácia. Deve-se romper com a doutrina tradicional das chamadas normas programáticas porque, segundo o grande constitucionalista lusitano, verbis: "(...) é reconheci-

do hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição. Não pode, pois, falar-se de eficácia programática (ou diretiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória em confronto com qualquer poder estatal discricionário (Crisafulli). Mais do que isso: a eventual mediação, pela instância legiferante, da concretização das normas programáticas, não significa a dependência deste tipo de normas da interposição do legislador; é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes. Concretizando o melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente:

(1) Vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional).

(2) Como diretivas materiais permanentes, elas vinculam positivamente todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição).

(3) Como limites negativos, justificam a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam" (in *Direito Constitucional*, Ed. Almedina, 1992, p. 190).

Significa que, não obstante o princípio não estar inteiramente regulado no Código Penal Militar, necessitando de maior densidade, deixe ele de ter positividade. Funciona como limite negativo como apontamos acima, impedindo tipos penais indeterminados. Ou então, por exemplo, uma sentença judicial que aplicasse uma pena no máximo abstractamente previsto para o tipo, sem qualquer fundamento, sem dúvida violaria o princípio, porque não seria adaptação da pena.

#### IV – *Criminoso habitual ou por tendência*

Ainda em sede de individualização da pena, temos alguns dispositivos relativos a esse tema que sem dúvida se apresentam em confrontação com a CF.

O Código Penal Militar nesse aspecto demonstra nitidamente que possui orientação

subjéctiva, adotando uma postura de direito penal do autor, que não corresponde ao pensamento atual da maioria dos penalistas como Francisco de Assis Toledo, pois "O Direito Penal moderno é, basicamente, um direito penal do fato. Está construído sobre o fato-do-agente e não sobre o agente-do-fato. Demonstra a veracidade dessa afirmação a estrutura da grande maioria dos tipos penais que, segundo as exigências do princípio *nulun crimen, nulla poena sine lege*, descreve um modelo de conduta proibida e não um tipo criminológico de autor. As exceções são raras (*rufianismo, vadiagem etc.*) e, pois, não infirmam a regra (in *Princípios Básicos de Direito Penal*, Saraiva, 1991, p. 236).

O direito penal do autor tem sua origem na escola positiva, nos ensinamentos de Lombroso, em uma época dominada pelo determinismo e pela tentativa de explicação de todos os fenômenos, inclusive os culturais, pelo método experimental das ciências da natureza. Daí surgiram tipos de autor como o criminoso habitual ou por tendência, que são criminosos que se caracterizam pela repetição da prática delitiva, e por essa repetição comprovam que são criminosos incorrigíveis assim como a verdade de um fenômeno é comprovada pela repetição do experimento.

A penalização desses tipos de autor se faz por tempo indeterminado, como diz o art. 78 do Código Penal Militar, embora a indeterminação não seja absoluta. Sem dúvida é pena de caráter perpétuo, proibida pelo art. 5.º inciso XLVII, letra b da CF. Não é pena perpétua, mas tem esse caráter, porque é excessivamente elevada (o juiz fixa a pena da nova infração, que não pode ser inferior a três anos, sendo esta a duração mínima e sobre ela incide a pena indeterminada que não pode ultrapassar 10 anos, como se vê do parágrafo 1.º do art. 78 do Código Penal Militar). O critério da pena excessivamente elevada para caracterizar o caráter perpétuo da pena é de Cernichiaro (op. cit., pp. 112 e ss.). Afora isso a pena, da forma como foi demonstrado, revela que pelo mesmo fato o autor é punido 2 vezes, pois a pena indeterminada é aplicada sobre a pena do crime, e o direito penal não convive com o *bis in eadem*. Com certeza a nova proposta de Cód-

go Penal Militar não deve ressuscitar esses dispositivos de direito penal do autor, que, aliás, nem mesmo justificam a sua permanência pelo absoluto desuso de que se tem notícia.

#### IV – O exílio local

Não se trata de pena, mas sim de medida de segurança prevista no art. 116 do Código Penal Militar, sendo assim, em princípio se afasta do objetivo de nosso trabalho. Mas a inconstitucionalidade é tão gritante que não foi possível evitar de tocar no assunto. Diz o mencionado dispositivo que o exílio local consiste na proibição de que o condenado resida ou permaneça, durante um ano, pelo menos, na localidade, município ou comarca onde o crime foi praticado. Esclarece o parágrafo único que o exílio local deve ser cumprido após o cumprimento do *sursis* ou da execução da pena privativa de liberdade. Vê-se, pois, que é pena de caráter perpétuo, posto que a norma não dá limite mínimo para essa arbitrariedade, o que caracteriza ofensa ao art. 5.º, inciso XLVII, letra b da CF, e depois porque cessado o cumprimento da pena, extinta a punibilidade, não é dado ao Estado cercar a liberdade, sob pena de violação ao direito de locomoção insito no art. 5.º, inciso XV da CF.

#### Bibliografia

##### Legislação:

- Constituição Federal  
Código Penal Militar  
Código de Processo Penal Militar  
Código Penal Brasileiro  
Lei n.º 6.880, de 5 de dezembro de 1972  
Jurisprudência:  
Supremo Tribunal Federal  
Superior Tribunal de Justiça  
Tribunal de Justiça Militar – RS  
Doutrina:  
BRUNO, Aníbal. Direito Penal, Tomo II, 1978, Forense, p. 91.  
LYRA Roberto. Comentários ao Código Penal, em co-autoria com Nelson Hungria, vol. 2, 2.ª ed., 1958.  
TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal, Saraiva, 4.ª ed., 1991.  
CERNICHIARO, Luiz Vicente e COSTA JÚNIOR, Paulo José. Direito Penal na Constituição, RT, 1990.  
CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição de 1988, Forense, 1989.  
MIRABETE, Júlio Fabrini. Comentários à Lei de Execução Penal, Atlas, 3.ª ed., 1990.  
FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988.  
CANOTILHO, J. J. Gomes, Almedina, 1992.  
FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição Brasileira, 1.º vol., Saraiva, 1989.

# Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

*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 (no valor de cada publicação já estarão incluídos os acréscimos referentes à remessa pela ECT). Para solicitar informação sobre preços, escreva para*

Praça dos Três Poderes, Anexo 1, 22.º andar  
70165-900 Brasília, DF

Telefones: (061)311-3576, 311-3577 e 311-3578

Fax: (061)311-4258 e 321-7333; Telex: (061) 1357

*Venda direta ao usuário no Senado Federal:*

Via N-2, Unidade de Apoio 1 (fundos do CEGRAF, pelo estacionamento à esquerda)

*Atendimento aos Senadores:*

Ramais 3579, 3589 e 3578

*REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA* N.ºs 1, 10, 12, 17, 22 e 23, 28, 82 a 84, 87 a 120.

— Publicação trimestral de trabalhos e pesquisa jurídica, com circulação ininterrupta desde 1964.

*ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA.* N.ºs 1 a 110

— Índice temático dos artigos publicados; índice onomástico dos autores e colaboradores; sumários.

*CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.* Edição de bolso

— Texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n.ºs 1/92 a 4/93.

*ELABORANDO A CONSTITUIÇÃO NACIONAL*

— Edição fac-similar da obra *Elaboran-*

*do a Constituição Nacional*, de José Afonso Mendonça de Azevedo: atas da Subcomissão elaboradora do Anteprojeto Constitucional de 1932/1933.

*FONTEZ DE INFORMAÇÕES SOBRE A ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE*

— Descrição dos acervos da Assembléia Nacional Constituinte de 1987.

*LEGISLAÇÃO INDIGENISTA*

— Coletânea de textos jurídicos e legislação correlata relativos aos direitos indígenas.

*CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS.* Série com 6 volumes; edição de 1987

— *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.

*CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS: 1989.* 5 volumes

— Textos das Constituições estaduais promulgadas em 1989; índice comparativo.

*CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS.* 4 volumes; edição de 1984, com suplemento de 1986

— Edição anterior à Constituição Federal de 1988.

*LEIS COMPLEMENTARES À CONSTITUIÇÃO.* N.ºs 59/88 a 70/91

*PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N.º 11, DE 1984: QUADRO COMPARATIVO*

*CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA.* Comentários por João Barbalho Uchoa Cavalcanti

— Edição fac-similar dos comentários à Constituição Federal de 1891.

*LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA.* Suplemento à 7.<sup>a</sup> edição, 1990

*LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA.* 10.<sup>a</sup> edição

*CÓDIGO CIVIL: ANTEPROJETOS.* 6 volumes; edição de 1989

- *Volume 1:* Anteprojeto de Código das Obrigações: Parte Geral (1941); Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas (1964).
- *Volume 2:* Anteprojeto de Código Civil (1963); Anteprojeto de Código Civil: revisto (1964).
- *Volume 3:* Anteprojetos de Código de Obrigações: Negócio Jurídico, Obrigações em geral, Contratos e outros títulos de ordem geral (1963); Sociedades e Exercício da Atividade Mercantil (1964); Títulos de Crédito (1964).
- *Volume 4:* Projetos do Governo Castello Branco: Projeto de Código Civil (1965); Projeto de Código de Obrigações (1965).
- *Volume 5* — tomo 1: Anteprojeto de Código Civil (1972); tomo 2: Anteprojeto de Código Civil: revisto (1973); Índice comparativo (volumes 1 a 5).

*DECRETOS-LEIS.* Série: volumes 13 e 15  
— *Volumes 13* (1972) e *15* (1973).

*REGIMENTO INTERNO: SENADO FEDERAL*

- Resolução n.º 93, de 1970: texto consolidado, com as alterações adotadas pelas Resoluções n.ºs 51, 58 e 63, de 1989, e 1, 9, 17 e 52, de 1990.

*LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS.* 3 volumes; 2.<sup>a</sup> edição, 1987

- Textos atualizados, consolidados e anotados das Leis Orgânicas dos Municípios de todos os Estados; índice comparativo. Edição anterior à Constituição Federal de 1988.

*ANAIS DO SEMINÁRIO SOBRE MODERNI-*

*ZAÇÃO LEGISLATIVA E DESENVOLVIMENTO POLÍTICO.* Edição de 1976

*VULTOS DA REPÚBLICA.* Homenagem a Afonso Arinos de Melo Franco

- Ciclo de estudos comemorativo do Centenário da República, organizado pelo Instituto de Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas.

*DADOS BIOGRÁFICOS DOS PRESIDENTES DO SENADO: 1826 A 1993*

*OS INCONFIDENTES JOSÉ DE RESENDE COSTA (PAI E FILHO) E O ARRAIAL DA LAJE.* Rosalvo Gonçalves Pinto

- Homenagem ao sesquicentenário da morte de José de Resende Costa, Filho (17/6/1841–17/6/1991), e ao bicentenário da morte de Tiradentes e da condenação de José de Resende Costa, Pai, e José de Resende Costa, Filho.

*ESTUDOS DA INTEGRAÇÃO*

- 1.<sup>o</sup> volume: Defesa da Concorrência no Mercosul.
- 2.<sup>o</sup> volume: A Defesa contra as Práticas Desleais na Europa: um Exemplo a Seguir?
- 3.<sup>o</sup> volume: O Regime Comum de Origem no Mercosul.
- 4.<sup>o</sup> volume: ZPEs Brasileiras: A Necessidade de Mudanças no Contexto do Mercosul.
- 5.<sup>o</sup> volume: Disciplina da Concorrência e Controle das Concentrações de Empresas no Mercosul.

*MANUAL DE PADRONIZAÇÃO DE TEXTOS DO CEGRAF.* 2.<sup>a</sup> edição

- Normas básicas de editoração para a elaboração de originais, composição e revisão.

*GUIA DAS ELEIÇÕES DE 94*

- Comentários à Lei n.º 8.713/93 e informações complementares

*LEI DE EXECUÇÃO PENAL E LEGISLAÇÃO*

*CORRELATA*. 2.ª edição  
— Lei n.º 7.210, de 1984 e legislação correlata.

*COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO NO SENADO FEDERAL*

— Sua história e desempenho no período de 1946 a 1989. Edição de 1990 de autoria de Mauro Márcio Oliveira.

**OBRAS NO PRELO**

*REGIMENTOS DO SENADO E COMUM*

— Regimento Interno do Senado Federal e Regimento Comum do Congresso Nacional.

*REGIMENTOS DA CÂMARA E COMUM*

— Regimento Interno da Câmara dos

Deputados e Regimento Comum do Congresso Nacional.

*ESTUDOS DA INTEGRAÇÃO*

— 6.º volume: Os Efeitos do Art. 98 do Código Tributário Nacional e o Processo de Integração do Mercosul.

— 7.º volume: “El establecimiento de una Política Común de Protección al medio ambiente — Su necesidad dentro de un mercado común.

*REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA*

— Nº 121, Jan/Mar — 1994

— Nº 122, Abr/Jun — 1994

— Nº 123, Jul/Set — 1994

*TEXTOS POLÍTICOS DA HISTÓRIA DO BRASIL*. Volume 2, tomo 2, e volume 3.

Assinatura da

*Revista de Informação Legislativa*

(N.ºs 121 a 124, jan./mar. a out./dez. 1994)

*Os interessados deverão escrever ou telefonar para a Subsecretaria de Edições Técnicas solicitando o Catálogo de Publicações com os preços das obras. 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.*

Nome: .....

Endereço: .....

CEP: ..... Cidade: ..... UF: .....

Telefone: ..... Fax: ..... Telex: .....

Data: ...../...../.....

Assinatura: .....