

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS
JULHO A SETEMBRO 1984
ANO 21 • NÚMERO 83

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 21 n. 83 — julho/setembro 1964

Publicação trimestral da
Subsecretaria de Edições Técnicas
do Senado Federal

Fundadores:

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

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

Direção:

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL

Chefe de Redação:

PEDRO HELVÉCIO BOMTEMPO

Chefe de Diagramação e Revisão:

SANTYNO MENDES DOS SANTOS

Capa de GAETANO RÉ

Composição e Impressão:

Centro Gráfico do Senado Federal

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

R. Inf. legisl.	Brasília	a. 21	n. 83	jul./set. 1964
-----------------	----------	-------	-------	----------------

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

Preço deste exemplar: Cr\$ 2.000,00

Encomendas à Subsecretaria de Edições Técnicas

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

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

v. trimestral

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

Diretores: 1964- Leyla Castello Branco Rangel

ISSN 0034-835X

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



CDD 340.05

CDU 34(05)

SUMÁRIO

COLABORAÇÃO

	<i>Pág.</i>
A unificação do direito na América Latina: direito uniforme e direito internacional privado — <i>Anna Maria Villela</i>	5
Evolução, balanço e perspectivas do sistema interamericano ao início da década de oitenta — <i>Antônio Augusto Cançado Trindade</i>	27
La tensión entre la cooperación política europea y las comunidades europeas durante la crisis del Atlántico Sur — <i>Natan Elkin</i>	49
O Eurocomunismo e o compromisso democrático — <i>A. B. Cotrim Neto</i>	63
Interpretação do direito internacional privado — <i>Negi Calixto</i>	87
Das formas de governo — Relevância do pensamento político de Maquiavel — <i>Nailê Russomano de Mendonça Lima</i>	105
Presença de Maquiavel — <i>Fernando Whitaker da Cunha</i>	115
Revolução jurídica: a teoria tetraédrica do direito e do Estado, como proposta de emenda constitucional — <i>Marques Oliveira</i>	125
Teoria Geral do veto — <i>José Alfredo de Oliveira Baracho</i>	141
O controle constitucional e a autonomia dos Estados federados — <i>Dilvanir José da Costa</i>	215
Autonomia municipal e intervenção — <i>Raimundo Viana</i>	229
Competência tributária do Município: fundamentos constitucionais — <i>Carlos Valder do Nascimento</i>	237
Os Municípios em face das normas constitucionais de conteúdo econômico — <i>José Nilo de Castro</i>	263
Os serviços comuns metropolitanos e a autonomia municipal — <i>Jackson Rocha Guimarães e Gutemberg da Mota e Silva</i>	273
Direito tributário atual — <i>Ruy Barbosa Nogueira</i>	285
Por uma nova ordem monetária — <i>Letácio Jansen</i>	293
Da licitude da inclusão da cláusula de correção cambial nas operações de arrendamento mercantil — <i>Arnoldo Wald</i>	309
As penas no sistema dos projetos de reforma — <i>René Ariel Dotti</i>	345
Contravenções penais. Necessidade de uma reformulação. Descriminalização. Penalização. Transformação dos ilícitos contravencionais em ilícitos administrativos policiais — <i>Gilberto Passos de Freitas</i>	359
Administração da justiça e responsabilidade civil — <i>Luiz Fabiano Corrêa</i>	365
O Ministério Público e a proteção ao meio ambiente — <i>Pedro Roberto Decomain</i>	385
As obras de arte aplicada no direito brasileiro — <i>Antônio Chaves</i>	401
Reprodução de obras de arte — <i>Valdir de Oliveira Rocha</i>	411
Direitos autorais nas criações publicitárias — <i>Carlos Alberto Bittar</i>	427

INFORMÁTICA JURÍDICA

Proteção legal para o software — <i>Julio Cesar do Prado Leite</i>	441
--	-----

PUBLICAÇÕES

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	451
---	-----

A unificação do direito na América Latina: direito uniforme e direito internacional privado

ANNA MARIA VILLELA

Professora Titular na Universidade de
Brasília e no Instituto Rio Branco. As-
sessoria Técnica no Senado Federal.

*“¿Quién resistirá a la América,
reunida de corazón,
sumisa a una ley y
guiada por la antorcha de la Libertad?”*

SIMÓN BOLÍVAR (1783-1830)

SUMÁRIO

- I. A CODIFICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO LATINO-AMERICANO
 - A — *Características da codificação*
 - a) *Codificação globalista*
 - b) *Codificação regionalista ou bipolar*
 - B — *Resultados da codificação*
 - a) *Resultados teóricos*
 - b) *Resultados práticos*
- II. A DESCODIFICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO LATINO-AMERICANO
 - A — *Atitudes das CIDIP I e II*
 - a) *Convenções sobre direito processual internacional e cooperação judiciária internacional*
 - b) *Convenções sobre direito comercial internacional*
 - c) *Convenções relativas à teoria geral do direito internacional privado*
 - B — *Dificuldades encontradas pelas CIDIP I e II*
 - a) *O peso de tradições divergentes*
 - b) *A presença dos Estados Unidos da América*
 - c) *A ratificação das convenções*
- III. CONCLUSÕES
- IV. NOTAS E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS
- V. TEXTOS E ESTADO ATUAL DAS RATIFICAÇÕES DAS CONVENÇÕES INTERAMERICANAS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

É sabido que, antes do advento do Tratado de Roma, que diversificou meios e métodos para se chegar à harmonização, à coordenação ou à reaproximação jurídica da Europa Comunitária, a imaginação dos utópicos juristas, que perseguiram o ideal da unificação dos vários direitos nacionais, em escala regional ou universal, não percebeu senão dois modos para se chegar a tal fim.

Assim, a unificação podia atingir as regras “substanciais” diretamente aplicáveis no direito interno, suprimindo, desta maneira, os conflitos de leis, ou dirigir-se, ao contrário, à solução destes últimos, deixando-os subsistir com seus efeitos habituais, mas eliminando hesitações sobre o direito aplicável e, portanto, concorrendo para a segurança das transações (1).

Depois de estabelecidas pelos tratados, as regras unificadas eram objeto, da parte dos Estados, de dois modos de recepção.

Podiam permanecer “diplomáticas”, como quaisquer outras convenções vinculativas dos Estados ou serem introduzidas, de maneira obrigatória ou facultativa, no direito interno, assimiladas à legislação nacional.

Quando uma tal integração fosse imposta, estávamos diante de uma “lei uniforme”.

Até o presente, a América Latina não tem apresentado novidades, nesta matéria, que sempre tratou à maneira tradicional. Não se tem utilizado, em nível interamericano, da “lei uniforme”, embora legislação deste tipo possa imperar num ou noutro Estado do hemisfério, procedente de outros foros internacionais (2).

Temos sempre nos servido do processo de unificação por via da convenção diplomática, de tipo tradicional, e sofrido todos os problemas oriundos da complexidade e lentidão, que acompanham a ratificação destes textos internacionais.

Evidentemente, a opção pelo sistema da convenção diplomática pode visar tanto as regras de conflito ou de direito internacional privado, quanto as normas substanciais ou de direito uniforme.

Poder-se-ia mesmo imaginar que, na América Latina, detentora em bloco da tradição jusromanista, pudesse ser mais facilmente atingível que em outras partes do mundo o ideal da uniformização das regras de direito material, predominantemente.

E, de fato, observações deste tipo e tentativas nesta direção nunca faltaram.

Na verdade, a Conferência de Jurisconsultos de Lima foi convocada em 1875 pelo Governo peruano no objetivo de sugerir “como base geral

(1) SCHAPIRA, Jean. *Le Droit International des Affaires*. Paris, PUF, 1972, pp. 30-31.

(2) O Brasil deu sua adesão às Convenções de Genebra, que instituíram leis uniformes para reger a letra de câmbio, a nota promissória e o cheque, de 1930-1931.

para todas as matérias não determinadas especialmente a procura da uniformidade da legislação privada, na medida em que o permitam as circunstâncias especiais de cada país e fixar, nos respectivos Códigos, relativamente aos pontos, em que essa conformidade não seja possível, as disposições conforme às quais devam resolver-se os conflitos, que ocorram na aplicação dessas leis" (3).

Também no protocolo inicial em que Uruguai e Argentina concordaram em celebrar em 1888 o Congresso de Montevideu (4), o objetivo era "uniformizar por meio de um tratado as diversas matérias que abarcam o direito internacional privado". Sem dúvida, uma idéia deste tipo era prematura, pois, se encontrava eco em países onde a codificação civil se instalara, despertava descontentamento entre aqueles que ainda não eram dotados de códigos, naqueles dois momentos do passado.

Quanto ao Congresso de Lima é interessante revelar a adesão entusiasta do Governo do Chile, expondo "a conveniência inequívoca de adotar como ponto de partida para os trabalhos, em tudo aquilo que se relacionasse com a legislação civil", o Código de Andrés Bello, que regia aquela República.

Já o Brasil, não dotado ainda de um Código Civil, recusa o convite peruano, aceitando um parecer do Conselho de Estado (5) no qual Nabuco de Araújo notava que, se o fim do Congresso era a uniformidade das legislações dos diversos povos, não deveria ser um Congresso americano e sim uma conferência geral e abrangente.

Quanto ao Congresso de Montevideu também houve reação dos participantes quanto à uniformização legislativa, o que obrigou os representantes da Argentina (Roque Saenz Peña) e do Uruguai (Gonzalo

(3) RODRIGO OCTAVIO. *A Codificação do Direito Internacional Privado*. Porto e Rio de Janeiro, Magalhães e Moniz Francisco Alves, 1910, p. 83. VALLADÃO, Haroldo, *Direito Internacional Privado*. 2ª edição, Rio, Freitas Bastos, 1970, p. 192. LEGER, Abel Nicolas. *Le Droit International Privé en Amérique*. Port-au-Prince, Imprimerie Héreau, 1929, p. 27.

(4) DE MAEKELT, Tatiana B. *Evolución del Derecho Internacional Privado en el Sistema Interamericano*, Octavo Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano, agosto de 1981, documento OEA/Ser. Q/V.C — 8/CJI, 45, p. 322.

(5) RODRIGO OCTAVIO, *op. cit.* nota n.º 3, p. 87: O Brasil, a esse tempo regido por uma forma de governo diversa da do resto da América, convidado para comparecer ao Congresso, submeteu a circular do Gabinete de Lima à Seção de Negócios Estrangeiros do Conselho de Estado que proferiu a Consulta de 16 de março de 1876, redigida por Nabuco de Araújo e também subscrita pelos Viscondes de Jaguaré e de Niterói. As conclusões desta Consulta foram as seguintes: "1ª) que não se tratando de interesses americanos, mas de uniformidade das legislações dos diversos povos, conforme os princípios da prática universal, e, dando-se entre os povos da Europa, como entre os da América, a mesma razão de freqüência e facilidade de relações e de conflitos, conviria antes um congresso geral que um congresso americano; 2ª) que tendo tomado a iniciativa nesta matéria o Instituto de Direito Internacional da Europa, convém, no interesse do fim desejado, que é a maior uniformidade possível de princípios, esperar os trabalhos já começados e muito adiantados do mesmo Instituto". Segundo RODRIGO OCTAVIO, a consulta não foi publicada, mas seu original consta dos Arquivos do Ministério das Relações Exteriores".

Ramirez) a desfazer o mal-entendido, deixando claro que não se desejava uniformizar legislações internas, mas sim cuidar da lei aplicável aos conflitos oriundos do concurso de jurisdições (6).

O problema parece não ter sido grave quando da preparação do Código Bustamante, que se intitulou, pura e simplesmente, Código de Direito Internacional Privado. Mas o ideal de uniformização das leis substantivas foi, em seguida, confiado a especiais comissões pan-americanas, cujos trabalhos não deram resultados concretos, nesta via (7).

E aparece claramente no art. 67 da Carta da OEA, como uma das missões do Conselho Interamericano de Jurisconsultos, que deve promover o desenvolvimento e a codificação do direito internacional público e privado, tanto quanto estudar a possibilidade de obtenção de uniformidade de legislação, na medida desejável, nos vários Estados americanos.

As chamadas Conferências especializadas de Direito Internacional Privado I e II tentaram adotar uma atitude diferente e introduzir o que se chamou "pluralismo metodológico", ao incluir em suas pautas tanto temas de conflito de leis, quanto projetos de legislação uniforme, cumprindo desejos do Comitê Jurídico Interamericano que, vez por outra, sugeria, nesta ou naquela matéria, o caminho mais lento e, contudo, mais eficaz do direito uniforme.

Mas a verdade é que, apesar de tudo, nenhuma dessas tentativas produziu efeito concreto.

(6) DE MAEKELT, Tatiana B., curso citado à nota nº 4, p. 322, ao falar da reação no Congresso de Montevideú quanto à uniformização das legislações internas, cita declaração do Dr. Roque Saenz Peña, na sessão de 1º-12-1888: "No venimos a uniformar legislaciones, como se ha dicho erróneamente al comentar la invitación de los gobiernos del Plata para constituir este Congreso... vamos a discutir con arreglo a los principios de la filosofía del derecho, no las leyes externas... sino la ley aplicable a los conflictos ocurientes por el concurso de jurisdicciones." De igual modo, o jurista uruguaio e Ministro das Relações Exteriores, Doutor Gonzalo Ramirez, consignou na sessão de 1º-2-1889. "... No estamos reunidos... con el propósito de unificar legislaciones... sino que nos preocupamos exclusivamente de señalar la ley común destinada a dirimirlos" (los conflictos).

(7) FENWICK, Charles G. *A Organização dos Estados Americanos — O Sistema Regional Interamericano*. Tradução de Donaldson M. Garschagen, Rio, Edições GRD, 1965, p. 304. Afirma ele que a Conferência de Havana, de 1928, julgou conveniente fazer previsões com relação a agências adicionais de codificação, na forma de três Comissões permanentes: no Rio, para o Direito Internacional Público; em Montevideú, para o Direito Internacional Privado; e, em Havana, uma encarregada da legislação comparada e uniformidade de legislação (Resolução "Future Codification of International Law", International Conferences, 1889-1928, p. 439). Dispôs-se também quanto à criação, quando julgado conveniente, de uma comissão de jurisconsultos conhecedores da legislação civil dos países americanos para empreender o esboço de uma codificação civil uniforme para os Estados americanos (Ibidem, p. 440). Esta comissão não foi constituída na época, mas dez anos depois, na Conferência de Lima, em 1938, criou-se uma comissão permanente de jurisconsultos com sede em Lima, para estudar e preparar a unificação do direito civil e do direito comercial na América (International Conferences, 1933-1940, p. 236).

Não tiveram prosseguimento, ou foram adiados por motivos vários, os trabalhos visando a convenções sobre a compra e venda internacional de mercadorias, os transportes marítimos, os cheques de circulação internacional, as sociedades internacionais etc.

É bem verdade que nem todas as regras que compõem os amplos tratados latino-americanos de direito internacional privado, do passado, ou os textos da CIDIP I e II, do presente, dizem respeito exclusivamente aos conflitos de leis. Todos eles englobam não só normas de direito civil e comercial internacionais, quanto regras de conteúdo processual e de colaboração judiciária internacional.

Mas todas estas normas extravagantes, num contexto de direito internacional privado, *stricto sensu*, visam à melhor aplicação deste ramo do direito, que não pode delas prescindir. Um exemplo claro desta afirmativa é a própria convenção interamericana sobre o domicílio das pessoas físicas⁽⁸⁾. Desejou-se que ela tratasse do direito material apenas e, na verdade, não é um texto de direito internacional privado. Mas, o medo de uniformizar em excesso a noção de domicílio fez com que se colocasse no texto a ressalva de que se tratava do domicílio apenas para os fins do direito internacional privado⁽⁹⁾.

E isto comprova a nossa afirmativa no sentido de que o proclamado pluralismo metodológico interamericano, até agora, não produziu resultados práticos capazes de comprometer a permanência do direito internacional privado, com o seu método específico de indicação da lei aplicável.

Tudo o mais que não é, estritamente falando, regra de conflito, é, nos textos americanos, matéria auxiliar do direito internacional privado, que necessita uniformização para que possa cumprir os seus objetivos com acerto.

É lógico que esta abundância de normas dá ao direito internacional privado americano um aspecto muito abrangente ou excessivamente lato e heteróclito, aos olhos de um jurista europeu ou estadunidense⁽¹⁰⁾.

Mas, na realidade, não são propriamente regras de um direito material uniforme, que pudesse prescindir do direito internacional privado.

- (8) Convenção interamericana sobre domicílio das pessoas físicas no direito internacional privado, de Montevideu, 1979, atualmente, assinada por El Salvador, Peru e Uruguai, este último com uma declaração.
- (9) Sobre a discussão do assunto, ver: OEA — Segunda Conferência especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, Montevideu, República Oriental de Uruguay, 23 de abril a 8 de mayo de 1979, Actas y documentos da CIDIP II, volumen I a III. No documento OEA/Ser. K./XXI. 2/CIDIP-II/103, volumen I, 22 enero 1980, estão os antecedentes da matéria, bem como, às pp. 293-296, o Informe do relator da Comissão II, o Dr. Opertti.
- (10) Quanto ao caráter abrangente do direito internacional privado latino-americano, v. LEREBOURS-PIGEONNIERE Paul, *Droit International Privé*, 8ª ed., Paris, Dalloz, 1962, p. 15. Também, FENWICK, Charles, G., *op. cit.*, à nota nº 7, p. 366, que afirma: "O Código Bustamante é, na realidade, mais um código de legislação uniforme que um código de direito internacional privado no sentido estrito representado pelo termo anglo-saxônico "conflito das leis"."

Portanto, embora num sentido mais amplo que em outros países, o que vingou na América foi a unificação das regras de direito internacional privado.

O verdadeiro direito uniforme, embora desejado, ainda espera por trabalhos da UNCITRAL, do UNIDROIT ou de outros foros. É como se a América Latina, que ousou preceder a Europa na via da unificação do direito internacional privado, temesse antecipar este experiente continente na via do direito uniforme.

E tal atitude facilita a nossa exposição, pois, daqui em diante, tentaremos tratar apenas da unificação do direito internacional privado americano, sem cogitarmos do direito uniforme.

E exporemos os principais eventos que marcaram a nossa evolução, no particular, explicando o fenômeno da codificação e o da descodificação do direito internacional privado, ou por outra, a maneira como se vai tentando, em nosso hemisfério, libertar-se de uma codificação global do direito internacional privado latino-americano para se atingir à codificação parcial, ou melhor, ao desenvolvimento progressivo de um direito internacional privado interamericano.

I — A CODIFICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO LATINO-AMERICANO

É interessante constatar que a codificação do direito internacional privado que, logicamente, na América Latina ⁽¹¹⁾ deveria ter sucedido à do direito internacional público, tão bem patrocinada por BOLÍVAR ⁽¹²⁾, tenha conseguido a prioridade.

Na verdade, estritamente falando, não se pode dizer que a unificação das regras de conflito tivesse sido prevista pelo Libertador quando idealizava um Novo Mundo “constituído por nações livres e independentes, unidas entre si por um corpo de leis comuns que regulassem suas relações exteriores”.

Como bem explicou YEPES, BOLÍVAR não previu concretamente os conflitos de leis em matéria de direito internacional privado, mas em seu sistema geral de filosofia jurídica deu normas para resolvê-los de acordo com a solidariedade continental” ⁽¹³⁾. Segundo ele, pode-se dizer, até certo ponto, que os Congressos de Lima e Montevideu interpretam também o seu pensamento, que no Tratado de Panamá, de 1826, previa

(11) FENWICK, Charles G., *op. cit.*, p. 360: “Desde há muito a codificação do direito internacional privado tem sido considerada como o acompanhamento lógico da codificação do direito internacional público; na verdade, as tentativas de se codificar o direito internacional privado precederam os planos de codificação do direito internacional público”.

(12) Sobre o ideal de codificação de Bolívar, ver o livro de YEPES, J. M., *Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas (1826-1954). El Genio de Bolívar através de la Historia*, Caracas, Ministério das Relações Exteriores, 1956, 2 volumes.

(13) YEPES, J. M., *op. cit.*, p. 185.

a codificação *de todo* o direito internacional (14). Apesar disso, não se pode recusar a MANCINI, o talentoso internacionalista italiano, o verdadeiro papel impulsionador que teve na codificação do direito internacional privado na América Latina.

Seu pensamento foi mais prontamente acatado no Novo Mundo que na experimentada Europa e será ele a figura lembrada pelos oradores da primeira conferência de direito internacional privado, que no mundo se reuniu para tratar de sua codificação (15).

Mesmo que de maneira um pouco apressada ou romântica, é na América Latina que se transforma em realidade, pelo menos teórica, o ideal manciniano de internacionalização das regras de conflito.

Tentaremos expor as principais características e resultados desta codificação latino-americana do direito internacional privado.

A — Características da codificação

O que mais caracteriza os primeiros exercícios de codificação internacional do direito dos conflitos de leis, em nosso Continente, é o fato de sua limitação geográfica aos países da América Latina.

Trata-se, na verdade, de uma codificação latino-americana, que exclui os Estados Unidos da América, embora, evidentemente, de maneira involuntária.

Sem dúvida, teria sido motivo de prestígio para a nossa codificação a participação, desde o início, da nação americana do norte tão desenvolvida econômica, quanto juridicamente.

Mas, a ausência deste país se confirmou nos vários tratados latino-americanos, que marcaram a primeira etapa codificadora entre nós, a saber, o de Lima (1877/1879), o de Montevideu (1888/1889) e o de Havana (1928). Embora os Estados Unidos tenham sido convidados para a primeira conferência (de Lima) e tenham participado da terceira (de Havana) que, aliás, já era uma reunião pan-americana, não é

(14) *Idem*, p. 186.

(15) RODRIGO OCTAVIO, *Le Droit International Privé dans la Législation Brésilienne*, Paris, Soufflot, 1915, p. 231, relembra: "Ao mesmo tempo em que MANCINI, aliás, sem sucesso, visitava as Cortes da Europa, em discórdia e em guerra, para procurar um meio de promover uma união e reunir uma conferência internacional para fixar regras segundo as quais pudessem ser resolvidos os conflitos de leis e que assegurassem às relações individuais certeza quanto à lei que as devia reger, quaisquer que fossem os governos sob os quais vivessem, alguns países da América Meridional se reuniram para realizar a grande idéia do patriota italiano". O autor afirma que, ao transmitir o texto do tratado de Lima ao Governo peruano para ser submetido ao Congresso Nacional, o Presidente da Conferência, Antonio Arenas, fazia uma exposição de motivos em que mostrava que, "para atingir o fim tão importante da codificação, foram recolhidas de celebridades européias todas as idéias suscetíveis de serem introduzidas na jurisprudência das novas sociedades sem causar transtornos à sua vida republicana".

menos certo que a não-adesão ao convite de Lima e a não-assinatura do Código Bustamante deram à codificação, que apresentamos, um caráter nitidamente latino-americano.

Além disso, esta codificação pioneira, que conseguiu avançar-se em áreas ainda não percorridas por nações mais velhas e experimentadas, terá duas outras características, somente na aparência, contraditórias. Ela será globalista, sob o ponto de vista do método utilizado, e regionalista ou bipolar, no que se refere aos países signatários. Expliquemos estas peculiaridades.

a) *Codificação globalista*

A codificação latino-americana do direito internacional privado foi globalista ou totalitária na medida em que pretendeu abarcar todas as matérias vinculadas à teoria dos conflitos de leis, na concepção de seus promotores.

Relembremos, primeiramente, o Tratado de Lima que, composto de 60 artigos, pretendia estabelecer regras uniformes em matéria de direito internacional privado, legislando sobre o estado e a capacidade jurídica das pessoas, os bens e os contratos, o casamento, a sucessão, a competência dos tribunais nacionais, a jurisdição nacional sobre delitos cometidos no exterior, execução de sentenças e outros atos jurisdicionais, bem como legalizações (16).

O mesmo ocorreu com o chamado Congresso Sul-Americano de Direito Internacional Privado de Montevidéu, que produziu 9 tratados independentes, mas abrangendo todas as matérias, a saber: direito processual, marcas de fábrica e comércio, patentes; direito comercial internacional, exercício de profissões liberais e aplicação das leis estrangeiras.

Atitude idêntica e mais ostensiva teve o Código Bustamante que, em 4 livros e 437 artigos, tratou, respectivamente, do direito civil, do comercial, do processual e do penal internacionais.

Das três tentativas globalizantes citadas, só a primeira não teve vigência. O Tratado de Lima, apenas ratificado pelo Peru, nunca entrou em vigor. Indiretamente vigeu, de maneira bilateral, quando Colômbia e Equador receberam, textualmente, alguns de seus artigos, 25 anos depois, no chamado Tratado de Direito Internacional Privado de Quito, ainda vigente, de 1903.

Os Tratados de Montevidéu foram revistos em 1939/1940, mas permanecem em vigor, tanto quanto o Código Bustamante, pelo menos teoricamente.

A vigência de ambos os textos dá à codificação latino-americana uma caráter regionalista ou bipolar.

(16) Para leitura do Tratado de Lima, de 1878, v. RODRIGO OCTAVIO, *op. cit.*, à nota nº 3, pp. 131-141. V. também RODRIGO OCTAVIO, "L'Amérique et la codification du droit international privé", in *Revue de Droit International Privé*, nº 4, 1930, pp. 3-6.

b) *Codificação regionalista ou bipolar*

Embora os princípios de uma e outra codificação não sejam totalmente antagônicos, de modo a permitirem a Peru e Bolívia a participação simultânea nos dois grupos, a verdade é que a unificação de Montevideu e a codificação de Havana dividem a América Latina em dois pólos de influência, em duas partes conflitantes.

E isto é constrangedor, numa região de tão grande aproximação cultural e geográfica.

O cisma se deu no passado, em razão da disputa pelo princípio regulador do estatuto pessoal. Os Tratados de Montevideu, desde cedo, preferiram a lei domiciliar, enquanto que a astúcia do Código Bustamante não tomou partido certo, mas contentou nesta sua indeterminação os partidários do princípio da nacionalidade, entre os quais se incluía o Brasil, à época (17).

Mas, além de dividir a América Latina na solução dos conflitos de leis, que resultados advieram destas duas tentativas de unificação?

B — *Resultados da codificação*

Evidentemente também surgiram resultados positivos destas duas codificações tão internacionalmente aclamadas e tão reverenciadas pelos nossos juristas.

Contudo, há resultados que são mais aparentes que reais, ou mesmo teóricos, mas não verdadeiramente atingidos na prática.

a) *Resultados teóricos*

São aqueles que se obtêm de toda codificação globalizante.

Embora bipolarizando a América Latina, cada conjunto de normas escritas representa no seu campo de influência aquelas qualidades que para muitos fazem da codificação (18) a forma mais perfeita do direito escrito, vez que oferece unidade, concordância e plenitude aos textos legais, tal como explicou TOUMANOV no 8º Congresso Internacional de Direito Comparado, em Pescara:

“Unidade porque o código é uma lei orgânica, cujos componentes formam um todo único; concordância porque o código é uma lei única a oferecer, portanto, menores possibilidades de contradições do que nos casos em que as relações sociais são regulamentadas por atos legislativos isolados; plenitude porque

(17) Quanto ao problema da nacionalidade x domicílio, ver a interessante discussão que teve lugar na Conferência de Montevideu, publicada em: *Actas y tratados celebrados en el Congreso Internacional Sulamericano de Montevideo*, Montevideo, Imp. y encuadernación El siglo, ilustrado, 1911, pp. 458 e seguintes.

(18) TOUMANOV, V. A., “Les relations des sources écrites et non écrites du droit, co-rapport général au VIIIe Congrès International de Droit Comparé”, Pescara, 1970, texto mimeografado.

o código visa a regulamentar no seu conjunto um domínio determinado de relações sociais. A codificação contribui à estabilidade das leis e à realização do princípio de legalidade.”

Em nosso Continente a codificação ensejou a cristalização, em texto escrito, dos grandes princípios teóricos que a doutrina havia sabido deduzir, na Europa e nas Américas.

Segundo o Professor HAROLDO VALLADÃO ⁽¹⁹⁾, os Tratados de Montevideu refletiram princípios de STORY, SAVIGNY e FREITAS, já adotados nas codificações americanas, mas orientados para o territorialismo. Já o Código Bustamante afastou-se muito das codificações internas americanas. “Não seguiu os princípios de STORY, BELLO e FREITAS, adotados nas Américas. Aplica demasiadamente a lei pessoal, dando uma ampla abertura aos princípios da escola italiana. Emprega, freqüentemente, as expressões: “lei local” e “lei territorial”, sem lhes dar um sentido uniforme e sem precisar sequer referir-se ou não à *lex fori* ao formulá-las.”

Entretanto, ainda que a perfeição teórica acompanhasse as codificações latino-americanas do direito internacional privado, na prática os seus resultados pareceram diminutos por razões de várias circunstâncias.

b) Resultados práticos

Quanto aos Tratados de Montevideu de 1888/1889, reformulados em 1939/1940, constata-se que muitos países do bloco não renovaram a eles a sua adesão.

A prática dos textos de 1889 produziu aplicações divergentes entre países vizinhos e houve quem dissesse que os resultados dos Congressos de Montevideu de 1939/1940 foram muito precários, e, “em lugar de realizar uma reaproximação, só fizeram acentuar divergências entre os vários países” ⁽²⁰⁾.

Quanto ao Código Bustamante é sabido que o seu mal maior foram as reservas apostas, quando de sua assinatura, pelos países que o ratificaram, que foram em número de 15, cinco dos quais oferecendo reservas tão gerais de sua legislação “presente e futura” que, tirando todo o alcance à obra codificadora, fizeram dizer a muitos, inclusive a documentos oficiais da OEA que, na realidade, o tratado só se aplica a 10 nações latino-americanas, entre as quais 8 são da América Central.

Diante da dúvida realmente sentida sobre a eficácia destas legislações abrangentes e, sobretudo, com o advento da OEA e a institucionalização de seus novos princípios, iniciou-se um movimento tendente a unificar e harmonizar, em matéria de conflitos de leis, não só os blocos dissidentes da América Latina, mas todo o hemisfério, numa tentativa de obtenção de um direito internacional privado verdadeiramente interamericano.

(19) VALLADAO, Haroldo, *op. cit.*, à nota nº 3, pp. 196-199.

(20) VALLADÃO, Haroldo, *op. cit.*, à nota nº 3, p. 200.

II — A DESCODIFICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO LATINO-AMERICANO

Os poucos resultados concretos das codificações anteriores, assim como o envelhecimento dos textos convencionais e a necessidade de reconciliação das normas de conflito nas Américas deram à OEA o impulso necessário para imaginar meios de mudanças e agir em busca de soluções.

De início, imaginou-se a elaboração de um Código único que conciliasse os princípios e fosse um denominador comum entre os Tratados de Montevideu, o Código Bustamante e o *Restatement of the Law* dos Estados Unidos da América.

O trabalho comparativo prévio a qualquer tentativa de extração do que houvesse de melhor nesses três monumentos jurídicos coube a CAICEDO CASTILLA, o grande internacionalista colombiano.

Logo sobressaiu a dificuldade da tarefa e a sua quase impossibilidade.

Pensou-se a seguir, pura e simplesmente, numa reatualização do Código Bustamante, fruto da VI Convenção Pan-Americana, anexando-lhe um quinto livro sobre o Direito Laboral Internacional.

E, afinal, vingou a idéia de se convocar as chamadas CIDIP, isto é, Conferências Interamericanas Especializadas de Direito Internacional Privado para iniciarem, e conseguirem paulatinamente, a remodelação do direito dos conflitos nas Américas. E, por duas vezes sucessivas, no Panamá em 1975, e em Montevideu em 1979, os internacionalistas do hemisfério se reuniram para produzir novos textos que, no dizer da Consultora Jurídica da OEA, Professora TATIANA MAEKELT, refletem a grande preocupação continental pela unificação das normas de conflito americanas. Segundo ela, "as relações jurídicas da vida moderna requerem um direito internacional privado remoçado e distinto que, sem olvidar a grande tradição do Congresso de Lima, dos Tratados de Montevideu, dos Acordos Bolivarianos e do Código Bustamante, pode e deve, com seriedade científica e com audácia técnica, buscar novas soluções que façam honra ao passado e permitam crer num promissor futuro jurídico" (21).

Tentaremos descrever as atitudes e tendências reveladas nos dois encontros interamericanos recentes, destacando os principais problemas que tiveram de ser enfrentados.

A — Atitudes das CIDIP I e II

A primeira atitude, que se pode observar na nova perspectiva de unificação na América, é a tendência a evitar as codificações amplas e

(21) DE MAEKELT, Tatiana B., em seu discurso de clausura da reunião em Montevideu, 1979, da CIDIP II, in documento da OEA cit. à nota nº 9, p. 238.

compactas, abrangendo num só corpo de textos, dificilmente alteráveis, toda a problemática de uma disciplina.

Esta tomada de posição revela, uma vez mais, que a codificação do direito internacional privado sofre a influência dos movimentos, que alteram os rumos dos direitos internos nacionais.

O século XIX ou das grandes codificações nacionais deu-nos os monumentais *corpora iuris*, que cristalizaram o direito privado, e os primeiros documentos abrangentes dos conflitos de leis (os Tratados de Lima e Montevideu), seguidos, no início do século XX, pelo Código Bustamante.

Soada para os direitos internos "l'età della decodificazione" (22) e a tendência a regular o direito em diplomas específicos e menos absorventes, eis que o direito internacional privado latino-americano, sob a capa de uma codificação parcial ou de um desenvolvimento progressivo, na verdade sofre um processo, não só de atualização, mas de descodificação.

Com a CIDIP se decretou "requiem" para os Códigos monumentais (23), pois segundo o Professor VALLADÃO os tradicionais e abrangentes códigos gerais, até agora monumentos intocáveis erigidos para a maior glória do saber e da ciência jurídica, deverão ser substituídos por textos modestos, mas eficazes.

Na verdade, ao assim proceder, não estava a América Latina assimilando apenas uma lição de pragmatismo norte-americano, dada a participação dos Estados Unidos no novo exercício de unificação. Também estava ela se amadurecendo com a experiência européia, que no passado desprezara, e seguindo, sobretudo, os passos da Conferência de Direito Internacional Privado de Haia.

Das duas conferências especializadas mais recentes de Panamá (1975) e Montevideu (1979) resultaram 13 (treze) convenções interamericanas, algumas já ratificadas por expressivo número de Estados e, atualmente, vigentes.

A enumeração dos textos obtidos revelará uma preocupação maior com o direito processual internacional, bem como o direito comercial, embora também tenham sido discutidos e transformados em textos interamericanos alguns princípios de teoria geral do direito internacional privado.

Na impossibilidade de entrar nos detalhes de cada um dos textos conseguidos, faremos uma breve apresentação deles, agrupando-os em função da matéria tratada.

(22) Refiro-me ao livro de N. IRTI, *L'Età della Decodificazione*, editado em Milão, 1979.

(23) VALLADÃO, Haroldo, "El réquiem para los Códigos Monumentales", resumo das idéias básicas do Discurso do Professor Haroldo Valladão, na sessão inaugural da CIDIP II, no periódico de Montevideu, *El Día*, de 28 de abril de 1979.

a) Convenções sobre direito processual internacional e cooperação judiciária internacional:

- 1) Convenção interamericana sobre notificações e cartas rogatórias, Panamá, 1975.
- 2) Protocolo adicional à Convenção interamericana sobre notificações e cartas rogatórias, Montevideú, 1979.
- 3) Convenção interamericana sobre recepção de provas no exterior, Panamá, 1975.
- 4) Convenção interamericana sobre regime legal de poderes a serem utilizados no exterior, Panamá, 1975.
- 5) Convenção interamericana sobre eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros, Montevideú, 1979.
- 6) Convenção interamericana sobre cumprimento de medidas cautelares, Montevideú, 1979.
- 7) Convenção interamericana sobre prova e informação acerca do direito estrangeiro, Montevideú, 1979.

b) Convenções sobre direito comercial internacional:

- 1) Convenção sobre conflitos de leis em matéria de letras de câmbio, notas promissórias e faturas, Panamá, 1975.
- 2) Convenção interamericana sobre conflitos de leis em matéria de cheques, Panamá, 1975.
- 3) Convenção interamericana sobre conflitos de leis em matéria de cheques, Montevideú, 1979.
- 4) Convenção interamericana sobre arbitragem comercial internacional, Panamá, 1975.
- 5) Convenção interamericana sobre conflitos de leis em matéria de sociedades mercantis.

c) Convenções relativas à teoria geral do direito internacional privado:

- 1) Convenção interamericana sobre normas gerais de direito internacional privado, Montevideú, 1979.
- 2) Convenção interamericana sobre domicílio das pessoas físicas no direito internacional privado, Montevideú, 1979.

Do exposto, deduz-se que o pluralismo metodológico proclamado sem temores, nas novas conferências que vão procedendo ao desenvolvimento progressivo do direito interamericano ou à sua codificação setorial, ainda não produziu resultados concretos, no que diz respeito ao direito uniforme.

Até agora, só se obteve sucesso no que concerne ao direito internacional privado *lato sensu*, isto é, conflitos de leis e sua teoria geral, direito processual e colaboração judiciária internacionais. Quatro das cinco convenções relativas ao direito comercial referem-se, a partir de suas próprias ementas, exclusivamente ao conflito de leis, em matéria de títulos de crédito ou de sociedades mercantis.

Dúvida poderia surgir quanto à convenção sobre poderes, que ostenta um caráter misto, com regras de direito internacional privado e de direito material e o texto relativo à arbitragem comercial internacional, que oferece regras substanciais mínimas, limitando-se a admitir a validade do acordo arbitral e referindo-se ao modo de nomeação de árbitros, na ausência de vontade das partes, bem como à Comissão Interamericana de Arbitragem. No mais, limita-se a equiparar o laudo arbitral à sentença judiciária para fins de seu reconhecimento pelos modos admitidos em direito interno.

Segundo documento da OEA (24), este é o primeiro instrumento interamericano sobre a matéria, já que os Estados Unidos assinaram o texto, em 1978, na Secretaria-Geral da OEA, embora ainda não o tenham ratificado. A convenção de New York (1958) regula só o aspecto da vigência extraterritorial do laudo, referindo-se a Convenção do Panamá a seus aspectos processuais, embora se prestando a confusões, que não nos cabe aqui detalhar.

Outro mérito das convenções da CIDIP situa-se em alguns de seus aspectos formais.

Refiro-me, principalmente, ao fato de que, sabiamente, na CIDIP II, se tentou lutar contra as famosas reservas de ordem geral, que tornaram ineficaz o Código Bustamante inserindo-se uma cláusula relativa às reservas que cada Estado poderá formular no momento da assinatura, ratificação ou adesão, nos seguintes termos, sempre repetidos:

“Cada Estado poderá formular reservas à presente Convenção no momento de subscrevê-la, ratificá-la ou aderir-se-lhe, sempre que a reserva verse sobre uma ou mais disposições específicas e que não seja incompatível com o objeto e o fim da Convenção.”

Evidentemente, a obtenção dos treze textos não se deu sem dificuldades e há outras tentativas, tanto de direito internacional privado quanto de direito uniforme que, até o momento, se viram frustradas e aguardam a reunião de uma CIDIP III, proximamente, para uma tomada de posição.

É que, mesmo no papel, uma unificação das normas de conflitos de leis, para agradar a americanos do norte, do centro e do sul, não se dá sem percalços e inúmeras dificuldades, que enunciaremos em seguida.

(24) V. DE MAEKELT, Tatiana B., curso cit. à nota nº 4, p. 335.

B — As dificuldades encontradas pelas CIDIP I e II

Estas dificuldades se devem a muitos fatores, entre os quais destacaremos três, que são de variada ordem, a saber: o peso da tradição divergente, a presença dos Estados Unidos da América e a morosidade do sistema de ratificação das convenções internacionais.

a) O peso de tradições divergentes

É, sem dúvida, um obstáculo de grande alcance. Todos sabemos como é difícil unificar direitos a partir de regras antigas e arraigadas nos meios jurídicos, que se propõem à uniformidade.

O Tratado de Roma pressentiu bem esta dificuldade e adotou em alguns assuntos, vitais para o Mercado Comum Europeu, regras próprias, que formulou sem observar precedentes e pontos de vista nacionais.

Na América, dividida em blocos doutrinários, também há disputa no sentido de se afirmar a supremacia e a excelência desta ou daquela regra dos Tratados de Montevideu ou do Código Bustamante ou mesmo das legislações internas dos vários Estados.

Interessante prova disso foi a discussão a que deu lugar, por exemplo, a convenção sobre conflitos de leis em matéria de cheques em que alguns delegados, embora em minoria, lutaram para sobrepor as posições de seus direitos internos (25).

Mais decepcionante ainda foi a total falta de consenso entre os países americanos, quando se tratou de regular o problema da personalidade e capacidade em direito internacional privado. Nesta oportunidade, e segundo o relator da comissão encarregada disso na CIDIP II, "ao iniciar-se a discussão do primeiro de seus artigos se fizeram evidentes profundas diferenças de critério nesta matéria, que demonstraram a improcedência de continuar o estudo geral do projeto de convenção preparado pelo grupo de trabalho (26).

Se problemas do tipo surgem entre países latino-americanos, herdeiros da tradição romanista, o que dizer das dificuldades imagináveis, não só sob o ponto de vista lingüístico como da técnica jurídica, quando os países latinos se deparam com os partidários do *common law*.

A OEA, que preside à nova unificação jurídica na América, engloba tanto países de expressão inglesa, diretamente influenciados pelo sistema jurídico britânico, quanto os Estados Unidos da América, que aliam à sua origem anglo-saxônica, a complexidade de sua formação federal. E eis um novo fator complicador.

(25) V. Documento OEA cit. à nota nº 9, vol. I, p. 153, a discussão relativa à lei aplicável ao cheque, ocasionada pelas opiniões dos delegados argentinos, o Prof. Werner Goldschmidt e o Dr. Pardo, que eram no sentido de promover, como *lex favor negotii*, a lei do país do banco pagador do cheque, contrariamente à tendência dominante de tratar com total autonomia os documentos de crédito.

(26) Quanto à mencionada falta de consenso sobre a lei aplicável à capacidade, ver o relatório do Dr. Opertti, no documento da OEA, cit. à nota nº 9, vol. I, pp. 297-299.

b) A presença dos Estados Unidos da América

Durante muitos anos de convívio internacional os Estados Unidos deixaram de assinar os textos convencionais produzidos, baseados na tradicional circunstância de que sua Constituição restringia os poderes do Governo federal, dando competência em assuntos de conflito de leis aos Estados-Membros da Federação.

Atualmente, contudo, o discurso vai se alterando e alguns textos multinacionais já contam com a sua ratificação, em nível europeu (27). No que diz respeito às convenções interamericanas, só três delas foram subscritas pela nação do Norte e, até o momento, não tiveram eficácia definitiva através da ratificação.

Não obstante, o país participa ativamente dos trabalhos de unificação do direito na CIDIP e durante a fase de preparação de cada convenção especializada propõe temas de debate e oferece anteprojetos, que mostram o seu interesse pela obra continental.

É talvez pela presença norte-americana que o novo direito internacional do hemisfério vai aumentando a sua vocação para tratar temas de direito processual e de colaboração judiciária entre os Estados, bem como o crucial problema das provas que, em razão das peculiaridades do sistema de *common law*, foi objeto de uma convenção, bem como de uma tentativa de protocolo adicional para detalhamento da matéria (28).

É, sem dúvida, também por iniciativa do mesmo país que o assunto "jurisdiction" vai sendo desbravado, primeiramente em nível de reunião de peritos (29) para logicamente chegar-se a um texto convencional.

(27) Sabe-se que os Estados Unidos ratificaram textos da Conferência de Direito Internacional Privado de Haia, como, por exemplo, a Convenção de 1961, sobre a supressão de legalização de atos públicos estrangeiros, a relativa à notificação de atos judiciais e extrajudiciais de 1965, bem como a que diz respeito à obtenção de provas no exterior, de 1970. Quanto às Convenções da CIDIP, subscreveram apenas, sem qualquer ratificação, os textos relativos à arbitragem comercial internacional, bem como a convenção e o protocolo adicional relativo às cartas rogatórias.

(28) Por iniciativa dos Estados Unidos da América a CIDIP empreendeu a tarefa de elaborar protocolos adicionais às convenções interamericanas sobre rogatórias e obtenção de provas no exterior. O primeiro deles já foi oferecido à assinatura dos Estados, enquanto que o último ainda está em fase de projeto. Como em outros foros, os Estados Unidos promoveram esses protocolos adicionais para maiores detalhamentos e caracterização das peculiaridades de um país de *common law*, nesta matéria processual.

(29) DE MAEKELT, Tatiana B., no curso cit. à nota nº 4, p. 339, revela que, quanto ao problema de recepção de provas no exterior, eram necessários estudos mais profundos que facilitassem a posterior unificação de normas, em especial dos sistemas de *civil law* e *common law*. Para isso se reuniu a primeira Reunião de Especialistas em Direito Internacional Privado (REDIP), em Washington, de 9 a 15 de abril de 1980. Ali se elaboraram um projeto de protocolo adicional à convenção interamericana sobre recepção de provas no exterior e um outro projeto sobre bases de jurisdição internacional.

Aliás, esta tentativa refletiu a dificuldade lingüística entre os vários países da América, pois as divergências terminológicas entre os textos em inglês e espanhol, após uma elaboração prévia pela REDIP, em Washington, foram tão ostensivas, que o trabalho se tornou ininteligível ao Comitê Jurídico Interamericano (30).

E apesar de todos os obstáculos e de os juristas continentais estarem conscientes de que a "tarefa de se conseguir um direito como resultado do *civil law* e do *common law* é tão árdua que muitos a qualificam impossível" (31) os encontros formais e informais entre os doutrinadores de ambos os sistemas têm sido profícuos e, da parte norte-americana, se tenta mostrar mesmo a filiação, em matéria de conflitos de leis, das doutrinas de STORY aos grandes mestres europeus e que, afinal de contas, o que distingue modernamente o "mos americanus" ou a "jurisprudência comparativa" não é assim tão inconcebível à mentalidade de certos estatutários do passado (32). Mesmo que com dificuldades e novo perfil em sua temática, a obra interamericana prossegue no seu ideal de assim se manter (33). Ainda que, afinal, não se chegue realmente a uma unificação de normas, já é considerado um avanço poder chegar-se um dia, pelo menos, à unificação de certos conceitos básicos (34).

c) A ratificação das convenções

É o terceiro problema que gostaríamos de aflorar.

A obra unificadora do passado teve insucessos pela não-assinatura dos textos pelos países que por eles trabalharam, teve pouco êxito em razão das famosas reservas gerais e sofreu também o impacto negativo dos lentos processos de ratificação, que imperam nos países americanos.

No que concerne à nova fase da codificação setorial os mesmos obstáculos permanecem, pois não se pode ter para as convenções da CIDIP processos simplificados de ratificação ou de sua aceitação em bloco (35). E a via tradicional permanece utilizada, a mostrar aos especialistas que "a ratificação estabelecida nas legislações americanas

(30) Esta reunião chega, aliás, a dúvidas e contradições terminológicas que, segundo relatório anual do Comitê Jurídico Interamericano, fizeram o trabalho ininteligível, dada a divergência dos textos em inglês e em espanhol.

(31) ORTIZ MARTIN, Gonzalo, "Los trabajos del Comité Jurídico Interamericano y la CIDIP II", in documento OEA/Ser. Q./V.C.-8/CJI, p. 349.

(32) O autor supracitado refere-se a um curso do Professor Juenger no México, onde foi feita uma aproximação das doutrinas estadunidenses e européias em matéria de conflitos de leis.

(33) MAEKELT, curso cit., p. 329, cita como uma vantagem do novo método de unificação o fato de fazer mais viável a coincidência do *direito civil* com o de *common law*, permitindo dessa forma elaborar uma normatividade comum para a América Latina e os Estados Unidos.

(34) ORTIZ MARTIN, curso cit., p. 350, refere-se às divergências de ordem terminológica e refere-se à assertiva da Professora MAEKELT no sentido de que, no acordo de bases mínimas (da REDIP, 1980), o fundamental era obter correspondência de conceitos e não de palavras.

(35) MAEKELT, curso cit., p. 346.

supõe um procedimento incômodo, que, geralmente, consiste em dois atos diferentes embora relacionados entre si: a ratificação propriamente dita, a cargo do Presidente como Chefe de Estado, e a aprovação prévia do Congresso, ambos de caráter discricionário" (36).

Outras vezes, não é o formalismo da ratificação que a faz lenta e demorada, mas a própria atitude psicológica dos Estados, que a retardam voluntariamente pelo "injustificado temor de que o tratado possa violar uma norma constitucional ou legal, vigente ou futura, ou ainda simplesmente contradizer fontes supletivas, tais como usos, costumes e até mesmo a doutrina pátria" (37).

E neste raciocínio, afinal decepcionante relativamente ao ideal unificador, encontra-se o nosso próprio País que, após haver firmado quase todas as Convenções de Panamá e de Montevideu, ainda não ratificou nenhum dos textos, que tiveram sua adesão e foram muitas vezes elaborados, discutidos, defendidos por HAROLDO VALLADÃO, o experiente e lúcido internacionalista pátrio, que ainda não viu formalizada pelo Brasil a obra pela qual tanto batalhou.

E isto nos leva a algumas conclusões.

CONCLUSÕES

Como, repetidas vezes, tem demonstrado a prática internacional, é mais fácil unificar ou codificar um ramo do direito a partir do nada do que tentar reconciliar arraigadas soluções divergentes (38) ou harmonizar sistemas jurídicos em flagrante oposição (39).

Se era realmente inadmissível ver a América Latina dividida, é, ao contrário, promissor assistir à tentativa de desenvolvimento progressivo de um direito internacional privado interamericano.

Contudo, não é certo que os textos tornados excessivamente flexíveis para adotar fórmulas válidas a aproximar *civil law* e *common law* (40),

(36) *Idem*, p. 347.

(37) *Idem*, p. 346.

(38) CAICEDO CASTILLA, José Joaquín, "La Segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP II)", Cuarto curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano, Rio de Janeiro, 1977, pp. 373-395, in documento OEA/Ser. Q./V.C-4/CJI-34.

(39) O Tratado de Direito Civil Internacional, de Montevideu, 1889, foi ratificado pela Argentina, Paraguai, Peru, Uruguai e Bolívia; teve, mais tarde, a adesão da Colômbia. O Código Bustamante foi ratificado, em alguns casos, com reservas da legislação interna, ou de alguns de seus artigos por: Bolívia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru, República Dominicana e Venezuela.

(40) DE MAEKELT, Tatiana B., Curso cit. à nota nº 4, p. 344. A autora afirma que a convenção sobre eficácia extraterritorial de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros teve de ter flexibilidade para permitir a aproximação dos sistemas *civil law* e *common law*, não deixando de anotar que, ao contrário dos Estados Unidos, a tradição da doutrina latino-americana sempre foi de facilitar circulação extraterritorial das sentenças estrangeiras.

acrescidos de protocolos adicionais para contentar os Estados Unidos da América ou facilitar-lhes a assinatura e a ratificação posterior dos textos principais ⁽⁴¹⁾, venham a ter vigência naquele país, de forma significativa, pois, até o momento, foi mínima a sua adesão através da subscrição das convenções interamericanas.

E, se a não-ratificação norte-americana decepciona, também inquieta a ratificação gradual, por parte dos outros países, dos textos da CIDIP.

Por que, afinal de contas, não tendo eles verdadeiras disposições transitórias para iluminar o possível conflito de convenções no tempo, o que dizer da vigência ou não, atualmente, do Código Bustamante ou dos Tratados de Montevideu?

Sofrerão derrogação (parcial) ou ab-rogação (total) a partir das novas ratificações?

O país que ratificar, por exemplo, a convenção sobre normas gerais deverá interpretar e aplicar aqueles textos antigos à luz das novas regulamentações?

No caso do Brasil, que adotou o Código Bustamante e ainda não ratificou nenhum dos textos interamericanos, que subscreveu apenas, que direito aplicar para resolver os conflitos de leis com os antigos parceiros que, acaso, houverem aderido aos textos novos?

Confessamos que, se a dúvida nos assalta na qualidade de professores, muito mais perplexa deverá ser a situação do juiz diante dos fatos concretos.

Antevemos nesses casos aquela situação difícil e embaraçosa tão bem acentuada nos trabalhos de MARTHA WESER, onde demonstra que o apetite unificador do mundo atual tem produzido textos convencionais em excesso e capazes de, na tentativa de suprimir os conflitos de leis, acarretar verdadeiros conflitos de convenções, tanto no espaço quanto no tempo.

Os países que participam de diferentes foros internacionais, muitas vezes, legislam em superposição e, até mesmo, provisoriamente.

A atitude se revela até nas CIDIP, que produziram duas convenções sucessivas sobre conflitos de leis em matéria de cheques, em 1975 e em 1979. No texto posterior, uma cláusula um tanto vaga resolve o conflito de direito transitório, nestes termos:

“À medida que os Estados-Partes na Convenção Interamericana sobre conflitos de leis em matéria de cheques, subscrita em 30 de janeiro de 1975, na Cidade do Panamá, ratifiquem a

(41) *Idem*, p. 346.

presente Convenção ou adiram a ela, cessarão para os ditos Estados-Partes os efeitos da mencionada Convenção do Panamá” (art. 14, 2ª parte).

De todas as Convenções da CIDIP somente esta se preocupou realmente com o problema de direito transitório. Em algumas das outras (42) somente existe aquela declaração tão conhecida das convenções européias, a saber, que “a convenção não restringirá disposições de outras convenções (sobre os temas respectivos), que houverem sido subscritas ou que se subscreverem no futuro, em forma bilateral ou multilateral pelos Estados-Partes, nem as práticas mais favoráveis que ditos Estados observarem na matéria”.

Contudo, estas não são verdadeiras soluções práticas para os problemas de superposição, que surgirão entre os novos e os antigos textos, em nosso Continente.

Talvez os Estados americanos tenham negligenciado declarações mais explícitas sobre a questão porque se inspiraram em quase todos os casos de textos convencionais obtidos em foros europeus (da Conferência de Haia, do Conselho da Europa, da CEE etc.), onde esta necessidade de solução dos conflitos de convenções no tempo não se impõe, tendo em vista que, de modo geral, nesses casos não existem sobre os mesmos assuntos textos convencionais internacionais a harmonizar ou conciliar.

Eis por que, a nosso ver, e no seu estado atual, a codificação do direito internacional privado da América perdeu não só em amplitude e concordância, mas também em certeza e segurança.

Além disso, as convenções que se fazem e se desfazem com rara facilidade nem sempre são realmente inovadoras ou perfeitas, sob o ponto de vista técnico.

Freqüentemente limitam-se a imitar os Tratados de Montevideu ou o Código Bustamante, algumas vezes mostrando um mimetismo acentuado da Conferência de Haia, não só sob o ponto de vista dos títulos adotados como também do conteúdo dos textos convencionais (43).

Há também pressa em resolver assuntos difíceis e aprovar projetos de convenção pelo simples prazer quantitativo, na premência dos últimos dias das reuniões ou, meramente, para se ter a prioridade no tratamento de um tema.

Deu-se como grande êxito jurídico da CIDIP II (44) o fato de haver podido oferecer à assinatura dos Estados o primeiro texto no mundo,

(42) V. art. 10, Convenção sobre poderes; art. 14, Convenção sobre cheques; art. 18, Convenção sobre medidas cautelares; art. 15, Convenção sobre cartas rogatórias.

(43) A exceção da Convenção sobre normas gerais, sem precedentes em outros foros internacionais, todas as outras convenções interamericanas puderem se inspirar de temas ou títulos da Conferência de Haia, da CEE, do Conselho da Europa, do NIDROIT, da Liga das Nações (Genebra), da ONU (UNCITRAL).

(44) VIEIRA, Manuel, Discurso de encerramento dos trabalhos da CIDIP II, em Montevideu, in documento OEA cit. à nota nº 9, p. 241.

sem correspondente na Europa, a respeito de normas gerais de direito internacional privado.

Mas, em que a prioridade pode ser, em si mesma, uma vantagem se as questões verdadeiramente complexas e difíceis, como as qualificações e o retorno, foram deixadas de lado por falta de amadurecimento doutrinário?

Não negamos o que constatou a Consultora Jurídica da OEA (45) quando disse que a discussão da convenção sobre normas gerais de direito internacional privado foi “um verdadeiro alarde de sabedoria, de profundo conhecimento da matéria, cujo conteúdo demonstrou a identificação total de um grupo de juristas americanos com o novo direito internacional privado”.

Contestamos apenas esse desejo de produzir convenções a todo preço, pelo simples prazer de demonstrar uma produção quantitativamente significativa.

Enfim, a nova postura, talvez influenciada pelos Estados Unidos da América, que ratificaram certos textos de Haia, de legislar predominantemente sobre o processo internacional, é talvez caracterizadora daquela tendência revelada por BATIFFOL (46) de atrair para o domínio da *lex fori* a solução de grande número de fatos anormais, já que pela sistemática do *common law* uma vez competente, na maioria dos casos, o juiz aplica sua própria lei.

Desgosta-nos ver que nações outrora imbuídas da doutrina manci-niana, que considera a matéria relativa aos conflitos de leis como apêndice do direito internacional público, possam tender para o estreito ponto de vista do *common law* que, desde STORY e num eterno “homíng trend” vêem o direito internacional privado como parte do direito municipal ou interno (47).

(45) DE MAEKELT, Discurso de encerramento da CIDIP II, in documento OEA cit. à nota nº 9, p. 239.

(46) OPERTTI BADAN, Didier, “El derecho internacional privado contemporáneo” — Temas, objeto e funcionamento; aplicação direta — Oitavo curso do CJI, in documento OEA cit. à nota nº 4, pp. 359-370. À página nº 369, o autor afirma: BATIFFOL assinalou com acerto que o impulso tomado pelo tema jurisdicional em direito internacional privado reflete, de certo modo, a tendência para a aplicação pelos juizes de sua própria lei na busca de segurança, certeza ou previsibilidade da solução” (v. *L’Avenir du Droit International Privé*, p. 316).

(47) RODRIGO OCTAVIO, *op. cit.* à nota nº 3, p. 33, dá como obstáculo a que os Estados Unidos da América ratifiquem as Convenções pan-americanas, “o espírito tradicionalista do direito anglo-saxónico, em cuja doutrina corrente na Inglaterra de BLACKSTONE e BURGE, de onde passou para a América Setentrional de STORY e Wheaton, a solução dos conflitos de leis no espaço constitui um aspecto do direito nacional e, assim, é da competência privativa de suas legislaturas”.

A parte esta possível inclinação, é, sem dúvida, a Europa, sobretudo através das Conferências de Haia, a nossa grande inspiradora na via da codificação gradual do direito internacional privado.

Não deixa de ser paradoxal o fato de constatararmos que a mesma América Latina, que recusou nos anos 80 os métodos comunitários de integração econômica, prefira, para a integração jurídica, o modo europeu de codificação gradual.

É talvez isso uma prova de que, em relação ao Velho Mundo, o nosso subdesenvolvimento é muito mais econômico que jurídico.

Ao contrário do que vem acontecendo na Europa, sobretudo Comunitária, em que a integração econômica vai favorecendo e impulsionando uma maior integração das normas de conflito de leis, a América Latina, até agora frustrada em suas tentativas de integração econômica, nunca erigiu esta última como pré-requisito lógico de uma integração jurídica.

Sempre desejamos a unificação de nossas regras de conflito, e o Brasil, até mesmo muito tempo antes de haver conseguido a própria codificação civil de seu direito interno (48).

Se, afinal, esta unificação se deu de maneira imperfeita ou meramente teórica ou romântica, não é menos certo que este ideal, sem dúvida nobre, sempre foi por nós perseguido de maneira desinteressada.

Nosso desejo, nesta via, expresso de maneira tão bela por ANTONIO ARENAS, na Conferência de Lima, era dar aos estrangeiros, de par com o gozo dos direitos civis, "mais garantias de segurança, fixando regras inalteráveis e equitativas para os casos em que haja oposição entre as leis estrangeiras e as leis de nossos Estados" (49).

Se ainda não atingimos o nosso intento, é, sem dúvida, porque a codificação do direito "nunca é manifestação rápida de um esforço imediato, senão a sedimentação sucessiva de uma elaboração jurídica" (50).

(48) LEGER, Abel-Nicolas, em *op. cit.* à nota nº 3, refere-se ao fato de que o Brasil, ao oferecer, através de Lafayette Pereira, à obra pan-americana, um código de direito internacional privado, em 1912, foi criticado "por haver tentado um código sistemático de direito internacional privado, antes de haver conseguido codificar suas próprias leis civis".

(49) ARENAS, Antonio, citado por RODRIGO OCTAVIO, *op. cit.* à nota nº 15, p. 237.

(50) DE MAEKELT, curso cit. à nota nº 4, pp. 349-350, cita a frase de Saavedra Lamas no sentido de que "nunca a codificação no direito é a engendração rápida de um esforço imediato, mas sim a sedimentação sucessiva da elaboração jurídica" (in Silvio ROMERO, vol. III, p. 27).

Evolução, balanço e perspectivas do sistema interamericano ao início da década de oitenta

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Ph.D (Cambridge), Professor da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco (Itamaraty), Ex-Assessor Jurídico do Escritório da ONU em Genebra.

Nos últimos anos o sistema interamericano vem sendo objeto de amplos estudos e debates com vistas à sua reestruturação. O tema tem permanecido na agenda de distintos órgãos da OEA e sido alvo de intensa reflexão nos círculos jurídicos internacionais no continente. No presente estudo da evolução do sistema, procederemos a um exame de como, a partir de seus princípios, se lograram obter os resultados concretos até hoje conseguidos, e quais as principais dificuldades encontradas e persistentes; ao tentarmos fornecer uma visão global, de conjunto, do sistema interamericano, apresentaremos as perspectivas do experimento regional, tais como se nos parecem configurar neste limiar da década de oitenta.

O quadro geral de diversidade cultural, política e lingüística hoje prevalecente na América Latina, em que coexistem os países de colonização ibérica, que se emanciparam politicamente por volta do período de 1818 a 1825, e os países de colonização britânica, francesa ou holandesa, que se tornaram independentes na segunda leva de descolonização (pós-II Guerra Mundial) ou que ainda possuem *status* colonial (região do Caribe), não impediu que cedo florescesse no continente a consciência do regionalismo. Com efeito, as primeiras manifestações dessa consciência se cristalizaram em documentos que antecedem as Cartas da ONU e da OEA.

O primeiro volume da coletânea **Recomendaciones e Informes** da Comissão Jurídica Interamericana contém uma recomendação, adotada aos 5 de setembro de 1942, no sentido de que, na futura organização internacional, se harmonize “o princípio da universalidade de composição com a existência de grupos regionais formados por vínculos naturais de solidarie-

dade e interesses comuns" (1). Os países latino-americanos que, aparentemente por descuido, não haviam sido convidados para as discussões de Dumbarton Oaks já nutriam um certo temor de que o futuro Conselho de Segurança da ONU (onde prevaleceria o poder de veto dos membros permanentes) viesse a sobrepor-se ao sistema regional, subordinando-o a si (2). Talvez tenha este receio conduzido a uma asserção mais incisiva do regionalismo.

Assim, em comentários e recomendações preliminares às propostas de Dumbarton Oaks, sustentou a Comissão Jurídica Interamericana (aos 8 de dezembro de 1944) *inter alia* que a nova organização global deveria em sua Carta fazer preservar os traços fundamentais do sistema interamericano, como "o único sistema regional até então desenvolvido" (3). No entender da Comissão, "o sistema interamericano não se limita a um sistema de procedimentos pacíficos para a solução de controvérsias, mas inclui princípios gerais do direito internacional, o mecanismo de conferências e reuniões consultivas, um órgão central permanente, numerosas comissões e comitês administrativos, e outras agências de cooperação; todos esses traços do sistema interamericano devem coordenar-se com os da nova Organização, de modo a conservar os benefícios por todos reconhecidos do sistema regional sem impedir as funções e atividades mais amplas do sistema universal" (4).

Pouco após teria lugar a Conferência de Chapultepec (convocada a partir de 21 de fevereiro de 1945, anterior, portanto, à Conferência de San Francisco), tida como "uma das mais importantes reuniões em toda a evolução do sistema interamericano, [...] palco de uma das mais ressonantes vitórias diplomáticas obtidas pelas repúblicas latino-americanas, ao superar a hostilidade inicial dos Estados Unidos a revisar as propostas de Dumbarton Oaks" (5). A Conferência, particularmente por meio de suas Resoluções VII, VIII, IX e XXX (6), viria fixar as diretrizes dos novos rumos do sistema interamericano. A seguir, quando da adoção da Carta da ONU, o sistema interamericano far-se-ia reconhecer, na Conferência de San Francisco, quando os delegados latino-americanos lograram êxito na consagração do direito de legítima defesa (coletiva) e da prioridade de solução pacífica por meios regionais antes de recorrer ao Conselho de Segurança (artigos 51 e 52, respectivamente, da Carta da ONU) (7).

Esses eventos, no entanto, constituíam-se em ponto marcante de uma evolução do regionalismo interamericano, que já se alastrava por várias

(1) Inter-American Juridical Committee, *Recommendations and Reports — Official Documents*, vol. I (1942-1944), Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1945, p. 48.

(2) Ch. G. FENWICK, "El Sistema Regional Interamericano: Cincuenta Años de Progreso", *Anuário Jurídico Interamericano* (1955-1957), p. 50.

(3) Inter-American Juridical Committee, *op. cit. supra*, n.(1), p. 153.

(4) *Ibid.*, p. 154.

(5) A. GÓMEZ ROBLEDÓ, *La Seguridad Colectiva en el Continente Americano*, México, Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, 1960, pp. 54-55.

(6) As Resoluções VIII e IX versavam sobre o sistema interamericano, e a Resolução VII sobre a assistência recíproca (antecedente do TIAR). A Resolução XXX reafirmou a necessidade de preservação do sistema regional face ao estabelecimento da nova organização global. A Resolução IX, intitulada "Reorganização, Consolidação e Fortalecimento do Sistema Interamericano", constituiu-se em antecedente da própria Carta da OEA. *Ibid.*, pp. 56-70.

(7) *Ibid.*, pp. 56-60 e 94-95; Ch. G. FENWICK, *op. cit. supra* n.(2), pp. 50-52.

décadas. É bom ter sempre em mente que, na passagem do século, quando ainda germinava o sistema interamericano, ultrapassavam o âmbito do direito internacional a noção de defesa recíproca e responsabilidade coletiva para a proteção de cada Estado face a atos de agressão, restando apenas o método da arbitragem para a solução pacífica de controvérsias⁽⁸⁾. É importante ressaltar que, no decorrer dessa longa evolução histórica, o sistema interamericano foi-se moldando por meio de instrumentos jurídicos que não eram necessariamente sempre mandatários, mas antes de conteúdo e efeitos jurídicos variáveis⁽⁹⁾, como veremos mais adiante.

Uma periodização do desenvolvimento do sistema regional poderia aqui ser esboçada. O marco inicial encontra-se na primeira conferência genuinamente interamericana, a de Washington de 1889-1890 (uma vez que os congressos anteriores, de 1826, Panamá, a 1889 eram puramente hispano-americanos)⁽¹⁰⁾. Logo em 1910 se previa uma reestruturação do sistema regional por meio de uma convenção, o que se tentou realizar na Conferência de Havana de 1928; já então a União Pan-Americana tivera suas funções (administrativas) ampliadas por meio de resoluções⁽¹¹⁾. O período seguinte se estende de 1928 a 1945, época em que gradualmente se forma o sistema interamericano de segurança coletiva: o primeiro passo formal para a criação desse sistema encontra-se na Convenção sobre Manutenção, Preservação e Restabelecimento da Paz (Buenos Aires, 1936), que estabeleceu o sistema de **consultas recíprocas** em caso de ameaça à paz dos Estados americanos; a esta seguiu-se a Declaração de Lima de 1938, institucionalizando o processo, ao especificar que o mecanismo de consultas recíprocas se faria através da Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores⁽¹²⁾. Logo tiveram lugar as três primeiras Reuniões de Consulta⁽¹³⁾ consoante a Declaração de Lima, até que em 1945 o Ato de Chapultepec sobre Assistência Recíproca e Solidariedade Americana completa o quadro da segurança coletiva imediatamente anterior à conclusão do TIAR em 1947⁽¹⁴⁾; o passo seguinte seria a conclusão dos três instrumentos básicos, a saber, a Carta da OEA (1948), o Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (TIAR, 1947) e o Pacto de Bogotá (1948).

(8) Cf. Ch. G. FENWICK, *op. cit. supra* n.(2), pp. 44-45; e, para um estudo geral, cf. J. J. CAICEDO CASTILLA, "El Arbitraje en las Conferencias Panamericanas hasta el Pacto de Bogotá de 1948 sobre Soluciones Pacíficas", *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1948) ano 4, n.º 8, pp. 5-33.

(9) A. A. CAÑADO TRINDADE, "O Impacto de Tratados e Resoluções nas Relações Internacionais na América Latina", *Revista de Informação Legislativa* do Senado Federal, ano 19, n.º 74, abr./jun. 1982, pp. 163, 178-180 e 182.

(10) Para um relato, cf. F. V. GARCÍA AMADOR (org.), *Sistema Interamericano, a través de Tratados, Convenciones y Otros Documentos*, vol. I, Washington, Subsecretaría de Assuntos Jurídicos/Secretaría General de la OEA, 1981, pp. 1-67 e 133-134.

(11) Cf. *Ibid.*, pp. 133-141; J. M. YEPES, "La Conferencia Panamericana de Bogota et le Droit International Américain", *Revue Générale de Droit International Public* (1949), pp. 19-21.

(12) F. ORREGO VICUNA, "El Sistema Interamericano de Seguridad Colectiva", *Antecedentes, Balance y Perspectivas del Sistema Interamericano* (ed. R. Díez Albónico), Santiago, Edit. Universitaria, 1977, pp. 109-110; A. A. CAÑADO TRINDADE, *op. cit. supra* n. (9), pp. 162-163.

(13) Panamá, 1939; Havana, 1940; e Rio de Janeiro, 1942. A Segunda Reunião de Consulta adotou uma Declaração de Assistência Recíproca consagrando o princípio da "solidariedade continental face à agressão de origem extracontinental".

(14) F. ORREGO VICUNA, *op. cit. supra* n.(12), pp. 109-111; já não mais se contempla tão-somente a hipótese de agressão de um país extracontinental, mas também a de um país americano contra outro (*Ibid.*, p. 111).

Desde então, dentre os importantes eventos na evolução do sistema regional⁽¹⁶⁾, registrem-se, *inter alia*, os processos latino-americanos de integração regional (desde a década de sessenta), as iniciativas de reforma da Carta da OEA (1967) e do TIAR (1975), esta última dentro do quadro dos trabalhos da CEESI (Comissão Especial para Estudar o Sistema Interamericano e Propor Medidas para sua Reestruturação — cf. *infra*). No decorrer dessa evolução histórica verificou-se o fenômeno, a que já aludimos, de tentativas de regulamentação por meio de instrumentos de conteúdo e efeitos jurídicos variáveis (cf. *supra*): assim, dadas a persistente dificuldade na aceitação de tratados, a insuficiência de ratificações e as reservas, passou-se a recorrer a resoluções e declarações⁽¹⁶⁾, algumas enunciando princípios gerais, outras chegando mesmo a criar órgãos permanentes (a exemplo da antiga União Pan-Americana e da Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores). Ocasionalmente houve em que tais resoluções se tornaram bem mais numerosas que tratados, a exemplo da Conferência de Lima de 1938, em que se adotaram nada menos que 112 resoluções e declarações⁽¹⁷⁾.

O próprio Ato de Chapultepec declarou *inter alia* que os Estados americanos incorporaram desde 1890, ao seu direito internacional, uma série de princípios, “por meio de convenções, resoluções e declarações”, não fazendo distinção alguma acerca da contribuição de cada um desses instrumentos⁽¹⁸⁾. A própria Comissão Jurídica Interamericana, em parecer de 1950 a respeito, admitiu que as resoluções, ainda que desprovidas de efeitos jurídicos mandatórios, influíram na política dos Estados americanos, na evolução histórica do sistema regional, além de contribuírem decisivamente para a consagração de princípios do chamado direito internacional americano e de abrir caminho para a conclusão de futuros acordos internacionais⁽¹⁹⁾. Por vezes a Comissão Jurídica viu-se diante das duas alternativas, entre instrumentos obrigatórios (tratados) e recomendatórios (resoluções), a exemplo do ocorrido em 1965, quando a Comissão sugerira a adoção de uma convenção sobre reconhecimento de governos, mas a Conferência do Rio de Janeiro optou pela aprovação de uma simples resolução sobre a matéria⁽²⁰⁾.

A mesma antinomia, entre instrumentos mandatórios e recomendatórios, encontra-se presente nas coletâneas oficiais da OEA, bastando recordar, e.g., o **Manual of Inter-American Relations** (edição revista, 1956), preparado pelo então Departamento de Direito Internacional da União Pan-Americana, que classifica sistematicamente, de modo indiferenciado e seguindo o esquema da própria Carta da OEA, os inúmeros tratados, convenções, resoluções, declarações e recomendações adotados em Conferências Interamericanas e Reuniões de Consulta até então⁽²¹⁾. Este fenômeno, relevante para uma avaliação adequada do sistema interamericano, não é de todo surpreen-

(16) Para uma periodização ligeiramente distinta, cf. César Sepúlveda, *El Sistema Interamericano*, 2.ª ed., México, Ed. Porrúa, 1974, pp. 16-17.

(16) Ch. G. FENWICK, *The Organization of American States*, Washington, Kaufmann Pr., 1963, pp. 151-153 e 157-158.

(17) *Ibid.*, pp. 151-153.

(18) *Ibid.*, pp. 156-157.

(19) Comité Jurídico Interamericano, *Recomendaciones e Informes — Documentos Oficiales*, vol. III (1949-1953), São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1955, pp. 172-183.

(20) J. J. CAICEDO CASTILLA, *La Obra del Comité Jurídico Interamericano*, Rio de Janeiro, CJI, 1966, p. 86.

(21) Cf. OAS, *Manual of Inter-American Relations* (revised), *Conferences and Organizations Series n.º 42*, Washington, Pan-American Union/Department of International Law, 1956, pp. 1-344 e III-XIV.

dente, particularmente se considerarmos que, segundo dados divulgados pela ONU há pouco mais de uma década, o índice de aceitação pelos Estados latino-americanos de tratados multilaterais (sob os auspícios da ONU) não ultrapassava os 23% (22). Em 1975, de um total de aproximadamente cem tratados multilaterais gerais, mais ou menos a metade alcançou quando muito as ratificações de 11 ou menos Estados, não logrando os demais ultrapassar 7 adesões (o que os tornou virtualmente inoperantes); cada um dos Estados americanos não chegou individualmente a ratificar nem sequer a quinta parte dos pactos existentes (23).

No campo da solução pacífica de controvérsias internacionais no continente, vale recordar, por exemplo, que o pacto de Bogotá de 1948 prevê (artigo LVIII) que, à medida em que entrar em vigor pelas sucessivas ratificações das Partes Contratantes — e nisto se distingue o Pacto da Carta da OEA e do TIAR, cuja entrada em vigor condicionou-se à ratificação por 2/3 dos Estados signatários — cessarão para estas os efeitos de tratados sobre solução pacífica de controvérsias internacionais adotados nas décadas anteriores (24). Ora, muito embora tivesse o Pacto entrado em vigor com a segunda ratificação (Costa Rica) já em 1949, têm sido justamente o número insatisfatório de ratificações e as reservas (25) que até o presente o têm transformado em um instrumento “praticamente inoperante” (26), razão pela qual o Pacto vem há muito sendo objeto de tentativas de revisão com vistas a assegurar-lhe maior número de ratificações e, por conseguinte, maior eficácia (27). A própria Comissão Jurídica Interamericana, em parecer de 1971, recomendou a todos os Estados-Membros da OEA a ratificação do Pacto como “o melhor meio para consolidar e aperfeiçoar o sistema interamericano de paz” (28).

-
- (22) OSCAR SCHACHTER, *Toward Wider Acceptance of U. N. Treaties*, N. Y., UNITAR (United Nations Institute for Training and Research), 1971, p. 28.
- (23) CÉSAR SEPÚLVEDA, *Las Fuentes del Derecho Internacional Americano*, México, Ed. Porrúa, 1975, pp. 65 e 67. Para dados estatísticos mais recentes, cf. OEA, *Série sobre Tratados: Estado de los Tratados y Convenciones Interamericanas/Status of Inter-American Treaties and Conventions*, vol. 5, Washington, Secretaria-Geral da OEA, 1980, pp. 1-51; e cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n.(9), pp. 159-161.
- (24) Sobre estes últimos, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n.(9), pp. 162-164; e cf. M. CANYES, *The Organization of American States and the United Nations*, 6.^a ed., Washington, Pan-American Union, 1963, pp. 20-21.
- (25) Ao início da década de oitenta, dos 21 Estados signatários do Pacto, 7 formularam reservas; desses 21 Estados, apenas 14 o ratificaram até 1980, dos quais 3 com reservas, verificando-se um caso de denúncia (El Salvador, 1973). OAS, *Inter-American Treaties and Conventions*, Washington, Secretaria-Geral da OEA, 1980, p. 45.
- (26) A. HERRARTE, “Solución Pacífica de las Controversias en el Sistema Interamericano”, *Sexto Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*, OEA doc. OEA/Ser. Q./V.C-6, CJI-40, 1979-1980, p. 231; no mesmo sentido, A. V. W. THOMAS e A. J. THOMAS Jr., *The Organization of American States*, Dallas, Southern Methodist Univ. Press, 1963, p. 297 (o Pacto sendo “quase uma nulidade”).
- (27) E. g., Resolução XCIX da Conferência de Caracas de 1954; Resolução XIII da Conferência do Rio de Janeiro de 1965; trabalhos, nesse sentido, que precederam a reforma da Carta da OEA de 1967. Cf.: A. V. W. THOMAS e A. J. THOMAS Jr., *op. cit.* supra n.(26), pp. 490-491; Ch. G. FENWICK, *op. cit.* supra n.(16), pp. 192-193; A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n.(9), p. 165; CÉSAR SEPÚLVEDA, “The Reform of the Charter of the Organization of American States”, 137 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1972), pp. 107-108 e 118. Sobre a invocação do Pacto de Bogotá no conflito limítrofe entre Honduras e Nicarágua em 1957, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n.(9), p. 168; F. V. GARCÍA AMADOR, *op. cit.* supra n.(10), p. 750.
- (28) Comitê Jurídico Interamericano, *Recomendaciones e Informes — Documentos Oficiales*, vol. X (1967-1973), Washington, Secretaría General de la OEA, 1978, p. 407, e cf. pp. 392-407.

No tocante ao TIAR, as ocasiões em que tem sido aplicado (originadas, em sua maior parte, no atual artigo 6º, cobrindo a agressão distinta do ataque armado) encontram-se documentadas na coletânea **Tratado Interamericano de Assistência Recíproca: Aplicaciones** (cf. também infra, sobre a reforma do TIAR); entretanto, se tomarmos alguns dos mais recentes litígios ainda pendentes, aguardando solução na América Latina, "constatamos não uma aplicação automática dos mecanismos institucionais do sistema interamericano, mas antes uma busca de soluções individuais adequadas para cada caso (e. g., El Salvador, 1981, Nicarágua, 1978-1979, crise Peru v. Equador, 1981), ainda que transcendendo os meios de solução pacífica puramente regionais (e.g., na controvérsia chileno-argentina sobre o canal de Beagle, a mediação da Santa Sé a partir de 1979, após o laudo arbitral de 1977)" (29). Mesmo em um passado mais distante, naturalmente houve casos solucionados por procedimentos interamericanos (e.g., Haiti v. República Dominicana, 1937), assim como também ocorreram casos resolvidos não pelos mecanismos dos tratados existentes, mas por comissões *ad hoc* (e.g., litígios fronteiriços entre Guatemala e Honduras, 1930, e Equador e Peru, 1942; conflito do Chaco, 1929, e controvérsia de Letícia entre Colômbia e Peru, 1934, estas duas últimas com a assistência da Liga das Nações); houve, igualmente, casos que culminaram, mais além dos procedimentos puramente interamericanos, na Corte Internacional de Justiça, como o caso do **Asilo** entre Peru e Colômbia (1950-1951), e o conflito fronteiriço entre Honduras e Nicarágua relativo ao laudo arbitral do Rei da Espanha em 1906 (1960) (30).

Um estudo, divulgado pela Consultoria Jurídica da OEA (setembro de 1979), acerca do sistema interamericano e seu futuro, revela que a maioria dos trabalhos sobre o sistema regional data da década de sessenta, depois do que houve um declínio de interesse pelo tema (apesar da documentação da CEESI, de meados da década de setenta). As críticas ao sistema partiram tanto dos norte-americanos, preocupados com a política de segurança, quanto dos latino-americanos, que, se no passado tendiam a ser histórico-legalistas, hoje voltavam suas atenções a fazer do sistema regional um instrumento eficaz de desenvolvimento econômico (o que não se lograra no passado); daí a utilização, na década de setenta, do conceito relativamente novo de "segurança econômica coletiva", como instrumento de reestruturação do sistema interamericano (31). A questão nos conduz a um exame da evolução dos próprios princípios e fundamentos teóricos do sistema interamericano.

As questões dos princípios do direito internacional e dos princípios gerais do direito (como fonte do direito internacional) têm formado objeto

(29) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n.(9), pp. 168-169.

(30) *Ibid.*, pp. 167-168. A preocupação nos anos recentes com o fortalecimento do sistema de solução pacífica de controvérsias reflete-se na evolução, desde sua criação em 1940, da antiga Comissão Interamericana de Paz (Cf., a respeito, A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n.(9), pp. 166-167), erigida, pelo Protocolo de Buenos Aires de 1967, em órgão subsidiário do próprio Conselho Permanente da OEA, denominado desde então Comissão Interamericana de Soluções Pacíficas, com poderes mais amplos. Sobre as tentativas recentes de fortalecimento do sistema regional de solução pacífica de controvérsias, cf., e.g., F. V. GARCÍA AMADOR, *op. cit.* supra n.(10), pp. 751-772; cf. também ISIDORO ZANOTTI, "A Primeira Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos", 26 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1970), n.º 51-52, pp. 50 e 62-63.

(31) Consultoría Jurídica de la OEA, *El Sistema Interamericano y su Futuro: Un Plan de Investigación* (de Larman Wilson), OEA doc. SG/Ser. D/1.2, Washington, Secretaría General de la OEA, 1979, pp. 1-2, 8-9 e 24.

de ampla bibliografia, remontando à década de trinta⁽³²⁾. Com o desenvolvimento do “sistema interamericano”, como se convencionou denominar o “conjunto de órgãos, entidades e mecanismos de variados propósitos e estruturas, assim como de tratados e de outros instrumentos que regulavam uma infinidade de matérias a nível regional”⁽³³⁾, consagraram-se certos princípios, freqüentemente invocados pelos países do continente. Dentre estes, hoje enumerados no artigo 3º da Carta da OEA, sobressaem-se, e.g., os da não-intervenção (um dos mais arraigados na prática latino-americana)⁽³⁴⁾, da solidariedade continental (com base no exercício da democracia representativa), da solução pacífica de controvérsias, dos direitos humanos fundamentais, da cooperação econômica. Outros princípios encontram-se enunciados no Capítulo IV da Carta (artigos 9º a 22) sobre os “direitos e deveres fundamentais dos Estados”, cujo antecedente mais celebrado é a Convenção de Montevideu de 1933 sobre Direitos e Deveres dos Estados⁽³⁵⁾.

Esta Convenção naturalmente consagrou, *inter alia*, o princípio da não-intervenção (artigo 8º), precisado pelo “Protocolo Adicional Relativo à Não-Intervenção” (Buenos Aires, 1936), pelos artigos 18 e 19 da Carta da OEA e pela Resolução nº 78 (de 1972) da Assembléia Geral da OEA sobre o “Fortalecimento dos Princípios da Não-Intervenção e Autodeterminação dos Povos e Medidas para Garantir sua Observância”⁽³⁶⁾. A “formalização” inicial, por assim dizer, do princípio da não-intervenção na Convenção de Montevideu, de 1933, foi de real significação histórica, ao acarretar a aceitação do princípio pelos Estados Unidos; pouco após, na Conferência de Buenos Aires de 1936, o sistema das **consultas** (cf. *supra*) viria substituir a ação unilateral dos Estados Unidos com base na doutrina de Monroe, introduzindo uma mudança fundamental nas relações interamericanas, dando *novo sentido ao princípio da igualdade*, a aplicar-se doravante a assuntos de defesa comum⁽³⁷⁾.

Em parecer de 23 de setembro de 1965, a Comissão Jurídica Interamericana houve por bem distinguir a hipótese da intervenção (estatal) da chamada “ação coletiva” dos órgãos competentes das organizações internacionais (ONU, OEA), ao tomarem medidas previstas para a manutenção da paz e segurança internacionais⁽³⁸⁾. Ademais, preparou a Comissão Jurídica

(32) Cf., *inter alia*, e.g., KARL STRUPP, “Le droit du juge international de statuer selon l'équité”, 33 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1930) pp. 357-481; KARL WOLFF, “Les principes généraux du droit applicables dans les rapports internationaux”, 36 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1931), pp. 483-553; BIN CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, Stevens, 1953, esp. Parte III, pp. 161-253; A. A. CANÇADO TRINDADE, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, pp. 1-264; W. FRIEDMANN, “The uses of General Principles in the Development of International Law”, 57 *American Journal of International Law* (1963), pp. 279-299; M. AKEHURST, “Equity and General Principles of Law”, 25 *International and Comparative Law Quarterly* (1976), pp. 801-825; dentre vários outros.

(33) F. V. GARCÍA AMADOR, *op. cit. supra* n.(10), p. 133.

(34) Sobre os antecedentes históricos desse princípio, cf. *ibid.*, pp. 47-49. Para estudo da matéria, cf., e.g., A. V. W. THOMAS e A. J. THOMAS Jr., *Non-Intervention — The Law and Its Import in the Americas*, Dallas, Southern Methodist University Press, 1956, pp. 3-416; I. FABELA, *Intervention*, Paris, Pédone, 1961, pp. 67-212 (sobre a prática da OEA).

(35) Cite-se, ademais, a “Declaração de Princípios Americanos”, adotada na Conferência de Lima de 1938; cf. F. V. GARCÍA AMADOR, *op. cit. supra* n.(10), pp. 78-79, e cf. pp. 83-83.

(36) Cf. *ibid.*, pp. 93, 96-100 e 80.

(37) Ch. G. FENWICK, *op. cit. supra* n.(2), pp. 47-48; cf. também J. MATERNO VÁSQUEZ, *op. cit. infra* n. (42), pp. 172 e 176.

(38) Comitê Jurídico Interamericano, *Recomendaciones e Informes — Documentos Oficiales*, vol. IX (1965-1966), Rio de Janeiro, C.J.I., 1970, pp. 111-127.

um projeto de instrumento sobre a questão da não-intervenção em 1959⁽³⁹⁾, tema que retomaria em 1974 (tentativa de enumeração de casos de violações ao princípio da não-intervenção)⁽⁴⁰⁾, matéria que permaneceu pendente por se ter estimado que “os casos de intervenção não poderiam ser objeto de um estudo adequado enquanto não se concluísse o atual processo de reforma da Carta e não entrasse em vigor o Protocolo de Reformas ao TIAR”⁽⁴¹⁾. O tema continua a revestir-se, pois, da maior atualidade.

O princípio da solidariedade continental, consagrado originariamente na Reunião de Ministros de Havana de 1940⁽⁴²⁾, ao basear-se no exercício da democracia representativa, tem igualmente apresentado dificuldades, e talvez maiores imprecisões. Aqui, vale recordar uma evolução desencadeada pela V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores (Santiago, 1959), que dispôs *inter alia* que os órgãos da OEA não têm competência para impor qualquer tipo de sanções a Estados-Membros cujos regimes políticos não correspondam ao ideal da democracia representativa⁽⁴³⁾. O campo estava assim aberto para uma interessante evolução: decorridos 14 anos, a Assembléia Geral da OEA adotaria, em 1973, a celebrada Resolução 128 sobre “Princípios Referentes às Relações entre os Estados Americanos”, em que afirma o direito de todo Estado de “adotar com plena independência seu regime de governo e sua organização econômica e social”, acrescentando que “a pluralidade de ideologias dentro da Carta é um pressuposto da solidariedade regional” baseada na cooperação, e que “a pluralidade de ideologias nas relações entre os Estados-Membros implica o dever de cada Estado de respeitar os princípios de não-intervenção e autodeterminação dos povos e o direito de exigir o cumprimento dos mesmos princípios por parte dos demais Estados”⁽⁴⁴⁾. Em 1979 a Assembléia Geral da OEA já se referia ao chamado “pluralismo ideológico” como “princípio”⁽⁴⁵⁾.

A resolução acima transcende a simples enunciação de princípios, pois não apenas refletiu as mudanças políticas no continente como viabilizou uma notável mudança no processo decisório do mecanismo de assistência recíproca (TIAR). No mesmo ano de sua adoção, a Assembléia Geral da OEA criava a CEESI (Resolução nº 127, de 1973), que desempenharia sua tarefa no biênio 1974-1975⁽⁴⁶⁾. Das sugestões que emergiram de seus trabalhos, citem-se, e.g., no tocante a propostas de reforma à Carta da OEA,

(39) Comité Jurídico Interamericano, *Recomendaciones e Informes — Documentos Oficiales*, vol. VI (1959-1960), Rio de Janeiro, C.J.I., pp. 267-278.

(40) OEA, *Recomendaciones e Informes del Comité Jurídico Interamericano*, vol. XI (1947-1977), Washington, Secretaría General de la OEA, 1981, pp. 95-104.

(41) F. V. GARCÍA AMADOR, *op. cit. supra* n. (10), p. 105.

(42) “Solidariedade continental” face a agressão de origem extracontinental.

(43) J. MATERNO VÁSQUEZ, “Reflexiones en torno a los Últimos Acontecimientos en Latinoamérica y los Principios Básicos del Sistema Interamericano”, *Séptimo Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*, OEA, doc. OEA/Ser. Q/V.C.-7, CJI-44, 1980-1981, p. 166; cf também OEA, V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores — Ata Final (Santiago, 12-8 de agosto de 1959), Washington, União Pan-Americana, 1960, pp. 1-21.

(44) AG/RES. 128 (III-0/73), de 15 de abril de 1973, §§ 1-3.

(45) F. V. GARCÍA AMADOR, *op. cit. supra* n.(10), p. 82, e cf. pp. 80-82.

(46) A CEESI inicialmente operou por meio de uma Subcomissão Geral, posteriormente através de três Subcomissões: uma para assuntos jurídico-políticos, outra para temas de cooperação, e enfim outra para temas de estrutura e administração. Para um relato, cf. C. GARCÍA BEDOYA, “Comentarios sobre el Sistema Interamericano y las Reformas Planteadas por la Comisión Especial” *Tercer Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*, OEA, doc. OEA/Ser. Q/V.C.-3, CJI-30, 1976-1977, pp. 157-180.

o reconhecimento do “pluralismo político” baseado na não-intervenção e a incorporação dos conceitos de “segurança econômica” e “cooperação para o desenvolvimento integral” (sem condicionamentos unilaterais), e, no que tange a propostas de reformas ao TIAR, a incorporação dos princípios da não-intervenção e da “pluralidade de regimes políticos” e o reconhecimento do princípio da “segurança econômica” (47).

A certa altura dos trabalhos da 1ª Subcomissão (para temas jurídico-políticos) da CEESI, o representante do Equador propôs emenda ao TIAR no sentido de substituição da maioria qualificada pela maioria simples para levantamento de sanções anteriormente adotadas sob o TIAR (48), o que levaria a uma das mais significativas reformas daquele instrumento, concernente ao processo decisório. Assim, medidas outrora tomadas por maioria de 2/3 poderiam ser deixadas sem efeito por maioria simples (metade mais um), o que, se juridicamente de difícil explicação, era proposta politicamente motivada, à luz das mudanças políticas no continente nos últimos anos: recorde-se que a suspensão do governo cubano em 1962 (VIII Reunião de Consulta de Punta del Este) se dera por uma curiosa ampliação do âmbito de aplicação do TIAR, recordando-se que a Carta da OEA era omissa ou lacônica quanto a tal exclusão e que no caso se questionava a representatividade de um governo de um Estado-Membro dentro da OEA. Vale lembrar que, nos debates de 1962, um dos delegados (San Tiago Dantas), questionando jurídica e politicamente a medida, invocou o princípio da não-intervenção e advertiu para o perigo da iminente marginalização de Cuba do sistema regional (49).

Nos anos que se seguiram, particularmente na década de setenta, passou a tomar corpo a pressão para o levantamento das sanções impostas a Cuba, paralelamente ao declínio da influência dos Estados Unidos na região. A declaração de 1973 consagrando a “pluralidade de ideologias” foi um sinal dos novos tempos. Certamente contribuiu para a mudança no processo decisório acima descrita (50), mudança que se configurava como pré-requisito para a “legitimação”, por assim dizer, do restabelecimento das relações dos Estados-Membros da OEA com Cuba; afinal, a regra da votação de 2/3, no esquema original do TIAR, fora consagrada na época do “apogeu da influência dos Estados Unidos na área” (51). Como novo sinal de que os tempos mudaram, a XVI Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores (29 de julho de 1975, poucos dias após o Protocolo de Reformas do TIAR) facultava, por sua Resolução I, aos Estados-Partes ao TIAR, “a liberdade de ação no tocante a suas relações com Cuba, levantando assim as sanções existentes” (52).

(47) Cf. *ibid.*, pp. 175-178.

(48) Cf. exposição de motivos do delegado equatoriano, in: OEA doc. OEA/Ser. P. CEESI/Subcom.I/ACTA 80/74, de 3 de dezembro de 1974, pp. 5-7-13-14.

(49) Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “Posições Internacionais do Brasil no Plano Multilateral” *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, ano 52, 1981, p. 162.

(50) F. ORREGO VICUÑA, *op. cit. supra* n. (12), pp. 119 e 121.

(51) R. J. BLOOMFIELD, “The Inter-American System: Does It Have a Future?”, *The Future of the Inter-American System* (ed. T. J. Farer), N. Y., Praeger, 1979, p. 9.

(52) OEA, doc. OEA/Sec. C/II.16, de 29-7-1975, *cit. in* F. ORREGO VICUÑA, *op. cit. supra* n. (12), p. 121; como não havia entrado em vigor o Protocolo de Reformas do TIAR, tal decisão foi tomada por maioria de 2/3, como no esquema original de 1947 do TIAR (cf. *ibid.*).

Tal evolução, no entanto, não passou sem dificuldades. Como, por exemplo, "harmonizar" os velhos propósitos de promoção da democracia representativa e proteção dos direitos humanos com a aceitação mais recente do "pluralismo ideológico"?⁽⁵³⁾ É pertinente aqui registrar uma passagem do **Relatório Anual** de 1979-1980 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em que esta constata, ao examinar a situação dos direitos humanos nos diversos países do continente, "a relação orgânica entre a violação dos direitos à segurança física, por um lado, e o descuido dos direitos econômicos e sociais e a supressão da participação política, por outro"⁽⁵⁴⁾. Esta é, em grande parte, no entender da Comissão, "uma relação de causa e efeito", e neste campo delicado a Comissão muito cautelosamente admitiu a dificuldade existente para "estabelecer critérios que permitam medir o cumprimento pelos Estados de suas obrigações"⁽⁵⁵⁾, dadas as condições prevaletentes no continente (e.g., pobreza, desigualdades na distribuição da renda em muitos países).

No tocante a este outro princípio do sistema interamericano, o da proteção dos direitos humanos fundamentais, a trajetória da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um exemplo vivo de um processo de ampliação de competência de um órgão da OEA mediante uma interpretação consistentemente liberal e extensiva de seus poderes (artigos 9º e 3º do Regulamento). Criada, em 1959, não pela Conferência Interamericana, como era de se esperar, mas pela V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores — Resolução VIII —, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi originariamente concebida como órgão tão-somente de promoção dos direitos humanos, desfrutando de posição **sui generis** dentro do sistema da OEA. Foi por meio de outra Resolução (nº XXII), da II Conferência Interamericana do Rio de Janeiro de 1965, que teve sua competência ampliada para inclusive receber petições ou comunicações sobre violações de direitos humanos. Ao eclodir a crise da República Dominicana (1965-1966), a Comissão já operava como órgão de proteção dos direitos humanos como verdadeiro órgão de ação, atuando continuamente naquele país por mais de um ano; quatro anos após, durante o conflito armado entre Honduras e El Salvador (1969), membros da Comissão permaneceram naqueles países por um período de aproximadamente quatro meses. Assim, ao final da década de sessenta, a Comissão já se consolidara como órgão de ação na proteção dos direitos humanos no continente, ultrapassando em muito suas atribuições originais de órgão de observação e recomendação⁽⁵⁶⁾.

(53) Consultoría Jurídica de la OEA, *op. cit.* supra n. (31), p. 33. Para um estudo sobre a "relação jurídica entre o respeito dos direitos humanos e o exercício da democracia", cf. Comité Jurídico Interamericano, **Recomendaciones e Informes — Documentos Oficiales**, vol. VI (1958-1960), Rio de Janeiro, CJI, 1961, pp. 221-244.

(54) OEA, **Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos — 1979-1980**, OEA, doc. OEA/Ser. L/V/II.50 — doc. 13 rev. 1, de 2 de outubro de 1980, p. 143.

(55) *Ibid.*, pp. 143-144.

(56) A. A. CANÇADO TRINDADE, "A Evolução do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Avaliação Crítica", *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, s. 19, n. 73, jan./mar. 1982, pp. 108-109; K. VASAK, *La Comisión Interamericana de los Derechos del Hombre*, Paris, LGDJ, pp. 38-39 e 168-169; A. P. SCHREIBER, *The Inter-American Commission on Human Rights*, Leyden, Sijthoff, 1970, pp. 65-68, 84-87, 119 e 144-147; B. WOOD, "Human Rights and the Inter-American System", *The Future of the Inter-American System* (ed. T. J. Farer), N.Y., Praeger, 1979, p. 126. Para os antecedentes históricos, cf. P. P. CAMARGO, *La Protección Jurídica de los Derechos Humanos y de la Democracia en América*, México, Cia. Ed. Excelsior, 1960, pp. 160-166; D. URIBE VARGAS, *Los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, Madrid, Ed. Cultura Hispánica, 1972, pp. 127-128.

O próximo passo nessa evolução ocorreu com a entrada em vigor, em 1970, do Protocolo de Reformas da Carta da OEA de 1967, que erigiu a Comissão em um dos órgãos principais da Organização: dotada enfim de base **convencional**, a Comissão teve seu **status** jurídico consideravelmente fortalecido, colocando fim a eventuais objeções à sua competência⁽⁵⁷⁾. Por conseguinte, a partir de então a Comissão pôde atuar com amplas possibilidades de ação: assim, em um dentre vários casos recentes de atuação da Comissão⁽⁵⁸⁾, o **caso chileno**, por exemplo, engajou-se a Comissão na coleta de dados relevantes sobre a situação, visita ao país em questão em missão de investigação *in loco*, e no preparo de recomendações e de uma série de relatórios a partir de 1973⁽⁵⁹⁾. No que tange particularmente ao exame de comunicações recebidas contendo alegações de violações de direitos humanos, a experiência da Comissão tem sido das mais singulares e interessantes: por proferir decisões de natureza antes administrativa do que propriamente judicial quanto à admissibilidade de tais comunicações, à Comissão tem sido possível agir com flexibilidade e, por uma série de técnicas processuais, usar presunções mais a favor dos reclamantes e evitar assim a pronta rejeição de certas comunicações com base nas condições de admissibilidade⁽⁶⁰⁾.

Assim, por exemplo, nas chamadas "situações gerais", de alegações de violações generalizadas de direitos humanos, a Comissão, em virtude de uma regra de interpretação fixada na já mencionada Conferência do Rio de Janeiro de 1965 (*supra*), tem podido proceder de imediato a um estudo amplo e abrangente de determinadas reclamações, sem condicioná-las ao pré-requisito do esgotamento dos recursos de direito interno⁽⁶¹⁾. Observe-se que tudo isto ocorreu antes da entrada em vigor em 1978 da Convenção Americana de Direitos Humanos (de 1969); quando isto ocorreu, ficou subentendido que a "nova" Comissão (prevista na Convenção) continuaria aplicando as normas que vinham regendo sua atuação mesmo aos Estados que não fossem partes na Convenção, aplicando aos Estados-Partes os dispositivos pertinentes da Convenção⁽⁶²⁾.

(57) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit. supra* n. (56), p. 110; C. GARCÍA BAUER, "La Observancia de los Derechos Humanos y la Estructuración del Sistema Internacional de Protección en el Ambito Americano", *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, Secretaría General de la OEA, 1980, pp. 25-27.

(58) Cf., e.g., *inter alia*, casos recentes de missões de observação efetuada *in loco* pela Comissão (em El Salvador, Haiti, Nicarágua, Argentina, Colômbia), relatados in: *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos — 1978*, OEA doc. OEA/Ser. L/V/II.47 — doc. 13 rev. 1, de 1979, pp. 113-126; *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos — 1979/1980*, OEA doc. OEA/Ser. L/V/II.50 — doc. 13 rev. 1, de 1980, pp. 17-34.

(59) H. GROS ESPIELL, "Le fonctionnement des institutions régionales de protection des droits de l'homme illustré par l'affaire chilienne", in Institut International des Droits de l'Homme, *Résumés des Cours — 1977*, Strasbourg, I.I.D.H., 1977, doc. F/HGE, pp. 4-6; para os debates sobre o **caso chileno** na Comissão e na Assembleia Geral da OEA (de 1976 a 1978), cf. B. WOOD, "Human Rights and...", *op. cit. supra* n. (56), pp.145-148.

(60) Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 188-189, 185, 287 e 366; A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in the Inter-American System", *18 Indian Journal of International Law* (1978), pp. 345-351.

(61) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit. supra* n.(56), pp. 111-112.

(62) A. AGUILAR, "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José", *2 Mundo Nuevo — Caracas* (1979) pp. 33-36; E. VARGAS CARREÑO, "Algunos Problemas que Presentan la Aplicación y la Interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, Secretaría General de la OEA, p. 183; Th. BUERGENTHAL, "La Convención Americana sobre Derechos Humanos: Problemas Escogidos", *2 Mundo Nuevo — Caracas* (1979) pp. 43-46 e 51-52. — Cf., a esse respeito, os artigos 51, 112 e 150 da Carta da OEA. O novo Estatuto da Comissão data de outubro de 1979, e seu novo Regulamento de abril de 1980.

Ainda que persista uma brecha ou distância entre o progresso normativo alcançado pelo sistema interamericano na proteção dos direitos humanos e a realidade destes no continente, “sem os progressos do direito internacional a realidade seria ainda mais negativa” (63). A atuação da Comissão Interamericana, já bem antes da entrada em vigor da Convenção Americana, tem contribuído decisivamente para a evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, e demonstrado ser possível facilitar o acesso de particulares lesados à instância internacional e fortalecer assim sua posição no plano internacional (quer o experimento em questão seja provido de base convencional, ou de base originalmente fornecida por instrumentos tecnicamente não obrigatórios, mas que nem por isso deixam de exercer efeitos jurídicos em relação aos Estados-membros) (64).

Os dados estatísticos recentes são elucidativos: até 1975, por exemplo, tinha a Comissão examinado mais de 1.800 comunicações sobre direitos humanos (65), obra considerável para um órgão operando sem que a Convenção tivesse entrado em vigor. Em fins de 1978 já chegavam a 3.200 os casos examinados pela Comissão (compreendendo mais de dez mil vítimas, de 18 ou 19 países), o que significa que a Comissão considerou 20% dos casos em seus primeiros quinze anos de atuação, e aproximadamente 80% dos casos no período de cinco anos entre 1973 e 1978 (66). Talvez seja este outro sinal dos novos tempos, pois não deixa de ser sintomático que isto ocorra paralelamente à aparente erosão e falência dos regimes autoritários na América Latina.

Aos resultados concretos em inúmeros casos individuais acrescenta-se a importante função **preventiva** exercida pela Comissão: em decorrência de suas recomendações de caráter geral dirigidas a determinados governos, ou formuladas em seus relatórios anuais, “foram derogados ou modificados leis, decretos e outros dispositivos que afetavam negativamente a vigência dos direitos humanos”, foram criados ou fortalecidos mecanismos de proteção no ordenamento interno ou nacional, e “se estabeleceram ou aperfeiçoaram recursos e procedimentos para a melhor tutela dos direitos humanos” (67). Ocasão houve, e.g., em que a Comissão conclamou os Estados-Membros da OEA a incorporarem em suas Constituições certas categorias de direitos (e.g., em matéria trabalhista) e a “harmonizarem suas leis respectivas com os preceitos contidos nas convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho” (68). Enfim, em um instrumento como a Convenção Americana de Direitos Humanos, impõe-se uma interpretação consoante o caráter essencialmente **objetivo** das obrigações contraídas

(63) Nesse sentido, H. GROS ESPIELL, “Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l’homme”, 145 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* (1975), pp. 40-41 e 19; E. VARGAS CARREÑO, *op. cit.* supra n. (62), p. 156; D. URIBE VARGAS, *op. cit.* supra n. (56), pp. 295 e 303-305.

(64) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n. (56), pp. 119 e 113.

(65) H. GROS ESPIELL, *op. cit.* supra n. (63), pp. 29-31.

(66) E. VARGAS CARREÑO, “[Derechos Humanos:] El Perfeccionamiento de los Mecanismos Interamericanos a la luz de su Experiencia”, *Estudios Internacionales: Derechos Humanos y Relaciones Internacionales* (ed. W. Sanchez G.), Santiago, Instituto de Estudios Internacionales, 1978, p. 227.

(67) A. AGUILAR, *op. cit.* supra n. (62), p. 38.

(68) *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights — 1971/1972*, OEA doc. OEA/Ser. L/V/II.29 — doc. 41 rev. 2, de 1973, p. 33. — Cf. também, a esse respeito, o artigo 2.º da Convenção Americana de Direitos Humanos, e comentários in A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n. (56), pp. 115-117.

pelas Partes Contratantes visando a proteção dos direitos humanos (cf. artigo 29), e não uma interpretação restritiva pelas próprias Partes Contratantes visando o estabelecimento de direitos recíprocos e subjetivos para si mesmas ⁽⁶⁹⁾.

Passemos a outro dos princípios do sistema interamericano, a saber, o da cooperação econômica. Aqui, ficou claro que a OEA, ao menos em seus primeiros anos de existência, estava mal equipada para a realização desse princípio. Se conquistas houve no campo da prevenção e solução de conflitos, o mesmo não ocorreu paralelamente no campo do desenvolvimento econômico-social; um fator relevante para bem compreender o papel da OEA na década de cinquenta foi a própria *policy* dos Estados Unidos em relação à América Latina, visando sobretudo a segurança continental, além de sua relutância em transferir suas relações econômicas da clássica via bilateral à multilateral ⁽⁷⁰⁾ (cf. *infra*).

Não era de se surpreender, portanto, que o antigo Conselho Interamericano Econômico e Social (CIES) figurasse na Carta da OEA como um dos três órgãos subsidiários do Conselho da OEA (artigos 63 a 66 da Carta, anterior ao Protocolo de Buenos Aires de 1967). O BID, como organismo financeiro do sistema, só foi criado em 1959, e o CIES só passou a ser mais atuante a partir dos anos sessenta ⁽⁷¹⁾. Em 1970 foi criada a CECON e, pouco antes, com a reforma da Carta em 1967, tentou-se fortalecer o mecanismo regional de cooperação econômica e social, dada a preocupação latino-americana com o desenvolvimento econômico: o CIES separa-se do antigo Conselho da OEA, e assume maior estatura na Carta da OEA após o Protocolo de Reformas ⁽⁷²⁾ (artigos 93-98). A própria formulação das normas econômicas encontra-se bem mais elaborada na atual Carta (artigos 29 a 42), após a reforma de 1967, do que no texto original de 1948 (artigos 26 e 27).

A década de sessenta testemunhou a emergência e proliferação de instituições e mecanismos mais especificamente latino-americanos. Um exame destes ultrapassa, pois, os propósitos do presente estudo, exceto no que possam contribuir diretamente a uma avaliação dos rumos do sistema interamericano. Recorde-se, assim, a criação, em 1963, da Comissão Especial de Coordenação Latino-Americana (CECLA), de início se ocupando de questões da UNCTAD, e produzindo, em 1969, o chamado "Consenso de Viña del Mar" para estabelecer as bases da cooperação econômico-social interamericana ⁽⁷³⁾. Em 1975, o recém-criado Sistema Econômico Latino-Americano (SELA), compreendendo a totalidade dos Estados-Membros latino-americanos da OEA (inclusive Cuba, além da Guiana), sucede-se à CECLA, nos propósitos de promover a cooperação regional para o desenvolvimento e um sistema permanente de consulta e coordenação para adoção de posições

(69) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n. (56), p. 115.

(70) J. C. DSEIER, *The Organization of American States and the Hemisphere Crisis*, N. Y., Council on Foreign Relations/Harger & Row, 1962, pp. 74-77.

(71) C. SEPÚLVEDA, *op. cit.* supra n. (27), pp. 101 e 103.

(72) Cf. *Ibid.*, pp. 107, 118, 120, 130-131 e 135-136.

(73) F. V. GARCIA AMADOR, "Marco Jurídico e Institucional de las Relaciones Interamericanas", *Quinto Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*, OEA doc. OEA/Ser. Q/V.C-5, CJI-38, 1978-1979, pp. 28-30.

comuns, além de apoiar os mecanismos existentes de integração regional⁽⁷⁴⁾. No próprio seio da OEA, a questão da “cooperação interamericana para o desenvolvimento” tem sido objeto de atenção desde meados da década de setenta (e.g., os trabalhos da CEEST,⁽⁷⁵⁾ e a Resolução nº 232 da Assembléia Geral da OEA de 1976)⁽⁷⁶⁾.

Recentemente tem a questão sido tema de diversas resoluções da Assembléia Geral da OEA⁽⁷⁷⁾, como, por exemplo, a Resolução nº 464, de 27 de novembro de 1980, que pondera *inter alia* que “a cooperação hemisférica para o desenvolvimento constitui um instrumento fundamental de ação para os organismos do sistema interamericano”, impondo-se a necessidade da “redefinição de objetivos e adoção ou reformas de mecanismos dentro de um plano de ação de modo a que se possa obter seu potencial ótimo face aos desafios que terá que enfrentar o sistema até fins do século”⁽⁷⁸⁾. Na verdade, estas resoluções fazem parte de um processo de revisão de todo o tema da “cooperação interamericana para o desenvolvimento”, desencadeado pelos trabalhos da CEESI, seguida do Conselho Permanente, e que deverá culminar em uma Assembléia Geral Extraordinária sobre Cooperação Interamericana para o Desenvolvimento.

A esse respeito, a Assembléia Geral da OEA, em sua última sessão, em Santa Lúcia, em dezembro de 1981, adotou a Resolução nº 521 em que considera tal Assembléia Geral Extraordinária, programada para fins de 1982 no Uruguai, como o “instrumento fundamental da cooperação norte-sul no hemisfério, para a busca de soluções” aos problemas econômicos e sociais dos “países da América Latina e Caribe”, e “fazer frente aos desafios que terão que enfrentar os países da América Latina e Caribe nos próximos anos”⁽⁷⁹⁾. Note-se que a expressão “sistema interamericano” não mais figura na resolução, substituída que foi por referências aos “países da América Latina e Caribe” (supra). A esse propósito, em outra Resolução (nº 522) adotada pela Assembléia Geral de dezembro de 1981, ressalta-se a necessidade de estudo dos problemas de desenvolvimento dos países pequenos do hemisfério⁽⁸⁰⁾, tendo-se naturalmente em vista, de modo especial, a região do Caribe (onde há hoje 13 Estados independentes — além de 26 territórios não-independentes — a maioria dos quais sendo pequenos Estados insulares em vias de desenvolvimento)⁽⁸¹⁾.

(74) R. D. BOND, “Regionalismo en América Latina: Perspectivas del Sistema Económico Latinoamericano (SELA)”, 18 *Foro Internacional* (1977) n.º 70, pp. 346-347 e 354-371. Para a criação do SELA em 1975 certamente exerceram influência os ventos internacionais da época, como o exemplo de ação coletiva eficaz da OPEP, o movimento em prol de uma nova ordem econômica Internacional, dentre outros; *Ibid.*, p. 354. Cite-se, também, a Organização Latino-Americana de Energia (OLADE), criada em 1973, dentre outros organismos; cf. F. V. GARCÍA AMADOR, *op. cit.* supra n. (73), pp. 35-36.

(75) E.g., as propostas para uma Convenção sobre Segurança Económica Coletiva, e uma Convenção Interamericana sobre Cooperação para o Desenvolvimento.

(76) F. V. GARCÍA AMADOR, *op. cit.* supra n. (73), p. 27.

(77) Cf. Resoluções AG/RES. 233 e 255 (de 1976), 281 (de 1977), 354 (de 1978) e 437 (de 1979).

(78) Texto in OEA, doc. OEA/Ser. P.AG/doc. 1.350/80. Rev. 1, de 3 de março de 1981, p. 4. Cf. também a Resolução 472, de 1980.

(79) Texto in OEA, doc. OEA/Ser. P. AG/doc. 1.471/81. Rev. 1, de 17 de março de 1982, p. 10.

(80) Inclusive para a programada Assembléia Geral Extraordinária, prevista para fins de 1982.

(81) Texto in OEA, doc. OEA/Ser. P. AG/doc. 1.471/81. Rev. 1, de 17 de março de 1982, pp. 12-13.

Ainda no que concerne à coordenação de posições comuns entre os países latino-americanos, há que mencionar dois tipos de experimentos, a saber, os de integração e os de cooperação. São processos de **integração** econômica na América Latina e Caribe, a antiga Aliança Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC, 1960) sucedida pela Associação Latino-Americana de Integração (ALADI, 1980)⁽⁸²⁾; o Pacto Andino (1969), a nível sub-regional; o Mercado Comum Centro-Americano (MCC, 1960); a Comunidade e Mercado Comum do Caribe (CARICOM, 1973)⁽⁸³⁾ como sucessora da Associação de Livre Comércio do Caribe (CARIFTA, 1965-1968). A seu turno, são ilustrativos de processos de **cooperação** latino-americana, e.g., o Tratado da Bacia do Prata (1969), o Tratado de Cooperação Amazônica (1978).

A antinomia ou dilema entre o bilateralismo e o multilateralismo parece ser mais aparente do que real. No continente americano, há, por um lado, os que hoje vislumbram um gradual distanciamento do bilateralismo (defensivo) do passado, e crescente tendência a atribuir maior importância ao multilateralismo como fator até certo ponto compensador ou neutralizador das desigualdades de poder no cenário internacional, paralelamente ao surgimento de interlocutores "viáveis" **vis-à-vis** a superpotência na região (como, e.g., Argentina, Brasil, México, Venezuela). Por outro lado, há os mais céticos que consideram que a OEA, como centro da diplomacia multilateral, não chega a afetar as relações bilateralmente orientadas **vis-à-vis** os Estados Unidos, favorecendo inclusive a conclusão de acordos e acomodações bilaterais; fala-se mesmo em um enfraquecimento da ação multilateral interamericana de cooperação para o desenvolvimento paralelamente a um processo de "bilateralização" nas relações entre os Estados Unidos e os países latino-americanos⁽⁸⁴⁾.

Mas a própria Assembléia Geral da OEA, instituída quando da reforma da Carta, visa justamente fomentar uma multilateralização da diplomacia latino-americana; consoante tal propósito, o artigo 138 da Carta, por exemplo, parece minimizar o bilateralismo⁽⁸⁵⁾ ao dispor que a assistência às reuniões dos órgãos permanentes da OEA ou às conferências e reuniões previstas na Carta ou realizadas sob os auspícios da OEA, obedece ao "caráter multilateral dos referidos órgãos, conferências e reuniões e não depende das relações bilaterais entre o governo de qualquer Estado-Membro e o governo do país-sede"⁽⁸⁶⁾. E ainda a favor do multilateralismo invoca-se a implementação, nos últimos anos, dos experimentos de cooperação lati-

(82) Cf. F. PEÑA, "El Régimen Jurídico de la Transformación de la ALALC en la ALADI", 7 *Integración Latinoamericana* (1982) n.º 65, pp. 33-36; R. BARROS CHARLÍN, "El Derecho de la Integración ante una Nueva Década: Análisis Comparativo de ALALC y ALADI", *Perspectivas del Derecho Internacional Contemporáneo*, vol. 3, Santiago, Instituto de Estudios Internacionales/Universidad de Chile, 1981, pp. 11-35.

(83) R. D. BAKER, "Latin American Economic Integration", *Regional International Organizations — Structures and Functions* (ed. P. A. Tharp Jr.), N.Y./Toronto/London, St. Martin's/MacMillan, 1971, pp. 230-242; e, mais recentemente, F. V. GARCÍA AMADOR, "Nuevas Dimensiones Institucionales de la Integración Económica en América Latina y el Caribe", *Perspectivas del Derecho Internacional Contemporáneo*, vol. 3, Santiago, Instituto de Estudios Internacionales/Universidad de Chile, 1981, pp. 57-79.

(84) Cf., para um relato de ambas as posições, A. A. GANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n. (9), pp. 175-176.

(85) Nesse sentido, C. SEPÚLVEDA, *op. cit.* supra n.(27), p. 122, e cf. pp. 133-134.

(86) Tem-se mesmo argumentado que vantagens econômicas seriam asseguradas pelos Estados latino-americanos antes pela via multilateral (se nela unidos) do que por transações bilaterais, recordando-se a esse respeito que os mecanismos de cooperação econômica multilateral não foram criados pela Carta da OEA, mas só surgiram bem depois. C. SEPÚLVEDA, *op. cit.* supra n. (27), pp. 125-126 e 101.

no-americana já mencionados (como o Tratado da Bacia do Prata e o Tratado de Cooperação Amazônica), assim como os de integração (como o Pacto Andino).

O dilema é, porém, em grande parte, de interesse sobretudo acadêmico. Em termos práticos não apresenta dificuldades intransponíveis. Conforme bem acentuou a Comissão Jurídica Interamericana em 1971, "muitos tratados multilaterais funcionam primordialmente nas relações bilaterais das partes" (87). Assim, por exemplo, "coincidem os artigos VI do Tratado da Bacia do Prata e XVIII do Tratado de Cooperação Amazônica ao declarar que o estabelecido no tratado não significará qualquer limitação a que as partes contratantes celebrem acordos bilaterais ou multilaterais visando a consecução dos objetivos comuns de cooperação" (88). Sob o experimento do Tratado da Bacia do Prata, já se firmaram tratados ou acordos entre as Partes Contratantes (e.g., o Tratado de Itaipu, entre Brasil e Paraguai, em 1973) (89), e mesmo o seu Comitê Intergovernamental Coordenador (CIC) é tão-somente um veículo permanente de decisões governamentais, executando decisões dos Ministros das Relações Exteriores (artigo III), resguardada a autonomia decisória de cada um dos governos. No caso do Pacto Amazônico, prevê seu artigo XXIII que sua supervisão ou implementação está a cargo de Comissões Nacionais Permanentes (dos próprios Estados) e não de um órgão internacional (ou secretaria) que nem sequer é criado; tais Comissões executariam decisões tomadas pelos Ministros das Relações Exteriores e pelo Conselho de Cooperação Amazônica. Apresenta, assim, o Pacto, características de "um amplo acordo-quadro", estabelecendo as coordenadas gerais da cooperação na região (90). E quanto ao Pacto Andino, sabe-se que recentemente os Ministros das Relações Exteriores dos países andinos estão "negociando cada vez mais com atores externos como um grupo" e enfatizando determinados temas tanto em suas relações bilaterais quanto em sua atuação nos organismos multilaterais (91) particularmente a partir do estabelecimento do Conselho Andino aos 12 de novembro de 1979 (92).

Outro exemplo pode ser encontrado no campo da solução pacífica de controvérsias internacionais, onde, conforme já visto, o Pacto de Bogotá, um tratado multilateral, prevê sua entrada em vigor (artigo LIII) mesmo no plano das relações bilaterais dos Estados que o ratificaram (93). Ainda outra ilustração é fornecida pelo Tratado para a Proscrição de Armas

(87) Comitê Jurídico Interamericano, *Recomendaciones e Informes — Documentos Oficiales*, vol. X (1967-1973), Washington, Secretaría General de la OEA, 1978, p. 365.

(88) J. E. GREÑO VELASCO, "Pacto Amazónico y Tratado de la Cuenca del Plata: Analogías y Diferencias", 165 *Revista de Política Internacional* — Madrid (1979), p. 91; L. MARÍAS OTERO, "El Tratado de Cooperación Amazónica", 166 *Revista de Política Internacional* — Madrid (1979), p. 68.

(89) Cf. Itaipu Binacional, *Natureza Jurídica da Itaipu*, 1978, pp. 9-101.

(90) R. RICÚPERO, "Tratado de Cooperação Amazônica", 3 *Relações Internacionais* — Brasília (1980) n.º 5, p. 5.

(91) E. G. FERRIS, "The Andean Pact and the Amazon Treaty: Reflections of Changing Latin American Relations", 23 *Journal of Interamerican Studies and World Affairs* (1981), n.º 2, p. 169.

(92) Dentre as atribuições do Conselho Andino figura precisamente a da formulação da política exterior conjunta dos países-membros no contexto geral do processo de integração sub-regional. Cf. F. V. GARCÍA AMADOR, *op. cit.* supra n. (83), p. 74; R. BARROS CHARLÍN, "El Derecho de la Integración ante una Nueva Década: Análisis Comparativo de ALALC y ALADI", *Perspectivas del Derecho Internacional Contemporáneo*, vol. 3, Santiago, Instituto de Estudios Internacionales/Universidad de Chile, 1981, p. 32.

(93) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n. (9), p. 177.

Nucleares na América Latina (Tratado de Tlatelolco, 1967), que pelo artigo 23 torna obrigatória para as Partes Contratantes a notificação ao Secretário do OPANAL de qualquer acordo internacional porventura concluído sobre questões que são objeto do Tratado; aliás, no tocante à utilização da energia nuclear, já se percebeu como tendência na região "a conclusão de acordos bilaterais que implicam transferência de tecnologia nuclear, em alguns casos incluindo o ciclo completo" (94).

Com efeito, o Tratado de Tlatelolco de 1967, que precedeu em mais de um ano o Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares, demonstra que é precisamente no âmbito regional que maior progresso se tem logrado na área do desarmamento (95) (ou mesmo não-armamento), em que se constitui no primeiro tratado do gênero dotado de um sistema de controle efetivo com órgãos permanentes próprios de inspeção (96), e o primeiro relativo a uma região de dimensão quase continental abrangendo territórios de grande densidade populacional (97) (diferindo assim, e.g., da zona de aplicação do Tratado da Antártida). Mas embora se trate de um tratado regional, cria um regime jurídico bem mais amplo em virtude de seu âmbito geral de aplicação assegurado pelos dois protocolos adicionais, voltados, o primeiro, aos Estados internacionalmente responsáveis por territórios situados na zona de aplicação do Tratado (98), e o segundo às potências nucleares (99). São, assim, regulamentadas tanto as relações entre Estados da região não dotados de armas nucleares, quanto as relações entre Estados da região e potências intra e extracontinentais possuidoras do poder nuclear (100).

Apesar das dificuldades encontradas até o presente na implementação do Tratado (101) (e.g., a não-adesão, até o momento, de Cuba e Guiana), é significativo o seu impacto no continente: embora uma análise comparativa entre os Tratados de Tlatelolco e de Não-Proliferação de Armas Nucleares (TNP) escape aos propósitos do presente estudo, o "relativo fracasso" da Conferência de Revisão do TNP (e.g., Genebra, 1975) "aumenta em conseqüência a importância do Tratado de Tlatelolco" (102). Há que se ter

(94) R. DÍAZ ALBÓNICO, "El Sistema de Seguridad Interamericana y sus Nuevos Desarrollos a través del Tratado de Tlatelolco", 13 *Estudios Internacionales* — Santiago (1980) n.º 51, p. 377. Também o artigo 13 faz referência a um sistema de salvaguardas mediante acordos multilaterais ou bilaterais concluídos com a AIEA (*ibid.*, p. 356). E cf. A. GARCÍA ROBLES, "Mésures de désarmement dans des zones particulières: le Traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique Latine", 133 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1971), p. 72.

(95) Outro exemplo sendo a desmilitarização estatuída pelo Tratado da Antártida: cf.: A. GARCÍA ROBLES, *op. cit.* supra n. (94), pp. 102-103.

(96) Na verdade, um sistema de "duplo controle", englobando não apenas os mecanismos de controle do OPANAL como também os acordos multilaterais ou bilaterais que cada parte contratante vier a negociar com a AIEA para a aplicação das salvaguardas desta a suas atividades nucleares. R. DÍAZ ALBÓNICO, *op. cit.* supra n. (94), p. 356; A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n. (9), pp. 169-171.

(97) A. GARCÍA ROBLES, *op. cit.* supra n. (94), p. 71, e cf. p. 56.

(98) Estados Unidos, França, Reino Unido, Países Baixos.

(99) Estados Unidos, União Soviética, França, Reino Unido, China Popular.

(100) R. DÍAZ ALBÓNICO, *op. cit.* supra n. (94), p. 347; A. GARCÍA ROBLES, *op. cit.* supra n. (94), pp. 81-82. Para o presente estado de ratificações do Tratado e seus dois Protocolos, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n. (9), pp. 170-171.

(101) Cf., e.g., J. L. HUSBANDS, "Nuclear Proliferation and the Inter-American System", *The Future of the Inter-American System* (ed. T. J. Farer), N.Y., Praeger, 1979, pp. 220-221 e 226-227. Para um estudo geral, cf., e.g., H. GROS ESPIELL, "El Tratado de Tlatelolco y el Organismo para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina", *Quinto Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*, OEA doc. OEA/Ser. Q/V/C 5, CJI-38, 1979, pp. 195-246.

(102) OPANAL, doc. CG/182, Conferencia General, *Informe del Secretario General*, maio 1977/abril 1979, parte II (circulação interna, mimeografado).

em mente que este último proíbe peremptória e permanentemente o uso, fabricação e armazenamento de armas nucleares na América Latina (artigo 1º), ao mesmo tempo em que consagra a utilização da energia nuclear com fins pacíficos (artigos 17-18) para o desenvolvimento econômico e social. O Tratado, como experimento latino-americano criado pelos Estados latino-americanos, “tem a vantagem especial de evitar o caráter amargo de muitas controvérsias correntes norte-sul sobre não-proliferação” assim como os receios de dominação por parte dos Estados Unidos⁽¹⁰³⁾ e demais potências nucleares.

Diversos são os indicadores dos possíveis novos rumos do sistema interamericano. A importância cada vez maior dada às questões de desenvolvimento econômico não apenas pode sobrepor-se à preocupação clássica com a segurança hemisférica como também realçar o papel de outros organismos internacionais (e.g., a UNCTAD, a Assembléia Geral da ONU) fora do sistema interamericano: recorde-se, a esse propósito, a emergência das relações norte-sul após o sucesso da OPEP, e a contribuição dos países latino-americanos ao movimento por uma nova ordem econômica internacional no processo de redação, em 1974, da Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados da ONU⁽¹⁰⁴⁾. Da crescente diversidade no continente — já nos referimos ao chamado “pluralismo ideológico”, supra — emergem atores razoavelmente independentes, buscando uma diversificação de seus vínculos — com países do terceiro mundo, Europa, países árabes, Japão — para os quais o sistema interamericano talvez já não seja um tema tão central⁽¹⁰⁵⁾. Esta diversidade entre os países latino-americanos é acompanhada paralelamente pelo declínio da influência ou hegemonia dos Estados Unidos na região.

Se procede a impressão de que as relações internacionais dos países da região tendem a “universalizar-se”, fazendo crescer em importância os foros globais de negociação, impõe-se então uma reavaliação dos pressupostos do regionalismo⁽¹⁰⁶⁾. Ora, no próprio *locus classicus* de operação do sistema interamericano, o da segurança hemisférica e assistência recíproca, se tomou consciência, nos últimos anos, da inadequação dos mecanismos estabelecidos ainda na década de quarenta às realidades e percepções dos novos tempos. Ao ser criada a CEESI, para uma reavaliação do sistema interamericano, em meados dos anos setenta, havia a consciência do desequi-

(103) J. L. HUSBANDS, *op. cit.* supra n. (101), p. 227. Cf. ainda, para estudos gerais, e.g.: H. GROS ESPIELL, “La Seguridad Colectiva en América Latina y el Tratado de Tlatelolco”, *Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Internacional*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1978, pp. 221-235; A. GARCÍA ROBLES, *El Tratado de Tlatelolco*, México, El Colegio de México, 1967, pp. 3-303; J. R. REDICK, “The Tlatelolco Regime and Non-Proliferation in Latin America”, 35 *International Organization* (1981) pp. 103-134.

(104) W. D. ROGERS, “A Note on the Future of the Inter-American System”, *The Future of the Inter-American System* (ed. T. J. Farer), N. Y., Praeger, 1979, pp. 21-26; Consultoria Jurídica de la OEA, *op. cit.* supra n. (31), p. 34.

(105) W. ROGERS, *op. cit.* supra n. (104), p. 23; R. J. BLOOMFIELD, *op. cit.* supra n. (51), p. 13. A América Latina parece hoje depender “mais do que nunca” do crescimento da própria economia mundial, W. BAER e D. V. COES, “Changes in the Inter-American Economic System”, *The Future of the Inter-American System*, *cit.* supra, pp. 35-53.

(106) Consultoria Jurídica de la OEA, *op. cit.* supra n. (31), pp. 33-35 e 5. Observe-se que no próprio BID “um número considerável de Estados fora do continente estão se tornando sócios, subscrivendo ações de capital para uso dos países em desenvolvimento da América Latina” (*ibid.*, p. 34).

líbrio do sistema refletido no predomínio da superpotência na região⁽¹⁰⁷⁾. Assim, algumas de suas propostas de reformas do TIAR são sintomáticas.

Já se havia desenvolvido a prática, desde o clássico caso da **Guatemala** em 1954, de que, no tocante à solução pacífica de controvérsias, o mecanismo regional interamericano teria que ser utilizado *antes* do da ONU; ora, a reforma do TIAR (artigo 2º), que ainda não entrou em vigor, veio lembrar os direitos e deveres dos Estados-Partes sob os artigos 34 e 35 da Carta da ONU (reconhecendo a competência do Conselho de Segurança), dando “visivelmente maior participação” ao sistema de segurança da ONU “no âmbito dos mecanismos do próprio TIAR”⁽¹⁰⁸⁾. Limitava-se, ainda mais, o sistema interamericano, porquanto só se poderiam aplicar as medidas de legítima defesa até que intervisse o Conselho de Segurança da ONU⁽¹⁰⁹⁾. Diversas críticas se voltaram a alguns dos dispositivos básicos do TIAR (como, e.g., os artigos 3º e 6º)⁽¹¹⁰⁾. Já em 1955 ponderava FENWICK que “o sistema de segurança coletiva só se pode manter enquanto houver a confiança de que os Estados Unidos respeitarão o princípio da igualdade dos Estados” e acatarão as medidas tomadas “com base unicamente em uma decisão do grupo regional”⁽¹¹¹⁾.

Decorridos vinte e sete anos, estas palavras parecem bastante atuais. Subjacente ao TIAR, instrumento da guerra fria, estava o pressuposto da ameaça de um inimigo comum (a União Soviética), pressuposto este que caiu por terra quando da invocação do TIAR no recente conflito no Atlântico Sul opondo a Argentina ao Reino Unido⁽¹¹²⁾. O princípio da solidariedade continental, em diversas ocasiões desde sua consagração na Conferência de Havana de 1940, tem-se afigurado como sendo muito mais latino-americano do que interamericano. No seio do sistema interamericano sempre perdurou uma tensão que remonta aos primórdios do pan-americanismo, com as correntes divergentes de BOLÍVAR e BLAINE. Quando da passagem do século, desfeitos os receios de intervenção direta por parte dos antigos poderes coloniais, foi para os Estados Unidos que as atenções e temores dos países latino-americanos se voltaram.

Talvez isto explique por que a doutrina, como fonte ou manifestação do direito internacional, encontra-se relegada a posição bastante modesta no direito internacional geral, ao passo que, no direito internacional ame-

(107) C. GARCÍA BEDOYA, “Comentarios sobre el Sistema Interamericano y las Reformas Planteadas por la Comisión Especial”, *Tercer Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*, OEA, doc. OEA/Ser. Q/V/C-3, CJI-30, 1976-1977, pp. 168-170.

(108) F. ORREGO VICUÑA, *op. cit. supra n. (12)*, p. 120; A. GÓMEZ ROBLEDO, “El Protocolo de Reformas al Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca”, *Tercer Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*, OEA, doc. OEA/Ser. Q/V/C-3, CJI-30, 1976-1977, pp. 135-137. (Estudo também publicado in *17 Foro Internacional* (1977) pp. 338-357).

(109) F. ORREGO VICUÑA, *op. cit. supra n. (12)*, p. 120.

(110) Ressaltou-se a ficção segundo a qual um ataque extracontinental contra um Estado americano seria tido como um ataque contra todos os Estados americanos (artigo 3º, sobre ataque armado). A delegação mexicana investiu-se contra o artigo 6º (sobre agressão distinta do ataque armado) por entender que qualquer ato poderia em última análise ser qualificado como agressão. Cf. também o novo artigo 9º do TIAR, para a incorporação a este da Definição de Agressão adotada em dezembro de 1974 pela Assembleia Geral da ONU. Enfim, observe-se a nova possibilidade de o Órgão de Consulta adotar, sob o TIAR, a par de sanções, também recomendações (artigo 23). Cf. A. GÓMEZ ROBLEDO, *op. cit. supra n. (108)*, pp. 137-153.

(111) Ch. G. FENWICK, *op. cit. supra n. (2)*, p. 56.

(112) H. JAGUARIBE, “Reflexões sobre o Atlântico Sul: América Latina e Brasil ante a Desarticulação do Sistema Interamericano”, Rio de Janeiro, IEPES, 1981, pp. 16-17 e 21 (mimeografado, não publicado).

ricano, passa-se o oposto, assumindo uma dimensão muito maior: é que no contexto regional revela uma postura nitidamente defensiva (e.g., as doutrinas Drago e Calvo), por vezes cristalizando-se tanto em normas consuetudinárias quanto convencionais⁽¹¹³⁾. Enquanto os Estados Unidos aderiam ao monroísmo — que, conforme se observou nos debates da XX Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, de abril de 1982, é letra morta há muito mais tempo do que se supõe⁽¹¹⁴⁾ —, os Estados latino-americanos insistiam no princípio da não-intervenção. Mas o sistema interamericano ao menos possibilitou a condução das relações internacionais entre atores de poderio tão ostensivamente desigual⁽¹¹⁵⁾.

Mas este próprio afã de, pelo sistema regional, tentar-se neutralizar a hegemonia e o predomínio da superpotência na área, revela a assimetria e o desequilíbrio latentes do sistema⁽¹¹⁶⁾ e nos convida a uma reavaliação de seus próprios fundamentos. Se refletirmos sobre a consciência do regionalismo a que nos referimos no início do presente estudo (cf. supra), veremos que ela refletia os anseios dos países latino-americanos: assim, por exemplo, o êxito, na Conferência de San Francisco, da consagração do direito de legítima defesa (coletiva) e prioridade da solução pacífica regional (artigos 51-52 da Carta da ONU) se deveu à ação conjunta do antigo bloco latino-americano na ONU; os Estados Unidos, poder global, tinham seu próprio alinhamento, distinto, cujas posições nem sempre coincidiam com as dos latino-americanos⁽¹¹⁷⁾.

Recorde-se, por exemplo, que, na década de trinta, os Estados Unidos só aceitaram o princípio da não-intervenção depois de muita hesitação; mais recentemente, quatro décadas após, só aceitaram o princípio do “pluralismo ideológico” sob pressão⁽¹¹⁸⁾, além de resistirem ao projeto de Convenção sobre Segurança Econômica Coletiva⁽¹¹⁹⁾. A tensão básica latente no sistema interamericano pode talvez ter refletido no próprio processo de interpretação dos poderes atribuídos aos órgãos da OEA.

Assim, por exemplo, em 1950, quando pela primeira vez a questão do alcance das faculdades do Conselho da OEA foi remetida à Comissão Jurídica Interamericana, afirmou esta que na OEA não havia “delegação alguma de soberania” dos Estados do continente, carecendo o sistema interamericano “em absoluto de órgãos executivos” e só contendo “órgãos de cooperação”; nesta linha de pensamento, foi a Comissão do parecer de que **nenhum** dos órgãos da OEA desfrutava de “faculdades imanentes”

(113) E.g., a contribuição da tese de Drago para o princípio da proibição geral do uso da força nas relações internacionais, hoje consagrado no artigo 2.º (4) da Carta da ONU. C. SEPÚLVEDA, *op. cit.* supra n.(23), pp. 77-84.

(114) Cf. intervenção do representante venezuelano, in: OEA, doc. OEA/Ser.F/II.20, doc.20/82, de 26 de abril de 1982, p. 13. Cf. também R. J. Bloomfield, *op. cit.* supra n.(51), p. 12, para outro exemplo, a saber, o da ascensão do regime de Castro em Cuba, em violação da doutrina Monroe.

(115) Cf., nesse sentido, e.g., R. J. BLOOMFIELD, *op. cit.* supra n.(51), pp. 5-6.

(116) Cf., nesse sentido, e.g., C. SEPÚLVEDA, *op. cit.* supra n. (15), pp. 38-40 e 74-75.

(117) Um analista chegou mesmo a afirmar que “a tarefa mais importante em San Francisco era a de obter um acordo entre os porta-vozes dos Estados Unidos que enfatizavam a primazia da organização mundial e os que compartilhavam da preocupação latino-americana em prol da autonomia regional”; I. L. CLAUDE Jr., “The OAS, the UN and the United States”, 547 *International Conciliation* (1964), p. 7.

(118) R. J. BLOOMFIELD, *op. cit.* supra n.(51), pp. 8 e 13.

(119) Conceito este que passou a figurar no texto reformado do TIAR (artigo 11). Cf. S. H. ROGERS, “Trade Relations in the Inter-American System”, *The Future of the Inter-American System* (ed. T. J. Farer), N. Y., Praeger, 1979, p. 59; A. GÓMEZ ROBLEDO, *op. cit.* supra n.(108), pp. 154-155.

ou tácitas, só podendo exercer as funções que lhes tivessem sido **expressamente** outorgadas ⁽¹²⁰⁾. É pertinente lembrar que este parecer da Comissão Jurídica Interamericana data do ano seguinte ao do clássico parecer da Corte Internacional de Justiça no caso das **Reparações de Danos** (1949), em que logrou obter reconhecimento judicial a doutrina dos **poderes implícitos**, a partir de então consistentemente invocada pelos órgãos da ONU. Configurava-se, assim, um nítido descompasso entre o processo de interpretação dos poderes atribuídos aos órgãos da ONU e aos da OEA ⁽¹²¹⁾. O processo, na organização regional, encontrou muito mais resistência.

Mas a matéria seguiria evolução distinta na OEA, a partir de novo parecer, de 1960, da Comissão Jurídica Interamericana. A questão foi retomada pelo delegado norte-americano, fazendo a proposta referência a "funções implícitas" do Conselho da OEA ⁽¹²²⁾. Desta feita, a Comissão Jurídica admitiu que o Conselho da OEA poderia interpretar se determinado caso submetido a seu conhecimento recairia sob sua competência (a chamada "competência da competência"); ademais, a Comissão levou em conta a própria prática do Conselho da OEA como elemento para interpretação dos poderes a ele atribuídos ⁽¹²³⁾. Em comentário significativo, ponderou a Comissão que, se por ocasião do parecer de 1950 (supra) o tema da competência do Conselho aparecia "vinculado a orientações políticas diversas", esta circunstância não mais se apresentava, decorrida uma década ⁽¹²⁴⁾.

Pode parecer coincidência, mas os anos que imediatamente se seguiram testemunharam a suspensão do governo cubano da OEA, e a intervenção na República Dominicana. Nos anos sessenta o sistema interamericano exerceu um papel importante nos assuntos do hemisfério, mediante uma espécie de "barganha", em forma de uma aliança entre alguns Estados latino-americanos e os Estados Unidos em troca de sua assistência para o desenvolvimento ⁽¹²⁵⁾. Mas, com a crescente autoconsciência dos países latino-americanos, a diversificação de seus contatos internacionais e o declínio da hegemonia dos Estados Unidos na região (mesmo como fornecedor de armas), a história não exatamente se repetiu nos últimos anos, conforme ilustrado pelos recentes casos da Nicarágua (1979) e de El Salvador (1981), pelo menos no que diz respeito à atuação da OEA. O efêmero "consenso" dos anos sessenta, entre alguns Estados latino-americanos e os Estados Unidos, não mais existia. É possível, no entanto, que a questão do alcance dos poderes dos órgãos da OEA venha a tomar rumo distinto do inaugurado na década de sessenta: das atas e relatórios da Subcomissão da Comissão Geral do Conselho Permanente da OEA acerca da revisão e coordenação

(120) Comité Jurídico Interamericano, **Recomendaciones e Informes — Documentos Oficiales**, vol. III (1949-1953), São Paulo, Empr. Gráf. Rev. dos Tribunais, 1955, pp. 188, 190-192, 196-197, 201, 208-209 e 215.

(121) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n.(9), p. 73.

(122) Cf. Comité Jurídico Interamericano, **Recomendaciones e Informes — Documentos Oficiales**, vol. VII (1960-1961), Rio de Janeiro, CJI, 1964, pp. 47-49.

(123) *Ibid.*, pp. 50 e 53.

(124) *Ibid.*, p. 59-60 e 54. Em explicações de voto, o membro norte-americano referiu-se aos "poderes enumerados e implícitos" do Conselho da OEA (*Ibid.*, pp. 60-61), ao passo que o argentino ponderou que a interpretação da Comissão equivalia à que prevaleceu na prática (*Ibid.*, p. 62). Para um estudo interpretativo geral, cf. A. V. W. THOMAS e A. J. THOMAS Jr., "The Rule-Making System of the OAS", **Regional International Organizations — Structures and Functions** (ed. P. A. Tharp Jr.), N. Y./Toronto/London, St. Martin's/McMillan, 1971, pp. 109-140.

(125) R. J. BLOOMFIELD, *op. cit.* supra n.(51), p. 17.

dos projetos de reformas à Carta da OEA e ao Pacto de Bogotá (novembro de 1975), consta uma proposta no sentido de restringir os poderes da Organização àqueles que lhe são **expressamente** outorgados, rejeitando qualquer interpretação extensiva de suas normas, e restringindo assim o poder de intervenção da própria OEA (126).

As observações acima nos conduzem a nossas derradeiras ponderações, antes em forma de indagações do que conclusões. Podem os objetivos de segurança coletiva e desenvolvimento econômico-social se complementar, mediante os atuais mecanismos do sistema interamericano? O recente conflito anglo-argentino no Atlântico Sul (em cujos méritos nos abstivemos de entrar) pode ter contribuído para despertar a consciência dos países do continente para sua própria vulnerabilidade face ao mundo exterior. Assim, podem eles — ao menos os países da América do Sul — partir em busca direta de outras alternativas (127), ou tentar outorgar maior poder de atuação ao sistema da ONU, como atitudes complementárias de segurança (128). Por outro lado, podem os Estados latino-americanos prescindir totalmente do sistema regional existente? Não serviu o sistema interamericano para cristalizar alguns princípios básicos, como o da não-intervenção (129), inibir os usos do poder pelos Estados individualmente, viabilizar as relações entre Estados de poderio desigual, e coordenar posições conjuntas ao menos de países solidários e com afinidades históricas e culturais (como os de tradição ibérica)? Um desmantelamento puro e simples do sistema interamericano não poderia, a médio e longo prazos, levar alguns Estados latino-americanos a buscar uma acomodação de interesses com os Estados Unidos, ou outras potências, pela via do bilateralismo — preferida dos poderosos para reforçar alinhamentos e dependências —, precipitando, assim, um desenvolvimento ainda menos harmônico e mais discrepante dos países da região? O quadro atual sugere que, na **cooperação para o desenvolvimento** (130), assim como na proteção dos direitos humanos fundamentais (o mínimo universal), residem as áreas verdadeiramente promissoras para o futuro do sistema regional.

(126) Cf. OEA, doc. OEA/Ser.G., CP/CG-628/75, de 21 de novembro de 1975, in: Consejo Permanente de la OEA, *Acta de la Sesión Extraordinaria Celebrada el 1.º de Diciembre de 1975*, Washington, Secretaría General de la OEA, 1975, pp. 95-96. Cf. também OEA, doc. OEA/Ser.G., CP/ACTA 187/75, 189/75, 164/75; e, para um estudo da reestruturação do sistema interamericano, caberia aqui citar também os seguintes documentos da OEA: OEA/Ser.P. CEESI/Subcom. I/doc. 99/74, rev. 3, e doc. 60/74, rev. 1; CEESI/Subcom. I/ACTA 67/74, 68/74, 69/74, 71/74, 72/74.

(127) Cf. F. ORREGO VICUÑA, *op. cit. supra* n.(12), p. 124, para referência à diplomacia da "Segurança nacional" de alguns países sul-americanos; cf. também H. JAGUARIBE, *op. cit. supra* n.(112), pp. 27-28, 34 e 36, para referência a um "sistema integrado de defesa" na América do Sul (p. 36). Nessa hipótese, é possível que os militares em alguns dos países sul-americanos voltassem a ocupar-se de sua tarefa própria de defesa nacional (externa), deixando a tarefa de "contra-insurgência" (interna) a quem de competência (pp. 32, 34 e 43-44), objetivo hoje tão desejado pela sociedade civil.

(128) Cf. *supra* a respeito, ponderações acerca da reforma do TIAR. Um problema que surge é o da viabilidade ou não de aplicação do TIAR a "Estados americanos" (membros da OEA) que não sejam Partes ao TIAR, suscetível de interpretações distintas. Naturalmente que a questão da segurança hemisférica não se exaure no TIAR, bastando aqui citar, por exemplo, o Tratado de Neutralidade Permanente e Funcionamento do Canal de Panamá (1977, em vigor desde 1.º de outubro de 1979), e o Tratado da Antártida.

(129) Consultoría Jurídica da 1.ª OEA, *op. cit. supra* n.(31), p. 23: o princípio da não-intervenção como "um dos postulados maiores do direito internacional americano" e a "pedra angular" de todo o sistema interamericano.

(130) Para um relato do projeto de Convenção sobre Segurança Econômica Coletiva e do projeto de Convenção Interamericana sobre Cooperação para o Desenvolvimento, por exemplo, cf., e.g., C. GARCÍA BEDOYA, *op. cit. supra* n.(46), pp. 175-178; F. ORREGO VICUÑA, "La Seguridad Económica Internacional: Una Alternativa para un Orden Mundial Solidario", *Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Internacional*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello/Facultad de Derecho, 1979, pp. 627-629.

La tensión entre la cooperación política europea y las comunidades europeas durante la crisis del Atlántico Sur

NATAN ELKIN

Pesquisador do Centro de Estudos Europeus da Universidade Católica de Louvain.

Stalin se habría preguntado sobre la cantidad de divisiones de soldados que disponía el Vaticano para considerar seriamente la capacidad de la Santa Sede en influir sobre las relaciones internacionales. Treinta años después de su muerte, el General Jaruzelsky quizás pueda darle alguna respuesta.

Si alguien se pregunta cuáles son los recursos bélicos de las Comunidades Europeas, el General Galtieri también sabrá encontrar una solución a tal inquietud.

Más allá de fórmulas ideológicas y del vocabulario político, hace falta establecer cuáles son los mecanismos por los cuales una entidad cuya vocación parece limitada a sus propósitos económicos, mercantilistas, adquiere progresivamente una estatura política que le permite intervenir en controversias que, a simple vista, parecía no estar destinada.

Hace falta hacer una reserva fundamental: la experiencia comunitaria provoca en los latinoamericanos una reacción pasional. Unos adjudicarán a las Comunidades todas las calamidades por el mal funcionamiento de sus exportaciones a Europa. Otros copiarán sin ninguna crítica los instrumentos comunitarios y repetirán los discursos con la esperanza de que se produzca el mismo fenómeno integracionista en América Latina (1).

Trabalho apresentado pelo Autor no Instituto Universitário de Estudos Europeus de Turim, Itália, por ocasião de seu Seminário Internacional sobre "O Conflito das Malvinas e Suas Repercussões nas Relações Internacionais Europeias e Latino-Americanas".

(1) Ya expuse mis reservas sobre la posibilidad de usar el "modelo" institucional y jurídico de las Comunidades Europeas en América Latina, en ELKIN, N. "La integración como desafío a la imaginación", pp. 259-260 in *Centre d'Études Européennes, Nouvelles Perspectives de l'Intégration Latinoaméricaine*, Bruxelles-Louvain, 1980, y "La relación entre el derecho y la integración económica" in *Revista del Derecho Industrial*, 1981, pp. 565 y siguientes.

Sin embargo, en América Latina, nadie es indiferente a los logros de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas, Estados que han sabido tan bien hacerse la guerra y que ahora construyen sobre bases democráticas la Unión Europea.

Esta comunicación propone un análisis de la dialéctica entre cooperación política y la integración económica. Los mecanismos de la integración económica europea son suficientemente conocidos. Paralelamente, los Estados Miembros han definido el contenido de la Cooperación Política Europea (CPE) y establecido mecanismos para lograr posiciones comunes en materias que no fueron previstas en los tratados de París y Roma. Esta situación merece un análisis comparativo con lo que acontece entre los países de América Latina cuando deben fijar una posición ante una situación internacional.

Luego de repasar algunos antecedentes, se estudia la actitud de los Diez durante la crisis del Atlántico Sur.

Definición de la CPE

Paralelamente a los objetivos de integración económica, fijados en los tratados constitutivos de las tres Comunidades Europeas (CECA, CEE y EURATOM), los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados Miembros solicitaron a los Ministros de Relaciones Exteriores de "étudier la meilleure manière de réaliser des progrès dans le domaine de l'unification politique, dans la perspective de l'élargissement" (Reunión Cumbre de La Haya, diciembre 2 de 1969).

Casi un año más tarde, los Ministros establecen los objetivos de la CPE:

"assurer par une information et des consultations régulières une meilleure compréhension mutuelle sur les grands problèmes de politique internationale;

... renforcer leur solidarité en favorisant une harmonisation des points de vue; la concertation des attitudes et, lorsque cela apparaîtra possible et souhaitable, des actions communes" (Informe de Luxemburgo, llamado "Rapport Davignon" del 27 de octubre de 1970).

Se expresa, en 1973, el principio fundamental de una cooperación política: cada Estado se compromete a no fijar definitivamente su propia posición sin haber consultado a los otros Estados Miembros (segundo informe de los Ministros... llamado Informe de Copenhague, de julio 23 de 1973).

Pese a la importancia de la CPE, su definición tiene entonces un carácter residual: todo aquello que realicen los Estados (Miembros de las Comunidades Europeas) fuera de los mecanismos previstos en los tratados y por la práctica comunitaria, y que se refiere a asuntos que no sean de atribución explícita o implícita de las Comunidades. Esta definición residual favorece la imbricación entre la cooperación política y la integración económica.

Sin embargo, y en la medida de lo posible, se debe diferenciar entre aquello que es el resultado de una actividad comunitaria y aquello que no puede ser imputado a las Comunidades Europeas, sino a los Estados Miembros, los Diez, actuando fuera del ámbito comunitario.

La sutileza es fundamental ya que la CPE dispone de mecanismos distintos y sus alcances son otros que los de las Comunidades.

El analista latinoamericano debe entonces estar preparado a que los Estados Miembros adopten una posición conjunta en todos los campos de las relaciones internacionales: la solidaridad económica que alcanzaron los Diez tendrá inmediatamente una contrapartida política.

Mecanismos de la CPE

Para lograr establecer una posición común, los Diez establecieron las siguientes instancias intergubernamentales:

- el Consejo Europeo;
- las “reuniones informales” de Ministros de Relaciones Exteriores (tipo *Gymnich*);
- las reuniones ministeriales regulares;
- el Comité Político (CoPo);
- el Grupo de corresponsales europeos;
- los Grupos de trabajo;
- la concertación de los Embajadores en terceros países;
- los “briefings”.

El *Consejo Europeo* es la reunión que efectúan tres veces por año los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados Miembros. En la reunión del Consejo Europeo (denominada “reunión cumbre”, *sommet*) se tratan temas comunitarios y de cooperación política. Los participantes son libres de abordar cualquier asunto, vanalizando de esta manera los contactos *al más alto nivel*.

El Consejo Europeo puede adoptar en circunstancias particulares una declaración sobre algún tema que interese directamente a los países de América Latina (por ej., situación política en América Central, derechos humanos). Sin embargo, el Consejo Europeo no otorga ninguna prioridad particular a América Latina (contra: Medio Oriente, Polonia, Afganistán, relaciones con Estados Unidos etc.).

Las *reuniones ministeriales “tipo Gymnich”* (*Gymnich*, en RFA, es donde se hace el primer encuentro de este tipo) son reuniones informales, sin orden del día y sin otros funcionarios presentes. Las deliberaciones son confidenciales, la prensa es informada únicamente de los temas autorizados.

Las *reuniones ministeriales formales* se suceden dos veces por semestre y disponen de un orden del día para tratar “solamente los temas de importancia mayor” (Informe Carrington, de octubre 13 de 1981). Cuando se publica una declaración, se establece también cuales serán los terceros países que recibirán una información oficial de la misma.

El *CoPo*, Comité Davignon, es el órgano central de la CPE. Está formado por los Directores de Política de los Ministerios de Relaciones Exteriores. El *CoPo* es responsable de la orientación de los Grupos de Trabajo y de la preparación de las discusiones ministeriales. El *CoPo* se reúne normalmente una vez

por mes. También se tienen reuniones complementarias al margen de ciertas reuniones ministeriales.

El *Grupo de corresponsales* prepara las reuniones del CoPo. Está formado por un funcionario de cada cancillería, quien depende directamente del Director de Política. El Grupo de corresponsales prepara un resumen de las conclusiones de las reuniones ministeriales.

Los *Grupos de trabajo* están formados por expertos nacionales, cuyas competencias son regionales (América Latina, África, Asia, Mediterráneo, Medio Oriente), sectoriales (Naciones Unidas, por ej.) o especiales (Jefes de Protocolo, Comunicaciones etc.). Los informes de los grupos de trabajo se elevan — con un sumario... — al CoPo.

La *concertación de los Embajadores* en terceros países es la reunión frecuente de los Jefes de Misión de los Estados Miembros en los distintos puestos diplomáticos: “al examinar sus reacciones ante una evolución significativa en el país ante el cual están acreditados, su primer instinto (1) debería ser el de coordinarse con sus colegas de los Diez” (Informe Carrington, citado). El CoPo debe estar atento a los informes conjuntos y a las recomendaciones eventuales de los Jefes de Misión.

Los *briefings* son los contactos en las capitales de los Diez entre los nueve Jefes de Misión de los Estados Miembros y los más altos responsables del Estado Miembro ante el cual están acreditados, para informarse de asuntos especiales (visitas oficiales, por ej.).

Se debe también tener en cuenta que la *presidencia* de la CPE está en manos del Estado Miembro que preside el Consejo de las Comunidades Europeas. La presidencia es semestral, rotativa por orden alfabético. Luego de muchas dudas, se estableció que un equipo de funcionarios de la presidencia anterior y de la presidencia sucesiva secunden a la Cancillería que tiene la función.

Aparte de estas instancias, se debe mencionar el sistema de comunicación por telex cifrados (COREU), por donde pasan cerca de cinco mil mensajes anuales.

Hace falta tres Estados Miembros para desencadenar un “mecanismo de crisis”: en tal caso, el CoPo, o eventualmente una reunión ministerial, se realiza dentro de las 48 horas. El mismo procedimiento se aplica entre los Jefes de Misión en los puestos diplomáticos. “Para mejorar la capacidad de los Diez de reaccionar en casos urgentes, los grupos de trabajo son estimulados a analizar los ámbitos de crisis potencial y a preparar una serie de reacciones posibles de los Diez.”

La crisis del Atlántico Sur puso a prueba todos estos mecanismos de la CPE: la presidencia belga contó con la asistencia de funcionarios británicos que habían ocupado la presidencia anterior. El CoPo se reunió el 9 de abril, decidió el embargo sobre las ventas de armas, y adoptó el principio de “prohibir toda importación originaria de Argentina en la Comunidad”. A partir de este momento, se reúne una instancia comunitaria, el COREPER (Comité de Representantes Permanentes) que discutirá — en conformidad con los tratados comuni-

tarios — distintas alternativas técnicas, hasta que el 15 de abril, el Consejo (de ministros, instancia comunitaria) adopta el embargo total (2).

La primera reacción de una instancia comunitaria fue del 6 de abril: la Comisión de las Comunidades Europeas condena la intervención armada "contra un territorio británico ligado a la Comunidad" (3). Desde el 22 de abril, el Parlamento europeo tratará el asunto (4).

Sin analizar las reuniones que se sucedieron, en todas las instancias, para lograr una posición unida, lo que ya se puede observar es que la CPE cumplió con los objetivos que se habían fijado los Diez: en el menor tiempo posible, lograr un pronunciamiento único, sobre una crisis grave.

Análisis comparativo

El analista latinoamericano debe detenerse en la estructura de la CPE y comparar con los instrumentos que disponen los países de América Latina.

Ante todo conviene notar la multiplicidad de instancias horizontales de cooperación: sin menospreciar las distintas reuniones ministeriales, las Cancillerías comunitarias están obligadas a un ejercicio constante de cooperación mutua. Por otra parte, se nota que faltan entre los países de América Latina los elementos estabilizadores que resultan de la misma presidencia en todas las instancias de consulta, y de la presencia de la Comisión en todas las deliberaciones.

El Consejo Latinoamericano (artículos 9 y siguientes del Convenio Constitutivo del SELA) es la única instancia ministerial, cuyas reuniones son consecuencia de las circunstancias regionales y/o internacionales, más que un recurso permanente de concertación.

También se puede notar que los GRULAs (Grupo Latinoamericano) disponen de una autonomía superior que la concertación de Embajadores comunitarios. Esto último implica un riesgo muy grande de dispersión de la expresión latinoamericana, ya que resulta condicionada por la situación particular en cada puesto (el GRULA ante las Comunidades, en Bruselas, puede ser contradictorio con el GRULA en una capital de los Diez, por ej.).

En la medida que se desee que la expresión de la solidaridad económica latinoamericana sea paralela y coherente con la solidaridad política, hace falta llenar el vacío institucional (unificar las presidencias en todos los puestos, dar participación efectiva a la Secretaría Permanente del SELA y a los órganos de

(2) V. ELKIN, N. *La actitud de las Comunidades Europeas ante el conflicto de las Malvinas*, estudio solicitado por el Instituto para la Integración de América Latina (INTAL), Louvain-la-Neuve, julio de 1982.

(3) Las Islas Falklands (Malvinas) y dependencias son un territorio que figura en la parte IV del Tratado CEE, y las Comunidades Europeas lo consideran como "territorio de ultra-mar asociado", sin pronunciarse sobre el status territorial definitivo.

(4) La influencia del Parlamento europeo sobre la CPE es un tema que no fue abordado en este ensayo. Sin embargo, todo observador debe estar atento a la actividad parlamentaria ya que es en esta instancia comunitaria donde constantemente se abordan aspectos políticos, sin que los Parlamentarios se preocupen mayormente de las atribuciones específicas de las Comunidades.

integración y cooperación regional, por ej.). Al mismo tiempo, convendría mejorar los mecanismos de coordinación entre las Cancillerías latinoamericanas.

La experiencia de la crisis del Atlántico Sur

La CPE es un mecanismo estrictamente intergubernamental que expresa la solidaridad política de los Diez. Se diferencia de la actividad comunitaria ya que esta determina la solidaridad económica, conforme a compromisos jurídicos establecidos en los tratados y en los instrumentos derivados.

Importa ahora establecer la relación práctica entre estos dos niveles. Estos niveles se pueden separar únicamente para facilitar el análisis. En su tratamiento diario, y en materias tan contingentes, las diferencias pueden parecer meramente académicas.

Antecedentes

Conviene analizar la actitud de los Diez frente a Irán (durante la detención de diplomáticos estadounidenses) y frente a la Unión Soviética (Afghanistan, Polonia), antecedentes directos e inmediatos para comprender la reacción comunitaria frente a la crisis del Atlántico Sur.

En una "reunión informal", los Ministros de Relaciones Exteriores decidieron el embargo sobre todos los contratos concluidos con Irán luego del 4 de noviembre de 1979: "Los Ministros permanecen en estrecha consulta, conforme al artículo 224 del Tratado de Roma" (Declaración de Nápoles, mayo 17-18 de 1980):

Art. 224 TCEE: Les États Membres se consultent en vue de prendre en commun les dispositions nécessaires pour éviter que le fonctionnement du marché commun ne soit affecté par les mesures qu'un État Membre peut être appelé à prendre en cas de troubles intérieurs graves affectant l'ordre public, en cas de guerre ou de tension internationale grave constituant une menace de guerre, ou pour faire face aux engagements contractés par lui en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationale.

Art. 225: Si des mesures prises dans les cas prévus aux articles 223 et 224 ont pour effet de fausser les conditions de la concurrence dans le marché commun, la Commission examine avec l'État intéressé les conditions dans lesquelles ces mesures peuvent être adaptées aux règles établies par le présent traité.

Esta Declaración es un acto que se debe imputar a la CPE, cada Estado Miembro, individualmente, debe conformarse al embargo. Las medidas que sucesivamente adoptaron los Estados son de carácter nacional. Al hacerse alusión al artículo 224 del Tratado CEE, se desea expresamente dejar fuera de la controversia todas las políticas atribuidas a las Comunidades Europeas. La Comisión confirma lo anterior cuando dice que "luego de las decisiones adoptadas por las reuniones ministeriales... las medidas económicas nacionales respecto de Irán fueron objeto de varias reuniones de un Grupo de trabajo de expertos

en cuyo seno la Comisión procedió sobre la base de los artículos 224 y 225 del Tratado CEE, a examinar la conformidad de esas medidas nacionales con el conjunto de la reglamentación comunitaria" (5).

Dejando de lado los resultados políticos de la Declaración de Nápoles, conviene recordar que los exportadores europeos estaban prevenidos de la eventualidad de un embargo: las exportaciones comunitarias aumentaron 106% (entre enero/mayo de 1980) y ante el embargo, las mercaderías tomaron caminos indirectos para llegar a Irán.

La intervención soviética en Afghanistan ocurrió un 27 de diciembre: los comentaristas son unánimes en considerar que las vacaciones invernales y, en menor medida, la rotación de la Presidencia (Irlanda-Italia) retardaron una acción común. La actitud de los Diez estuvo condicionada por la iniciativa estadounidense de suspender las exportaciones de cereales (más allá de las 8 millones de toneladas anuales consentidas por el Acuerdo cerealero URSS-EUA, de enero 20 de 1975). También se debe notar que la actitud de los Diez consistió únicamente en "fijar el principio de que los envíos comunitarios no deben reemplazar, directa o indirectamente, las ventas de los Estados Unidos hacia el mercado de la URSS". La Declaración instruyó a la Comisión para que se adopten otras medidas respecto del intercambio agrícola con la Unión Soviética "respetando las corrientes comerciales tradicionales".

En este caso hubo confusión total entre las deliberaciones de la CPE y de las Comunidades: a la reunión del 15 de enero de 1980, asistían los Ministros (reunidos en Consejo de las Comunidades Europeas), los Directores de Política y los Representantes Permanentes de los Estados Miembros. Dejando de lado este aspecto formal, se observa que la solidaridad política se expresó mediante el condicionamiento de la Política Agrícola Común (PAC). La PAC es resultado de la solidaridad económica.

A diferencia del caso "Irán", la Comisión tendrá ahora un rol preponderante, en su calidad de administradora de las adjudicaciones de ventas de cereales a los países del Este (6). "La única consecuencia realmente perceptible de este embargo sobre los cereales, fue, para la Unión Soviética, el encarecimiento de las importaciones provenientes de terceros países (Argentina, Canadá y Australia). Se estima que el gasto suplementario que la URSS debió consentir se eleva a alrededor de 1 mil millones de dólares" (7).

(5) V. 14º *Rapport Général CE* (1980), p. 302.

(6) Hace falta bastante perspicacia para descubrir que, por ejemplo, el Reglamento (CEE) nº 70/80 de la Comisión "modificando el Reglamento (CEE) nº 2293/79 en lo que se refiere a la adjudicación de la restitución a la exportación de sorgo hacia los países de las Zonas I, II, III, IV, V y VI" (JO nº L 11/80) es una medida destinada a suprimir a los países del Este europeo y a la URSS de los destinos para los que las ventas de sorgo pueden recibir una subvención comunitaria. V. el resumen de las medidas comunitarias en el *Boletín CE* 1/1980, pp. 31-32.

(7) *Parlement européen. Documents de séance. Rapport SEELER... sur la signification et les effets des sanctions économiques notamment l'embargo commercial et du boycottage, sur les relations extérieures de la CEE.* PE. 76.096 déf. p. 33 del 8 de abril de 1982.

Una cifra similar debió desembolsar la Administración estadounidense para indemnizar a los agricultores (8). Las pérdidas de la Comunidad fueron algo menores.

Las instancias comunitarias manifestaron su apoyo al proceso político-sindical en Polonia, mediante el envío de alimentos, asistencia humanitaria de urgencia y donación de carnes. Desde la proclamación del "estado de guerra" (diciembre 13 de 1981), los Diez se declaran "afectados" (diciembre 14-15) y expresan su reprobación.

Sin embargo, el "Comunicado Final" de la reunión ministerial del 4 de enero de 1982 dice que "los ministros toman nota de las medidas económicas decididas por el gobierno de Estados Unidos contra la URSS. Los Diez proceden, a tal efecto, a concertaciones estrechas y positivas con el gobierno de Estados Unidos y los gobiernos de otros países occidentales, para precisar cuáles son las decisiones que mejor sirven a sus objetivos comunes y evitar todo aquello que tendría una naturaleza que comprometiese sus acciones respectivas" (9).

La Política Comercial Común servirá a los Estados Miembros para limitar sus importaciones originarias de la URSS (afectando a 60 productos). En la perspectiva de una crisis prolongada, las medidas fueron adoptadas desde el 15 de marzo hasta el 31 de diciembre de 1982 (10).

Pero la originalidad de este caso consiste en que un Estado Miembro (Grecia) obtuvo que se suspendan los efectos de la medida comunitaria, en lo que se refiere a su propia participación a la acción común (11).

Ante la falta de un acuerdo unánime en un asunto político (competencia CPE), Grecia obtiene que se manifieste claramente su oposición en una materia económica (competencia CEE). La consecuencia de la "reserva" formulada por Grecia es que se desnaturaliza un acto comunitario: un Reglamento es, por definición, un acto general, obligatorio en todos sus elementos, directamente aplicable en todo Estado Miembro (artículo 189 del Tratado CEE). Jurídicamente nada impedía a los Estados Miembros de excluir — mediante un acto posterior de igual jerarquía — a un Estado Miembro del alcance de un acto anterior. Este formalismo interesa en la medida en que la solidaridad económica está sometida a un ordenamiento jurídico autoritario, mientras que la solidaridad política se expresa cuando existe unanimidad.

Estos tres episodios deben ser tenidos en cuenta para abordar la dialéctica solidaridad política/solidaridad económica durante la crisis del Atlántico Sur.

(8) V. WALCWAK, J. R. "Legal Aspects of the USSR Grain Embargo". in *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 10, nº 21, Winter 1981, p. 279.

(9) V. texto en *Boletín CE* 12-1981, p. 13.

(10) V. el Reglamento (CE) nº 596/82 en JO L 72/15 del 16 de marzo de 1982. Las medidas fueron renovadas hasta el 31 de diciembre de 1983, V. JO L 365 del 23 de diciembre de 1983.

(11) V. el Reglamento (CEE) nº 597/82 in JO nº L 72/19 del 16 de marzo de 1982.

La actitud de los Diez durante la crisis del Atlántico Sur

Conviene establecer las diferencias más evidentes con los antecedentes mencionados. En los tres casos anteriores, los Estados Unidos habían tomado la iniciativa — o eran partes directas del conflicto. Las Islas Malvinas resultan un territorio ligado a las Comunidades Europeas. Esto no prejuzga la viabilidad de los reclamos argentinos, ni del status territorial definitivo de las Islas Malvinas y dependencias.

También será la primera vez en que un Estado Miembro alegue la violación del derecho internacional para solicitar la solidaridad de sus asociados. Sin embargo, no es la primera vez que los Diez hacen referencia a un debate en el Consejo de Seguridad para justificar una actitud común. Las hesitaciones que hubo en el caso *Rhodesia* parecen haber sido superadas: se sabe como el Consejo de Ministros afirmó que “il n'appartient pas à la Communauté, en tant qu'entité distincte des États Membres, d'appliquer ces décisions” (12). Por su parte, la Comisión sostuvo que

“La Communauté n'a pas été saisie par le Conseil de Sécurité de demandes à ce sujet et la Commission ne voit dès lors pas de motif de considérer l'opportunité pour la Communauté de prendre, dans le cadre de sa politique commerciale commune, les mesures de politique commerciale à l'égard de la Rhodésie que le Conseil de Sécurité a décidées par ses résolutions” (232 del 16 de diciembre de 1966 y 253 del 29 de mayo de 1968) (13).

Pareciera entonces que no corresponde a la Comunidad implementar las Resoluciones del Consejo de Seguridad, siendo los Estados Miembros quienes deben consultarse para adoptar medidas nacionales conformes a los pedidos expresados por el Consejo de Seguridad.

Sin embargo lo anterior, no es más que una interpretación de una práctica momentánea de los Estados Miembros.

En efecto, en el caso *Irán*, la Declaración de Nápoles estableció que los ministros de relaciones exteriores de los Nueve “ont décidé de mettre en application sans délai les mesures envisagées dans le projet de résolution du Conseil de Sécurité du 10 janvier 1980, dans les conditions et selon les modalités fixées en commun” (14). Qué transformación sorprendente entre las dudas frente a un acto definitivo del Consejo de Seguridad, y la rapidez con la que resulta suficiente un “proyecto de resolución del Consejo de Seguridad” para fijar la actitud de los Nueve!

El “proyecto de resolución” era una propuesta estadounidense (S/13745, del 10 de enero de 1980) para implementar sanciones contra Irán: la Resolución 461 del 31 de diciembre de 1979 propuso que se haga un nuevo análisis de la

(12) V. Pregunta Escrita nº 526/75 *Application par la CEE de sanctions à l'encontre de la Rhodésie*, del 20 de noviembre de 1975 in JO C 89/6 del 16 de abril de 1976.

(13) V. la Pregunta Escrita nº 527/75. *Application par la CEE...* in JO C 89/8 del 16 de abril de 1976.

(14) V. el punto 3 de la Declaración de Nápoles in *Boletín CE* 4-1980, p. 27.

situación en Irán, antes de pronunciarse sobre la aplicación de sanciones. El veto soviético impidió que se adopte una resolución.

La Administración Carter aludió, entonces, al establecer el embargo contra Irán "the sanctions approved by Ten Members of the United Nations Security Council on January 13 in the resolution which was vetoed by the Soviet Union" (15).

La referencia que hacen los Nueve al proyecto de resolución es todavía más precisa, pero no modifica el hecho que no hubo un acto del Consejo de Seguridad que autorice formalmente las medidas de los Nueve. Como en el caso de Rhodesia no hubo necesidad de adoptar una medida comunitaria, ya que los Nueve aplicaron medidas nacionales, coordinadas por los artículos 224 y 225 del Tratado CEE.

Lo que sorprende en el caso del conflicto del Atlántico Sur es que los Estados Miembros adoptan un acto comunitario sin que el Consejo de Seguridad haya establecido ni en la Resolución 502, del 3 de abril, ni en la Resolución 505, del 26 de mayo, ninguna "sanción" contra Argentina. Se agrega a ésto el hecho que los Estados Miembros hayan procedido a otorgar a las Comunidades (CEE y CECA) la posibilidad de intervenir directamente en la controversia. Las consultas previstas en el artículo 224 del Tratado CEE fueron las que provocaron la adopción de "mesures urgentes et uniformes et que pour cette raison, les États Membres ont décidé de recourir à l'adoption d'un règlement du Conseil en vertu du traité" (16).

La crisis del Atlántico Sur permitió a los Estados Miembros superar la tensión entre solidaridad política y solidaridad económica, mediante la implementación de medidas comunes. Desde el momento en que los Estados Miembros han admitido que las Comunidades son competentes para intervenir en una controversia de este tipo, resulta difícil establecer si *juridicamente* la decisión es conforme a los tratados comunitarios. La Decisión de los Diez fue una medida política, la aplicación de los tratados comunitarios no tiene más que un sentido instrumental de la voluntad de los Diez.

Se puede alegar, como lo hizo el gobierno argentino, que

"el Consejo de Seguridad no ha pedido ni autorizado, explícita o implícitamente, y por lo tanto no lo consideró conveniente, la adopción de ninguna acción por parte de terceros como sería el caso de las medidas económicas de coerción internacional, ni tampoco tales medidas han sido solicitadas en dicho foro competente por país alguno" (17).

(15) V. REISMAN, W. M. *The Legal Effect of Vetoed Resolutions*, AJIL, 1980, p. 905.

(16) V. el tercer párrafo del preámbulo del Reglamento (CEE) n° 877/82 del 16 de abril de 1982 in JO L 102 del 16 de abril de 1982. Las prórrogas in JO L 136, JO L 146 y la abrogación in JO L 177.

(17) V. el punto III de la Comunicación de la Misión permanente de la República Argentina, distribuida entre las partes contratantes al GATT, L/5317 del 30 de abril de 1982.

Se trataría entonces de que el Consejo de Seguridad tenga un monopolio de la capacidad de "sancionar", impidiendo que terceros Estados, por un exceso de celo, agraven las controversias internacionales.

La reacción oficial argentina fue de sostener que Nueve (de los Diez Estados Miembros) eran "ajenos a la cuestión planteada" (18). La Argentina consideró que las medidas comunitarias resultan "inadmisibles, teniendo en cuenta que la Comunidad Económica Europea no es parte directa de la controversia de fondo que en su opinión las motivara" (19).

El argumento es elegante, y parece recoger la intervención del delegado soviético cuando propuso al Consejo de Seguridad el examen de las medidas que la OEA adoptó en contra de Cuba (20).

En los límites de esta comunicación, lo que importa señalar es que teniendo en cuenta la experiencia de la CPE, es perfectamente previsible que un país enfrente una posición comunitaria cuando resultan afectados los intereses de cualquier Estado Miembro.

Sin entrar en lo detalle de lo que aconteció durante las nueve semanas (del 16 de abril al 22 de junio) en que estuvieron en vigor las medidas comunitarias suspendiendo todas las importaciones originarias de la Argentina (21), conviene detenerse en los conflictos que se sucedieron entre la CPE y el comportamiento comunitario de los Diez.

Gran Bretaña pretendió la fusión completa entre solidaridad política y solidaridad económica.

(18) V. la reacción del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto del 12 de abril de 1982, reproducida en el *Boletín Semestral de Economía*, Buenos Aires, n° 437, pp. 801-802.

(19) V. la nota del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto del 28 de abril de 1982, *ibidem*, n° 439, p. 990.

(20) "It is easy to imagine what a dangerous situation would arise if regional organizations were permitted to start taking independent actions in various parts of the world concerning the employment of enforcement measures... If today the Security Council fails to nullify the unlawful decisions taken against Cuba, then tomorrow similar action may be taken against any other country of Latin America, Africa, Asia or any continent whose neighbours, upon some pretext or other having assembled at a regional meeting, arbitrarily decide to apply to it the machinery of coercion in the form of enforcement action, thus usurping the prerogatives of the Security Council." S/5080 del 22 de febrero de 1962, citado por LEVIN, A. L. *The OAS and the UN: Relations in the Peace and Security Field*, New York, 1974, p. 55.

(21) La suspensión no se aplicó a distintas categorías de contratos comerciales, de manera que la comisión sostiene que "no se puede indicar el monto global del intercambio afectado por la medida de suspensión, ya que otros factores pudieron influir igualmente sobre el comercio de manera que resulta difícil evaluar la importancia de cada uno. Los otros factores son, especialmente, las perturbaciones causadas por las operaciones militares... y la caída del mercado argentino a causa de las hostilidades". V. la respuesta de la Comisión a la Pregunta Escrita n° 904/82 *Sanciones económicas respecto de Argentina* en JO n° C 266/16 del 11 de octubre de 1982.

Sin embargo, tres Estados no admitieron la ecuación: siete Estados Miembros (Gran Bretaña, Bélgica, República Federal de Alemania, Grecia, Francia, Luxemburgo y Países Bajos), renovarán — el 17 de mayo — las medidas comunitarias sobre bases comunitarias: la presión sobre Argentina se sigue ejerciendo mediante la Política Comercial Común (artículo 113 del Tratado CEE y derecho derivado).

Un Estado Miembro (Dinamarca) declaró que iba a reemplazar la medida comunitaria mediante un acto nacional.

Dos Estados Miembros (Italia e Irlanda) invocaron el artículo 224 del Tratado CEE.

Este desacuerdo consta oficialmente en la Declaración del Presidente, luego de una "reunión ministerial".

Corresponde entonces a un acuerdo intergubernamental por el que se deseaba reformar un acto comunitario. Lo que resulta interesante es que formalmente el ordenamiento jurídico comunitario resistió a las derogaciones que propusieron los tres Estados disidentes: en efecto, en ningún acto comunitario consta que los Estados se desvincularon de la acción comunitaria. A diferencia del caso "Polonia", no se adoptó ningún instrumento *ad hoc* que libere a Dinamarca, Irlanda e Italia de aplicar las medidas comunitarias.

La actitud dinamarquesa se inspiró en un asunto de principio: impedir que el Folketing (Parlamento) pierda de sus atribuciones en lo que se refiere a la aplicación de medidas político-comerciales. Respecto del derecho comunitario, se trata de una cuestión constitucional dinamarquesa, de modo que no se puede considerar que la actitud de Copenhague haya debilitado el frente comunitario. (Por el contrario, la Ley del Folketing es más contundente que los actos comunitarios) (22).

Las razones que inspiraron a Dublin y a Roma para disociarse de la acción comunitaria hacen a la política interna de ambos países, a sus relaciones con Londres (en el caso irlandés) y a sus relaciones con Buenos Aires (en el caso italiano).

El decreto ministerial italiano (del 15 de junio...) revela "la declaración inscripta en el acta del Consejo del 25 de mayo, conforme a la que el gobierno italiano y el gobierno irlandés declararon, según el artículo 224 del Tratado, que no prorrogan las medidas de suspensión de las importaciones de productos originarios de Argentina, y reservan al examen con la Comisión las medidas necesarias para evitar el desvío del comercio, conforme al artículo 225 del Tratado".

Dejando de lado los motivos constitucionales italianos que se puedan esgrimir para comprender cómo un decreto ministerial nacional puede deducir de la conformidad a una "declaración inscripta en el Acta del Consejo" una modificación a un Reglamento CEE, cabe notar que se mencionó oficialmente una "reserva" formulada en un debate del Consejo de Ministros, reserva que

(22) En efecto, la ley del 26 de mayo de 1982 "prohíbe" las importaciones y prevé multas o penas de prisión en caso de infracción a la suspensión de importaciones.

no puede resultar válida respecto del derecho comunitario. En efecto, una "declaración inscrita en el Acta del Consejo" no puede alterar la naturaleza de un acto tipificado por el ordenamiento jurídico y la práctica comunitaria, como el Reglamento (23).

Cualquiera haya sido la actitud italiana — y de los otros dos Estados — en el momento de la adopción de los actos comunitarios, el Reglamento es conforme al derecho comunitario ya que hubo los votos necesarios para adoptarlo. Sin embargo, en lo que se refiere al acto que impuso el "embargo" sobre los productos cubiertos por la CECA, la situación es más difícil de comprender. Se sabe que las Decisiones sobre política comercial CECA son de carácter convencional, los Estados conservan sus atribuciones en la materia, y el Consejo de Ministros actúa solamente como un "órgano de la colectividad de los Estados Miembros" (24). ¿Cómo es posible entonces que se haya conformado — sin la unanimidad de los Estados — una decisión relativa a la suspensión de importaciones de productos CECA? Los Estados disidentes se encuentran en una situación más favorable ya que no violan ninguna regla establecida en los tratados comunitarios, al no respetar la medida sobre productos CECA.

De todos modos, la práctica comunitaria considera suficiente el mecanismo de consultas al que se conformaron Italia e Irlanda para respetar la medida comunitaria (artículo 225 del Tratado CEE).

Se puede lamentar la falta de intervención de la CJCE para disipar las dudas que se plantean. En otras ocasiones, la CJCE tuvo que pronunciarse sobre controversias provocadas por partes interesadas en discutir la conformidad de la medida comunitaria. Cuando, por ejemplo, la CEE impuso la suspensión de la importación de manzanas chilenas (25), un importador alemán provocó dos litigios realizando una operación de importación de una cantidad ínfima de manzanas chilenas. Qué hubiese sucedido si la CJCE hubiera tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación, por parte de Italia e Irlanda, de los Reglamentos imponiendo la suspensión de importaciones argentinas, y sobre la conformidad de la acción comunitaria en relación con la "paz y seguridad internacional"?

Cabe señalar por último que, pese a la crisis, fue notable el respeto de los tratados comunitarios en lo que se refiere a las reglas de voto a la mayoría: paralelamente a los debates sobre la actitud común frente a Argentina, el Consejo de Ministros debía establecer los precios agrícolas. Y por primera vez en la historia de la CEE, el voto negativo de un Estado Miembro "grande" (el

(23) Se conoce *l'extrait du procès-verbal* del Consejo, llamado Compromiso de Luxemburgo; y la *Déclaration au procès-verbal du Conseil, du 23 mars 1979, relative à la procédure budgétaire*. Estos actos "ne peuvent modifier les traités, mais fixant les procédures de prises de décision du Conseil elles ne peuvent être dépourvues d'effet sur les rapports avec les autres institutions". V. VERGES, J. "De quelques méthodes de développement institutionnel des Communautés Européennes" in *Mélanges offerts à Paul Reuter* Paris, 1981, p. 511.

(24) V. CEREXHE, E. *Le droit européen. Les institutions*, Louvain, 1980, p. 253 y VERHOEVEN, J. *Cours de droit des gens (Partie spéciale). Les organisations internationales*, Louvain-la-Neuve, 1980, pp. 155 y 157.

(25) V. CJCE Sentencias del 5 de mayo de 1981, Rec., p. 1107 y del 1º de abril de 1982, Rec., p. 1251.

Reino Unido) no impidió al Consejo de Ministros adoptar los Reglamentos agrícolas (26).

En síntesis, pareciera que al romper la identidad entre una acción comunitaria y una operación de cooperación política, los gobiernos han debido forzar el derecho comunitario pero al mismo tiempo supieron encontrar, en los mecanismos comunes, los medios necesarios para no interrumpir la acción de los otros Estados Miembros.

Frente a los países de América Latina, los Diez pierden parte de una mitología, sabiamente elaborada por ellos mismos: "De los tres instrumentos principales de una política extranjera, es decir, fuerzas armadas, presupuesto, política comercial y de cooperación, la CPE no posee ninguno. Esto último, y en especial la ausencia de un ejército, puede ser una ventaja. La impotencia militar de la CPE y de la Comunidad es una de las razones por las que (la CPE y la Comunidad) gozan de un cierto atractivo en el Tercer Mundo" (27).

El carácter ambiguo de la actitud de los Diez es patente: en ningún momento, los Diez se pronunciaron sobre el status territorial de las Islas Malvinas y dependencias, refiriéndose siempre a la necesidad de resolver la controversia argentino-británica por medios pacíficos.

Aparecen entonces claramente cuáles son los límites del paralelismo entre la CPE y las Comunidades Europeas. La CPE es la expresión de una voluntad política, las Comunidades son la expresión de una asociación económica.

Las atribuciones limitadas y los mecanismos establecidos por las Comunidades Europeas hacen que sea más factible que las disidencias entre los intereses nacionales se expresen dentro del marco de la CPE.

¿Sin embargo, la adopción de medidas económicas por parte de una entidad que carece de otras fuerzas, puede ser interpretada como una contribución "pacífica" a la solución de una controversia?

Resulta capcioso exigir que las Comunidades Europeas actúen dentro de una legalidad más estricta de lo que realmente permiten las relaciones internacionales. Si acaso los principios tuvieron alguna importancia en el momento de decidir las acciones comunitarias (28), convendría estar atentos a la solución que, en las múltiples oportunidades que no dejan de brindarse al espectador internacional, se dará a la tensión entre cooperación política europea e integración económica.

(26) V. *The Vote on the Agricultural Prices: A new departure?* CMLR 1982, pp. 371-372.

(27) V. da FONSECA—WOLLHEIM, H. *Dix Ans de Coopération Politique Européenne*, marzo 1981.

(28) "Taken on the whole, the reaction of the community of nations implies a narrow victory for the principles of the UN Charter" BRING, O. E. *The Falkland Crisis and International Law*, Nordisk Tidsskrift for International Ret 1982, p. 144. Y las siguientes observaciones finales de Th. M. FRANCK: "One must assume, perhaps naively, that Britain and all those who supported it at the United Nations have made a bond in blood that commit them, not to the kelpers, but to uphold in future — regardless of pragmatic strategic and geopolitical considerations — the important rules of civilized conduct for which the Falkland war was fought". FRANCK, Th. M. *Dulce et Decorum Est: The Strategic Role of Legal Principles in the Falklands War*, AJIL 1983, p. 124.

O eurocomunismo e o compromisso democrático

A. B. COTRIM NETO

Professor Titular da UFRJ

1. O "eurocomunismo" — um cisma ou cavalo de Tróia?
2. A eclosão do eurocomunismo — 1976
3. Berlinguer o formaliza
4. O Pensamento de Gramsci (neomarxista?) — gérmen do eurocomunismo na Itália
5. Marchais e o eurocomunismo na França — "bebe-se com o copo que se tem..."
6. Santiago Carrillo — eurocomunista ou neomarxista?
7. Uma colcha de retalhos ideológicos
8. A "desrusificação" dos PCs do Ocidente não garante o compromisso democrático
9. Os PCs do eurocomunismo — "cavalo de Tróia"...

"Numa perspectiva ético-política, pois, o gramscismo deve ser considerado como o verdadeiro vencedor ideológico do fascismo, e um perigoso e atual contestante do catolicismo. O PCI, havendo praticado ao pé da letra a estratégia de Gramsci, tem buscado, primeiramente, a hegemonia cultural e, uma vez alcançada esta, trata agora de assegurar-se a hegemonia política (...). Por isso, ele soube adotar a tempo a linha aberta, suscetível de evoluir num sentido social-democrático, aparentemente disposto a abandonar seus prejuízos anti-religiosos, para autotitular-se paladino e defensor à-outrance das autonomias nacionais, propulsor da cultura e promotor decidido das liberdades democráticas e direitos da pessoa humana" (ANGEL GARCIA, em *El Eurocomunismo*, págs. 54/55).

1. O dogmatismo da doutrina e a adesão incondicional dos militantes constituem a originalidade e a força expansionista do comunismo; este é inferior, no plano doutrinário, às ideologias abertas e progressistas, mas lhes é superior para quem está à procura de uma fé: ao intelectual que não mais se sente ligado a nada, não se contenta com opiniões — quer uma certeza, um sistema que a revolução lhe proporcionará — isto traz-lhe seu ópio. — Assim escreveu RAYMOND ARON, num trecho de sua obra intitulada **O Ópio dos Intelectuais** (1).

Exatamente pela compulsão psicológica exercida sobre seus membros é que os partidos comunistas se destacam das ordinárias associações políticas, cujos filiados quase que se limitam ao pagamento de contribuições e a uma frouxa militância. Ainda mais, pelo fato do dogmatismo doutrinário que transforma o comunista num **crente**, se nos países onde o partido tem vida inoficial, de certo modo marginal, as filiações são escassas, em compensação, raras são também as desistências. Nessas condições, problemas como os causados pelo titoísmo — realmente uma opção contrária aos dogmas proclamados por Moscou em certo tempo histórico, uma **hairesis** enfim —, chocantes que sejam, não são freqüentes: todavia, embora igualmente raro, de maior incidência é o caso de afastamento da congregação pelo despreço para com o comando, um **schisma**. Se por heresia foi condenado Tito, os pregoeiros do chamado “eurocomunismo” preferem apresentar-se como meramente cismáticos.

No entanto, em que pese ao esforço que esses “euros” desenvolvem para não serem cridos como éxules da tribo política do marxismo-leninismo, nem sempre neles confiam seus críticos.

Assim é que, se por vezes o eurocomunismo tem recebido passaporte para a competição democrática da luta pelo poder, outras tantas ele se vê increpado de cavalo de Tróia depositado nos umbrais da democracia pelo comunismo internacional...

2. Numa tarde parisiense, na Porta de Pantin, uma cinzenta periferia operária da capital francesa, dia 3 de junho de 1976, era ocasião de grande concentração organizada por Georges Marchais, tendo o líder comunista italiano Enrico Berlinguer como hóspede de honra: havia mais de cem mil pessoas, não só trabalhadores franceses mas — conta o jornal “L’Unità”, do PCI — também italianos e espanhóis de antiga e de nova emigração, “um **universo** de gerações e de histórias diversas e convergentes”. Marchais exaltou o “socialismo com as cores da França”, num repúdio efetivo do modelo soviético e das democracias populares. Em síntese, é o empenho no respeito das liberdades de pensamento e de expressão, de associação e de imprensa e de circulação, do pluralismo cultural e político, da alternância democrática no poder.

Na oportunidade proclamou Georges Marchais, “o socialismo não é possível no Ocidente, fora da via democrática”. Mas isso não é só, acrescentaria Berlinguer: e repetirá em Madrid, a 1º de março de 1977 — numa

reunião de cúpula com Marchais e com o espanhol Santiago Carrillo —, o objetivo dos comunistas italianos é dar corpo a uma aliança efetiva e a uma solidariedade ideológico-política com os demais partidos comunistas do Ocidente europeu, eis que, sozinho, o partido italiano estaria demasiadamente exposto à pressão do bloco oriental; e, sobretudo, advertia, do isolamento resultaria o perigo de o PCI deixar cair no “nacional-comunismo” o programa da “via nacional” durante tanto tempo (e dramaticamente) elaborado. A propósito desse tema, Berlinguer viria a dizer ao comentarista Jean Pierre El Kabach, da Rádio de França, que seu mais importante objetivo é aquele de “encontrar os pontos de analogia capazes de permitir delinear um caminho comum” (para os PCs ocidentais).

Até então, contudo, não se havia empregado o nome “eurocomunismo”, um neologismo que Santiago Carrillo teria sido o primeiro dirigente comunista a utilizar, de modo explícito, o que fez em outubro de 1975, durante conversa informal com vários jornalistas europeus e, mais tarde, em novembro do mesmo ano, numa entrevista concedida a Aldo Rizzo, para **La Stampa**: “Eu”, declarou, então, Carrillo, “limitei-me a recolher aquilo que parece ter nascido por geração espontânea. De qualquer modo, o eurocomunismo fascina-me”.

Desse modo que resumimos é como M. Cesarini Sforza e Enrico Nassi descrevem a eclosão de tal movimento que, embora sem ter ido — até o presente — além da Itália, da França e da Espanha, tanta repercussão vem tendo no meio político do Ocidente, especialmente na Europa (2).

Alguns, porém, atribuem a criação do neologismo a Zbigniew Brzezinski, assistente do antigo Presidente Carter, dos Estados Unidos, e um dos maiores técnicos americanos sobre o movimento comunista da Europa. Com efeito, em torno de 1975 Brzezinski falou de eurocomunismo: todavia, muitos contestam-lhe a primazia, a exemplo dos ingleses do **Times**, dos franceses do **Le Monde** e dos italianos do **Corriere della Sera**.

Não obstante, o primeiro que usou o termo eurocomunismo na Itália, para identificar certa posição política, foi Alberto Ronchey, em editorial escrito para o **Corriere della Sera**, que precedeu **Il Mondo** e, de poucos dias, o filósofo católico AUGUSTO DEL NOCE. O nome, porém, já tinha circulação restrita nos meios políticos romanos, havendo quem atribua sua difusão ao ex-secretário do Partido Socialista que se elegeu senador em lista do Partido Comunista Italiano, Lelio Basso (3).

Igualmente é interessante destacar o que Sforza e Nassi falam sobre os pródromos dos fatos que provocaram o rompimento da dependência do PCI em face do PCUS, ou de qualquer órgão da União Soviética: o eurocomunismo, por ora, é o produto de uma dramática série de **estados de necessidade** (o processo de Stalin, em 1956; insurreição húngara e revolta de Poznan, na Polônia; a ruptura entre Moscou e Pequim, precedida por longos anos de incidentes armados ao longo da indefinida fronteira siberiana; e ainda — a “Primavera de Praga”, em 1968, esmagada pela intervenção militar soviética; os novos motins poloneses, em Stettin e Dantzig; a repres-

são das dissidências internas, nos países do Leste europeu). Esses fatos teriam colocado os partidos comunistas ocidentais diante da necessidade de se caracterizarem — para se distinguirem dos modelos do Oriente europeu — reivindicando autonomia e originalidade e adotando as tradições e o pensamento nacionais na fecundação de seus procedimentos. Neste sentido é de se aceitar, também, o pronunciamento feito em 1976 pelo presidente dos comunistas suecos, Lars Werner, quando falou que o “eurocomunismo, no Ocidente, tem raízes antigas e profundas: cada partido tem no seu próprio patrimônio cultural homens como Gramsci ou Togliatti, na Itália, os quais já debateram os problemas da autonomia das vias nacionais para o socialismo, das relações entre democracia e socialismo: ninguém mais do que esses homens, todos em conjunto, é pioneiro da reviravolta por nós vivida, e que, honestamente, ninguém pode prever aonde conduzirá. No entanto, ninguém poderá negar que vós, os italianos, fostes os primeiros que reconheceram o eurocomunismo, um efeito-avalanche” (SFORZA e NASSI, ob. cit., pág. 21).

3. No dia 11 de junho de 1969, Berlinguer proferiu uma oração, diante dos participantes da Conferência Internacional dos Partidos Comunistas e Operários que, então, reuniam-se em Moscou. Na oportunidade, o líder italiano proclamou: “Rechaçamos a idéia de que possa existir um modelo de sociedade socialista único e válido para todas as situações. Não se trata apenas de particularidades nacionais que deveriam ser acrescentadas às leis gerais do desenvolvimento da sociedade socialista. Em verdade, as leis gerais do desenvolvimento da sociedade socialista, os interesses essenciais e universais da revolução socialista, não existem jamais em estado puro, porque sempre, e só, em realidades particulares, historicamente determinadas e irrepetíveis. Contrapor estes dois aspectos é esquemático e escolástico e significa negar a própria essência do marxismo” (BERLINGUER, na sua obra *La Cuestión Comunista*, pág. 55).

Não teria sido, essa, a primeira vez que Berlinguer ensaiava reclamos ou proclamas capazes de conduzir àquilo que dissidentes ou cismáticos ou mesmo ortodoxos comunistas sempre procuraram extrair do pensamento marxista, com referência à pluralidade dos caminhos que levam ao “socialismo”: nesse mesmo ano de 1969, relatando as conclusões de certa discussão sobre um tema da Ordem do Dia do XII Congresso do Partido Comunista Italiano, no dia 15 de fevereiro, já Berlinguer fizera afirmações consoantes, embora tivesse, na oportunidade, expressado sua repulsa às idéias contrárias ao internacionalismo e antisoviéticas, porque quem as exprimisse estaria — segundo ele — capitulando ante a social-democracia e contribuindo para a extinção das perspectivas revolucionárias.

Mas isso, que seguia uma via devassada por Gramsci como perlustrada por Togliatti — o primeiro dos quais foi, desde há cerca de sessenta anos, dos mais perfulgentes pensadores da esquerda italiana, antes e durante o fascismo — isso não era, ainda, o eurocomunismo. Este, de modo completo e com todas as características de um método da ação política, de uma *tática*, palavra tão cara para os bolchevistas de geração anterior, só seria enunciado por volta da década seguinte, em torno dos anos 75 ou 76.

A primeira manifesta declaração do propósito de seguir uma linha política desvinculada de Moscou ocorreu, como vimos, no comício que Berlinguer e Marchais realizaram na Porta Pantin, em Paris. Contudo, acreditamos que a primeira vez em que o italiano se pronunciou, incisivamente, viria a acontecer na entrevista por ele concedida ao periódico **Reppublica**, de Roma, e publicada em edição de 8 de junho de 1976. Na ocasião, respondendo à indagação do entrevistador — por que a União Soviética tem sido tão crítica e contundente contra a chamada “via italiana” para o comunismo? — Berlinguer declarou:

“Não houve nenhuma posição explícita do PCUS contra nossa linha. Através de uma série de escritos e discursos, alguns expoentes do PCUS têm manifestado perplexidades e reservas com pertinência a alguns aspectos da tese que nós sustentamos, por exemplo, sobre o pluralismo. Devo dizer, porém, que, pelo respeito devido à autonomia de cada partido, é legítimo um debate sobre temas como este. Não obstante, tais reservas são compreensíveis porque aquilo que nós dizemos é novo e distinto de tudo o que eles conhecem. De qualquer modo, nós vamos pelo nosso caminho, e espero que os trabalhadores italianos dêem-nos seu estímulo, reforçando nossas posições.”

E adiante, a outra indagação do jornalista sobre se não haveria o risco de, com o eurocomunismo, o partido italiano afastar-se demasiado das “experiências da URSS e dos outros países do Leste europeu”, e ficar isolado, Berlinguer respondeu:

“Todo o nosso esforço, sem embargo, e desde faz vários anos, está dirigido para o trânsito dos mitos para a racionalidade. Durante um certo tempo existiu o mito dos países socialistas, mas nós temos trabalhado, há anos e com crescente êxito, para traçar a nossa própria perspectiva. Para dar um exemplo: os trabalhadores italianos têm legítimo sentimento de simpatia pela União Soviética e não compartilham as idéias políticas de Soljenitsin, conquanto não aceitem que os livros deste sejam proibidos na União Soviética” (*La Cuestión Comunista*, cit., pág. 328).

E aqui, efetivamente, tratava-se da formalização do eurocomunismo, tanto pela autoridade de quem falava como pela maneira com que o tema era apresentado e, finalmente, pela herança cultural que propiciara sua eclosão.

4. O Partido Comunista Italiano, na posição que assumiu, ao deslocar-se da sujeição reverencial ao partido moscovita, realmente estava dando aplicação ao pensamento de seu mais respeitável corifeu ideológico, Antonio Gramsci. De fato, este autor, que foi contemporâneo de Lenine, em cujas fontes teóricas até chegou a inspirar-se, a bem dizer foi um atualizador, quiçá um reformador do pensamento marxista.

Numa reunião de apreciáveis estudos de interpretação da sociedade contemporânea, especialmente da italiana, em perspectiva histórico-mate-

rialista, Gramsci — embora aceitando a tese marxista de que o Estado é apanágio de uma classe, da burguesia, que o instrumentou de certa aparelhagem (polícia, exército etc.) a fim de garantir o sistema — desenvolve sua ideação particular: é certo que o pensamento do homem constitui-se num produto dos estímulos advindos da infra-estrutura econômica; contudo, o **aparelho** do Estado, a partir de certo momento, passa a manter-se por si mesmo, ainda quando muda a classe no poder, dessa forma resistindo, na superestrutura, à pressão das forças produtivas. Daí o autor de **Cadernos do Cárcere** (4) passou a construir a teoria que chamou da “hegemonia”, com a qual procurou dar explicação para o êxito contínuo do encastelamento da burguesia no poder e da eficácia de sua resistência à revolução proletária. Na sociedade capitalista, ainda, escreveu ele, a classe econômica dominante desempenha sua ação coercitiva através do Estado e do aparelho governamental: no entanto, só isso não explica o controle que essa classe exerce sobre a coletividade, porque, ao lado da ação coercitiva, nos planos puramente político e repressivo, a burguesia, a classe dominante, exerce ação **hegemônica** nos planos social, cultural e moral.

A **hegemonia** da burguesia, portanto, apóia-se essencialmente na **impregnação ideológica** do conjunto da sociedade: agindo a nível superestrutural, a classe dominante articula vínculos sólidos com aqueles que explora, difundindo sua concepção do Estado e da sociedade pelas vias da filosofia, da religião ou mesmo por intermédio do “senso comum” que ela inocula, para tanto criando os instrumentos de difusão e aperfeiçoando o material ideológico (sistema escolar, bibliotecas intelectuais, **mass media**...).

A ideologia da classe dominante, com seus interesses, suas necessidades, permeia as massas da população e todas as suas instituições e preconceitos. Dessa forma mesmo sem o emprego da coerção pelo aparelho repressivo do Estado, a burguesia mantém sua dominação com o consentimento daqueles que domina e explora.

As idéias de Gramsci tiveram repercussão, pois sua tese de que a classe dominante prepondera não só pela força, mas também através do consentimento dos próprios dominados, coloca o poder repressivo do Estado no papel de mero **poder de reserva**, necessário para os momentos de crise, quando a influência hegemônica deixar de se exercer espontaneamente.

O pensamento gramsciano ia mais além: desde que o Estado (e portanto, a classe dominante) é protegido, nas sociedades capitalistas, por toda uma série de relações hegemônicas no interior destas, a ação revolucionária calcada no modelo russo — a tomada brusca do aparelho do Estado — não será eficaz para mudança do quadro social: a influência hegemônica prisca continuará como dantes.

Por isso, entendia Gramsci que a revolução só seria possível depois de preparar-se o proletariado mediante sua educação para a **contra-hegemonia**, a qual o libertaria da ideologia burguesa impregnada na sociedade; e fundar o novo tipo de Estado é papel do partido comunista, que revelará a

“verdade efetual” a exprimir-se numa ação política, e a sublimar-se numa ética nova.

Para alguns autores, o pensamento de Gramsci equivaleria a uma revisão do marxismo, ou mesmo, a uma espécie de neomarxismo pelo desligamento que entendia de considerar — principalmente por isso — entre a infra-estrutura econômica e a ideologia burguesa, autônoma e vivaz superestruturalmente⁽⁶⁾. Como quer que se encare, porém, o certo é que Gramsci deixou marcas indeléveis nas idéias permeadas nos quadros do PCI, desde Togliatti até Berlinguer: seu pensamento foi, assim, o gérmen do eurocomunismo na Itália.

No entanto, havemos de convir, Gramsci não foi exatamente um marxista-leninista: mas foi, apesar disso, um dos fundadores do Partido Comunista Italiano, que, dessa forma, teria sido engendrado no espírito de um programa para preparação da contra-hegemonia, com **objetivos finais** em nada discrepantes dos visados pela cátedra moscovita. E se os ritos, a interpretação dos cânones, são diferentes, o que se busca é o mesmo resultado: a demolição de nosso sistema ocidental.

5. Conquanto, em França, o PCF não tivesse uma tradição de características localistas como o PCI apresentava, dada a contribuição revisionista gramsciana, todavia, fazia algum tempo que a necessidade de ação sob estímulos nacionais já era sentida no partido. E Georges Marchais foi, sem dúvida, o principal pregoeiro disso.

De fato, o referido dirigente comunista havia desenvolvido largas considerações sobre esse tema em livro que — sob o título **Le Défi Démocratique** — publicara em 1973. Aqui, em múltiplas de suas passagens, o escritor apresentara considerações pertinentes à diversidade do socialismo conforme o país, ao socialismo democrático, e preconizara, sobretudo, um “socialisme à la française”.

Não se faz mister grande esforço para concluir que Marchais, desde então, estaria predisposto a acompanhar Berlinguer à Porta de Pantin, o que faria em 1976.

No mais interessante trecho de seu livro, com relação ao tema aqui tratado, o autor inicia um capítulo intitulado “Diversité du Socialisme” (pág. 177), onde escreveu:

“Há mais de dois mil anos, o filósofo grego Aristóteles já notava que não existe Casa com um grande C, mas casas particulares, diferentes umas das outras: somente por um esforço de abstração é que se pode falar da casa em geral, retendo aquilo que é comum a todas as casas.”

Prosseguindo, Marchais lançou esta afirmação bem definidora de sua posição:

“O socialismo não resulta da decalcomania. Ele possui traços diferentes na URSS e em Cuba, na República Democrática da Ale-

manha e na Coréia, na Rumânia e no Vietnã. Nem pode ser de outro modo: o socialismo, com efeito, não saiu preparado e completo da coxa de não se sabe qual Júpiter revolucionário. Ele é obra de homens, em determinadas condições. Como seria possível ignorar as diferenças de tradições, de climas, de recursos naturais, de modos de vida, de temperamentos nacionais?"

Em continuação, Marchais apresenta vários exemplos das diversidades de condições locais com que os partidos comunistas se defrontam, o que faz para ilustrar o antes enunciado.

Noutro capítulo, à pág. 180, o autor desenvolve o que pôs sob este título: "Um Socialismo com as cores da França". E começa assim:

"É partindo desta constatação de bom senso que nós dizemos: o socialismo que queremos entre nós terá as cores da França. Como há vinte e sete anos Maurice Thorez declarava ao Times:

"Nós temos sempre pensado e proclamado que o povo de França, rico de uma gloriosa tradição, ele próprio deverá achar o seu caminho para mais democracia, progresso e justiça social."

A França socialista que os franceses construirão, quando a maioria do nosso povo o decidir, inscrever-se-á na diretriz de nossa história. Ela não procurará, lá ou acolá, um modelo de socialismo, porque não existe tal modelo. Esse não será a cópia de nenhuma outra experiência, qualquer que ela seja, porque a história não se repete e cada Nação tem a sua personalidade original; ele será o coroamento dos esforços, obscuros ou ilustres, de todos aqueles que sofreram, pensaram, lutaram ao longo dos séculos pelo bem de nosso país."

Interessante, principalmente, é o prosseguimento desse capítulo, onde Marchais repudiou expressamente o modelo soviético inclusive o de sua revolução para a tomada do poder do Estado, quando escreveu:

"Bem entendido, em França como em qualquer outra sociedade socialista, os grandes meios de produção e de troca serão propriedade coletiva e o poder político será exercido pelos trabalhadores e por todo o povo. Mas, a partir daí, em tudo o mais, o socialismo de França apresentará traços completamente particulares. Por exemplo, empenhar-se no caminho das transformações econômicas e políticas decisivas não significa passar, forçosamente, pela tomada do Palácio de Inverno⁽⁶⁾. A França de hoje não é a Rússia de 1917. E graças, entre outros fatos, aos sucessos obtidos pelo povo soviético e por aquele dos outros países socialistas, mercê da união das forças da esquerda, sendo ela preservada, nós podemos, agora, considerar seriamente a possibilidade da passagem pacífica para o socialismo, pelo que nossa política se funda

nesta perspectiva. Por exemplo, as tradições de nosso país conduzem-nos a excluir a idéia de que o socialismo em França poderá traduzir-se no regime de partido único. Não somente haverá, numa França socialista, vários partidos democráticos associados ao poder, mas poderá igualmente haver partidos de oposição com exercício de todos os meios de atividade legal em plena liberdade. Por exemplo, nós de nenhum modo admitimos expropriar, coletivizar, as centenas de milhares de explorações familiares que fazem a riqueza da agricultura francesa. E se for de bom aviso favorecer o desenvolvimento da cooperação, isto é perfeitamente compatível com a preservação da propriedade e da responsabilidade pessoais num amplo setor. Por exemplo, seria absurdo, numa França socialista, nacionalizar esses pequenos comerciantes e esses artesãos que prestam os maiores serviços aos consumidores, mas que a concorrência do grande comércio capitalista tem hoje, dramaticamente, sob ameaça. Por exemplo, a concepção que temos da gestão democrática, hoje, mostra que a economia socialista conhecerá formas de autogestão novas e originais, em França.”

Finalmente, Marchais salienta que nessa perfeita e acabada profissão de fé democrática — sincera? isso é outra questão... — não se trata de “**detalhes**, de traços secundários do regime por nós querido para a França, mas que essas características específicas do socialismo em França, assim como outras, contribuirão para dar à nova sociedade em nosso país uma fisionomia que não pertence senão a ela”: e conclui — “Assurément! — La politique du Parti communiste français définit une voie française vers le socialisme et un socialisme à la française” (pág. 183 — da cit. ob.), enfatizando a afirmação com um verso de Aragon, o qual diz, “bebe-se com o copo que se tem...”

Não se pretenda, contudo, que o programa de Marchais possa ser increpado, pela matriz moscovita do comunismo, como um eco ou repercussão da heresia titoísta: para não deixar dúvidas (em que pese, inclusive, à pretendida economia autogestionária, dos pontos mais impugnados na programática iugoslava, e que o dirigente francês igualmente debuxou), o autor de *Le Défi Démocratique*, noutro trecho de seu livro definiria mais claramente sua fidelidade aos fundamentos dogmáticos do soviétismo. Assim, não obstante o “bleu, blanc, rouge” — as cores de França com que pretende envolver o comunismo de seu PCF — Marchais se proclama **orgulhoso de ser internacionalista**, conquanto esta seja uma “consciência internacional que faz com que o Partido Comunista defenda sem distinção de nacionalidade todas as vítimas da exploração dos capitalistas franceses; que acolha em suas fileiras, com os mesmos direitos, os trabalhadores emigrados ao lado dos trabalhadores franceses; que combata, como verdadeiros crimes, o racismo, o antisemitismo sob todas as suas formas” (pág. 211). E noutro capítulo, não menos cauteloso, Marchais volta a fazer declaração de respeito a Moscou, embora assinalando que “solidariedade não é subordinação”, sobretudo quando — há mais de um quarto de século — deixou de existir a Internacional Comunista: “os partidos comunistas são maiores... Não há

partidos comunistas **dominantes** e partidos **subordinados**, todos sendo iguais em direitos”...

6. Conquanto sem pretendermos aprofundamento deste juízo, temos a impressão de que Santiago Carrillo, dentre os próceres do eurocomunismo, será o mais bem dotado, em termos de vocação para a politologia, de toda a grei. Suas manifestações plurais, sobre temas que envolvem enunciação de pensamentos políticos bem alicerçados, fazem por merecer tal destaque: sobretudo, realça-se a criatividade de seus pensamentos.

Em seu livro — obra de 1977 — intitulado, na edição original e **princeps**, **Eurocomunismo y Estado**(⁷), Carrillo revela a força de sua inteligência, raro espírito crítico. Por tudo isso, e pelo seu conteúdo, pela agudeza das elucubrações que encerra, este livro nos lembra muito **O Estado e a Revolução**, de Lenine: por vezes, as meditações de Carrillo em relação com o leninismo, sobretudo, estão parelhas com as de Lenine sobre o marxismo, com o mesmo vigor e idêntica originalidade. Aliás, Carrillo não se limita às restrições que opõe ao pensamento de Lenine: ele chega a Marx...

Nessas circunstâncias, embora com diferente diapasão, o eurocomunismo se identifica com o titoísmo, enquanto ambos apresentam características de autênticas **heresias**, pela pretendida revisão de dogmas matrizes e não somente por envolver mera ruptura com um centro de comando, sem considerações sobre cânones, o que lhe daria feição de **cisma**.

Efetivamente, Santiago Carrillo desenvolve idéias tão dissidentes, de substância e de forma, que torna difícil não se situar nas lindes do titoísmo, ao menos com este se identificando, como heresias que acabam por ser, ambos.

De nossa parte não enxergamos, realmente, em que Carrillo se ache mais próximo de Marchais que de Tito, de Berlinguer antes que de Gramsci — este tido, talvez um pouco generosamente, como precursor do eurocomunismo, embora com certa propriedade já houvesse até recebido a qualificação de neomarxista. No concernente à influência que ele terá sofrido do movimento desencadeado pelo dirigente comunista da Iugoslávia, Santiago Carrillo admite-a, quando escreveu:

“A experiência iugoslava contribuiu já, anteriormente, para impulsionar as correntes de autonomia e de criatividade ideológica. Em 1948, muitos partidos comunistas, seguindo a tradição de apoio incondicional à URSS, referendada nesse caso pelo importante grupo de partidos que compunham o Kominform, seguimos como um rebanho a sentença condenatória do camarada Tito e dos outros dirigentes iugoslavos, e fomos tão longe na incondicionalidade que, quando Kruschew teve a coragem de desmontar publicamente a manobra, nos sentimos tão cruelmente enganados e indignamente manipulados, que isso acabou por destruir o que restava de mítico e quase religioso em nossa atitude em relação à URSS” (pág. 120, do livro referido).

A seguir, Carrillo passa a tecer comentário sobre a **autogestão**, uma das mais fortes razões que levaram à condenação, por proclamado **desvianismo**, de Tito. E escreveu:

“A autogestão tinha sido, talvez, no início, um achado ideológico de preferência defensivo, para fazer com que todo o povo participasse na responsabilidade da edificação e da defesa do socialismo iugoslavo, em face da guerra econômica e política dos países socialistas do Kominform; ao revelar, porém, as suas possibilidades, **patenteou-se como um componente importantíssimo da democracia econômica e política do socialismo**, que se fazia necessário estudar e incorporar, com o que tivesse de eficiente, à experiência de qualquer revolução socialista e que aparecia como uma autodefesa contra a centralização burocrática em uso” (id., ib.).

Entretanto, para o Partido Comunista da Espanha o fator culminante que o conduziu à “independência” (sic) de Moscou foi a ocupação da Tchecoslováquia pelas tropas do Pacto de Varsóvia, em 1968:

“A Tchecoslováquia foi a gota de água que transbordou o copo e que levou nosso partido a dizer: não! Esse **internacionalismo acabou-se** para nós. Esse, precisamente, é o que temos chamado de o **velho internacionalismo** e que, estamos convencidos, deve terminar” (pág. 120).

Outro tópico de sua obra em que Carrillo evidencia radical divórcio com Moscou é quando assume virtual reabilitação de Trotsky: às páginas 106/108, o escritor de **Eurocomunismo...** comenta ter havido tempo em que de Trotsky e do trotskismo dizia-se que se teriam transformado em agentes do nazismo, e isso pelo impacto das “surpreendentes confissões” obtidas nos processos de Moscou, durante expurgos promovidos por Stalin. É que ninguém podia “imaginar o mecanismo infernal com que eram conseguidas” elas, o que só se veio a descobrir após as denúncias das atrocidades do **finado autócrata perante o XX Congresso do PCUS, em 1956**. E Santiago Carrillo refere fatos em abono de seu reconhecimento de que Trotsky e os trotskistas haveriam sido vítimas de ignominiosas perseguições.

Mas os desencontros do veterano chefe comunista espanhol com Moscou não se cingem a essas questões que, se são relevantes nos planos ético e psicológico, carecem de maior significação no plano da dogmática do comunismo: aqui, o impacto adquire relevo quando Carrillo trata da **ditadura do proletariado**.

“Quero começar — escreveu ele — por assentar a afirmação de que, **embora Marx e Engels só tenham utilizado em contadas ocasiões a expressão ditadura do proletariado**, não se pode compartilhar a opinião reformista dos que a atribuem a um acaso redacional, a uma fórmula fortuita sem grande transcendência, como se poderia deduzir do folheto de Kautsky, **A Ditadura do Proletariado**, no qual se fala ironicamente de **as palavrinhas ditadura do proletariado que Marx utilizara uma vez em 1875 numa carta (...)**. Pretender, como alguns fizeram — enfim o próprio

Kautsky entre eles — que Lenine aproveitou uma **palavrinha** para montar toda uma concepção é negar o pensamento de Marx e Engels” (pág. 129) (8).

Em seguida, depois de comentar por várias páginas o pensamento de Marx e de Engels sobre o Estado, Carrillo volta ao tema: “Por que o conceito ditadura do proletariado?” (pág. 136). E começa:

“Que fazemos, então, com o conceito **ditadura do proletariado**? Por que surge esse conceito que Marx na carta a Weydemeyer assinala como um de seus **descobrimientos** essenciais?”

Prosseguindo, Carrillo concorda, expressamente, com o valor que para Marx tinha a idéia de uma ditadura do proletariado a implantar-se após o esmagamento do Estado burguês. E escreveu:

“É depois da Comuna de Paris, que Marx e Engels falam de **ditadura do proletariado**, com base numa experiência concreta e, certamente, levando também em consideração a lição das revoluções burguesas nas quais esta classe implantou a sua ditadura e não vacilou em utilizar-se do terror. Aludindo à Comuna, escreve Engels algo que constitui em si uma definição da ditadura do proletariado.”

Passa, então, a transcrever trecho de certo artigo de Engels, onde o companheiro de Marx proclama que uma revolução se faz com armas, após o que o partido vitorioso tem de manter seu domínio pelo terror, “se não pretende ter lutado em vão”.

Continuando, Carrillo — depois de apresentar colocações de Marx sobre a necessidade de uma “ditadura revolucionária” como substitutiva da “ditadura da classe burguesa” — proclama que “os comunistas não renegamos esse legado teórico” (pág. 137), embora pouco antes houvesse escrito:

“Mas nos países desenvolvidos da Europa e do mundo capitalista, os trabalhadores constituem hoje a grande maioria da sociedade; e as forças da cultura, com sua grande significação ideológica e seu elevado peso numérico, se vão aproximando das posições da classe operária. É evidente que tal situação é muito diferente daquelas em que Marx, Engels e Lenine consideravam necessária a ditadura do proletariado.”

Também Lenine desenvolveu, sempre, largas considerações sobre a necessidade de uma ditadura do proletariado em pós do deslocamento da burguesia do trono estatal. Sobre isso, considerou Santiago Carrillo:

“Na Rússia de 1917, a opção não se coloca entre ditadura proletária e democracia: a opção situa-se entre o retorno a uma ditadura militar, autocrática, com um bestial banho de sangue que teria deixado em cueiros a repressão da Comuna pelos versalheses, ou a ditadura do proletariado. Quem possui a força não é a Assem-

bléia Constituinte, que os militares contra-revolucionários teriam dissolvido com tanta ou mais facilidade que os bolcheviques; a força, têm-na, por um lado, os soviets; por outro, os generais czaristas. Aí está a opção e há que escolher entre uns e outros” (pág. 138).

A situação, o dilema dos bolchevistas, em 1917, Carrillo compreende e, por isso, justifica o caminho seguido por eles, nas circunstâncias:

“Em compensação, estou convencido de que a ditadura do proletariado não é o caminho para chegar ao estabelecimento do socialismo e à consolidação da hegemonia das forças trabalhadoras nos países democráticos de capitalismo desenvolvido (...). Estou convicto de que, nestes países, o socialismo não é apenas, em definitivo, a ampliação e o desenvolvimento da democracia, a negação de toda concepção totalitária da sociedade, como também de que o caminho para chegar a ele é o da democracia com todas as conseqüências” (pág. 140).

E ousa muito mais:

“A esta altura, e com o risco de ser acusado de herege, estou convencido de que Lenine não tinha senão metade da razão quando proclamava: a transição do capitalismo ao comunismo não pode, naturalmente, deixar de proporcionar uma enorme abundância e diversidade de formas políticas, porém a essência delas todas será, necessariamente, uma: a **ditadura do proletariado**.”

Para continuar na página seguinte:

“Por conseguinte, considero lógico que os partidos comunistas e socialistas do Ocidente capitalista desenvolvido estabeleçam não só sua tática, mas também sua estratégia sobre a base do jogo democrático. E quando fazemos tal afirmação e renunciamos em nossos países à ditadura do proletariado, não somos o lobo que se cobre com pele de cordeiro para dissimular seus torvos propósitos, nem renunciamos ao marxismo revolucionário para nos alinharmos sobre posições social-democratas” (pág. 141).

Todavia, Carrillo não se limitaria a isso nas suas restrições ao plano da ditadura do proletariado, tão caro — repitamo-lo — ao marxismo-leninismo. Iria muito mais longe, na posição em que acreditava viria a ser irrogado de herege, quando escreveu que o Estado ideal por Lenine imaginado, depois de 50 anos de poder, transformou-se num “poderoso aparelho de Estado sobreposto à sociedade, que é tudo menos o **Estado barato** com que sonhava Lenine”; e passou a formular esta indagação crítica:

“Se todos os Estados são instrumentos de dominação de uma classe sobre outra e na URSS não há classes antagônicas, não existe objetivamente a necessidade de reprimir outras classes, então a quem domina esse Estado?” (pág. 143).

Esta é, portanto, a posição do dirigente comunista espanhol que, com seu carisma de velho lutador pela causa do PCE acabou por tornar-se seu **guru** incontestado, malgrado todo o empenho que tem feito Moscou para removê-lo⁽⁹⁾. Mas, como está claro nos seus pronunciamentos, se, oficialmente, Santiago Carrillo — que o PCE tem apoiado — é um dos membros da tripode do eurocomunismo, poucas dúvidas podem remanescer de que seu pensamento político aproxima-o muito mais da heresia titoísta que do cisma belinguerista. Aliás, tanto quanto já se disse de Gramsci, para nós a melhor qualificação de Carrillo implicaria em situá-lo num plano de neo-marxista.

7. Depois de termos assinalado nos artigos 4, 5 e 6, precedentes, o pensamento político das principais figuras do “eurocomunismo”, bem poderíamos avançar a afirmação de que esta fração do comunismo ocidental é, antes de tudo, uma colcha de retalhos ideológicos.

Em 1977, num artigo divulgado por **L'Express** — e o Caderno Especial do **Jornal do Brasil** reproduziu-o em 2 de outubro do mesmo ano — RAYMOND ARON teve ensejo de fazer um diagnóstico desse então recente movimento, e escrevia:

“O eurocomunismo se parece com o eurodólar: continua comunista mesmo quando se batiza, ou é batizado por outros de **euro**; da mesma forma, um eurodólar é simplesmente um dólar registrado nas contas de um banco estrangeiro em território americano, e particularmente na Europa, mas não exclusivamente. Aplicamos o termo eurocomunismo a todos os partidos comunistas que mantêm um relacionamento distanciado com a União Soviética, que reivindicam autonomia de pensamento e ação em relação ao Kremlin, mas nem todos os PCs da Europa pertencem a essa nova espécie de animal político.”

Em seguida, o politólogo, dizendo que os partidos da Itália, da França e da Espanha terão um papel histórico pelo inesgotável debate mantido sobre o tema, passa à análise da posição contemporânea de cada um. Quanto ao PC italiano, diz ARON representar ele, ao mesmo tempo, a Oposição e o Governo, aceitando os extravazamentos da esquerda, enquanto os estudantes revoltados, os militantes da guerrilha urbana, acusam-no de fazer parte do **establishment**: este PC foi o que mais rapidamente compreendeu o discurso de Krushev, proferido no Congresso do PCUS de 1956⁽¹⁰⁾, do qual resultou que — admitidos os crimes de Stalin — não mais seria possível ao Kremlin pretender uma infalibilidade papal ou, ao regime soviético arrogar-se a glória de oferecer à humanidade um modelo por copiar ou um caminho a seguir.

Com relação ao Partido francês, que à época estava em oposição ao Partido Socialista, esse se encontraria em risco de perder — o que, vimo-lo mais tarde, realmente aconteceria — a condição de **esquerda**, por excelência: no entanto, embora desde muito tempo Marchais não obedecesse mais aos **desejos** de Moscou, como Maurice Thorez o fazia quarenta anos antes,

a orientação do PCF em política exterior era próxima à da União Soviética, “senão mesmo, idêntica”: apesar disso, o Partido havia abandonado, expungindo-a de seu programa, a “ditadura do proletariado”, tão grata na auto-classificação do regime soviético (11).

E o Partido espanhol, que Santiago Carrillo se esforçava por tirar do gueto político, passou a defender a “união nacional”, ao mesmo tempo que seu dirigente, por obras e ações, não poupava críticas à União Soviética, a qual, em retorsão, tudo faz para aniquilá-lo.

Na antecipação do relevante papel histórico que haveria o eurocomunismo de representar no campo das formulações e das instituições políticas, tinha plena razão o excelente RAYMOND ARON. No entanto, ele não chegou a perceber, ou não teve elementos para a tal antecipar, que as correntes ideológicas somadas nos arraiais do chamado eurocomunismo estão muito distantes da uniformidade das suas colocações.

Pelo menos no que toca a Santiago Carrillo, ele é tão extremado nas críticas ao comunismo do Leste europeu, e até a muitas colocações temáticas do próprio Lenine, que, por isso, nos parece — e já o dissemos, precedentemente — mais um neomarxista do que um mero dissidente de Moscou e do PCUS no concernente à cadeia de comando político. Realmente, sob inspiração de seu dirigente mais categorizado, como Secretário-Geral, no Congresso realizado em abril de 1978, o PCE decidiu suprimir o termo “leninista” da caracterização do partido, que passou a ser definido simplesmente — ou paradoxalmente? — “marxista, democrático e revolucionário”: mas isso ainda não foi tudo, porque, em seguimento da linha já tomada pelo partido de Marchais, também se expungiu do programa o tema “ditadura do proletariado”, como incompatível com a via democrática de perseguição do poder.

Acreditamos que, talvez, nem mesmo Gramsci tenha ido tão longe nas críticas do marxismo-leninismo e na repulsa de alguns dos seus dogmas como o foi Carrillo, que, inclusive, jamais — desde que reassumiu a direção efetiva e ostensiva do PCE após a morte de Franco, o “caudilho” de Espanha — deixou de criticar, contundentemente, o sistema russo-soviético: neste concernente, sobretudo, o líder espanhol tem sido extremadamente acerbo, como o foi na entrevista em 4 de fevereiro de 1982 concedida ao jornal *France-Soir*, quando disse não considerar a URSS um país comunista, do mesmo modo que qualificava a Polônia, sob lei marcial, como tipicamente “fascista”. Nessa entrevista, Carrillo disse, ademais, que embora a União Soviética tenha eliminado o capitalismo e abolido a propriedade privada, isso, por si só, não significa instituição de um regime socialista, donde a razão do “abismo” entre o ideal socialista de seu PCE e a ideologia oficial de Moscou.

Dessa forma, com posições ideológico-doutrinárias tão díspares, como o são as adotadas pelos dirigentes partidários mais envolvidos nelas, é inadmissível considerar o eurocomunismo uma colocação coerente da problemática da revolução comunista nas sociedades desenvolvidas do Ocidente.

8. Poucas correntes de opinião ou ideológicas haverão provocado — algumas a terão alcançado? — tanta celeuma quanto a provocada pelo eurocomunismo. Para uns, ele será uma contestação do comando político dos partidos comunistas centrado em Moscou; corresponderá a mera impugnação de natureza hierárquica, do gênero do **cisma**, provocado no século XI pelo patriarca bizantino Miguel Cerulário, que rompeu com a sé romana, inaugurando a primeira divisão da Igreja cristã, e dando origem à Igreja ortodoxa. Isso não chegará a constituir uma **heresia**, pois esta corresponderá a impugnação de princípios sacralizados, tidos como equivalentes a genuínos dogmas, que seriam de fé, se o marxismo não reivindicasse a pretensão de categoria científica.

No entanto, muitos negam esse caráter gentil do eurocomunismo, e lhe atribuem características de ação planejada, visando a dissimular os partidos comunistas internacionais com a pele de cordeiro — chega-se a usar desta figura — de partidos nacionais, para, dessa forma, poderem penetrar no redil da democracia e, pela via do sufrágio universal e do convívio multipartidário, conquistar o Poder do Estado. Noutros termos, o eurocomunismo será um autêntico “cavalo de Tróia”, engendrado pelo comunismo marxista, de sua sé moscovita, para a conquista do Ocidente: depois que ele entrar na cidadela, bem, isso é outra história...

Muito se tem escrito sobre a natureza desse movimento político-ideológico, tanto sustentando sua natureza nacionalista quanto no sentido contrário. Evidentemente, os vexilários do eurocomunismo contemporâneo, Berlinguer, como Marchais, como Carrillo, e seus seguidores, querem sustentar terem rigorosamente posto seus partidos à sombra de suas bandeiras nacionais, chegando o último a dizer que a vitória dos comunistas na Europa ocidental não aumentará o poder do Estado Soviético, nem significará a adoção de seu modelo político, “com apenas um partido”.

Alguns cientistas políticos, como CHARLES GATI, professor da Universidade de Colúmbia, em New York, vão até além: o eurocomunismo não é uma variante regional da doutrina comunista, nem um problema político exclusivo da Europa ocidental, como se evidenciou na Conferência dos Partidos Comunistas europeus, que em junho de 1976 reuniu-se em Berlim: nesse evento, os partidos **autonomistas** da Europa — oriental e ocidental — contrapuseram-se ao marxismo “oficial” de Moscou, tendo chegado a dominar a conferência. Esses partidos autonomistas teriam sido os da Itália, França, Espanha, Iugoslávia, România e outros. Segundo GATI, uma boa medida da importância do fenômeno eurocomunista é o fato de que o movimento apresenta uma alternativa para o modelo soviético, por demais autoritário no comunismo mundial, especialmente na Europa do leste. Acrescentou, ademais, o professor de Colúmbia que, depois do congresso de Berlim pode ser observada uma tendência nas relações internacionais do movimento comunista: a possível exportação do Ocidente para o Oriente, do que se conhece por eurocomunismo, correspondendo a uma virada na influência e na iniciativa dentro do mundo comunista; e isso corresponderá a uma ação reversa do que até então acontecia — a insistência eficiente com que os soviéticos subordinavam a si próprios os partidos comunistas estrangeiros. O trabalho de CHARLES GATI, que o “Caderno Especial” —

J.B. publicou, em condensação de artigo escrito para a publicação americana **Foreign Affairs**, encerra-se com esta observação:

“Considerando-se que os regimes autoritários raramente percebem **quando** devem adaptar-se às condições em transformação e **como** proceder a essas adaptações, a introdução de idéias eurocomunistas pode ter um efeito muito mais desestabilizador sobre a Europa oriental do que sobre os sistemas políticos relativamente flexíveis da Europa ocidental. Na verdade, a principal questão da Europa ocidental não é como absorver as idéias eurocomunistas, mas como manter suficiente oposição interna e externa a suas ambições residuais de hegemonia política. Para a URSS e seus aliados da Europa oriental, por outro lado, o fenômeno eurocomunista significa uma virada no fluxo de influência e iniciativa no movimento comunista, desafiando a própria legitimidade de seu domínio e apresentando a perspectiva de uma europeização do Comunismo mundial.”

Está certo o registro de GATI, e os recentes acontecimentos da Polônia, com o surgimento de séria crise resultante da formação do sindicato “Solidariedade” — antes um movimento nacional que uma agremiação trabalhista — bem o ilustra: mas, em casos dessa ordem, lá estão as forças armadas do Pacto de Varsóvia para velar que os “aliados” não desgarrem do sistema soviético, nem se descaracterizem da identidade com o regime modelado pelo PCUS...

Mas, e no Ocidente? — o que ocorrerá se um partido comunista obtiver a conquista do Poder através do sufrágio universal?... aquiescerá ele em, no tempo seguinte, aceitar a alternância de partidos no Governo, em razão da competição democrática?

Essa é a questão principal, que coloca a maior dúvida: o eurocomunismo não será, realmente, um “cavalo de Tróia”? Sobretudo quando se sabe, e isso foi lapidarmente dito por JEAN-FRANÇOIS REVEL, quando escreveu: “**Desrussificação não é democratização.** Os PCs da Iugoslávia, China e Albânia (que se afastaram do controle soviético) mantiveram e até mesmo agravaram o sistema totalitário”.

Vejamos, então, as colocações de REVEL para esse questionamento, através de suas extraordinariamente lúcidas análises do tema.

9. CHARLES GATI, cujas observações sobre o eurocomunismo acabamos de referir, é americano. Ele não exprime sérias dúvidas quanto às dramáticas conseqüências — para a permanência do sistema democrático do Ocidente — que adviriam de uma conquista do Poder por qualquer dos PCs que apregoam sua mercadoria ideológica através de Berlinguer, Marchais ou Carrillo.

Todavia, REVEL exprime sérias dúvidas.

Num excelente estudo, que publicou em **Foreign Affairs** e o “Caderno Especial” — **J.B.** reproduziu na edição de 2 de abril de 1978 — sob o título “Os Mitos do Eurocomunismo” — o cientista político francês, ex-diretor da grande revista que é **L’Express**, começa por assinalar um “paradoxo”:

enquanto o eurocomunismo foi acolhido com “ceticismo” na Europa, ele mereceu “extraordinário sucesso” entre os americanos. E escreveu:

“A pouca confiança européia na solidez do eurocomunismo tornou-se evidente a partir do momento em que surgiram as primeiras rachaduras da União da Esquerda francesa, em setembro de 1977. A explicação que veio imediatamente ao espírito dos analistas socialistas, quando perceberam o incompreensível endurecimento do PCF, foi a influência de Moscou. As mesmas pessoas que há cinco anos afirmavam que o comunismo francês se afastava completamente do comunismo soviético passaram, de um dia para outro, a ver o dedo do Kremlin na crise da esquerda. O conhecido jornal parisiense **Le Monde**, durante anos um ardoroso defensor da teoria de independência do PCF da URSS, publicou em rápida sucessão dois artigos — **O PCF e o Internacionalismo Proletário e A Mão de Moscou** — nos quais atribuía a mudança no curso seguido pelos comunistas franceses a Leonid Brejnev.”

Para REVEL, não conduz a nenhuma conclusão válida sobre bons propósitos dos eurocomunistas da Europa a impressão de contactos pessoais, com eles mantidos, ou mesmo a leitura de seus escritos: todos esses partidos continuam estalinistas, embora isto há mais de vinte anos já tenha terminado na URSS. Os PCs ocidentais permanecem organizados pelo esquema do que denominam “centralismo democrático”, isto é, tendo um **Politburo** recrutado através de cooptação que nomeia e controla de cima para baixo os membros do Comitê Central e as Secretarias da federação, as seções e, finalmente, as células, e, conseqüentemente, todos os delegados aos congressos: “na verdade, esta estrutura adere estritamente — e sempre o fez — à organização estalinista-leninista do PC. Transforma as deliberações das bases em discussões **pro forma**, inteiramente pré-fabricadas pelo Politburo. Isto resulta no **voto unânime**, ritual, dos Comitês Centrais dos partidos: os PCs italiano e francês nunca deixaram de funcionar segundo este esquema”.

Todavia, se querará saber: quais garantias assegurarão que o PC eurocomunista aceitará o jogo democrático da alternância de partidos nos Governos democráticos? — Para o escritor de “Ni Marx ni Jésus” — festejada obra onde REVEL sustentou que “se pode ir da liberdade ao socialismo, mas não do socialismo à liberdade” conforme experiência de um século de história — até agora as táticas comunistas sempre têm sido reversíveis:

“A **linha** de um PC não significa uma mudança profunda na política, enquanto puder ser modificada a qualquer tempo. Vimos na França, em setembro passado (1977: a ruptura da União da Esquerda, avençada com um programa político comum, estabelecido com o Partido Socialista de Mitterrand), como o inesperado endurecimento do PC pôde, subitamente, alterar uma política seguida durante anos, desmentindo assim as previsões dos que consideravam a mudança ocorrida no PCF.”

A reafirmar a ausência de garantias de fidelidade a uma linha democrática; a reafirmar que o seguimento, até o fim, da obediência às regras

da democracia não é seguro, enfatizou Revel com o fato de Marchais e Berlinguer — mesmo enquanto sustentam endosso formal à autonomia de seus partidos em frente de Moscou — sempre incluírem, nos órgãos dirigentes desses, elementos chegados à liderança soviética, prontos a substituí-los em caso de necessidade, aplicando-se o mesmo esquema às centrais sindicais comunistas, como a CGT de França... (12).

Outros fatos que implicam na falta de idoneidade dos PCs do eurocomunismo para suas juras à democracia: sustenta JEAN-FRANÇOIS REVEL que os líderes comunistas têm mentido muito mais do que quaisquer outros desde o começo da política, e até mais do que Hitler, o qual anunciara antecipadamente suas intenções, ao escrever *Mein Kampf*, tendo-as seguido; por outro lado, existem fundadas razões para descrever que esses PCs sejam efetivamente independentes de Moscou. Sobre isso o que REVEL informa chega a estuporar, tanto por circunstâncias históricas quanto financeiras: realmente, no plano histórico do movimento comunista, sabe-se, por exemplo, que entre 1956 e 1964 o PCF foi constantemente hostil a Kruschev e tramou com o grupo Molotov, de estalinistas supérstites do XX Congresso do PCUS de 1956 (quando se iniciou enérgico processo de desestalinização); enquanto isso, os italianos do PCI, que discordavam, antes, de Moscou, apoiaram vigorosamente Kruschev, e embora este houvesse sido removido, o partido italiano “é agora, de longe — assegura REVEL — o PC ocidental que mantém as melhores relações com Moscou”, tanto que o jornal oficial moscovita, *Pravda*, “não perde uma ocasião para elogiar Berlinguer, embora este devesse, pela lógica, ser o líder mais detestado, por ter, supostamente, lançado a onda do eurocomunismo”.

Ainda com relação ao tema da falta de credibilidade dos comunistas, o octogenário militante e estadista socialista de França, JULES MOCH, lembrava em alentada obra sobre *Socialisme de l'Ère Atomique*, de 1974 — a propósito dos esforços do PCF para formar aliança com os socialistas de Mitterrand —, que de 1945 a 1948 os comunistas do Leste europeu tomaram o Poder em sete Estados, geralmente precedendo isso de alianças com partidos socialistas ou camponeses, aos quais em seguida expulsariam do Governo, para instaurar sua ditadura (ob. cit., pág. 414).

No entanto, o que realmente parece vincular mais os PCs do Ocidente aos interesses da matriz do Leste europeu são os de ordem financeira.

Segundo, ainda, REVEL, atualmente as relações financeiras entre o Kremlin e os partidos comunistas exteriores não consistem mais em pagamentos diretos, como antes acontecia: faça-se exceção para os partidos pequenos, como os da Dinamarca, da Holanda, da Noruega etc. Na Itália e na França, as relações financeiras tomam a forma de comissões, pagas a empresas de exportação e importação que, embora formal e juridicamente não-relacionadas com os PCs, são, na realidade, propriedade de *testas-de-ferro*. Na França, a mais famosa dessas empresas é a “Interagra”, dirigida — o qualificativo é do próprio REVEL — pelo “bilionário comunista” Jean Baptiste Doumeng, a qual detém monopólio do comércio francês de vinho, carne, cereais e manteiga com o Leste: nenhum produtor francês

ou italiano, que algo pretenda vender nos países da área de sujeição à URSS, conseguirá tal se não recorrer a um desses intermediários.

Semelhante relacionamento de natureza política e comercial é o que explica, principalmente, a riqueza dos PCs francês e italiano, que, de modo paradoxal, são os partidos mais abundantes de recursos, nos seus países, e, tanto, embora as contribuições dos militantes inscritos estejam longe de explicar essa riqueza, pois eles são 500.000 na França e 1 milhão na Itália.

E, agora, outra vez observação de JEAN-FRANÇOIS REVEL:

“Conseqüentemente, é óbvio que, se a URSS considerasse os eurocomunistas seus inimigos, poria fim a esta apreciável fonte de lucros. Da mesma forma, os PCs ocidentais não se podem permitir o luxo de romper completamente, com os soviéticos, mesmo quando sentem dificuldades em tolerá-los... sem chegar ao divórcio.”

É perfeitamente compreensível que uma denúncia da gravidade da que aqui vimos resumindo não poderia ficar sem a reação do Partido Comunista. Daí os insultos assacados por Marchais a Revel, que por isso viria a merecer a solidariedade da imprensa de Paris. Neste caso, *L'Aurore*, *Minute*, *L'Express* entrariam na polêmica com os comunistas, tendo chegado, inclusive, a publicar trechos de rumorosa obra — **Os segredos do Banco Soviético na França** —, da autoria do jornalista Jean Montaldo, sobre o financiamento do Partido Comunista de França pelo Banco Comercial da Europa do Norte (BCEN), controlado pela União Soviética (sobre esta questão veja-se a reportagem que Any Bourrier fez para *O Globo*, do Rio, que a publicou na edição de 23 de fevereiro de 1979, sob o título “Ouro de Moscou para financiar o PC da França causa polêmica”).

Por toda essa maciça e irrespondível argumentação de REVEL — e, em seguida, de Montaldo — uma conclusão lógica, e uma só, somos forçados a aceitar (e ela é a dos escritores franceses): nada leva a admitir que “partidos comunistas” — mesmo que postos sob cores nacionais — admitam até suas últimas conseqüências a livre competição da partitocracia democrática, sobretudo quando seu objetivo programático tem sido sempre, e desde Gramsci, o controle ideológico da sociedade.

Nem na França, e também não na Itália, a imprensa comunista demonstra tolerância sequer com os seus próprios dissidentes; e nos seus órgãos deliberativos internos o que se decide é resultado de decisões sem discrepâncias, o que vale dizer em votações unânimes.

Como acreditar, portanto, que renunciariam a esses procedimentos, uma vez situados nas alcândoras da soberania estatal?

Dessa forma, chegamos ao ponto em que se torna despicienda a indagação: os eurocomunistas estarão agindo dissimuladamente, com reserva mental, quando divulgam um programa de ação que no futuro, seguras as rédeas do governo, repudiarão, para desmascarar suas baterias totalitárias.

rias; ou o eurocomunismo foi arma diabólica, fabricada em Moscou e posta no interior das democracias ocidentais, para amanhã demoli-las?

De nossa parte acreditamos na sinceridade de propósito de dirigentes como Berlinguer, Marchais e Carrillo; do mesmo modo que, ontem, Gramsci e Togliatti, sobretudo o primeiro com seu revisionismo do marxismo, já teriam sido precursores do eurocomunismo e haveriam honestamente divulgado seus objetivos políticos, aqueles nos quais discerniam o caminho para a concretização da revolução social.

Recusamos apóstrofes como as de ANGEL GARCIA, para quem o eurocomunismo será — antes que um “festival democrático”, como se apregoa — um “carnaval sinistro”, “doutrina com ranço de luta de classes e revoluções do proletariado, da mais pura ortodoxia, marxista, que nos vem servida, agora, envolta no celofane acético do eurocomunismo” (no seu livro **El Eurocomunismo**, pág. 39): e nos vem, pretende o pensador católico de velha cepa clerical e franquista, apresentado fraudulentamente, a modos de estelionato político.

Acontece que os eurocomunistas têm seu programa claramente exposto: na linha do marxismo, pretendem destruir as estruturas sociais postas nos termos ideológicos inculcados pela burguesia; no rumo do que caberá chamar-se de gramscismo, querem implantar a reforma social em dois tempos, dos quais será primeiro a tomada de controle do Estado para, com este e utilizando forças culturais, remover os preconceitos superestruturais lançados pela classe burguesa, substituindo-os pelos elementos de inspiração proletária; e só no segundo tempo é que se implantará o programa comunista, em plenitude. Prescinde-se da ditadura do proletariado e se aceita a via democrática de chegamento ao Governo. Claro está que a etapa final há de ser implantação do “comunismo”, cujo ideário é por demais conhecido, e é inconfundível com a ideologia do Estado ocidental.

Efetivamente, o eurocomunismo é um “cavalo de Tróia” introduzido na cidadela da democracia do Ocidente: todavia, não é um **presente de grego**, porque foi recebido com todas as explicações sobre sua natureza...

NOTAS

- 1) Obra que foi editada, em trad. brasileira, pela Universidade de Brasília, em 1980: sobre a transcrição, ver pág. 214.
- 2) No livro **L'Eurocomunismo**, ed. Rizzoli de Milão, publicada em 1977, com introdução do prestigioso historiador do socialismo, LEO VALIANI.

A propósito do lançamento desse nome composto “Euro”-comunismo, dizem esses autores que — com o efeito de pedra lançada num açude — ele produziria ondas de difusão: eurocapitalismo, do qual é teórico Gianni Agnelli, presidente da Fiat; eurodireita, usado pelo ultramontano dirigente da democracia-cristã da Alemanha ocidental, Franz Joseph Strauss; euromissão, empregado pelo Ministro do Exterior italiano, Arnaldo Forlani, num congresso havido em Bonn; euroconfronto, de Valerio Zanone, secretário

dos liberais; eurocrise, do economista Modigliani. Enfim, comentou certo escritor, "uma **eurofloresta** de etiquetas, todas apreciadas, porém pobres de conteúdo".

- 3) Tais dados nós os tomamos de Sforza e Nassi, os quais, outro tanto, informam ser "eurocomunismo" um neologismo que não agrada a Enrico Berlinguer; este parece preferir outras expressões, como "via européia do socialismo", por exemplo (ob cit., pág. 18). A propósito, ainda, da primazia no lançamento do nome eurocomunismo, não será despidendo referir que Frane Barbieri, jornalista croata radicado na Itália, reivindica a sua criação: sustenta ele que lançou tal nome sob a impressão das correntes de opiniões conflitantes surgidas entre os delegados estrangeiros ao XIV Congresso do Partido Comunista Italiano, em março de 1975, numa entrevista publicada no **Giornale**, órgão liberal e democrata (em **Eurocomunismo — História, Geografia e Ideologia**, de Manfred Steinküller, pub. no Caderno Especial do **Jornal do Brasil**, em 15 de maio de 1977).
- 4) Este livro, que conhecemos em edição francesa — **Cahiers de Prison**, ed. Gallimard, Paris, 1974 —, talvez seja a principal obra de excogitação política de Gramsci. Acreditamos que, dada sua condição de condenado político do fascismo, as primeiras edições dessa obra (em italiano **Cuaderni del Carcere**) terão sido realmente publicadas fora da Itália.
- 5) Este é o ponto de vista de FREDERICK M. WATKINS e ISAAC KRAMNICK, em seu livro **A Idade da Ideologia**, onde sustentam que o registro de Gramsci, segundo o qual — na sociedade capitalista — a classe dominante impera pela força, mas, também, através do consentimento dos dominados, isso corresponderá a uma "revisão" do próprio Marx (pág. 99). De fato, conforme até Togliatti reconheceu, "no pensamento de Gramsci a estrutura econômica, antes de tudo, não é considerada como aquela oculta força misteriosa da qual deveria derivar todo o desenvolvimento das situações. É considerada como uma esfera onde atuam forças naturais, porém, também, forças humanas, sobre a qual se exerce, ademais, uma incidência das superestruturas (...). Encontramo-nos aqui em frente da afirmação — continuava Togliatti — que está no centro de todo o pensamento de Gramsci, da historicidade absoluta da realidade social e política" (apud Berlinguer, **La Cuestión Comunista**, cit., pág. 27).

Basta, a nosso ver, tal interpretação da concepção historicista de Gramsci onde as forças humanas interferem, incidindo nas superestruturas, para concluir-se que aqui, o gramscismo desliza para o idealismo e se distancia do materialismo marxista.

No entanto, quem melhor sintetizou o pensamento evidentemente neomarxista de Gramsci e ninguém, certamente, poderá fazê-lo com mais felicidade, foi o professor romano Augusto Noce, em seu estudo crítico de 1976 — nas primeiras horas do movimento intitulado **L'Eurocomunismo e l'Italia**. Assim resumiu, esse autor, as principais posições gramscianas contrapostas a Marx e a Lenine: "Para Marx, **sociedade civil** designa o conjunto de relações econômicas e virtualmente identifica o que se chama de **estrutura**. Para Gramsci, ao contrário, pode-se falar de uma autonomia e de um primado do que na linguagem marxista é chamado de **superestrutura**: sociedade civil é designada como o conjunto de relações culturais. As consequências políticas que daí advêm são enormes. Se, para Lenine, entretanto fiel à concepção marxiana da sociedade civil, o primeiro objetivo (da revolução) continua sendo a conquista do Estado, para Gramsci, ao revés, é o da sociedade civil, considerada esta num sentido propriamente ideal e cultural. O Estado acabará — afinal — sendo conquistado, depois que a dissolução da anterior concepção do mundo (a transcendente, a **católica**) haja acontecido, na sociedade civil, por obra dos intelectuais, aos quais incumbe levar as massas a viver a nova concepção, imanentista, mundana, leiga" (pág. 46).

- 6) Georges Marchais, aqui, refere-se a um dos episódios do golpe bolchevista de 25/26 de outubro de 1917, que foi a tomada do Palácio de Inverno de Petrogrado: nele tinha sede o Governo de Kerensky, e sua defesa estava a cargo de "junkers", ou seja, de alunos das escolas militares. A rendição dos membros do Governo Provi-

sório da Rússia — embora Kerensky estivesse ausente, procurando elementos militares que o apoiassem — pôs fim à dominação nominal da social-democracia e abriu o ciclo dos Soviéticos: era a manhã de 26 de outubro de 1917.

O calendário oficial soviético, no entanto, registra seu início como tendo ocorrido no dia 25 de outubro, pois foi nessa data, à tarde, que Lenine e Trotsky se apresentaram perante o Soviete, no Palácio Smolny, para anunciar o fim do Governo Provisório de Kerensky.

- 7) Apesar de esforços não nos foi possível obter exemplar dessa edição: apenas temos a tradução brasileira da edição DIFEL, de 1978, que passamos a consultar e referir.
- 8) Realmente, esse tema — "ditadura do proletariado" — tem no pensamento de Marx, de Engels e de Lenine o maior relevo, como o tem para a catedral moscovita. Quem aprofundar o estudo da doutrina que se irradia do Kremlin e do PCUS encontrará nos textos a exaltação de tal ditadura, com a qual os dirigentes soviéticos, apesar da desestalinização, procuram justificar os exorbitantes poderes que detêm e institucionalizar sua autocracia.

Assim é que, num livro adotado pelo Ministério do Ensino Superior e Médio Especializado da URSS "para os estudantes do Ensino Superior" — **Teoria Geral Marxista-Leninista do Estado e do Direito**, da autoria de N. G. ALEXANDROV — no Cap. I, da 1ª Parte, onde se trata de "A Teoria Geral Marxista-Leninista do Estado e do Direito, o seu Objeto e Método" (págs. 15/43 do 1º vol.), amplas considerações são feitas sobre a essencialidade da ditadura do proletariado, a qual foi, por Lenine, e "reiteradamente", apontada como "o principal no marxismo", tanto que, para ele, "só é marxista aquele que entende o reconhecimento da luta de classes até ao reconhecimento da ditadura do proletariado" (pág. 35).

Em continuação, após referir que na famosa carta dirigida a Weydemeyer, em 1852, Marx "formulou uma tese clássica, revelando o conceito de ditadura do proletariado e o seu significado histórico", o autor diz que "nessa carta, o próprio Marx confirma que mais importante da sua doutrina é a ditadura do proletariado, e que a missão dessa ditadura é a liquidação de todas as classes, seja qual for o seu tipo" (pág. 39).

Será ocioso dizer mais, para demonstrar que, pelo pensamento oficial soviético, a ditadura do proletariado se constitui num instrumento indisponível para a efetivação do comunismo, e não importa que país. Por isso, as iterativas e prolixas menções a Marx e Lenine que são citados pela necessidade de atribuir certa dose de sacralidade à teoria da ditadura do proletariado.

Nessas condições, impugnar a inclusão dessa nos programas dos PCs do Ocidente, nos termos em que o fez Carrillo, tem, indubitavelmente, e pelo menos, **fumus** de heresia. Este autor não se limitou, como o fez Marchais com o PCF, a simplesmente elidir a ditadura do proletariado do programa do PCE: ele minimizou sua significação, em trabalho doutrinário e atacou a noção de sua essencialidade no procedimento revolucionário.

- 9) Inquestionavelmente, Santiago Carrillo tem incomodado Moscou pela sua pregação neomarxista, sobretudo com seu livro **Eurocomunismo y Estado**. Tanto assim é que, logo após a publicação da obra, a revista soviética **Tempos Novos** — uma cópia gráfica da revista americana **Time**, e semanário editado em várias línguas — publicou longuíssimo artigo não assinado, sob o título "Por motivo do livro do Secretário-Geral do Partido Comunista da Espanha, Santiago Carrillo" (edição de 23 de junho de 1977): e distribuiu-o pelo mundo, através da oficiosa agência de notícias "Novosty".

Nesse comentário crítico do pensamento que o autor desenvolve no livro, o menos que se diz é que "o conceito de **eurocomunismo** nos parece incorreto porque dá base a supor-se que se trata não de peculiaridade da estratégia dos partidos comunistas de alguns países (...) mas de um **comunismo específico**", discrepante, por isso, do "comunismo científico" de Marx, Engels e Lenine, ao mesmo tempo

em que se caracteriza como um movimento oportunista, grosselramente anti-soviético, e "abjuração do Marxismo-Leninismo". O artigo de **Tempos Novos** foi divulgado no Brasil, integralmente, pelo Caderno Especial — JB, em edição de 3 de julho de 1977.

Imediatamente, o Comitê Central do PCE repeliu as críticas irrogadas a Carrillo, em moção aprovada à unanimidade, e da iniciativa da Presidente de Honra do partido, a famosa Dolores Ibarruri, "La Passionaria", como ficou conhecida na guerra civil espanhola de 1936/1939.

Não obstante isso, Moscou tem felto manobras para abalar ou destruir a autoridade que Santiago Carrillo detém no PCE, entre elas através de um herói comunista, Henrique Lister, que tem patente de General conferida pelos Exércitos da Espanha republicana, em 1937, e da União Soviética, da Polônia, bem como da Iugoslávia. E ainda no interior da própria Espanha, na Catalunha, principalmente, a URSS tem estimulado o alinhamento de seções comunistas regionais com a linha partidária moscovita.

Contudo, apesar disso, Carrillo permanece imoto em sua liderança nacional...

- 10) Referência feita ao famoso discurso de Nikita Krushev em sessão secreta do XX Congresso do PCUS, do dia 25 de fevereiro de 1956, quando denunciou todas as ignomínias de Stalin no tempo em que alimentou o culto de sua personalidade e acumulou em seus poderes o comando ditatorial da Rússia e do Partido.
- 11) A renúncia à luta pela "ditadura do proletariado" foi um expediente político usado pelo PCF para diminuir o impacto da ascensão do Partido Socialista, em 1977, com detrimento dos comunistas. Nessas condições, Marchais teve — como já o vinha fazendo desde os primeiros passos da evolução para o eurocomunismo — de renunciar a muitas proposições maximalistas. E só assim foi possível ao PCF, mesmo sem coalisão do seu programa com o do PS, vir a dispor de postos governamentais sob o governo do Presidente Mitterrand.

Como se sabe, desde o fim da II Guerra Mundial, desde 1947, sobretudo, quando De Gaulle demitiu os ministros comunistas de seu governo, até 1965, o PCF foi ortodoxo, duro e maximalista: a partir deste ano, enquanto sob a direção de Waldeck-Rochet e, em seguida, sob Marchais, seus líderes têm seguido linha moderada, de teor nacionalista até chegar ao eurocomunismo.

Correspondem à cautela do PCF, na fixação de seus postulados programáticos, os esforços do PCI, no sentido de se alçar ao governo, em associação com a Democracia Cristã, a título de estabelecimento de um "compromisso histórico", igualmente com a renúncia, de sua parte, a postulados maximalistas, o que vale dizer bolchevistas, e ultramontanos.

- 12) A propósito disso — merece confiança a palavra dos eurocomunistas? serão eles sinceros e haverá segurança de que, no Poder, não subverterão as instituições? — um socialista de alto coturno, no plano cultural, deve merecer audiência: e ninguém melhor para tal que MAURICE DUVERGER, o qual, em sua *Lettre Ouverte aux Socialistes*, escreveu: em todos os campos políticos, inclusive entre eleitores de Mitterrand, são numerosos os "obcecados" pelo acontecido em Praga, na Tchecoslováquia, onde os comunistas deram um "golpe", em 1948, para alijar do governo de Frente Popular — que eles integravam com elementos democratas — todos os não-comunistas, a fim de assumirem o domínio monopolista do Estado. Muitas outras pessoas — acrescenta DUVERGER — até confundem 1948 com 1968, ano em que as tropas do Pacto de Varsóvia invadiram a Tchecoslováquia, simplesmente para afogar anseios de liberalização do regime comunista. De sua parte, ainda é o autor da "Carta Aberta" que escreve, "freqüentemente lhe propõem a "questão crucial": E você, tem confiança na palavra dos comunistas, você...? — A resposta é não. Mas também não acredito na palavra de ninguém, salvo na de alguns amigos, muito poucos. As estratégias políticas não são apreciadas em termos de lealdade, em termos de boa fé. Elas são apreciadas em termos de relações de forças. Pode acontecer que a lealdade e a boa fé sejam dadas por acréscimo" (pág. 21).

Interpretação do direito internacional privado

NEGI CALIXTO

Professor Assistente de Direito In-
ternacional Privado na Universidade
Federal do Paraná.

“O que procuramos ressaltar foi que uma interpretação *contra legem*, de todo intolerável, não exclui uma interpretação *praeter legem*, quando sobrevêm mutações profundas na ordem política e social, que levam o juiz a proceder a uma adaptação do direito às condições da realidade atual” (ALFREDO BUZUID, in Apresentação do *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*, de FRANCISCO DE PAULA BAPTISTA, Saraiva, 1984, Coleção Clássicos do Direito Brasileiro).

“Importante na interpretação não é a *letra* da regra, mas a *intenção* de quem a elaborou, princípio ressabido que se aplica aos tratados. Do outro lado, imperiosa é a consideração aos efeitos implícitos da questionada norma jurídica internacional.

Sem dúvida, sabemos todos que as presunções lógicas e as conseqüências necessárias derivadas de qualquer norma formam igualmente parte delas, porque a vontade de observar uma regra induz a de cumprir igualmente aquela outra, sem a qual a primeira não teria sentido, ou que se encontre logicamente compreendida nela” (conf. DIONÍSIO ANZILOTTI, *Curso de Derecho Internacional*, trad. exp. da 5ª ed., ital. por LOPES OLIVAN, Madrid, 1935, p. 62).

“Se o tratado autoriza alguma coisa, não porque as partes quisessem apenas definir princípios gerais, mas porque pretendessem concretizar o que no seu texto estipularam, é evidente que ele permite também, ainda que só por se achar subentendido, aquilo que é indispensável para realizar o estipulado”

Palestra proferida no curso de extensão universitária sobre “Problemas Atuais de Interpretação do Direito”, realizado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, de 19 a 29 de março de 1984.

(conf. INDWICK EHRLICH, "L'Interprétation des Traités", in *Recueil des Cours*, v. 24, p. 84) (trecho do voto do Min. ANTONIO NEDER, no pedido de Extradicação nº 333, Suíça, apud *Extradicações — Julgamentos e Legislação*. STF, Brasília, 1976, pp. 569 e 570).

"Aquele mesmo princípio hermenêutico (do efeito útil), agora associado ao da compreensão sistemática da lei, manda que se condene, na matéria em exame, uma restrição excessiva do conceito de tribunal excepcional" (trecho do parecer do Professor JOSÉ FRANCISCO REZEK, no pedido de Extradicação nº 347, Itália, ob. cit., pp. 174 e 175).

"Recordemos que a norma jurídica é um ser autônomo que envolve um sentido axiológico independente daquele que o legislador tenha inicialmente querido exprimir, um sentido que pode variar com o tempo. A primeira tarefa do juiz será, então, de maneira serena e equilibrada, captar a valoração independente da regra de direito, utilizando-se dos processos comuns de interpretação, que são todos válidos desde que associados; mas essa captação se integra com a apreciação que ele faz do caso concreto, quando resplandece a missão mais importante do juiz — *fazer Justiça!*" (LUIZ FERNANDO COELHO, *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. Forense, 1981, p. 171).

"Assim, o *in claris cessat interpretatio* colide com a própria natureza da interpretação e seu predomínio — hoje felizmente em acentuado declínio — só se explicava por razões político-sociais, pelo afã obsedante de evitar a incerteza, o arbítrio, na aplicação da lei, afã esse que constitui um dos *leitmotiv* daquela encarnação, já superada, do liberalismo (ALÍPIO SILVEIRA, *Hermenêutica no Direito Brasileiro*, 1º vol., p. 41, RT, 1968).

SUMARIO

1. O direito
2. A excursão das posições doutrinárias do direito, quanto à interpretação
3. O direito internacional privado
4. A norma de direito internacional privado
5. Hermenêutica jurídica. Interpretação do direito
6. Interpretação da norma no direito internacional privado
7. Conclusão

1. O direito

Da excelência resultante de toda a divergência travada na conceituação do direito, restou-nos um saldo positivo de conhecimento de teorias ofertadas por escolas que marcaram, preponderantemente, a evolução filosófica.

Se há conceito que se possa acolher, sem dúvida, é o de RADBRUCH que o reconheceu como o conjunto das normas gerais e positivas, que regulam a vida social.

Envolto está, o direito, com a vida comunitária, com a sociedade. Desta depende o direito, razão por que JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO afirma que:

“O direito é uma ordem de sociedade. Uma ordem e não a ordem, repare-se, porque na sociedade outras ordens se encontram” (in *O Direito. Introdução e Teoria Geral*. Lisboa, Ed. Fund. Calouste Gulbenkian, 1978, p. 2).

Para se compreender o direito, necessariamente, há que conhecer a sociedade, como um ente que busca todas as normas de ansiedade, tendência, apetite e disposição de espírito.

Não se pode falar, hoje, em direito ou sociedade, sem falar nas relações jurídicas múltiplas ou extranacionais, cuja existência demonstra ser um fato social, originando o direito internacional privado (cf. QUINTIN ALFONSIN, in *Teoría del Derecho Internacional*, p. 13, Montevideu, 1955).

*Para tanto levou GILDA MACIEL CORREA MAYER RUSSOMANO a afirmar que:

“Aprofundando esse conceito, em síntese, podemos dizer: as relações concretas, ajurídicas, estabelecidas entre os indivíduos criam relações jurídicas que contêm elementos extranacionais, e estas relações constituem a matéria-prima do estudo do direito internacional privado” (in *Direito Internacional Privado do Trabalho*, 2ª ed., Forense, p. 4).

2. A excursão das posições doutrinárias do direito quanto à interpretação

Não há como conceituar o direito, em forma simplista, sem uma visão de todo o progresso de suas idéias no mundo social.

Para tanto, o jurista não pode deixar de conhecer a afirmação de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO de que o direito é uma realidade muito vasta.

E essa realidade e a sua penetração fazem que todas as metodologias conhecidas partam da sua evolução histórico-crítica, da Alemanha na figura ímpar de SAVIGNY, fundando a "Escola Histórica" e que afasta-se do entendimento que o sistema de direito não é exclusivamente um sistema de regras jurídicas, mas um nexu "orgânico" entre os *institutos jurídicos* que vivem na consciência comum, libertando-se da estrita prisão à palavra da lei, em favor de uma consideração mais vigorosa do fim da lei e do nexu de significações, fornecidas pela global intuição do instituto. SAVIGNY, pela sua idéia de sistema como sistema "científico" construído a partir dos conceitos jurídicos, deu a partida para a "jurisprudência dos conceitos" (cf. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, Ed. Fund. Calouste Gulbenkian, 1969, pp. 10 e 11).

Da "jurisprudência dos conceitos" do século XIX, com a "genealogia dos conceitos" de PUCHTA, passando pelo "método histórico-natural" de IHERING, ao "positivismo racionalista legal" de WINDS CHEID e à "teoria objetivista da interpretação" de BINDING, WACH e KOHLER, a predominância que se nota é a busca de uma afirmação ao instituto da interpretação da lei, como fundamental a toda sistemática jurídica, o que levou aos teorizadores da forma "objetivista" da interpretação a permitir que a lei, "uma vez promulgada, *pode*, como qualquer palavra dita ou escrita, ter para outros uma significação em que não pensava o seu autor — o que seria um truismo —, mas ainda que o juridicamente decisivo é, em lugar do que pensou o autor da lei, uma significação "objetiva", independente dele e imanente à mesma lei" (KARL LARENZ, *ob. cit.*, p. 31).

Do ciclo que circunda o influxo do conceito positivista de ciência, demonstrada na "teoria psicológica do direito", de BIERLING, na "jurisprudência pragmática" de IHERING, no esplendor da "jurisprudência dos interesses" de HECK e STOLL, surge a "teoria pura do direito", de Kelsen, a mais grandiosa tentativa de fundamentação da ciência do direito como ciência que o nosso século veio até hoje a conhecer, na feliz observação de LARENZ.

Foi Kelsen quem viu a diferença fundamental que existe entre o legislador e o juiz, na interpretação da lei, porque aquele é "comparativamente muito mais livre" do que o juiz na criação do direito. De resto, comenta LARENZ, a teoria de Kelsen, na aplicação do direito através de um órgão jurídico, a interpretação, em termos de conhecimento, do direito aplicado liga-se sempre a um *acto de vontade*, por meio do qual o órgão aplicador efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas pela interpretação" (*ob. cit.*, p. 95).

Desse mesmo ciclo surge o Movimento do Direito Livre que tem em Bülow, Kantorowicz e Isay, os seus máximos representantes.

HERMAN KANTOROWICZ que, sob o pseudônimo de GNAEUS FLAVIUS, publicou a monografia intitulada *Der Kampf um der Rechtswissenschaft*

(A luta pela ciência do direito), em Heidelberg, em 1906, apregoa a mais absoluta liberdade e o poder de o juiz decidir a seu alvedrio, sem limites na lei, como observou o Professor ALFREDO BUZAD na apresentação da *Hermenêutica Jurídica*, de PAULA BAPTISTA (Saraiva, 1984).

Na primeira metade do século XX surgem a “teoria da ciência do direito”, de STAMMLER, o “neokantismo sudocidental-alemão e a teoria dos valores”, de RICHERT, LASK, RADBRUCH e SAUER, o “idealismo objetivo e dialética”, de BINDER e SCHÖNFELD, até a “teoria fenomenológica do direito”, de REINACH, WELZEL e HUSSERL, todas desenvolvidas por LARENZ (ob. cit.), passando às tendências metodológicas atuais, obrigatoriamente pela “jurisprudência dos interesses” à “jurisprudência das valorações”, até a crítica de FRANZ JERUSALEM à moderna ciência do direito.

Têm lugar de destaque, ainda, outras escolas proeminentes, que LUIZ FERNANDO COELHO desenvolve com a excelência de sua didática (in *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, 2ª ed., Forense, 1981), a do pensamento argumentativo e tópica jurídica, com PERELMAN, na sua teoria da argumentação para equacionar soluções, superando a problemática indicada, e THEODOR VIEHWEG que, em *Tópica e Jurisprudência*, desenvolve os fundamentos de uma nova ciência do direito, voltada menos para os princípios do que para os problemas que concretamente preenchem o universo da juridicidade (cf. ob. cit., p. 160), a *Lógica do Razoável*, de LUÍS RECASÉNS SICHES, professor da Universidade Nacional do México, que é “o catalisador, na ciência jurídica latino-americana, das novas teorias em matéria de hermenêutica do direito, que se afastam da silogística e da concepção subsuntiva da decisão judicial, fundamentando-se na *prudência*, na equidade e no sentimento do justo, ubicados no equilíbrio da dimensão humana, que o autor denomina o *razonable*, em oposição ao *racional*, porque as decisões jurídicas, antes de serem racionais, segundo a perspectiva lógico-subsuntiva, são razoáveis, e denomina-se o *logos* do razoável vinculado à dimensão humana (cf. ob. cit., p. 150).

SICHES assim pensa: diante da norma aplicável ao caso concreto, o juiz deve antever mentalmente os resultados da aplicação da norma. Se houver concordância entre estes e os visados pela norma, deve o juiz aplicá-la; em caso contrário, deve ser declarado na sentença que a norma é inaplicável, por mais que se afigure como aplicável. O intérprete é assim fiel à norma e, uma vez declarada a inaplicabilidade, deve o magistrado procurar outra, mais conveniente, humana, para a solução do contencioso. No caso de não ser encontrada esta outra, deve-se declarar a ocorrência de uma lacuna na legislação.

O Professor LUIZ FERNANDO COELHO ainda põe em destaque a “Escola da Jurisprudência Sociológica”, que reflete o espírito norte-americano, com as expressões destacadas de OLIVER W. HOLMES, ROSCOE POUND, BENJAMIN CARDOZO e LUIZ BRANDEIS, e “que, inspirada na lógica experimental de JOHN DEWEY, a tese fundamental da escola é a necessidade da compreensão correta das realidades sociais em permanente fluxo

histórico, como atitude preliminar à interpretação das normas jurídicas expressas nos costumes, na lei e nos precedentes” (ob. cit., p. 260).

Por fim, destaque-se a produção científica do Professor LUIZ FERNANDO COELHO que, somada à “Introdução à Crítica do Direito”, última idéia projetada no mundo jurídico que concentra-se na desmistificação do idealismo ingênuo, para a construção de uma sociedade livre de homens livres, ou seja, desalienados, pôs em relevo o *pensamento jurídico concreto* de ALF ROSS, que, “fundado na perspectiva de um normativismo dialético, representa instrumento eficaz para a construção de raciocínios jurídicos adequados à realidade do direito” (ob. cit., p. 174).

Vale transcrever o que o eminente professor extraiu do pensamento jurídico concreto sobre a interpretação da norma:

“Recordemos que a norma jurídica é um ser autônomo que envolve um sentido axiológico independente daquele que o legislador tenha inicialmente querido exprimir, um sentido que pode variar com o tempo. A primeira tarefa do juiz será então, de maneira serena e equilibrada, captar a valoração independente da regra de direito, utilizando-se dos processos comuns de interpretação, que são todos válidos desde que associados; mas essa captação se integra com a apreciação que ele faz do caso concreto, quando resplandece a missão mais importante do juiz — *fazer Justiça!*”

A velha questão de como deve o magistrado conduzir-se em face da lei “injusta” nos parece inteiramente superada, e pasma que autores eminentes ainda tenham dúvidas teóricas sobre a sua solução; a nós se configura evidente que deve prevalecer a justiça, o que possibilita ao magistrado corrigir a lei ou declará-la inaplicável. Essa correção todavia não implica a prolação de uma sentença *contra legem*, pois, se a norma jurídica é portadora da valoração independente, importa descobri-la no contexto dos demais valores sociais, isto é, conduzir a norma de direito ao seu lugar no quadro geral das valorações; o que a hermenêutica tradicional considera, portanto, uma decisão *contra legem* nada mais é do que a exclusão a que o juiz procede das valorações “estranhas” que a norma possa constituir, porque contrárias aos *princípios gerais do direito*” (ob. cit., pp. 171/172).

3. O direito internacional privado

Não é somente um conceito de direito internacional privado — um conjunto de preceitos reguladores das relações de ordem privada da sociedade internacional (CLÓVIS BEVILAQUA) ou o direito que rege os fatos em translação, girando através do espaço ao redor de leis diversas ou os fatos situados entre leis espacialmente contrárias ou o direito que

concerne à atividade de uma lei além de sua órbita, além do território, além das pessoas, para que foi feita (HAROLDO VALLADÃO) — que irá colocá-lo no seio das posições doutrinárias do direito, quanto à interpretação das normas. Necessário se faz uma observação histórica.

Do espírito da territorialidade pelo feudalismo em que os indivíduos restringiam suas atividades aos limites estreitos das fronteiras demarcadas, as relações internacionais se intensificaram à medida que o homem desenvolveu, ampliou e aperfeiçoou os meios de comunicação, eis que a extraordinária mobilidade do homem sobre o globo terrestre e nos espaços aéreos fixou a causa e o efeito dessas relações (cf. GILDA RUSSOMANO, ob. cit., p. 3).

Mas, “à medida que o intercâmbio se avolumava, mais acentuado era o contato do alienígena com os ordenamentos jurídicos estranhos e mais intensos os conflitos de legislações. O territorialismo, contudo, haveria de abrandar-se a uma abertura de produzir-se para que fosse encontrada uma solução para o problema” (apud AGENOR PEREIRA DE ANDRADE, *Manual de Direito Internacional Privado*, S. Paulo, 1975, p. 11) e essa solução, talvez, alcançada estaria através da uniformização das normas de direito, com nivelamento das legislações, com o estabelecimento de uma ordem jurídica única, como sonhou o holandês JITTA.

Evidente, portanto, que a inexistência de poder supranacional ou de uma superjurisdição faz transparecer a existência de soberanias autônomas, com jurisdições independentes, ordem jurídica preponderantemente livre, para que cada país possa admitir como jurídico só aquilo que, como tal, entenda admitir e cada jurisdição atribua validade jurídica aos fatos, por forma própria, sem qualquer interferência jurídica das demais jurisdições e sem que exista órgão superior que possa manifestar-se, afirmativa ou negativamente, quanto às leis que surgem aqui e ali (cf. OSIRIS ROCHA, *Curso de Direito Internacional Privado*, Saraiva, 1975, p. 4).

Razão por que, em face das numerosas situações em que se dá a confluência de várias ordens jurídicas, chegou JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO a afirmar que o direito internacional privado não é na verdade direito internacional, mas direito interno: cada país tem o seu próprio direito internacional privado e por ele resolve os conflitos que possam surgir, o que leva a concluir que as regras do direito internacional privado são regras formais, que caem na categoria das regras de remissão. Não se diz como se regula aquela situação, mas qual a lei que será competente para a regular, seja qual for o seu conteúdo (cf. ob. cit., p. 452).

Regras formais ou regras de remissão, o certo é que o direito internacional privado é o que sofre maior influência na interpretação de suas normas.

A autorização que se oferece ao juiz nacional para aplicar a norma estranha ou estrangeira oferece, também, a permissão para interpretá-la nos justos limites da construção adequada à realidade de cada caso interjurisdicional.

4. *A norma do direito internacional privado*

Quando o juiz nacional está diante de um fato internacional, ou interjurisdicional, isto é, quando dois meios sociais diferentes litigam em busca da solução à causa proposta, perseguirá a indicação do direito aplicável.

Aí a função da norma do direito internacional, privado.

Ela indicará o direito inerente à pessoa que entrou em contato com mais de um meio social.

ARMINJON já apontara como função auxiliar-judicial, e nisto se resume e se exaure a sua existência, como bem observou OSIRIS ROCHA (ob. cit., p. 13).

Nesse mesmo sentido a lição de AMÍLCAR DE CASTRO:

“As normas de direito internacional privado não se destinam a direta apreciação de qualquer relação humana existente entre as pessoas, ou da conduta destas; apenas auxiliam a apreciação do fato anormal, sem fornecer qualquer critério para essa apreciação, critério que é sempre dado pelo direito primário que indica” (in *Direito Internacional Privado*, Forense, 1977, p. 91).

Por isso, a norma tem função preponderante ao juiz nacional, mesmo sendo estranha, eis que se busca definição a uma causa litigada por meios sociais diferentes, por jurisdições independentes.

5. *Hermenêutica jurídica. Interpretação do direito*

Do latim, hermenêutica (o que interpreta, o que explica) é a busca do meio ou modo como se devem interpretar as leis, a fim de que se tenha delas o exato sentido ou o fiel pensamento do legislador, na conceituação clássica, porque nela estão encerrados todos os princípios e regras que devam ser judiciosamente utilizados para a interpretação do texto legal (cf. DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*).

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO acha que interpretar uma lei é determinar-lhe com exatidão seu verdadeiro sentido, descobrindo os vários elementos significativos que entram em sua compreensão e reconhecendo todos os casos a que se estende sua aplicação (cf. *Curso*, Parte Geral. Saraiva, 1964, p. 36).

Para FRANCISCO DE PAULA BAPTISTA a hermenêutica jurídica é o sistema de regras para interpretação das leis; e a sua importância e autoridade são imensas, derivando do interesse público, que exige que as leis tenham aplicação fiel ao pensamento do legislador (§§ 1º e 2º do *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*. Saraiva, 1984). No entanto, superada está a formalização de PAULA BAPTISTA quando afirma não ter

lugar a interpretação sempre que a lei, em relação aos fatos sujeitos ao seu domínio, é clara e precisa (*interpretatio cessat in claris*) (§ 3º).

Assim, como esclarece ALÍPIO SILVEIRA, o *in claris cessat interpretatio* colide com a própria natureza da interpretação, e seu predomínio — hoje felizmente em acentuado declínio — só se explicava por razões político-sociais, pelo afã obsedante de evitar a incerteza, o arbítrio, na aplicação da lei, afã esse que constituiu um dos *leitmotiv* daquela encarnação, já superada, do liberalismo (in *Hermenêutica do Direito Brasileiro*, 1º vol., RT, 1968, p. 41).

A hermenêutica não se refere somente à lei, mas ao direito contido na lei; o seu escopo é descobrir o direito, isto é, o conteúdo normativo contido nas formas de expressão do direito, assevera LUIZ FERNANDO COELHO (in ob. cit., p. 178), para quem epistemologicamente a hermenêutica se situa como parte da ciência do direito, cujo objeto é o estudo e a sistematização dos processos lógicos de interpretação, integração e aplicação do direito, correspondendo particularmente à dimensão dogmática do conhecimento jurídico.

Ao juiz, verdadeiro intérprete, está destinada a adequação da norma, ele é “o renovador inteligente e cauto, o sociólogo do direito. O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita, e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita” (cf. CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Freitas Bastos, 1961, p. 26).

Enquanto a lei permanece no mundo estático, a função interpretativa é a dinâmica do direito (DEGNI, *L'Interpretazione della Legge*).

6. *Interpretação da norma no direito internacional privado*

Ao Supremo Tribunal Federal, como supremo intérprete, cabe a adequação da norma de direito internacional privado, nos casos específicos da sua competência.

A pesquisa debruçada sobre seus julgados demonstra quão utilizada é a hermenêutica.

Em todos os ramos visíveis do direito internacional privado, o juiz procurou interpretar a norma visando, antes de tudo, *fazer justiça*, como missão mais importante, não uma interpretação *contra legem*, como observou o Professor ALFREDO BUZAD, mas uma interpretação *praeter legem*, “quando sobrevêm mutações profundas na ordem política e social, que levam o juiz a proceder a uma adaptação do direito às condições da realidade atual” (na Apresentação do *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*, de PAULA BAPTISTA).

Vejamos, nos casos práticos, o que o egrégio Supremo Tribunal Federal resolveu.

I — Matéria de extradição

A Corte enfrentou o debate sobre o instituto da *reciprocidade*.

A reciprocidade nada mais é do que a permissão do Estado em admitir a execução de sentenças estrangeiras, se o país de onde provêm admitir execução das decisões nacionais.

Instituto bastante criticado por CLOVIS BEVILAQUA (*Direito Internacional Privado*), por AMÍLCAR DE CASTRO (ob. cit.), a quem essa condicional não afina com o verdadeiro fundamento da atribuição de efeitos a fatos ocorridos no estrangeiro: no *forum*, a preocupação de justiça e utilidade deve subsistir ainda em falta de tratamento recíproco.

Instituto defendido por Rocco e AUBRY ET RAU, foi preterido por Clovis que defendia o seu banimento do direito, "porque substitui a idéia de justiça pela de conveniência, autoriza iniquidades manifestas, e empresta às relações internacionais uma estranha feição de ameaça e hostilidade" (ob. cit.).

A reciprocidade, no entanto, hoje é fonte reconhecida do direito extradicional.

a) Na Extradicação nº 272 — Áustria; Extradicação nº 273 — Polônia; e Extradicação nº 274 — Alemanha, países que buscavam o extraditando Franz Paul Stangl, o instituto veio à tona quando os três Estados requerentes fizeram declaração de reciprocidade.

A defesa sustentou a insuficiência do compromisso, porque ele envolve um ato internacional não referendado pelo Congresso.

Disse a defesa que as Constituições anteriores só impunham essa aprovação para tratados e convenções, mas a de 1967 (art. 83, VIII) a exige para "tratados, convenções e *atos internacionais*", por isso a oferta de reciprocidade, envolvendo a tácita aceitação do Brasil, dependeria do referendo legislativo.

O Professor HAROLDO VALLADÃO interveio no julgamento como Procurador-Geral da República e fez sua brilhante sustentação de parecer, declarando:

"No direito brasileiro, no tempo do Império, a extradição era ato administrativo, quer dizer, o Judiciário não intervinha. O Governo prendia e entregava.

Regia-se por quê?

Regia-se pela Circular do Barão de Cairu, de 1847, falando em promessa de reciprocidade, e pelos Tratados.

Veio a República, e que fez o eminente Pires e Albuquerque, Juiz da 2ª Vara do Rio de Janeiro?

Vieram pedidos de extradição sem Tratado e ele disse: "Sem tratado, não se dá, porque não há lei."

Já estávamos num regime em que o Judiciário controlava tudo. Logo, o Judiciário também controlava a extradição.

Disse mais Pires e Albuquerque: "A promessa de reciprocidade não vale, pois é, de fato, um tratado, que depende de aprovação pelo Congresso."

Acompanhando o Supremo Tribunal e Pires e Albuquerque, denegando efeito às promessas de reciprocidade, só reconhecendo a extradição mediante tratados, foi preciso fazer uma lei de extradição.

Essa Lei nº 2.416, de 1911, não falou em reciprocidade, e passamos, assim, a dar extradição independente das referidas promessas de reciprocidade. Só se exigiu num caso, art. 1º, para a extradição de brasileiro.

O projeto daquela lei, segundo esclareceu MENDES PIMENTEL, visou "dotar o País de uma lei reguladora da extradição, consoante a qual celebre o Governo brasileiro tratados de remissão "*delinquentium*" e atenda a solicitações de países não ligados ao nosso por convenções internacionais" (Rev. Forense, IV/77).

Assim, a extradição passaria a decorrer do tratado e da lei, *superadas as promessas de reciprocidade*.

E assim o entenderam todos os autores brasileiros que apreciaram, em obras especializadas, a Lei nº 2.416, de 1911. E os leio: ARTHUR DRIGGS, 1919, p. 12; COELHO RODRIGUES, I, 1927, p. 132; BENTO DE FARIA, 1930, p. 28. E, ainda, o Supremo Tribunal Federal no acórdão *laeder* do saudoso e eminente juiz, e especialista RODRIGO OCTÁVIO: "A falta de tratado não é, entretanto, obstáculo ao presente pedido de extradição, em face dos princípios liberais da nossa lei, que autoriza a extradição independentemente de reciprocidade só exigida quanto à extradição de nacionais" (art. 1º — Rev. Direito 92/75, e H. VALLADÃO, *Estudos de DIP*, p. 669, e *Bolet. Sociedade Brasileira Dir. Internac.* 7/107 e *Pareceres da Cons. Geral da República*, I/331).

Na mesma trilha, a lei atual, o Decreto-Lei nº 394, de 1938, não condicionou a extradição à existência obrigatória de tratado ou de promessa de reciprocidade. Só previu e exigiu esta para caso especial, da prisão preventiva antes do pedido formal, art. 9º

Nesse sentido, também JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Curso de Direito Penal*, 1º vol., pp. 294, *in fine*, e 295, *in fine*.

Agora o ilustre advogado chega a uma conclusão, *data venia*, tardia. Diz S. Exª: hoje, com a nova Constituição, as

ofertas de reciprocidade não valem nada, porque a Constituição diz que dependem de aprovação do Congresso tratados, convenções e outros atos *internacionais*. Já PIRES E ALBUQUERQUE mostrara que todos os atos internacionais dependiam de aprovação do Congresso, pois a palavra *tratado* compreendia também oferta de reciprocidade.

E a exigência da reciprocidade está superada.

Se a lei não fala em oferta de reciprocidade, como vai o Supremo exigí-la? (*Extradições — Julgamentos e Legislação*. STF, Brasília, 1976, p. 71).

O voto do eminente Relator, Ministro VICTOR NUNES LEAL, afastou a arguição da defesa, assim se expressando:

“A declaração de reciprocidade, na falta ou deficiência de tratado, é fonte reconhecida do direito de extradição (ANDRÉ MERCIER, “L’Extradiction”, *Recueil des Cours*, 1930, III, p. 185). Esse princípio já fora adotado em nosso País, no Império, pela Circular de 4-2-1847, do Ministério dos Negócios Estrangeiros; também foi mencionado, quanto à extradição de nacionais, na Lei nº 2.416, de 28-6-1911 (art. 1º, § 1º), e a lei atual o consagra (Decreto-Lei nº 394, de 28-4-38, art. 6º, § 3º, c/c art. 9º), segundo o entendimento do Supremo Tribunal (Extr. nº 232, 9-10-61, *DJ* 4-4-63, p. 70; Extr. nº 288, 7-12-62, R.F. 205/288, voto do Sr. Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA; Extr. nº 251, 30-9-63, *DJ* 5-12-63, p. 1.238, voto do Sr. Ministro EVANDRO LINS). Não ficou derogada a nossa lei nessa matéria, pois não tem esse alcance a circunstância de ser hoje necessário o *referendum* parlamentar para “atos internacionais” (Const. 1967, art. 83, VIII), diferentemente da Constituição anterior, que só o exigia para tratados e convenções.

O melhor entendimento da Constituição é que ela se refere aos atos internacionais de que resultem obrigações para o nosso País. Quando muito, portanto, caberia discutir a exigência da aprovação parlamentar para o compromisso de reciprocidade que fosse apresentado pelo Governo brasileiro em seus pedidos de extradição. Mas a simples aceitação da promessa de Estado estrangeiro não envolve obrigação para nós.

Nenhum outro Estado, à falta de norma convencional, ou de promessa feita pelo Brasil (o que não é o caso), poderia pretender um *direito* à extradição, exigível do nosso País, pois não há normas de direito internacional sobre extradição obrigatória para todos os Estados (MERCIER, ob. cit., p. 182). Dar ou recusar a extradição é direito inerente à soberania do Estado requerido (COELHO RODRIGUES, *A Extradição*, v. 1, 1930, p. 42). Ele não tem obrigação internacional de a conceder senão no limite dos seus compromissos (MERCIER, ob. cit., p. 180).

Nem a Convenção sobre o genocídio teria criado tal obrigação em face dos Estados não signatários (L. C. GREEN, "Political Offences, War Crimes and Extradiction", *The International and Comparative Law Quarterly*, abril, 1962, p. 329).

(...) Mesmo que o Tribunal consinta na extradição por ser regular e legal o pedido, surge outro problema, que interessa particularmente ao Executivo: saber se ele estará obrigado a efetivá-la. Parece-me que essa obrigação só existe nos limites do direito convencional, porque não há, como diz MERCIER, "um direito internacional geral de extradição".

Em conseqüência, a simples aceitação da oferta de reciprocidade não cria obrigação para o Brasil, não dependendo essa aceitação de *referendum do Congresso*. Na promessa de reciprocidade resulta obrigação para o Estado requerente, não para o Estado requerido.

Vou mais longe ainda: mesmo nos casos em que o Brasil seja o ofertante, uma vez que a reciprocidade já está prevista em lei e no costume internacional, que a nossa lei manda observar (Decreto-Lei nº 394/38, art. 9º, c/c art. 20, *in fine*; Cód. Penal, art. 4º), não se compreenderia fosse necessária nova chancela do Congresso para tal fim" (ob. cit., pp. 74/75).

A reciprocidade, portanto, fica ao entendimento interpretativo do julgador.

b) No julgamento do pedido de Extradicação nº 315, da República Federal da Alemanha, o Professor JOSÉ FRANCISCO REZEK, na qualidade de Procurador da República, hoje Ministro da Suprema Corte, assim examinou o instituto da reciprocidade:

"Conhecendo embora o precedente judiciário, que em nada se desgastou com a superveniência da Emenda Constitucional nº 1, argumenta a defesa no sentido de que o "ato internacional" extraditório não pode prescindir do *referendum* parlamentar.

A veemência da afirmação — cujo fascínio liminar sempre nos pareceu inegável — não acodem, todavia, elementos capazes de justificar a reforma das concepções até agora pacíficas na Suprema Corte.

Com efeito, a citação dos escritos de FRANCISCO CAMPOS, Despagnet, Saint-Aubin, bem como do Repertório La Pradelle Niboyet, a mais não serve que à demonstração do incontroverso, ou seja, de que, à falta de tratado específico, a extradição não é obrigatória, não conferindo o direito das gentes caráter juridicamente coativo e irrecusável à chamada promessa de reciprocidade.

Agindo dentro dos limites de sua soberania, a República se reserva o direito de, em tais casos, recusar a extradição — pela voz única do Poder Executivo — ou concedê-la, não havendo, nesta última hipótese, como prescindir da apreciação do pedido pelo Supremo Tribunal Federal.

Toda essa mecânica encontra, naturalmente, sua disciplina em legislação doméstica, cuja compatibilidade com a Lei Maior se acha de longa data afirmada por essa egrégia Corte. Nem o velho texto de 1938, nem tampouco o vigente Estatuto do Estrangeiro, concede abrigo à tese da intervenção parlamentar no processo extraditório.

A ponderação eloqüente — embora inválida — de que tal disciplina promanou, no passado e na atualidade, de decretos-leis, poderia ser respondida com a invocação, não menos eloqüente, do fato de não se encontrar Estado parâmetro onde o Poder Executivo dependa, caso por caso, de aprovação do Congresso para formular ou acolher promessas de reciprocidade quando, respectivamente, solicita ou se dispõe a conceder a extradição” (ob. cit., p. 342).

c) A Suprema Corte tratou no pedido de Extradição nº 347, da Itália, sobre o tema da *excepcionalidade do Juízo*.

Os advogados de defesa do extraditando reclamavam do pedido alegando descabimento de extradição quando o réu está sujeito a julgamento por tribunal ou juízo de exceção.

O mandado de prisão vinha assinado pelo Presidente da Corte Constitucional da Itália, criada em 1947, apontada como juízo de exceção.

O Professor JOSÉ FRANCISCO REZEK, como Procurador da República, lançou seu parecer, reconhecendo-a como tribunal de exceção.

Em certo trecho, disse o Professor REZEK:

“A listagem legal doméstica dos obstáculos à extradição termina nos incisos VII e VIII do artigo 88 do Estatuto do Estrangeiro, pertinentes, nessa ordem, à natureza política do crime e à excepcionalidade do juízo a que se deva sujeitar, na origem, o extraditando.

O princípio do *efeito útil*, elementar em hermenêutica jurídica, prescreve, desde logo, a idéia simplista de que juízo de exceção seja aquele precipuamente destinado ao processo e julgamento de crimes políticos. Quando assim fosse, ter-se-ia o legislador contentado com a redação do inciso VII, capaz de cobrir o seu duplo propósito. Se o rol condicionante se estende até um inciso VIII, versando de modo autônomo a excepcionalidade do juízo, é porque esta se presume possível também em presença de delitos comuns.

Aquele mesmo princípio hermenêutico, agora associado ao da compreensão sistemática da lei, manda que se condene, na matéria em exame, uma restrição excessiva do conceito de tribunal excepcional.”

Culmina o ilustre professor em reconhecer a exceção, por entre outras razões, a competência judicante da Corte Constitucional que foi estabelecida *post factum*.

O pedido foi deferido, apesar do parecer da Procuradoria, pelo voto do eminente Ministro DJACI FALCÃO, acompanhado por maioria dos demais Ministros, em sessão histórica, eis que os debates sobre o tema foram dos mais fecundos em termos de posição doutrinária, e cuja ementa assim se expressou:

“Alegação da existência de juízo de exceção. A Corte Constitucional criada pela Constituição italiana de 1947 situa-se como órgão jurisdicional. A sua composição, o processo de recrutamento dos seus membros, as incompatibilidades e os limites de eficácia das suas decisões encontram-se legitimamente definidos na legislação da Itália. Órgão jurisdicional preconstituído e que atende aos princípios fundamentais do Estado de direito (...)” (ob. cit., p. 167).

d) No pedido de Extradicação nº 333, da Suíça, o Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema da interpretação quanto à expressão *instrução criminal*.

A defesa do extraditando alegava inexistir processo instaurado e ausência de instrução criminal, como exige o Tratado de Extradicação firmado pelo Brasil e pela Suíça.

Diz a cláusula do Tratado:

“O pedido de extradicação será feito por via diplomática. Será acompanhado do original ou de cópia autêntica da sentença de condenação ou da pronúncia, ou de mandado de prisão, expedido pelo juiz ou procurador público competente, peça da qual se conclua que já foi iniciada instrução criminal contra o inculcado e que sua prisão preventiva foi decretada de acordo com as leis em vigor.”

A defesa afirmava que o pedido visava repatriar pessoa que ainda não faz objeto do processo criminal.

No entanto, o julgamento baseou-se na interpretação do conceito de *instrução criminal* que não se limita, no contexto da norma, à fase contraditória do processo, mas extensiva à instrução preparatória.

Diz o eminente Ministro ANTÔNIO NEDER, relator do pedido:

“Importante na interpretação não é a *letra* da regra, mas a *intenção* de quem a elaborou, princípio ressabido que se aplica aos tratados.

Doutro lado, imperiosa é a consideração dos efeitos implícitos da questionada norma jurídica internacional.

Sem dúvida, sabemos todos que as presunções lógicas e as conseqüências necessárias derivadas de qualquer norma formam igualmente parte dela, porque a vontade de observar uma regra induz a de cumprir igualmente aquela outra sem a qual a primeira não teria sentido, ou que se encontre logicamente compreendida nela (conf. DIONÍSIO ANZIOLOTTI, *Curso de Derecho Internacional*, trad. esp. da 5ª ed. ital. por LOPES OLIVAN, Madrid, 1935, p. 62).

Se o tratado autoriza alguma coisa, não porque as partes quisessem apenas definir princípios gerais, mas porque pretendessem concretizar o que no seu texto estipularam, é evidente que ele permite também, ainda que só por se achar subentendido, aquilo que é indispensável para realizar o estipulado (conf. INDWUJK EHRLICH, "L'Interprétation des Traités", in *Recueil des Cours*, v. 24, p. 84)."

Interpretou-se, então, que a prisão preventiva do acusado, mesmo que decretada na fase preliminar de investigação do fato criminoso, é bastante para fundamentar o pedido de extradição (ob. cit., pp. 541 e segs.).

e) Muitas vezes, a Corte Suprema é despertada para interpretar expressões jurídicas oriundas de institutos processuais e de direito material, que necessitam de uma definição do juiz para a aplicação nos fatos interjurisdicionais.

Na Extradição nº 280, dos Estados Unidos da América, procurou-se interpretar a palavra *indictment*.

Concluiu-se que esse instituto tem identidade com o de *pronúncia* do direito brasileiro, vez que na legislação americana *indictment* é um decreto formal de acusação, baseado em instrução criminal prévia.

Deferiu-se a extradição face ao atendimento à exigência da lei brasileira de prova de pronúncia (ob. cit., pp. 127 e segs.).

f) Na Extradição nº 304, da Argentina, buscou-se dar a exegese da expressão *secuela del juicio*, muito criticada por padecer de tecnicismo processual.

Terminou a Corte Suprema em reconhecer estar na expressão referida a prisão preventiva, ou "ordem de captura", como motivação de interrupção da prescrição invocada (ob. cit., pp. 231 e segs.).

g) Já no pedido de Extradição nº 318, da França, cujo julgamento marcou efetivamente a história da Corte Suprema, onde buscava a extradição de FERNAND CHARLES ERNEST LEGROS, deu-se a necessidade de interpretar a expressão *mandat d'arrêt*, culminando em reconhecer o *mandat d'arrêt* como meio hábil a permitir a detenção preventiva, no curso da instrução preparatória.

O Procurador-Geral à época, Ministro JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, dizia que o *mandat d'arrêt* é, material e formalmente, decisão que demanda a observância de requisitos mais rígidos do que, entre nós, a que decreta a prisão preventiva (ob. cit., pp. 357 e segs.).

h) Em outro pedido de Extradicação nº 330, dos Estados Unidos da América, a polêmica desenvolveu-se sobre a expressão *conspiracy* do direito americano.

Baseado na atipicidade da *conspiracy*, no direito penal brasileiro, o Professor JOSÉ FRANCISCO REZEK opinava pelo indeferimento da extradição. No entanto, a Corte Suprema reconheceu que o crime de conspiração corresponde, consoante as peculiaridades do caso, ao crime de quadrilha ou bando do direito brasileiro, artigo 288 do Código Penal, e o pedido foi deferido.

II — Matéria de direito de família

O Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, quando, ainda, o Brasil não acolhia divórcio, procurou dar interpretação condigna à rebeldia ao instituto.

a) Na Sentença Estrangeira nº 1.372, da Alemanha, a Corte Suprema reconhecia que os estrangeiros residentes no Brasil podem recorrer à Justiça do seu país para solucionar sua situação conjugal.

Apesar do excessivo rigor da proibição legal do instituto, a Corte permitia a homologação de sentença de divórcio concedida a estrangeiros, no seu país (cf. *Sentenças Estrangeiras*. STF, Brasília, 1979, pp. 205 e segs.).

b) De outra feita, a Corte não reconheceu como fraude à lei a busca dos cônjuges ao seu domicílio conjugal, reconhecendo o Ministro OROSIMBO NONATO, na Sentença Estrangeira nº 1.487, da França, que, “não contendo mais a Lei de Introdução, como a lei anterior, a disposição “será sempre julgado pelo juiz brasileiro”, a jurisprudência, aliás, com o apoio dos autores, concluiu que o dispositivo atual não tira a competência do juiz estrangeiro, em casos como o dos autos” (ob. cit., pp. 247 e segs.).

c) Na Sentença Estrangeira nº 1.747, dos Estados Unidos da América, o Tribunal nacional reconheceu que “a regularidade da citação deve ser considerada em relação às leis e uso do país onde realizada. Se a Justiça dos Estados Unidos deu por boa e valiosa a citação do réu domiciliado em seu território, não há como examiná-la em face dos preceitos processuais brasileiros e costumes nossos. Homologa-se a sentença” — (ob. cit., pp. 363 e segs.).

d) Já, na Sentença Estrangeira de nº 1.863, da França, o Supremo Tribunal Federal interpretou a expressão *averbação* como o trânsito em julgado da sentença no processo francês (ob. cit., pp. 393 e segs.).

e) E na Sentença Estrangeira nº 2.373, da República Árabe Unida, onde pretendia-se a homologação de sentença que concedeu o *repúdio* muçulmano, que é o divórcio unilateral de vontade do marido, a Corte nacional negou a homologação interpretando a ausência de citação da mulher como ofensa à ordem pública brasileira.

7. Conclusão

De tudo que foi exposto forçoso é reconhecer que o direito internacional privado vive, sobremaneira, de interpretação de suas normas oriundas quer de direito interno, quer de tratados e convenções.

Na interpretação da norma de direito internacional privado busca-se uma solução definitiva nos contrastes de costumes e legislações, procurando unir jurisdições e meios sociais diferentes na sociedade internacional em favor de aproximação mais justa e feliz.

Que não seja sonho e nem utopia o que RENÉ DAVID reclamou:

“O direito comparado, necessário ao desenvolvimento e ao emprego do direito internacional público, não tem uma função menor a desempenhar, quando se considera o direito internacional privado. Este encontra-se atualmente num estado aflitivo. Consiste essencialmente nas regras de conflito, destinadas a determinar em cada Estado se as jurisdições nacionais serão competentes para conhecer tal relação de caráter internacional, e por que direito nacional essa relação será regida. Esta maneira de considerar o problema seria satisfatória, se se chegasse, nos diversos países, a soluções uniformes. Conflitos de leis e conflitos de jurisdições são resolvidos em cada país sem preocupação por aquilo que é decidido num outro país, com o resultado de, neste conflito, haver muitas vezes uma vítima, a saber: o comércio e as relações internacionais. Estes, estabelecendo-se numa sociedade internacional não organizada, são submetidos a leis e regimes que diferem de “lugar para lugar”.

Uma das principais tarefas que incumbem aos juristas da nossa época é a de porem termo a esta anarquia; num mundo em que as relações internacionais tomam uma extensão e adquirem uma freqüência crescente de ano para ano, importa conferir uma base segura a estas relações. Deve ser realizado um acordo entre os diversos países para que, por toda a parte, seja aplicado a uma dada relação o mesmo direito nacional. Os Estados devem elaborar e aceitar, na matéria, soluções uniformes. Além das convenções internacionais, a jurisprudência deve, em cada país, tomar em consideração, quando estabelece uma regra de conflito, a maneira como o problema, que a ela se põe, foi, a partir desse momento, resolvido pela lei ou jurisprudência nos outros países” (in *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, Ed. Meridiano, 2ª ed., p. 34).

Das formas de governo – relevância do pensamento político de Maquiavel

NAILÊ RUSSOMANO DE MENDONÇA LIMA

Professora-Adjunto de Direito Constitucional
da Faculdade de Direito da Universidade
Federal de Pelotas (RS)

1 — Das formas de governo: noções gerais. Distinção entre formas de Estado e formas de governo

O Estado surge devidamente quando adquire os requisitos de soberania, unidade de forças (validez da norma jurídica em todo o território nacional) e reconhecimento internacional. A “zona espacial” — que o mesmo configura — organiza-se de modos diversos, donde as distintas formas estatais onde ressalta, pela sua expressão e importância, o Estado federal.

É nesta mesma “zona espacial”, acima referida, que se desdobram formas e regimes de governo.

Conforme o ensinamento da doutrina, forma de governo simboliza uma estrutura sólida, indicativa da categoria da magistratura suprema do país, que pode ser vitalícia (monarquia) ou temporária (república).

O regime de governo, por sua vez, retrata o modo pelo qual atua o próprio governo, executando suas atividades peculiares. Do relaciona-

mento, mais ou menos intenso, entre os Poderes Legislativo e Executivo, nascem os regimes de governo característicos, a exemplo do parlamentarismo e do presidencialismo. Frise-se que o parlamentarismo pode existir tanto na forma de governo monárquica, como na presidencial, enquanto o presidencialismo só é exequível nas repúblicas.

Importante é salientar que, entre certos autores estrangeiros, não raro, reina certa confusão quanto ao emprego das expressões formas de governo e formas de Estado. Como bem o frisa PAULO BONAVIDES, o vocabulário político alemão que denomina forma de Estado (Staatsform) é o mesmo que os franceses conhecem sob a denominação de formas de governo, quando se analisam as classificações mais antigas e tradicionais.

Não obstante, a nomenclatura francesa é a mais precisa, porquanto deixa clara a distinção entre formas de governo e de Estado.

Como formas de Estado temos a unidade e a pluralidade dos ordenamentos estatais, a saber: a forma plural: sociedade de Estados (Confederação e Estado federal) e a forma singular: Estado simples ou unitário.

Em relação às formas de governo temos a organização e o funcionamento do poder estatal, variando estas em função dos critérios adotados para determinar sua natureza.

De acordo com o melhor entendimento doutrinário, nos dias atuais, os critérios para esta classificação são em número de três:

- a) o do número de titulares do poder soberano;
- b) o da separação de poderes, com maior ou menor rigorismo no estabelecimento de suas funções;
- c) o dos princípios essenciais que animam as práticas governativas e o conseqüente exercício limitado ou absoluto do poder estatal.

Sobre as diferentes modalidades de formas de governo, desde os mais antigos critérios até os mais recentes, com ênfase na classificação proposta por MAQUIAVEL, estender-nos-emos no decorrer da presente explanação.

2 — Principais classificações: suas influências e importância

Na longínqua Antigüidade, uma vez que as formas de governo não se estratificavam de acordo com uma única modalidade, existiam diferentes maneiras de as classificar.

Tivemos, sucessivamente, as sugeridas por PLATÃO e ARISTÓTELES.

Para o primeiro, bipartiam-se em:

a) monarquias — cuja expressão mais requintada surgiu entre os persas;

b) repúblicas — que encontrou, entre os atenienses, as melhores condições para se afirmar.

Sendo estas as formas básicas, todas as demais deveriam combinar elementos peculiares a ambas. Necessitariam, enfim, conjugá-los com harmonia. PLATÃO encarou, ainda, os governos sob o ângulo valorativo, dividindo-os em normais e degenerados. Os primeiros, como o próprio nome está a indicar, proviriam de um reconhecimento voluntário da legalidade. Os segundos emanariam da força, da violência e da ilegalidade.

ARISTÓTELES, embora sofrendo a influência de PLATÃO, ampliou aquela bipartição, tripartindo-a. Por sua importância, atravessou os tempos, sendo, por muitos, a exemplo de DARCY AZAMBUJA, considerada a mais completa de todas as classificações de formas de governo.

Em sua obra **Política**, ARISTÓTELES assim expõe a base e o critério adotados para sua classificação:

“Pois que as palavras constituição e governo significam a mesma coisa, pois o governo é a autoridade suprema dos Estados e que, necessariamente, essa autoridade suprema deve estar nas mãos de um só, ou de vários, ou de uma multidão, segue-se que um só, ou vários, ou a multidão usam da autoridade tendo em vista o interesse geral, a constituição pura e sã; e que, se o governo tem em vista o interesse particular de um só, de vários ou da multidão, a constituição é impura e corrompida (ARISTÓTELES, **La Politique**, L. III — chap. V, 1^o — trad. franc. de THUROT).

Esta classificação, como se infere do texto, baseia-se num critério numérico e também num critério moral. À semelhança de PLATÃO, que considera os governos normais ou degenerados, ARISTÓTELES agregou as formas puras às impuras ou corruptas.

Desta maneira, classificou-as em:

1^a — **monarquia** — governo de um só — que teria, como forma impura, a tirania ou despotismo;

2^a — **aristocracia** — governo de um grupo, que poderia degenerar na oligarquia;

3^a — **democracia** — governo do povo que teria, como forma corrupta, a demagogia.

Esta classificação, como já o frisamos, ultrapassou os tempos, tendo repercutido na Idade Média e tendo sido acatada pela autoridade de TOMÁS DE AQUINO. Aceitando aquela tripartição, verificou este filósofo se os governantes atuavam no interesse da coletividade, visando o bem comum, ou se, pelo contrário, o faziam em seu interesse próprio. No primeiro caso, o governo seria justo e reto (os governantes agiriam **recte**) e no segundo, injusto e irregular (os governantes agiriam **non recte**).

As concepções formuladas na Antigüidade Clássica e as oriundas da filosofia escolástica, em verdade, analisaram o problema mais sob o ângulo sociológico e moral do que sob o aspecto jurídico.

Exararam, portanto, juízos de valores éticos, confundindo-os com proposições de ordem jurídica. Foi o gênio de Maquiavel que, abandonando a tricotomia até então acatada, estabeleceu a dicotomia que exerceu decisiva influência nas classificações das formas de governo dos tempos presentes e, de maneira mais acentuada, até meados do século passado, como bem o analisou PAULO BONAVIDES.

3 — Relevância do pensamento político de Maquiavel

Focalizar a importância decisiva que representaram para o mundo ocidental a vida e a obra de MAQUIAVEL nos faz recuar no tempo para, em rápidos traços, analisar a evolução do pensamento político do Ocidente.

Seguindo a linha diretiva, traçada por AFONSO ARINOS de MELO FRANCO, encontramos, como ponto de partida do pensamento helenístico **A República**, de PLATÃO, no que concerne às definições fundamentais políticas e jurídicas. Através de sua obra, evidencia-se a natureza especial do poder político do Estado com relação aos outros poderes. É que o Estado é o poder por excelência já que absorve, dentro de si, a capacidade de dispor sobre a ordenação e o funcionamento de todos os demais poderes da sociedade.

Posteriormente, com a queda do Império Romano, uma nova concepção se delineou na Europa. Com o declínio do poder do Imperador subiu, verticalmente, a importância do Papado. À medida que o Império se dissolvia no feudalismo, a Igreja se concentrava no Papado. Surgiram, como via de conseqüência, os pensadores políticos que passaram a submeter a vida social à Igreja. Nasceu, portanto, o feudalismo, que era dominado, em grande parte, pela ideologia cristã. Seu precursor foi SANTO AGOSTINHO que, no século V, escreveu **A Cidade de Deus**, início da fundação dos poderes locais. No fim deste mesmo século, o rei franco — Clóvis — se instituiu como monarca, já levado ao Cristianismo, e, portanto, submetido à autoridade de Roma. Posteriormente, Carlos Magno, quase 400 anos depois, colocou em funcionamento o ideário preconizado na obra **A Cidade de Deus**. Numa palavra: o poder temporal passou a ser submetido ao poder da Igreja, e Carlos Magno foi coroado rei pelo Papa.

Ainda de acordo com o pensamento de AFONSO ARINOS, e seguindo o curso natural da História, encontramos a figura de TOMÁS DE AQUINO e sua **Suma Teológica**. TOMÁS DE AQUINO reconstruiu o pensamento grego, sob o prisma político. Segundo sua orientação: **"todo poder vem de Deus, para o povo"**, criava-se uma nova orientação: **a da existência do elemento povo como entidade básica do processo político**. Era o alvorecer do Renascimento.

Note-se que, cronologicamente, o Renascimento político precedeu o Renascimento literário, artístico e científico. O Renascimento, sob o prisma político, caracterizou-se com DANTE ALIGHIERI, através de sua **Da Monarquia**, de 1311. Dante era partidário de que o Papa tivesse uma posição menos preponderante em relação ao Imperador. Logo depois, MARSILIO DE PÁDUA, que fora Reitor da Sorbonne, escreveu **O Defensor da Paz**, em 1324, simbolizando violento ataque ao poder temporal do Papa. Com esta nova tomada de posição atingiu-se uma fase áurea do Renascimento: **o século XV**. E o Estado passou a se manifestar em sua dupla forma: de afirmação e de negação.

Neste período destacou-se a legendária figura de Joana D'Arc, que conseguiu sagrar o Rei Carlos VII. Posteriormente, foi ela queimada viva, aos 19 anos de idade, na praça Rouen, pela audácia do que conseguira realizar.

Joana D'Arc, dentro do contexto político da época, representou a ação. Quem iria teorizar sua ação seria um personagem discutido, incompreendido, caluniado e que ultrapassou os limites de sua época: NICOLAU MAQUIAVEL, o florentino.

MAQUIAVEL, dentre as inúmeras inovações que trouxe, pretendeu realizar a unificação da Itália e, ao mesmo tempo, colocar o Vaticano numa posição meramente espiritual.

Por esta razão, escreveu **O Príncipe**.

Em verdade, chamava-se **Do Principado** esta obra tão lida e tão conhecida, embora ainda de difícil interpretação e análise. Este livro, preliminarmente, pretendeu simbolizar, na figura do Príncipe, Cesar Borgia. No entanto, acabou sendo dedicado ao Segundo Lourenço de Medici, face à decadência progressiva em que haviam caído os Borgia. **O Príncipe**, livro de pequeno porte, e grande por seu conteúdo, contém densas considerações sobre conduta dos homens em matéria de política. Até hoje ministra lições aos que atingem o poder.

Ainda no Renascimento, cumpre fazermos alusão àquele que introduziu o social no pensamento político renascentista. Este foi THOMAS MORUS que, com sua **Utopia** realizou um verdadeiro libelo contra a injustiça social da época.

Tendo focalizado de maneira rápida, ampla e superficial o processo da evolução do pensamento político ocidental, assunto que poderia abranger incontáveis páginas a mais, desde a Antigüidade Clássica até o Renascimento, destacaremos, a partir de agora, o vulto de MAQUIAVEL, objeto central desta digressão, e que simboliza um marco fundamental na evolução política da História ocidental.

4 — O Príncipe e a nova classificação das formas de governo

Conforme bem o frisa ISAIAS BERLIN, é algo surpreendente o número de interpretações das idéias políticas de MAQUIAVEL.

Ainda nos dias atuais teóricos e doutrinadores buscam a melhor forma de interpretar **O Príncipe**. Vasta bibliografia aumenta com espantosa rapidez, buscando localizar e decifrar a autêntica atitude política daquele florentino.

O Príncipe é uma obra pouco extensa, um livro de dimensões formais pequenas, cujo estilo é considerado singularmente lúcido, sensato, sucinto: **modelo perfeito de uma clara prosa renascentista**. Há mais de quatro séculos desperta o interesse e apaixona os políticos mais notáveis.

Tendo suscitado, ao largo dos tempos, as mais díspares considerações, pinçaremos apenas algumas que, pela autoridade dos que as exararam, merecem destaque especial.

ALBERTO GENTILE e GARRET MATTINGLY dizem ser **O Príncipe** uma sátira, pois "seria absolutamente impossível que pensasse o que literalmente disse".

SPINOZA, ROUSSEAU, UGO FOSCOLO o classificam "de uma história admonitória", pois, como bem o explica SPINOZA, "tendo sido MAQUIAVEL um democrata e entusiasta da liberdade, **O Príncipe** deve ter tido como finalidade acautelar os homens contra os malefícios da tirania".

A. H. GILBERT considera do livro "uma amostra típica de sua época, um retrato dos príncipes de então".

Os Professores GIUSEPPE PREZZOLINI e HIRAM HAYDN o vêem "como um escrito anticristão, como uma agressão à Igreja e seus princípios, traduzindo uma visão pagã da vida".

BENEDETTO CROCE vê MAQUIAVEL como "um humanista angustiado", enquanto os estudiosos suíços WALDER, KAEGI e VON MURALT o focalizam como "um humanista amante da paz, da ordem, e da estabilidade".

JUSTO LIPSIO, ALAGAROTTI e ALFIERI o vislumbram como um "patriota apaixonado".

CASSIER, RENAUDET, OLSCHKI o analisaram como “um técnico frio, um cientista moralmente neutro”.

HARDER vê MAQUIAVEL como “o espelho de seu tempo”.

RANKE, MACAULY, BURD, FICHTE o visualizaram como “um homem com profundo discernimento das verdadeiras forças históricas (ou supra-históricas) que moldam os homens e transformam sua moralidade”.

Face a tão diversificadas opiniões, bem podemos avaliar como tem sido conflitante o estudo da vida e da obra de MAQUIAVEL. Ao mesmo tempo, sentimos que, apesar das díspares considerações sobre ele tecidas, todos são unânimes em acatar a sua lúcida inteligência e a louvar sua prosa clara, concisa, perfeita.

Em verdade, tentar penetrar no espírito de MAQUIAVEL e no sentido de seus trabalhos continuará sendo uma tentativa que prosseguirá a se repetir, pois, como bem o frisou CROCE, “**una questione che forse non si chiuderà mai: la questione de Machiavelli**”.

A obra, sob análise, inicia seu Capítulo I com o Título **Os vários tipos de Estado e como são instituídos**.

Em sua primeira fase incisivamente declara: **Todos os Estados que existem e já existiram são e foram sempre repúblicas ou principados**.

MAQUIAVEL, portanto, ao focalizar o tema da classificação das formas de governo, afastou-se da conceituação tradicional atinente às formas puras ou impuras e aos critérios numéricos. Não reputou digno de maior exame o fato de o governo atuar **recte** ou **non recte**. E isso pela razão de que as formas corrompidas seriam apenas alterações das puras e de que, sobretudo, os governos se sucedem ciclicamente — passando da estrutura mais perfeita à menos perfeita e vice-versa — com uma inexorabilidade que dispensaria discriminação.

Criou, portanto, nova e revolucionária divisão das formas de governo: estas seriam — e são — **monarquias e repúblicas**.

Embasando-se nesta classificação, firmou-se a divisão predonderante na atualidade.

A própria concepção de KELSEN que distingue as formas de governo em democracias e autocracias, conforme o povo participe ou não da elaboração dos preceitos jurídicos, gira, em realidade, em torno do pensamento de MAQUIAVEL, embora sofra a influência aristotélica, sob o ângulo valorativo.

Esse, em verdade, o ensinamento de GROPPALI.

Monarquia, como o próprio vocábulo indica, significa o governo de um só. Nela há um chefe perpétuo coroado. Predominam a hereditariedade e a vitaliciedade do mandato. As monarquias, porém, não são totalmente idênticas. Temos, portanto, duas modalidades:

a) monarquias absolutas — o soberano enfeixa nas mãos todos os poderes, sem limitações específicas;

b) monarquias constitucionais — o rei, monarca ou soberano, é titular tão-só do Poder Executivo, permanecendo sob os ditames da Lei Suprema.

Por outro lado, havendo embora o marcante predomínio da hereditariedade, a História já registrou casos de monarquias eletivas, como sucedeu, em França, com Napoleão I e Napoleão III.

A República, ao contrário da monarquia, caracteriza-se pelo fato de que a estrutura do Estado se realiza mediante a vontade da pluralidade dos cidadãos, manifestada pelo voto. Os integrantes dos Poderes Legislativo e Executivo compõem-se transitoriamente.

Suas diferentes modalidades são:

a) aristocráticas — quando o direito de ser eleito reside num grupo;

b) sociocráticas — quando os governantes indicam seus sucessores (fórmula preconizada por Comte);

c) democráticas — forma da atualidade na qual todos têm o direito de ser eleitos, dentro dos limites da lei.

Portanto, as características essenciais da monarquia são a vitaliciedade e a hereditariedade dos mandatos. Da república, a temporariedade e a eletividade dos mandatos.

5 — **Outras classificações de forma de governo: aspectos gerais. Forma de governo da atualidade: a república. Considerações**

No início deste artigo (item nº 1) fizemos remissão aos critérios contemporâneos de classificações de formas de governo e que se traduzem em três, conforme no-lo ensina PAULO BONAVIDES.

O primeiro critério tem o prestígio do nome de ARISTÓTELES e de quantos o adotaram, mesmo com alterações e inovações.

O segundo, relativo à separação de poderes, dominou durante a idade liberal, apoiando-se na teoria de MONTESQUIEU, exposta em sua obra **O Espírito das Leis**.

O terceiro, finalmente, volta-se para os princípios básicos da vida política dos Estados, sendo o mais atual.

Não obstante, ainda de acordo com a orientação do mesmo jurista, as classificações mais célebres e importantes continuam com ARISTÓTELES, MAQUIAVEL e MONTESQUIEU, pela notável contribuição que deram e por seu caráter de perpetuidade histórica.

Das classificações de formas de governo que estão mais próximas de nós, sob o ângulo cronológico, citaremos, apenas, a do jurista alemão BLUNTSCHLI que distinguiu **as formas primárias ou fundamentais de governo e as secundárias.**

Segundo este autor, são formas fundamentais:

Monarquia, aristocracia, democracia, ideocracia — ou teocracia.

Quanto às formas secundárias, sua discriminação é a seguinte: governos despóticos ou servis, governos semilivres e governos livres, que são compreendidos na forma dos Estados populares (Volkstaat) ou Estados democráticos.

É importante salientar que, mesmo perante as novas classificações de formas de governo, permanece, na prática, a dicotomia firmada por MAQUIAVEL.

De acordo com MACHADO PAUPÉRIO, a tendência atual dos povos é a de utilizarem a forma de governo republicano, onde, como já o frisamos, impera a soberania popular e onde há, portanto, a manifestação da democracia. Em verdade, já depois da 1ª Grande Guerra vários países tomaram a forma republicana, a exemplo da Áustria, Polônia, Finlândia, Letônia. Paralelamente, vários Estados monárquicos tornaram-se republicanos, como sucedeu com a Alemanha. E, posteriormente à 2ª Grande Guerra, o mesmo sucedeu, por exemplo, com a Itália, a Bulgária e a Jugoslávia. Da mesma forma os países africanos, que atingiram sua independência, têm adotado, como corolário natural, a forma de governo republicana.

Podemos notar, pois, que a grande tendência dos povos — em países velhos ou novos — tem sido a adoção da república, como a melhor forma de ajustamento à realidade do instante histórico que vivemos.

6 — Consideração final

Concluindo este trabalho sobre as diferentes modalidades de classificar as formas de governo — desde épocas mais remotas até os dias atuais —, não podemos deixar de perceber que, malgrado toda positividade e lógica de distintas classificações propostas, modernamente ou em eras remotas, o pensamento político de MAQUIAVEL surge como marco decisivo e definitivo, dentro da temática em pauta.

Ao elogiar **as repúblicas**, em pleno Renascimento, seu posicionamento intelectual, manifestado em **O Príncipe**, explodiu como um paradoxo insensato.

A partir de 1813, porém, como o afirma MATTINGLY, tornou-se o mesmo um axioma do governo.

Uma análise mais profunda, no entanto, nos revela que MAQUIAVEL “não inventou” sua classificação. Ela estava insita na realidade de sua época.

Aquele estadista e filósofo teve sim, e este talvez seu maior valor, a força, a determinação, a coragem de dar-lhe forma. Deu-lhe uma forma literária permanente, impondo-se por seu mérito. Mérito este que o progresso e a evolução continuam a reconhecer e admirar.

Pensamos, portanto, com a maioria dos estudiosos desta matéria e, em especial, da obra de MAQUIAVEL, que ele merece ser reconhecido como a voz do Estado da Renascença. E que, mais precisamente, sua época deve ser designada de **A era de Maquiavel**.

BIBLIOGRAFIA CITADA E CONSULTADA

- (1) ARISTÓTELES. **La Politique**. L. III — chap. V 1º — trad. franc. de Thurot.
- (2) AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. Ed. Globo, 1967.
- (3) BATTAGLIA, Felice. **Estudios de Teoria del Estado**. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1966.
- (4) BLUNTSCHLI. **La Politique**. Paris, 1883.
- (5) CAETANO, Marce'o. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 5ª ed., Lisboa, 1967.
- (6) ————. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1977.
- (7) CALMON, Pedro. **Curso de Teoria Geral do Estado**. 3ª ed., 1949.
- (8) GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. Trad. brasil., São Paulo, 1953.
- (9) JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Trad. Fernando de los Rios.
- (10) MALBERG, Carré de. **Teoría General del Estado**. México. 1948.
- (11) MAQUIAVEL. **O Príncipe**. Edições de Ouro, Rio de Janeiro, 1979.
- (12) MENDONÇA LIMA, Nailê Russomano de. **Compêndio de Direito Constitucional**. São Paulo, Ed. Juriscredi, 1971.
- (13) PRADO KELLY. **Estudos de Ciência Política**. São Paulo, 1963.
- (14) RUSSOMANO, Rosah. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed., RJ, Ed. Freitas Bastos, 1978.
- (15) ————. **Dos Poderes Legislativo e Executivo**. RJ, Ed. Freitas Bastos, 1976.

Presença de Maquiavel

FERNANDO WHITAKER DA CUNHA

Desembargador do TJRJ, Professor da
UERJ.

“Eu amo a minha pátria mais do que
a minha própria alma.”

MAQUIAVEL

1. “Muchas veces”, assinalou o publicista espanhol TEODORO GONZALEZ GARCÍA, “acontece que la teoría nueva no és más que el eco renovado de una idea pasada y conocida.” Vem esta citação para situar o problema da alegada influência de MAQUIAVEL no pensamento político contemporâneo, do qual alguns ideólogos, como PARETO e MICHELS, são considerados neomaquiavélicos, assim como o pré-maquiavelismo se fizera notar, entre outros, em KANTILYA, o Maquiavel da Índia.

A presença de MAQUIAVEL nas doutrinas da direita, por exemplo, é apenas uma das conseqüências de sua iniludível atuação na teoria política moderna que, em última análise, dele promana em densas golfadas, redescobrimdo-o a partir do século XIX.

É aquela escassa curiosidade que a história das idéias políticas tem despertado nos espíritos, como observou DUNNING, a responsável pelas maliciosas interpretações, de que tem sido objeto a obra do Secretário florentino.

É com ele que se edifica o conceito de Razão de Estado e que a idéia política se desembaraça das implicações teológicas e morais (“*débrouilla le chaos de la politique*”, confirmou RIVAROL, no “*Discours sur l’Universalité de la Langue Française*”), deixando de ser uma subcategoria no mundo da cultura. Reconhece-se, em sua obra, como diz CARISTIA (ob. cit., pág. 2), “un altissimo concetto della Nazione e una chiara affermazione della concezione organica dello Stato e una più chiara affermazione del cosiddetto — Stato laico”, abrindo, no exprimir do COLE⁽¹⁾, “perspectivas ilimitadas ao poder secular”. HOBBS seria seu mais direto continuador, “powerfully influenced by Descartes”, segundo POGSON SMITH.

O senso do real, do prático, do científico e do racional em MAQUIAVEL, homem típico da Renascença, como o céptico MONTAIGNE, completa o elenco dos motivos, juntamente com sua concepção laica das coisas, que o fizeram combatido pelo pensamento oficial de sua época, representado pela Igreja, a qual não poderia admitir a transição política que se estava processando, em seu detrimento temporal, e que bem distingue a Idade Média da Moderna. A Contra-Reforma, estrênuo defensora do Papado, se deve, aliás, o início da censura contra o historiador de Florença, cidade na qual via o prolongamento da “Polis”, e que era governada, em certa fase, pela “Signoria”, composta de 65 cidadãos, com o auxílio do “Gonfaloneiro” da Justiça, supremo representante do Estado, e dos Conselhos (o Grande e o dos Oitenta), exprimindo um sistema político (“o governo enfim é colegiado”, comenta ALBERTO TENENTI, em *Florença na época dos Medici*, pág. 18), que era, em geral, o das cidades italianas do tempo (se bem que, em Genebra, um Conselho Geral de Cidadãos elege-se, anualmente, quatro síndicos) e que mereceram da BUCKCHART a qualificação de “Estado como obra de arte”. Veneza possuía, como órgãos principais, o *Maggior Consiglio*, o Conselho dos Dez e o Tribunal dos Quarenta. “Il Consiglio dei X é costituito dal Doge (que era eleito), dai suoi sei consiglieri e da altri dieci membri, eletti ogni anno e non più rieleggibili l’anno successivo”, informa UMBERTO FRANZEL (*Le Prigioni della Repubblica di Venezia*, pág. 120, Veneza, 1966).

RINALDO FULIN (Breve Sommario de Storia Veneta) dividia a história política, e mesmo na econômica, a autoridade da Igreja, vale dizer, do Poder tico e o oligárquico.

“NICOLAU MAQUIAVEL”, acentuou GIUSEPPE PREZZOLINI⁽²⁾, “nasceu com os olhos abertos”. Isso, numa palavra, significa, é claro, rejeitar, na área política, e mesmo na econômica, a autoridade da Igreja, vale dizer, do Poder Papalino, dos Concílios e, em decorrência, dos ensinamentos das Escrituras, como eram interpretadas, dos Santos Padres e dos postulados de direito natural, em prol de uma nova mundividência, do *il vero* e do livre exame dos valores. Não importava em ateísmo essa posição intelectual do arguto diplomata, como demonstra o seu cristão comportamento em face da morte.

(1) *La Organización Política*, 5ª ed., México, 1961, pág. 20.

(2) *Vida de Maquiavel*, pág. 7.

“Para MAQUIAVEL, el único método aceptable, en materias políticas”, deixou bem claro GETTEL, “es el histórico, o sea, la manera de enfocar los problemas del presente, y aun del porvenir, a la luz de los hechos del pasado”⁽³⁾.

A História foi, sem dúvida, a lente através da qual o pensador de que tratamos dividiu as realidades e pôde transformar-se num admirável crítico de costumes políticos, no qual está palpável um objetivo ético, além dos padrões convencionais. Por essa razão, seu estilo objetivo foi, como disserta GRAMSCI⁽⁴⁾, o “de um homem de ação, de quem quer impulsionar a ação; é estilo de manifesto de partido”.

O suposto satanismo de MAQUIAVEL é hoje síndrome de letras gordas. Entretanto, admiráveis espíritos têm-se deixado influenciar e prevenir contra ele. Descartes, referido por IVAN LINS⁽⁵⁾, analisou longamente *O Príncipe*, na correspondência com a Princesa Palatina, opinando em que seu autor mais errou: em “não ter distinguido bastante entre os Príncipes que adquiriram um Estado por vias justas e os que o usurparam por meios ilegítimos, dando a todos, indiferentemente, os preceitos que não convêm senão aos últimos”.

Obra didática de moral política, *O Príncipe*, que ensina “a lição do fracasso político, bem como a do êxito político”, no exprimir de MAURICE CRANSTON⁽⁶⁾ e que deve ser estudado dentro da sistemática dos livros de MAQUIAVEL, não poderá despertar censuras fora desse campo. Seus postulados éticos destinavam-se a uma órbita polêmica, qual a dimensão do mundo político, onde as paixões e os interesses travam um diálogo pouco ingênuo, e o que neles parece mero cinismo é, muitas vezes, diplomacia, ou um discurso sobre a psicologia humana. Disse BLUNTSCHLI que MAQUIAVEL conhecia penosa e profundamente os corações.

“Quem é causa de que alguém se torne poderoso arruína-se a si mesmo; porque para isso usou de habilidade ou de força e ambas estas coisas são suspeitas a quem se tornou poderoso”, ensina MAQUIAVEL⁽⁷⁾, em sua bíblia política, lida avidamente pelos que tinham ou desejavam obter o mando (Sixto V, Henrique IV, a Rainha Cristina, Catarina de Médicis, Napoleão e o próprio Frederico, o Grande, estão entre seus constantes manuseadores, sabendo-se, mais recentemente, a sedução que ela exerceu sobre Lenine, Kamenev, Mussolini e Hailé Selassié).

“Deve um Príncipe evitar sempre o ódio e o desprezo de seus súditos, valendo mais o amor do que as fortalezas”, escreveu ele, elaborando e fixando as bases de uma “ciência política aprofundada”, na expressão de LEOPOLDO DE FREITAS⁽⁸⁾. Como assegurou CASSIRER, embora analisado por filósofos, his-

(3) *Historia de las Ideas Políticas*, 1.º vol., pág. 237.

(4) *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*, pág. 10.

(5) *Descartes*, pág. 521.

(6) *Diálogos Políticos*, pág. 12, Cultrix, 1970.

(7) *O Príncipe*, 2ª ed., Ed. Vecchi, pág. 27.

(8) *Esboço Geral de Literatura*, São Paulo, 1925.

toriadores, políticos e sociólogos, permanece o segredo da mensagem de MAQUIAVEL, em *O Príncipe*, obra que, realmente, instaura o positivismo político.

Consideramos, porém, que o único roteiro plausível para uma tentativa de decifração desse original evangelho é situar historicamente o homem e a obra, para compreender o primeiro e justificar a segunda.

SABINE fez constar que, "por mais ampla e clara que fosse sua visão política, MAQUIAVEL era ainda, em certo sentido peculiar, um italiano do primeiro quartel do século XVI. Tivesse ele escrito em outra época e lugar, a sua concepção de política teria sido muito diferente" (*).

Ainda que *O Príncipe* tenha coordenadas de validade intemporal, embora carentes de maior sistematização, possuía uma destinação imediata (servir de orientação, primeiramente, a Giuliano de Médicis, e, depois, a Lourenço II de Médicis, a quem foi dedicado, por motivos óbvios, e que não deve ser confundido com Lourenço I, o Magnífico, admirável político, esteta e mecenas, discípulo de Marsílio Ficino, que almejava conciliar Cristo e Platão, mantendo sempre, diante do busto do segundo, uma lâmpada acesa, o que atesta a penetração dos ideais platônicos na cultura florentina, e em cujo governo, entre outros, floriu o gênio de BOTTICELLI) e, sob certo sentido, é uma produção de circunstância, como reflexo de contingências locais. Daí seu caráter vivo, notado por Gramsci, formulando, como escreve Le Bon (*A Psicologia Política*, pág. 5), "regras precisas no tocante à arte de governar os homens de seu tempo".

MAQUIAVEL escreveu após a Reforma, impregnado, certamente, da liberdade da razão e da necessidade do livre exame, quando a Europa já ingressava no Absolutismo e a Itália conservava-se feudal, fragmentada entre as repúblicas de Florença e Veneza, o reino de Nápoles, o ducado de Milão e o Estado Papal, empolgada pelo prestígio tentacular das grandes famílias que se combatiam: os Visconti e os Sforza, de Milão; os Bentivoglio, de Bolonha; os Montefeltre, de Urbino; os Este, de Ferrara; os Donia, de Gênova; os Malatesta, de Rimini; os Falliero, de Veneza (é excelente a evocação de JOAQUIM THOMÁS, em *A Dogaresa*); os Gonzaga, de Mântua, retratados por Mantegna; os Médicis, de Florença; os Baglioni, de Perugia, sem contar os Borgia, que detinham a hegemonia política através do pontificado de Alexandre VI, pródigo em dolo e malícia. Ao Papado, aliás, não interessava a união italiana e isso MAQUIAVEL o sustentava, considerando a Igreja, que, no aspecto, tem de ser apreciada em termos políticos, o grande obstáculo à sua tese do Estado Nacional, que inaugurava o conceito de Estado Moderno, pela almejada centralização do Poder. Esse antagonismo, do qual participava o impulsivo Guicciardini, esclareça-se, tem sido ainda nocivo ao escritor, comprometendo-o seriamente junto a espíritos limitados.

A interpretação laica do fenômeno estatal, do supremo fato social, é, pois, aspecto axial do pensamento de MAQUIAVEL que, no apregoar de JANET, traduziu

(*) *História das Teorias Políticas*, 1.º vol., pág. 329.

a política para o vernáculo, iniciando-nos em sua gramática, para usar a terminologia de LASKI.

A concepção de um Estado secular, com uma espécie de religião civil, que prenuncia ROUSSEAU, rompe, por conseguinte, o intransigente escolasticismo de então, como já o havia feito três séculos antes Frederico II, propiciador de um Estado absoluto, que pode ser considerado moderno.

“Os funcionários deste Estado”, historia CASSIRER (ob. cit., pág. 176), “não eram clérigos, mas leigos. Cristãos, judeus, sarracenos, tinham parte igual na administração; ninguém era afastado por motivos meramente religiosos. Na Corte de Frederico II desconhecia-se qualquer discriminação entre seitas, raças ou nações. O interesse que prevalecia era o do Estado secular, do Estado terreno”.

Tal é, também, a opinião de GARCÍA-PELAYO sobre o grande rei e diplomata, discípulo de Inocência III, que desafiara a Cúria, colocando em tensão suprema os dois poderes que almejavam a universalidade, aproximando, por outro lado, a Cristandade, do Islã, o que possibilitou um equilíbrio político até o século XV, afirmando que o soberano da Suábia abria a “via para a época moderna, enquanto sua política alemã deu origem à dispersão do Império germânico em Estados particulares, e estabeleceu na Itália o que repetidamente se tem denominado o primeiro Estado moderno” (10).

Frederico II antecipou concepções políticas que só posteriormente adquiriram validade geral e tornou-se, na frase de BURKHART, “o primeiro homem moderno que subiu a um trono”. O seu “modernismo” identifica-se ao de MAQUIAVEL, embora desconheçamos um estudo paralelo sobre ambos que, em substância, almejavam pôr fim ao medievalismo das instituições.

Oportuno é, em decorrência, o apontamento de PREZZOLINI: “SAVONAROLA era a Idade Média, MAQUIAVEL era o tempo moderno que nem mesmo os seus contemporâneos podiam compreender”. Esse não deixava, entretanto, de respeitar aquele, como profeta desarmado.

Ao monge preocupava o Criador, ao escritor, a criatura de quem tudo esperava, não deixando, outrossim, de ser profundamente cristão esse ponto de vista.

“O primeiro”, atesta LAURO ESCOREL (11), “todo voltado para a salvação da alma humana como a suprema finalidade da vida, o segundo preocupado essencialmente com a salvação da pátria e com a defesa do Estado”. Por sua vez, observou GRAMSCI: “a oposição SAVONAROLA-MAQUIAVEL não é a oposição entre ser e dever ser, mas entre dois dever-ser: o abstrato e obscuro de SAVONAROLA e o realista de MAQUIAVEL”. Referindo-se ao *Institutio Principis Christiani*, de ERASMO, argumenta D. VAN DAMME (*Erasmus, Sa Vie, Ses*

(10) *Frederico II da Suábia e o Nascimento do Estado Moderno*, pág. 21.

(11) *Introdução ao Pensamento Político de Maquiavel*, pág. 15.

Ceuvres, pág. 126), que enquanto a objetividade de MAQUIAVEL mostra o príncipe, como ele é, o grande humanista “le montre tel qu'il doit être”, afirmando que “ninguém é príncipe se não for homem de bem”.

O tribunal da crítica histórica não pode deixar de aceitar o progressista MAQUIAVEL, de um lado, como homem típico de seu tempo e do outro, como uma antecipação.

O civismo do autor florentino e a sua observação perspicaz, fruto de “una longa sperienza delle cose moderne ed una continua lezione delle antiche”, teriam que fazê-lo tomar, como Dante e Rienzi, uma posição em prol da libertação e da união da Itália e da necessária soberania do Estado, originando-se desse fato o seu prestígio do *Risorgimento*. Para isso, contribuiu a sua experiência diplomática, que lhe permitiu, assegura J. A. HALE⁽¹²⁾, ver seu país de fora e “as lutas partidárias da Península ampliadas em termos de política internacional”. Comentou BARCIA TRELLES que ele “es, ante todo y sobre todo, un ardiente patriota italiano”. A sua teoria do Estado renascentista nasce, nos termos de WERNER NAEF⁽¹³⁾, “del dolor por el Estado, de la angustia patriótica ante la realidad política de su tiempo”. Por esse motivo, já foram louvados seus ideais republicanos. O próprio ROUSSEAU declarou que “en feignant de donner des leçons aux rois, MACHIAVEL en donne de grandes aux peuples. Le Prince est le livre des républicains”. COSTERO chegou a considerar “santíssimo” o escopo de MAQUIAVEL. “Sua tendência republicana revela-se na aversão aos fundadores de tiranias”, completa MARIO SAVELLI (“Tempos e Lugares de Niccolò Machiavelli”, in *Rev. A.P.L.*, n.º 77).

Dá as normas práticas que o italiano expendeu para a estruturação e conservação do Poder Político, tendo BURDEAU (*L'État*, pág. 48, Paris, 1970) encontrado, nelas, receitas “destinées à garantir la stabilité de l'autorité”, como a da instituição das milícias nacionais, arregimentando as massas, em substituição às mercenárias, mas todas elas tinham destinação bem nítida no espaço e no tempo. Delas se extraiu, como percebeu ARRIGHI, “um maquiavelismo *in abstracto*, absoluto, de que MAQUIAVEL não é inteiramente responsável”. Esclarece JOACIL DE BRITO PEREIRA (*Idealismo e Realismo na Obra de Maquiavel*, pág. 68), ter sido PIERRE BAYLE, no século XVIII, “quem empregou pela primeira vez a palavra maquiavelismo, definindo-a como a arte de reinar tiranicamente”. Esse filósofo combativo, aliás, preparou o caminho para VOLTAIRE.

Com efeito, o maquiavelismo é hoje uma expressão genérica que tanto traduz a política sutil como a arbitrária, tanto a dissimulada como a aberta, usando, da mesma forma, ora a violência, ora a fraude, não sendo uma atividade exclusiva dos governantes. A respeito, precisou HECTOR RODOLFO ORLANDI⁽¹⁴⁾: “Se distinguen dos clases de maquiavelismo. El maquiavelismo principesco, ejecutado por el monarca, y el maquiavelismo popular, ejercido por el

(12) *Maquiavel e a Itália da Renascença*, Zahar, 1963, pág. 16 (ver CARLOS FAYT — *Renascimento*, Omeba, 1966).

(13) *La Idea del Estado en la Edad Moderna*, Madrid, 1947, pág. 67.

(14) *Estudios Iniciales de Derecho Político*, pág. 16.

pueblo, a veces protegiendo su libertad como en el caso de las revoluciones patrióticas. Generalmente, los partidarios de uno son enemigos del otro, aunque el resultado sea idéntico”.

MARITAIN, por sua vez, considera a existência de um maquiavelismo moderado (Richelieu) e de um maquiavelismo absoluto (as ditaduras do século XX), sendo Bismark uma forma de transição. Sentenciou SÁNCHEZ AGESTA (ob. cit., pág. 82) que “el maquiavelismo debe su existencia a los más antiguos príncipes del mundo y a MAQUIAVEL solo el nombre”. Pode-se, assim, compreender ALBERDI, quando opina ser o maquiavelismo, direito público romano restaurado.

MAQUIAVEL, visando, substancialmente, à supremacia do povo, admitia, como um mal necessário, em virtude do jogo histórico de que participava, a hegemonia dos governantes. “É verdade que eu ensinei aos tiranos como se conquista o poder, adverte ele, em sua conhecida obra cheia de alusões, mas também ensinei aos povos como é que se aniquilam os tiranos”.

Destarte, é lícito conceber-se hoje o verdadeiro maquiavelismo como uma das formas de liberalismo e de sentimento democrático, tão bem expressos quando seu inspirador trata de república romana, cujos bons exemplos enaltece.

MARITAIN chega a admitir mesmo que “o único maquiavelismo de que é capaz uma democracia como tal é o maquiavelismo atenuado e fraco”⁽¹⁵⁾ BÁRBARA HELIODORA (*A Expressão Dramática do Homem Político em Shakespeare*, pág. 151, Paz e Terra, 1978) assinala que MAQUIAVEL almeja, em verdade, um governo “equilibrado, bom, dedicado ao bem da comunidade”.

Anunciou, em tom profético, sobre o biógrafo de Castruccio Castracani, o agudo MACAULAY: “Será objeto de homenagem ainda mais profunda quando o fim a que decidiu a sua vida pública for realizado, quando se quebrar o jugo estrangeiro, quando um segundo Procida vingar as afrontas de Nápoles, quando um Rienzi mais feliz restaurar a boa supremacia de Roma, quando as ruas de Florença e Bolonha ressoarem novamente com seu antigo grito de guerra: “Popolo; popolo; muoino i tirani”⁽¹⁶⁾.

Salus populi suprema lex, proclamavam os romanos, e MAQUIAVEL, nessa linha de raciocínio, subordinava todos os princípios ao interesse geral e às necessidades da vida estatal (existe, aliás, certo paralelismo entre algumas de suas idéias e instruções da chamada “Monita Secreta” dos jesuítas). Escolmando-se ele de sua justificável imanência, perdura a sua transcendência, que está na base das idéias políticas modernas.

É preciso distinguir o que é local e o que é universal em sua obra, pois ele, como HENRY MILLER, compreendia que “above the national and racial drama which are convulsing the world, a greater drama is being staged: the world drama”.

(15) *Princípios de uma Política Humanista*, pág. 239.

(16) *Ensaio Históricos*, 2.º tomo, pág. 169.

Tratando, com propriedade de LA BOÉTIE, escreveu ARMANDO FERRARI (17): “Nos primeiros anos de reinado de Henrique II, a palavra (maquiavelismo) já é sinônimo de tirania pérfida e de hipocrisia política. É exatamente neste período que ETIENNE DE LA BOÉTIE conclui o seu discurso sobre a Servidão Voluntária e parece-nos lógico que tenha se rebelado contra o realismo imoral de uma política positiva que deveria triunfar pouco depois com Catarina de Médicis e Carlos IX.”

Dessa forma, escamoteado pelos interesses subalternos dos príncipes, que o moldavam segundo suas conveniências, tornou-se MAQUIAVEL símbolo negativo, como pretexto de nocivas maquinações políticas, e sua obra, aprovada pelo Papa Clemente VII, foi depois condenada pelo Concílio de Trento.

Tornou-se, assim, LA BOÉTIE o antifalso MAQUIAVEL, esta insondável *Gioconda* política (“ardo — e o ardor não se mostra externamente”, lê-se em um de seus poemas). Poeta, filósofo, humanista, magistrado, amigo de MONTAIGNE (“se quiserem que diga por que o amava”, escreveu o autor de *Ensaíos*, “sinto que só o poderei fazer, respondendo que era por ser ele quem era, por ser eu quem sou”), a quem se deve seu conhecimento, e que pode ser considerado adepto do “despotisme éclairé”, nas palavras de PIERRE MOREAU (18), LA BOÉTIE, em curta e esplendorosa vida, exprimiu um idealismo político de largas coordenadas, mostrando a ilogicidade da monarquia absoluta, o que lhe acarretou a inimizade de soberanos, como Catarina de Médicis. Essa oposição sistemática à sua obra foi, aliás, uma das causas de seu esquecimento. A MAQUIAVEL se antepunha a Igreja, a ele, o Trono, por, no fundo, serem idênticos seus ideais.

O “Discurso Sobre a Servidão Voluntária” foi precursor das reivindicações liberais e das conquistas democráticas dos séculos subsequentes, sedimentado, como de costume, pelos greco-latinos, nutrindo, sem dúvida, MONTESQUIEU e BECCARIA, como de MAQUIAVEL vieram imediatamente HOBBS e mesmo BENTHAM, se bem que a este último, que influenciou em STUART MILL, não fosse estranho o ceticismo de HUME. Referindo-se a LA BOÉTIE, e comentando sua tese, assevera ANDRÉ CRESSON (19) que ela esclarece ser voluntária a servidão do povo, o qual poderia evitar os tiranos, mas a fraqueza pública “faz a força dos usurpadores”.

Não se pode negar a LA BOÉTIE a glória de ter reagido, embora inconscientemente, contra a má interpretação de MAQUIAVEL, cujos supostos amoralismo e materialismo não encontram, hoje, penas autorizadas que os sustentem.

A *contrario*, o pensamento maquiavélico, no âmago de seus propósitos, reveste-se de indisfarçável coloração ética e o que há nele de materialista é o

(17) *Etienne de La Boétie no Quadro Político do Século XVI*, pág. 16.

(18) *Montaigne, l'Homme et l'Œuvre*, pág. 86, Paris, 1939. Cidadão do mundo, o autor de *Ensaíos*, por sua vez, se colocara contra o intolerantismo e contra o absolutismo, almejando reduzir ao máximo a autoridade do Estado.

(19) *A Filosofia Francesa*, 2.ª ed., pág. 54.

tonus pragmático, a ironia, o ceticismo e o bom senso. A virtude que pregava deveria ser a qualidade suprema dos líderes autênticos.

Declarou, com felicidade, ALFIERI: “chiunque ben legge e nell'autore s'immedesima non puo riuscire se non un focoso entusiasta di libertà, e un illuminatissimo amatore d'ogni politica virtù”.

MAQUIAVEL não precisa daquela “gentle word”, do verso de WILDE. Todavia, um dos que mais contribuíram para a sua crescente humanização foi, sem dúvida, SPINOZA, da mesma forma terrivelmente combatido (“les pierres lancées contre Spinoza”, revelou ALAIN, “retombent sur nous”), que o considerou penetrantíssimo, explicando que demonstrou a imprudência dos que pugnam por destituir um tirano sem suprimir a causa que o ensejou, talvez a insensatez do povo, que confiou a um homem a sua salvação, pessoa que, por temor, findará por hostilizar a vontade coletiva, ao invés de cuidar de seus magnos interesses.

“Inclino-me a interpretar assim o pensamento deste hábil homem”, expõe o filósofo holandês⁽²⁰⁾, “que sempre foi pela liberdade e propinou conselhos salutaríssimos sobre os meios de defendê-la”.

Bem notou ALAIN⁽²¹⁾ que a obra de SPINOZA é uma *étonnante entreprise*.

Em interessante livro, no qual demonstra enfrentarem as empresas problemas de política interna e externa idênticos aos dos Estados, ANTONY JAY⁽²²⁾ enaltece a atualidade de MAQUIAVEL, aplicando-o na teoria política da empresa, provando compreendê-lo: “seu objetivo era simplesmente analisar os procedimentos que, no passado, haviam conduzido ao êxito político, a fim de deduzir, a partir deles, os princípios que importa observar para obter êxito político no presente”.

A política tornou-se científica com MAQUIAVEL, porque — paradoxalmente — fulminou ele a hipocrisia, mostrando, como sentiu BACON, a maneira com que “os homens costumam agir e não a maneira como deveriam agir”. Tal o segredo da esfinge que estudamos.

Escrever sobre o florentino importa escrever sobre preconceitos, pois aqueles que dele tratam, em geral, o fazem deliberadamente, para justificar a própria ideologia. OTÁVIO DE FARIA, em livro magnífico⁽²³⁾, deixou patente

(20) *Tratado Político*, pág. 100.

(21) *Spinoza*, pág. 9.

(22) *Maquiavel e Gerência de Empresas*, pág. 38.

(23) *Maquiavel e o Brasil*, pág. 2. Comentando esse trabalho, observou ODYLO COSTA FILHO (*Graça Aranha e Outros Ensaíos*, pág. 107, Rio, 1934) que ele, praticamente, inaugurava a bibliografia brasileira sobre o assunto. É também a opinião de ALBERTO VENANCIO FILHO (in *Maquiavel*, obra coletiva, Brasília, 1980). Ver *Machiavel, Machiavéis, A Tragédia Octaviana*, de MARIA TEREZA SADEK, Ed. Símbolo, S. P. e *Destino do Socialismo*, de Octávio de Faria, Ariel, 1933.

que “existem vários MAQUIAVEL, como existem vários PASCAL, vários ARISTÓTELES, vários NIETZSCHE”. Cada comentador toma as liberdades que convêm à orientação do seu espírito.

A filiação dos extremismos a MAQUIAVEL é uma interpretação como outras. O bem comum objetivado por ele encerrava, em síntese, uma advertência e uma orientação liberal que não se coadunava com totalitarismos. A escolha de Cesar Borgia, como o príncipe capaz de encarnar as virtudes políticas, teve caráter meramente circunstancial e simbólico, por sua tentativa de organizar um Estado. “Assim, a decisão de MAQUIAVEL sobre o que seria ótimo para a Itália, consideradas as limitações específicas de seus dias, não era o melhor, mas antes o melhor possível”, alertou ROBERT DAHL (24).

Quando OTÁVIO DE FARIA afirmou que “Mussolini é, em traços gerais, o homem com que MAQUIAVEL sonhou” (da mesma forma com que GRAMSCI identificou o P.C. com o “moderno Príncipe”) e que poderia, sob certos aspectos, ser confrontado com o *ubermensche*, de NIETZSCHE, respondia o seu inegável talento a um reclamo das circunstâncias, impressionado por uma persuasiva oratória, que proclamava: “e noi oggi portiamo l'idea dell'ordine, della gerarchia, dell'autorità dello Stato contro la teoria suicida del disordine, della indisciplina, della irresponsabilità”. Em decorrência, adotou-se a fórmula: “Tutto nello Stato, nulla fuori dello Stato, nulla contro lo Stato.”

O Prelúdio que o *Duce* compôs a MAQUIAVEL era, em verdade, uma introdução à própria personalidade, da mesma forma que a refutação a *O Príncipe*, que fez o Rei Frederico II da Prússia, foi uma autocontestação. “MAQUIAVEL corrompeu a política” (25), anotou, injustamente, esse monarca, olvidando-se que ele mesmo exemplificou as qualidades reclamadas pelo autor italiano.

Os princípios de ordem e autoridade, para estruturar o Estado democrático, não elidem o respeito à dignidade e à liberdade do cidadão. Invocar, levemente, a salvação da pessoa coletiva, para postergar o indivíduo é solução inadequada e paradoxal que não encontra apoio no direito ou na política.

O homem de MAQUIAVEL, cuja vida e obra dispensam os “chirurgiens esthétiques de la biographie”, na fórmula de GEORGES MOUNIN (26), é, pensamos, aquele voltado para o bem social, que amordaça o próprio egoísmo em prol da autoridade que o Estado impõe para a vida em comum e para a preservação da legitimidade do poder público, podendo, no mundo moderno, ser protagonizado pelo partido político, tido, por GUIZOT, como o exército da ordem civil, no seio da liberdade.

(24) *A Moderna Análise Política*, pág. 137, Rio, 1970.

(25) *O Anti-Maquiavel*, pág. 143, Lisboa, 1967. *Contra-Machiavel* é a denominação pela qual ficou muito conhecida a obra de Innocent Gentillet.

(26) *Machiavel*, pág. 7.

Revolução jurídica: a teoria tetraédrica do direito e do Estado, como proposta de emenda constitucional

MARQUES OLIVEIRA

Conselheiro-Substituto do Tribunal de
Contas do Distrito Federal

Revolução, etimologicamente, tem dois significados: **rolar para trás e rolar de novo**. A história das novas teorias e as grandes descobertas da humanidade sempre tiveram seu início numa paciente pesquisa do passado, como alguém que, tendo perdido o caminho, retorna até o entroncamento onde, possivelmente, tomou a estrada ou atalho errados.

Hoje em dia, mesmo os ginasianos sabem que a Revolução francesa significa grande bifurcação jurídica na História e os estudantes de direito não desconhecem que a Constituição estadunidense foi copiada pelos próprios franceses, cuja primeira Constituição continha apenas dois Poderes: o Executivo e o Legislativo. Foram os estadunidenses que colocaram o Judiciário no triângulo estatal, e no **The Federalist** vemos MADISON a namorar um quarto Poder, nos números 47 até o 51. Foi aqui, neste ponto exato, que aconteceu um fato lamentável: o afã político e proselitista, ambos adjetivos nos maus sentidos dos termos, sobrepujou o labor jurídico dos pesquisadores da ontologia do Estado. O medo de contradizer os Pais da Revolução e a natural inércia mental que caracteriza os homens chamados “práticos” em oposição aos desprezados “teóricos”, fez com que gerações inteiras de estudantes de direito passassem a repetir como papagaios o dogma dos três Poderes. Certo que hereges tivemos, e muitos (entre eles, Benjamin Constant de Rebecque, o Imperador Pedro II, Alfredo Valladão, Iberê Gilson etc.), os quais ardem na fogueira da irrisão ateadada por piedosos sacerdotes jurídicos, de negras batinas, sempre prontos a oferecer aos condenados o triângulo dos Poderes, a ser beijado pelo impenitente.

E PUR SI MUOVE . . .

A realidade dos fatos aí está a mostrar que nenhuma organização pode contentar-se com menos de quatro funções para que viva e continue a viver: função administrativa, judicativa, legislativa e controlativa. Até as plantas e os animais têm o legislativo de seu código genético, que não foi chamado de código por acaso. . . No mundo vegetal e animal temos também uma função ativa que busca sobreviver e reproduzir-se, que executa (. . .) as funções vitais. Nos organismos vivos, desde a ameba, temos um judiciário que “julga” o que convém à sua ordem vital, absolvendo e absorvendo o que é bom, condenando, eliminando, ou repelindo e expulsando o que não lhe convém à ordem vital. Finalmente, nenhum organismo vivo dispensa órgãos sensoriais que dão ao organismo vivo, seja planta ou animal, a consciência dos limites físicos de seu corpo, e a consciência dos fatos do seu meio ambiente.

Isto posto, não iremos chegar aos extremos de BLUNTSCHILI que, no Hiperzoário de IZAULET, chegou até a descobrir o sexo do Estado: é masculino, enquanto que a Igreja é feminina. . . Mas podemos, serenamente, dizer que o Estado é um ser vivo. Os Estados nascem, crescem, às vezes se reproduzem, podem mesmo casar-se (como no matriarcado da Inglaterra ou no patriarcado moscovita); pode senilizar-se como o Império Bizantino, que morreu de velho; e morrer como morreram os impérios do passado. Se quisermos continuar a imagem, podemos dizer que os Estados podem dormir ou mesmo serem drogados por influências externas. A República tem sido, na maioria dos países que adotaram essa malfadada forma de governo, verdadeiro ópio do povo adormecido, a quem, de tempos em tempos, se dá uma dose de eleições. . . diretas (?), ou seja, indiretas, pois, os lavradores e os operários não conhecem o homem em que votam para Governador ou Presidente, mas apenas cabos eleitorais que lhes garantem, sob palavra, que “o homem é muito bom mesmo. . .”

Por isso é que tivemos a idéia de possibilitar ao povo uma participação mais direta no mundo do Governo, organizando, disciplinando e simplificando o controle. O controle é, verdadeiramente, a presença do povo, dos contribuintes, em todos os assuntos que lhe dizem respeito mais de perto. Dentre estes, avulta o controle orçamentário e financeiro exercido pelas Cortes de Contas, sem se desprezar o controle da Administração a ser executado pelo órgão independente do Corregedor Administrativo, de que logo falaremos.

O mais importante de tudo isso é que todos os órgãos de controle devem e têm de ser órgãos autônomos, independentes dos atuais três Poderes, sob pena de acabarem anulados ou neutralizados por ingerências de administradores e políticos profissionais. . .

O Controle é a consciência do Estado!

* * *

Após a imprescindível introdução, passemos a comentar diretamente os principais artigos da emenda constitucional proposta. Devemos lembrar

que numa democracia real, qualquer emenda à Constituição é burla ao Poder Constituinte, que a teoria constitucionalista insiste pertencer ao povo soberano. Se isso é verdade, qualquer alteração da Constituição só pode ser feita mediante consulta ao povo soberano. Exatamente como a monarquia — o único governo totalmente democrático que o Brasil já teve — fez, em 1822, durante a Regência, com a lei de 12 de outubro de 1822, cujo artigo único rezava:

Artigo único — Os eleitores dos Deputados para a seguinte Legislatura lhes conferirão nas procurações especial faculdade para reformarem os artigos da Constituição que se seguem (etc.).

Ou isso, ou então continuaremos a farsa democrática que permitiu a não desejada emenda divorcista, sem consulta ao povo brasileiro, considerado muito sábio para escolher o próximo Presidente mas totalmente incapaz de entender o que é melhor em relação a sua família...

* * *

Na primeira parte, temos o título **Dos Órgãos de Controle**. Seu artigo primeiro nos fala de “controle político”. Sobre a diferença entre controle político e controle técnico, temos um estudo especial no nosso livro recém-lançado pela Resenha Tributária, intitulado **O Controle, esse Desconhecido**. Aqui, entretanto, basta dizer que usamos o termo “controle político” como termo jurídico, previamente definido como sendo o controle das atividades governamentais ou mais ainda: controle das atividades ESTATAIS (cf. o grego *polis*, Estado), exercido por agentes políticos.

O termo jurídico AUTENTICAR significa “reconhecer como ATO DO ESTADO” o ato jurídico praticado, ou “dar o reconhecimento do Estado a ato praticado entre particulares”.

Ato autêntico ou autenticado é o ato reconhecido como tendo sido praticado pelo próprio Estado. Ato não autenticado é o ato praticado por particular, como tal. Contas autenticadas são as reconhecidas como tendo sido feitas e liquidadas pelo Estado. Contas não autenticadas são aquelas em que se encontram atos e fatos de responsabilidade pessoal do administrador como particular e não na qualidade de agente administrativo ou agente político.

O artigo segundo fala em órgãos **inermes** mas não **inertes**, significando que os órgãos de controle podem agir de ofício, sem necessitar de provocação de particular, mas podem, também, agir, preponderantemente, por provocação de particular, como no caso, que se verá, do Corregedor Administrativo (Ombudsman). Quanto a este, convém lembrar que sempre que entender necessário, poderá também agir de ofício, sem provocação. Devem os órgãos ou organismos autônomos de controle ser inermes, pois sua função dentro do Estado restringe-se à concessão, ou não, de **auctoritas**, sendo destituídos de **imperium**, a não ser aquele mínimo necessário para que sejam reconhecidos como autoridades: o **imperium mixtum**. **Auctoritas**, termo

latino que temos a pretensão de restaurar no seu exato sentido romano, é a faculdade de reconhecer e assumir como ato estatal, ou então de não reconhecer e repudiar como ato não-estatal, qualquer atividade praticada por agentes administrativos ou agentes políticos. A **auctoritas** concedida compromete o Estado com o ato praticado, fazendo-o ingressar na órbita da ordem jurídica estatal. Assim, também os atos entre particulares, uma vez autenticados, ou seja, uma vez contando com a **auctoritas** dos órgãos de controle, contam com a proteção-coerção estatal, como no caso do contrato entre Shylock e Antônio, no *Mercador de Veneza*, de Shakespeare. Shylock, ao exigir o registro de contrato no notário, pretendia tão-somente comprometer o Estado de Veneza no negócio particular com Antônio.

O artigo que relaciona quais seriam os órgãos de controle autônomos necessários não tem maior novidade no que se refere à Corte de Contas da União e do Ministério Público, a não ser no reconhecimento definitivo de que ambos não podem, por sua própria natureza jurídica, estar subordinados a quaisquer dos três Poderes, devendo ser autônomos e independentes.

* * *

Da Corte de Contas da União

A primeira observação a ser feita diz respeito à mudança de nome para CORTE ao invés de TRIBUNAL. Parece-me que foi Platão quem disse que “as palavras guiam os homens”. Uma palavra certa orienta nossas mentes, enquanto um vocábulo errado ou imperfeito desviam-nas. O infeliz nome de **Tribunal** dado às Cortes de Contas orientou todas as mentes em direção do Judiciário e de seu poder jurisdicional. Mas não é de nada disso que se trata quando falamos do dicastério relativo à prestação de contas que, em Atenas, se chamava **eythyna**. Senão, vejamos a própria etimologia de **eythynô**:

Euthynô (os) (fut. euthinôo, aor. euthyna, pf. desus.) I — tr. || dirigir, conduzir, || retificar, corrigir || censurar, repreender || **em Atenas**, verificar as contas **ou** a gerência dos magistrados || levar aos tribunais, acusar; II — **intr.** ser verificador de contas.

Temos ainda, **eythyna**, como substantivo:

Euthina s.f. euthys ação de prestar contas / acusação dum magistrado por causa das contas **ou** do desempenho do seu cargo.

Esta etimologia nos mostra claramente que, desde ARISTÓTELES, em sua **Política** (Politikôn, no livro VI (na ordem tradicional seria o IV), capítulos 14 e 16, o máximo que as Cortes de Contas podem fazer — e isso mesmo apenas através do seu Ministério Público Especial — seria **acusar** alguém perante o Judiciário. Tudo que passar disso, ou seja, tudo que exorbitar da comprovação de fatos e de sua autenticação, é desconhecimento lamentável da realidade jurídica. Como, por exemplo, o incrível e

descuidado **soi disant** Manifesto de Foz do Iguaçu que pede, para os “Tribunais” de Contas o poder jurisdicional de julgar... (**mirabile dictu!**) os **administradores** e não apenas suas contas.

Já o termo **julgar contas** é, sem nenhuma grosseria verbal, mas como constatação serena dos fatos, uma expressão cômica. Essa própria comicidade latente pode ter provocado o Dr. Anhaia Mello, respeitável e culto Conselheiro do Tribunal de Contas de São Paulo, a pensar em “judiciarizar” o controle, dando-lhe o poder de julgar pessoas. Tranqüilo estudo dos fatos e leitura atenta do trabalho da Dr^a Elvia Lordello Castello Branco sobre a **Execução das Decisões dos Tribunais de Contas** mostraria que os maiores juristas nacionais, entre os quais Pontes de Miranda, Castro Nunes, Seabra Fagundes e outros, destrinçam muito bem os limites ontológicos do controle face ao Poder Judiciário. Nossa Suprema Corte, também, jamais desconheceu tais limites e tais diferenças ontológicas, **ad instar** de apenas dois (e poderiam ser mais...) acórdãos bem conhecidos: no MS 16.255 (RTJ 38:245-50) e no MS 19.973 (RTJ 77:29-48).

De qualquer forma, o triste chamado Manifesto de Foz do Iguaçu serve para confirmar o que vimos dizendo há mais de seis anos: há que repensar, urgentemente, a ontologia dessa velha função controle (tão velha quanto ARISTÓTELES, pelo menos...) que, agora, surge à luz do dia com o livro **O Controle, esse Desconhecido**, da Editora Resenha Tributária.

Tudo isso tem acontecido, apenas porque foi dado a esse dicastério o malfadado nome de Tribunal... Justifica-se, portanto, a urgente mudança de nome para **Corte** de Contas.

* * *

Atualmente, no item I do art. 42 da Constituição, consta como competência privativa do Senado Federal:

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

Ora, a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, enuncia no seu art. 4º, quais os crimes de responsabilidade. Entre estes, temos, nos itens V a VII, os seguintes:

Art. 4º — São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição federal e, especialmente, contra:

I — ...

II — ...

III — ...

IV — ...

V — a probidade na administração;

VI — a lei orçamentária;

VII — a guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos;

VIII — ...

Ao definir a jurisdição do Tribunal de Contas da União, o Decreto-Lei nº 199 estatui, no seu art. 33:

Art. 33 — O Tribunal de Contas tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência, a qual abrange todo aquele que arrecadar ou gerir dinheiros, valores e bens da União ou pelos quais esta responda, bem como, quando houver expressa disposição legal, os administradores das entidades da Administração Indireta ou de outras entidades.

Parágrafo único — (...)

Art. 34 — Estão sujeitos à tomada de contas e só por ato do Tribunal de Contas podem ser liberados de sua responsabilidade:

I — os ordenadores de despesas;

II — as pessoas indicadas no art. 33;

III — todos os servidores públicos civis e militares ou qualquer pessoa ou entidade estipendiada pelos cofres públicos ou não que derem causa à perda, subtração, extravio ou estrago de valores, bens e material da União, ou pelos quais seja responsável;

IV — todos quantos, por expressa disposição de lei, lhe devam prestar contas.

Conjugando estas duas disposições legais que se referem de modo geral a dinheiro público, e sobre elas meditando, concluímos que os crimes de responsabilidade do Presidente da República enumerados nos itens V e VII do art. 4º da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, estão todos sob jurisdição do Tribunal de Contas da União! Ainda que se argumente que a Lei nº 1.079 é de abril de 1950 e que as leis não podem contrariar a Constituição, assim mesmo a natureza das coisas não muda, e é a natureza das coisas que deve inspirar e fundamentar as leis!

De qualquer forma, mesmo sem sair da atual Constituição, o art. 82 define os crimes de responsabilidade e, nos seus itens V e VI, entra em matéria da competência da Corte de Contas quando menciona: proibidade na administração (V) e lei orçamentária (VI). Conclui-se que “proibidade orçamentária” inclui “guarda e legal emprego dos dinheiros públicos”, e isto invalidaria a possível objeção feita, *ad argumentandum*, no parágrafo anterior.

Temos aqui exemplo bem claro da velha e nova órbita do controle que estamos pretendendo explicar. A esfera “administrativa”, em matéria de controle, seria o controle interno, que detectaria fatos e atos possivelmente em desacordo com as determinações normativas da espécie. O terri-

tório do controle, controle **externo**, controle político, ou controle propriamente dito, seria a comprovação e a **autenticação**, ou não, de tais fatos e atos. Finalmente, teríamos a esfera judiciária, que responsabilizaria, condenando ou absolvendo seu autor, **imputado** pelo controle. Assim sendo, a constatação dos **fatos** relativos a um crime de responsabilidade, dos itens V e VI do art. 82 da Constituição, seria da competência **constitucional** da Corte de Contas. Apenas isso: a constatação (ou **comprovação**, que me parece mais vernáculo) e autenticação. A condenação ou o ressarcimento coercitivo do alcance é da legítima esfera do Judiciário (**in casu**, o Senado ou o Congresso Nacional) que pode, inclusive, absolver o imputado...

Por isso achamos que, se o Senado deve julgar o Senhor Presidente da República num crime de responsabilidade, que se refira a quaisquer dos itens enumerados anteriormente, ou seja, relativo à probidade na administração, à lei orçamentária, ou à guarda e ao legal emprego dos dinheiros públicos, só poderá fazê-lo quando a Corte de Contas da União, em seu acórdão, apontar tal falha. Quando a decisão da Corte de Contas da União considerar regulares as contas do Presidente da República, o Senado não poderá julgá-lo por tais crimes. A matéria é da competência da Corte de Contas da União e sua competência se exaure quando consideram regulares as contas ou então quando, considerando-as irregulares, apontar a falha cometida quanto (1) à probidade na administração; (2) não-cumprimento da lei orçamentária pelo Presidente da República; ou (3) infidelidade na guarda e no legal emprego dos dinheiros públicos.

Assim é que propusemos, no item VIII do art. 44 da atual Constituição, uma alteração para que exprimisse a verdade dos fatos e a coerência jurídica. Deverá, portanto, ficar assim o item VIII do art. 44:

Art. 44 — É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I a VII — ... (iguais) ...

VIII — julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade referentes à probidade na administração, ao cumprimento da lei orçamentária e à guarda e legal emprego dos dinheiros públicos, quando suas contas não forem autenticadas pela Corte de Contas da União.

Como se vê, atualmente existe confusão e choque potencial entre os arts. 42, I, e 44, VIII, pois é claro que se **nas contas do Presidente** houver atentados à probidade na administração, à lei orçamentária, ou deslize na guarda e no legal emprego dos dinheiros públicos, não vemos como isso pode deixar de ser “crime de responsabilidade” a ser julgado pelo Senado...

Resta ainda uma observação a respeito, destinada aos juristas nacionais. Achamos que o órgão próprio para julgar não apenas o Presidente da República, mas também o Presidente do Congresso Nacional e o Presidente da Câmara de Deputados federais e o Presidente do Supremo Tri-

bunal Federal seria o Senado. Não iremos complicar nosso estudo com esta matéria a *latere*, evidentemente. Vamos nos restringir ao julgamento do Presidente da República apenas. Nesse caso, faríamos um aditamento ao art. 42, no seu item I, e simplesmente eliminaríamos, no art. 44, o item VIII. O aditamento que proporíamos ao art. 42, item I, seria o seguinte:

Art. 42 — Compete privativamente ao Senado Federal:

I — julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes de mesma natureza conexos com aqueles, dependendo tal julgamento de representação do Ministério Público, junto à Corte de Contas da União, à Câmara dos Deputados (art. 40, I) devendo, nos casos do art. 82, itens V e VI, haver prévia autenticação dos fatos pela Corte de Contas da União.

Com esse adendo alterado ficaria o item VIII do art. 44 da atual Constituição, como se verá.

* * *

Outra alteração, que nos parece de acordo com a realidade do crescimento nacional, é a do aumento do número dos Ministros das Cortes de Contas, uma vez que a grande complexidade de suas atribuições e a quantidade cada vez maior de processos alentados impedem freqüentemente estudos mais acurados das finanças públicas neles implicadas. Os atuais auditores, denominação confusa e dúbia, passam a chamar-se Ministros-Substitutos ou Conselheiros-Substitutos, pois, na verdade, exercem as mesmíssimas atribuições dos Senhores Ministros ou Conselheiros, mesmo quando não estão a substituí-los. Também, por ato de justiça consentânea com a realidade dos fatos, o *status* dos Ministros da Corte de Contas da União é elevado ao dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, e o dos Ministros-Substitutos, ao dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos. Sendo órgão autônomo com competência privativa de tão alta relevância, inclusive a de autenticar ou não as contas do Presidente da República, natural é que seu posicionamento fosse elevado.

* * *

Do Ministério Público

Quanto ao Ministério Público, além de separá-lo definitiva e insofismavelmente dos Procuradores do Estado, no caso a União, procura-se situá-lo juridicamente como o defensor do indivíduo e não dessa abstração geradora de confusões e imprecisões que se chama *sociedade*. Sua função transcende os limites do Estado, para defender o indivíduo contra não apenas o arbítrio do Poder, mas ainda contra o de organizações particulares ou particulares individuais poderosos.

Apontar tal realidade num texto constitucional parece-nos muito oportuno, uma vez que o Estado e as organizações particulares têm a seu dispor, verdadeiros exércitos de juristas para sua defesa e, às vezes, para agredir o indivíduo inerte e atomizado numa sociedade em que as corporações naturais ainda não podem fazer valer seus direitos e os de seus membros. Certas organizações dispõem até de forças armadas, e o cidadão vê-se ameaçado e agredido sem poder defender-se. O Ministério Público será seu defensor e guardião. Por isso, deve ser órgão autônomo, sem qualquer vinculação com quaisquer dos atuais Poderes.

* * *

Da Corte Federal de Controle Jurídico

A Corte Federal de Controle Jurídico destina-se a autenticar as situações de direito objetivo de particulares perante a União, em questões tributárias, previdenciárias, estatutárias e de relações de trabalho.

Vale dizer, o antigo contencioso administrativo (nem **contencioso**, nem **administrativo** — segundo CRETELLA Jr.) recebe nome adequado, como órgão de controle que é, e sempre foi. Haverá então uma esfera **administrativa**, uma esfera do **controle** e outra esfera **judiciária**, à guisa de três instâncias para solução de questões entre particulares e o Estado.

Esta esfera controlativa terá o condão de aliviar o Judiciário, especialmente por serem irrecorríveis suas decisões a favor do indivíduo. É claro, lógico, luminoso mesmo que esse controle de situações de direito objetivo não pode e não deve estar atrelado a nenhum dos três Poderes, pois, um deles (e às vezes todos eles) pode ser parte interessada nesta ou naquela solução... Como Poder do povo brasileiro, a Corte de Controle Jurídico examinará os FATOS e apenas sobre estes dará seu pronunciamento, autenticando situações de direito objetivo.

Por isso mesmo todas suas decisões a favor do particular vinculam o Estado, sendo irrecorríveis. Em contrapartida, assegura-se ao particular o recurso ao Judiciário sempre que houver lesão de direito subjetivo.

* * *

Das Cortes de Autenticação Jurídica

Quanto às Cortes de Autenticação Jurídica, o que se pretende é aliviar o Judiciário de uma grilheta pesada e incômoda (*), totalmente em desacordo com as altas funções jurisdicionais exercidas pelos juízes em todas as instâncias. Propõe-se um nome novo, o de Censor, a ser discutido. A escolha do nome Censor deriva do fato de, na antiga Roma serem eles destituídos de **imperium**, exatamente como se pretende que sejam estes novos magistrados. Assim, haverá nítida distinção entre Censores (sem poder jurisdicional) e juízes togados, portadores de **imperium**.

(*) Referimo-nos à Jurisdição Graciosa.

É evidente que as decisões desta Corte devam ser consideradas verdades legais por presunção *juris et de jure* perante o Judiciário, caso contrário, seriam elas inúteis toda vez que houvesse interesse em mudar-lhes o teor. Também é consequência lógica, imperativa, que os Cartórios, Tabelionatos e Offícios de Registros Públicos lhes estejam subordinados, pois todos estes órgãos são essencialmente autenticadores de situações jurídicas de direito objetivo entre particulares. A diferença entre as Cortes de Autenticação Jurídica e as Cortes de Controle Jurídico está exatamente aqui: estas autenticam situações de direito objetivo entre o particular e o Estado, e aquelas, entre particulares. Lembrar que o Estado também pode agir como particular, ele próprio. Esta autenticação de situações de direito objetivo entre particulares vincula o Estado ao cumprimento do decidido, garantindo ao interessado um título executivo perante o Judiciário.

* * *

Da Corregedoria Administrativa

Finalmente, apresentamos a nível constitucional o falado **Ombudsman** escandinavo, com sua necessária configuração de órgão de controle popular sobre a Administração Pública e também sobre entidades particulares que possam mostrar-se nocivas à saúde física ou moral da população. Caberia entre suas atribuições o controle da poluição ambiente, podendo haver um artigo mais ou menos nestes termos:

Art. — A Corregedoria Administrativa atenderá também as queixas populares quanto à poluição ambiente por indústrias particulares ou públicas, inclusive por poluição sonora.

É claro que a publicação desta Proposta de Emenda Constitucional destina-se a provocar a atenção e a atividade dos senhores juristas e estudiosos, inclusive dos que são políticos, para que se abra corajosamente um espaço constitucional para o povo, cuja participação no Governo, até hoje, tem sido apenas a de sacramentar *faits accomplis*, participar de greves ou morrer em revoluções sangrentas que nunca desejou...

EMENDA À CONSTITUIÇÃO

I — Artigos propostos

II — Artigos a serem alterados

I — Artigos propostos

Dos Órgãos de Controle

Art. — Os Órgãos de Controle, harmonicamente integrados na organização do Estado, têm por função o controle político das atividades administrativas dos três Poderes, autenticando atos, fatos e situações jurídicas públicas e particulares.

Art. — Os Órgãos de Controle são organismos inermes mas não inertes, agindo de ofício sempre que necessário, e seu poder se restringe a provocar a atividade constitucional e legal dos demais Poderes da União em suas respectivas áreas de competência, sob

pena de comunicação ao Ministério Público da União, o qual acionará os mecanismos constitucionais e legais de cumprimento da lei e de resguardo da moralidade administrativa e dos direitos constitucionais dos indivíduos.

Parágrafo único — O Ministério Público junto à Corte de Contas da União, às Cortes de Controle Jurídico e às Cortes de Autenticação Jurídica será organizado pela lei.

Art. — Os Órgãos de Controle são:

- 1 — a Corte de Contas da União;
- 2 — o Ministério Público da União;
- 3 — a Corte Federal de Controle Jurídico;
- 4 — a Corte Federal de Autenticação Jurídica;
- 5 — a Corregedoria Administrativa.

SEÇÃO I — Da Corte de Contas da União

Art. 70 — A fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pela Corte de Contas da União, mediante controle externo e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei.

§ 1º — O controle externo da Corte de Contas da União compreenderá a autenticação das contas do Presidente da República e as dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos, bem como o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária.

§ 2º — A Corte de Contas da União tomará também conhecimento da arrecadação da receita federal, inclusive das entidades dotadas de poderes parafiscais.

§ 3º — A Corte de Contas da União autenticará, ou não, em sessenta dias, as contas prestadas pelo Presidente da República anualmente; não sendo estas enviadas dentro do prazo, o fato será comunicado ao Senado Federal, para os fins de direito, devendo a Corte, em qualquer caso, apresentar minucioso relatório do exercício financeiro encerrado.

§ 4º — A auditoria financeira e orçamentária será exercida sobre as contas das unidades administrativas dos três Poderes da União e sobre cada Órgão de Controle que, para esse fim, deverão remeter demonstrações contábeis à Corte de Contas da União, à qual caberá realizar as inspeções necessárias.

§ 5º — A autenticação das contas dos administradores e demais responsáveis será baseada em levantamentos contábeis, certificados de auditoria e pronunciamento das autoridades administrativas, sem prejuízo das inspeções mencionadas no parágrafo anterior.

§ 6º — As normas de controle financeiro e orçamentário estabelecidas nesta Seção aplicar-se-ão às autarquias, às sociedades de economia mista, às empresas públicas, às fundações criadas por lei e às entidades dotadas de poderes parafiscais.

Art. 71 — O Poder Executivo manterá sistema de controle interno, a fim de:

I — criar condições indispensáveis para assegurar efetividade ao controle externo e regularidade à realização da receita e da despesa;

II — ... (igual);

III — ... (igual).

Art. 72 — A Corte de Contas da União, composta de dezoito Ministros e nove Vice-Ministros, com sede no Distrito Federal e quadro próprio de pessoal, tem jurisdição em todo o País.

§ 1º — ... (igual).

§ 2º — ... (igual).

§ 3º — Os Ministros da Corte de Contas da União serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre brasileiros, maiores de trinta e cinco anos, de idoneidade moral e notórios conhecimentos jurídicos, econômicos, financeiros ou de administração pública e terão as mesmas garantias, prerrogativas, vencimentos e impedimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

§ 4º — Os Vice-Ministros da Corte de Contas da União serão escolhidos por concurso público, conforme a lei, com as mesmas garantias, prerrogativas e impedimentos dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos.

§ 5º — No exercício de suas atribuições de controle da administração financeira e orçamentária, a Corte de Contas da União representará aos Poderes Executivo, Legislativo, e Judiciário, bem como aos demais órgãos de controle, sobre irregularidades e abusos por ela verificados nas respectivas áreas.

§ 6º — A Corte, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou das auditorias financeiras e orçamentárias e demais órgãos auxiliares, se verificar a ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, deverá:

- a) assinar prazo razoável para que o órgão da Administração Pública adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sob pena de comunicação do fato ao órgão do Ministério Público junto à Corte de Contas da União;
- b) solicitar ao Senado Federal, em caso de contrato, que determine a medida prevista na alínea anterior ou outras necessárias ao resguardo dos objetivos legais.

§ 7º — No caso do § 6º, alínea a, o órgão do Ministério Público sustará, dentro de quarenta e oito horas, a execução do ato impugnado.

§ 8º — O Presidente da República poderá ordenar a execução do ato a que se refere o parágrafo anterior, **ad referendum** do Congresso Nacional.

§ 9º — O Senado Federal deliberará sobre a solicitação de que cogita a alínea b do § 6º, no prazo de trinta dias, findo o qual, sem pronunciamento do Poder Legislativo, será considerada válida a impugnação, devendo o órgão do Ministério Público junto à Corte de Contas da União tomar as medidas legais para efetivá-la.

§ 10 — A Corte de Contas da União apreciará, para fins de registro, a legalidade das concessões iniciais de aposentadoria, reformas e pensões, independentemente de sua apreciação as melhorias posteriores.

SEÇÃO II — Do Ministério Público da União

Art. — O Ministério Público será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios, por lei federal e, nos Estados, por lei local, conforme o paradigma federal.

Art. — O Ministério Público tem por função a defesa dos indivíduos, garantindo-lhes o amparo da lei junto aos Tribunais e às Cortes, contra a força, o poder ou qualquer tipo de coação física ou moral empregados por particulares, organizações ou até agentes do Poder Público.

Parágrafo único — Ao Ministério Público junto aos demais órgãos de controle competirá acionar o Poder que deverá executar a providência sugerida, ou a recomendação ou determinação para corrigir irregularidades ou abusos autenticados.

Art. — O Chefe do Ministério Público da União será nomeado pelo Presidente do Senado Federal, dentre Promotores Públicos com dez anos ou mais de função, em lista quádrupla apresentada pelo Supremo Tribunal Federal e seu mandato será de cinco anos, podendo ser reconduzido uma vez.

Art. — *Uma vez exercido o cargo pelo prazo mínimo de três anos, os vencimentos e vantagens do Chefe do Ministério Público, ainda que peça exoneração ou se aposente a qualquer título, serão irredutíveis.*

Parágrafo único — *No caso de recondução, será compulsoriamente aposentado após o término do segundo período de cinco anos com proventos integrais.*

SEÇÃO III — Das Cortes de Controle Jurídico

Art. — *A Corte Federal de Controle Jurídico tem competência para autenticar situações jurídicas de direito objetivo de particulares perante a União, em questões tributárias, previdenciárias, estatutárias e de relação de trabalho.*

§ 1º — *As decisões das Cortes de Controle Jurídico a favor do particular vinculam o Estado, sendo irrecorríveis.*

§ 2º — *Aos particulares, entretanto, fica assegurado o direito de recurso ao Judiciário na hipótese do art. 153, § 4º*

§ 3º — *Haverá, em cada Estado da União e no Distrito Federal, uma Corte Federal de Controle Jurídico Regional para autenticação de situações de direito objetivo de particulares perante os Estados, ou o Distrito Federal, em questões tributárias, previdenciárias, estatutárias e de relações de trabalho.*

Art. — *A lei organizará a composição das Cortes de Controle Jurídico de âmbito federal e as do Distrito Federal e o modo de provimento de seus cargos, assegurando-se aos seus membros as garantias do art. 113 e, às Cortes, as do art. 115, no que couber.*

Parágrafo único — *Os Estados seguirão o paradigma federal em lei local para questões perante o Estado.*

Art. — *A Corte Federal de Controle Jurídico terá sede em Brasília e jurisdição sobre todo o território nacional, para decisão de questões fiscais e previdenciárias, inclusive as relativas a acidentes de trabalho, autenticando situações jurídicas de direito objetivo.*

Parágrafo único — *Nos casos indicados em lei, a Corte Federal de Controle Jurídico poderá funcionar como última instância recursal das Cortes estaduais.*

Art. — *As Cortes de Controle Jurídico Estaduais terão sede nas Capitais dos Estados, a do Distrito Federal, em Brasília, podendo a lei, nos Estados onde houver necessidade, criar até mais duas Cortes localizadas cada qual em cidades de população igual ou superior a trezentos mil habitantes.*

Art. — *As questões decorrentes de relação de trabalho dos servidores federais com a União, as dos estaduais com o Estado e as dos servidores do Distrito Federal serão primeiramente processadas e decididas nas respectivas Cortes de Controle Jurídico e apenas na hipótese de decisão desfavorável aos servidores poderão ingressar na Justiça Federal, nos termos desta Constituição (art. 122, II).*

SEÇÃO IV — Das Cortes de Autenticação Jurídica

Art. — *As Cortes de Autenticação Jurídica tratarão de todos os casos da chamada jurisdição graciosa ou voluntária, das questões de Estado e das ações declaratórias e procedimentos cautelares, garantindo-se-lhes o disposto no art. 115 e parágrafos, no que couber.*

Parágrafo único — *Haverá em cada Município e no Distrito Federal uma Corte de Autenticação Jurídica e em cada Capital de Estado e no Distrito Federal uma Corte Regional de Autenticação Jurídica, como segunda instância.*

Art. — *A estrutura e composição das Cortes de Autenticação Jurídica serão estabelecidas em lei, devendo seus Censores, na primeira instância, e seus Ministros, em*

segunda instância, ser bacharéis em Direito, guardando semelhança com a organização do Judiciário, com as garantias do art. 113 e seus parágrafos, no que couber.

Art. — A função das Cortes de Autenticação Jurídica consiste em conceder **auctoritas** aos atos perante ela praticados por particulares, vinculando a União à sua validade e eficácia.

Art. — Na eventualidade de lesão a direito subjetivo, a competência das Cortes de Autenticação Jurídica pode ser elidida pelo interessado mediante recurso ao Judiciário (art. 153, § 3º).

Art. — As decisões das Cortes de Autenticação Jurídica são tidas como verdade legal perante o Judiciário por presunção **juris et de jure**.

Art. — Os Cartórios, Tabelionatos e Offícios de Registros públicos estarão sob a jurisdição da Corte de Autenticação Jurídica, nos termos da lei.

SEÇÃO V — Da Corregedoria Administrativa

Art. — A Corregedoria Administrativa compor-se-á do Corregedor-Geral e de dois Corregedores, com a função de receber, processar e atender as queixas de qualquer do povo sobre o bom andamento da administração no âmbito do Executivo, do Legislativo, do Judiciário e dos órgãos de controle, conforme especificado em lei.

Art. — A lei organizará a Corregedoria Administrativa e o modo de provimento dos Corregedores, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 115 e seus parágrafos.

Art. — Um dos Corregedores cuidará também especificamente de reclamações contra abusos nos meios de comunicação, tais como radioemissoras, jornais, estações de televisão e quaisquer outros veículos de comunicação de massa, promovendo a responsabilização de seus dirigentes e dos autores dos abusos, através do Ministério Público.

Art. — A Corregedoria Administrativa atenderá ainda os casos referentes a adulteração de gêneros alimentícios ou sua má qualidade, promovendo a responsabilização criminal e civil dos implicados, através do Ministério Público, conforme a lei, podendo destacar outro Corregedor para exercer, cumulativamente, essa função.

Art. — Os membros da Corregedoria Administrativa servirão por cinco anos, após os quais poderão ser designados pelo Chefe do Ministério Público para outra função, não podendo seus vencimentos ser reduzidos após servirem como Corregedores.

Parágrafo único — Isolada ou conjuntamente, poderão ser reconduzidos uma vez para a Corregedoria Administrativa e qualquer deles poderá ser reconduzido como Corregedor-Geral.

Art. — Antes de tomar as medidas cabíveis, a Corregedoria Administrativa fará investigação sumária e sigilosa dos fatos, ouvindo os imputados e recomendando-lhes providências a serem tomadas, ou arquivando a queixa quando for infundada.

Art. — O desatendimento das sugestões, recomendações ou determinações, da Corregedoria Administrativa, implicará na imediata comunicação do fato às autoridades superiores ou ao Ministério Público para as providências legais cabíveis.

Art. — O Corregedor-Geral será escolhido na forma decidida em lei, dentre membros do Ministério Público com dez anos ou mais de função.

§ 1º — Os Corregedores deverão ter pelo menos cinco anos de atividade no Ministério Público.

§ 2º — A estrutura do Gabinete do Corregedor-Geral será definida em lei.

II — Artigos a serem alterados

Art. 95 — A lei organizará a Procuradoria da República, cujo Procurador-Geral será nomeado pelo Presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 1º — Os membros da Procuradoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos... (o restante permanece igual)...

§ 2º — Nas Comarcas do interior, a União poderá ser representada pela Procuradoria estadual.

Art. 96 — A Procuradoria dos Estados será organizada em carreira, por lei estadual.

Parágrafo único — Lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, estabelecerá normas gerais a serem adotadas na organização da Procuradoria estadual, observando o disposto no § 1º do artigo anterior.

Art. 193 — O título de Ministro é privativo dos Ministros de Estado, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos, do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho, da Corte de Contas da União, da Corte de Contas do Distrito Federal, da Corte Federal de Controle Jurídico, da Corte Federal de Autenticação Jurídica e dos da carreira de Diplomata.

§ 1º ... (igual).

§ 2º — Os membros da Corte de Contas dos Estados e dos Municípios terão o título de Conselheiros.

Art. 203 — Os Vice-Ministros da Corte de Contas da União serão nomeados após concurso de provas e títulos, conforme a lei, e terão as mesmas garantias, prerrogativas, vencimentos e impedimentos dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos.

Art. 204 — A Corte de Contas do Distrito Federal será composta de sete Ministros nomeados pelo Governador do Distrito Federal, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre brasileiros, maiores de trinta e cinco anos, de idoneidade moral e notórios conhecimentos jurídicos, econômicos, financeiros ou de administração pública e terão as mesmas garantias, prerrogativas, vencimentos e impedimentos dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos.

Parágrafo único — Os Vice-Ministros da Corte de Contas do Distrito Federal ingressarão na Magistratura de contas por concurso público de provas e títulos e terão as mesmas garantias, prerrogativas, vencimentos e impedimentos dos Desembargadores do Distrito Federal.

* * *

Art. 153 — ... (igual).

§ 1º — ... (igual).

§ 2º — ... (igual).

§ 3º — A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e a coisa veredita.

... (dos §§ 4º a 36, permanecem como estão)...

Art. 6º — São Poderes da União, Interdependentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, e poderes do povo brasileiro, os Órgãos de Controle.

* * *

(Nova redação:) Art. 122, II — julgar originariamente, nos termos de lei, o pedido de revisão das decisões proferidas pelas Cortes de Controle Jurídico contrárias aos particulares.

Art. 42 — ... (igual).

Itens I a IV — ... (iguais);

V — legislar para o Distrito Federal, segundo o disposto no § 1º do art. 17, e cooperar com o controle exercido pela Corte de Contas do Distrito Federal quando esta negar **auctoritas** às contas do Governador e, em casos de contratos da administração local, atender à solicitação da Corte de Contas, conforme o disposto na alínea b do § 6º e no § 9º do art. 72.

Itens VI a IX — ... (iguais).

Art. 44 — ... (**caput**, igual).

Itens I a VII — ... (iguais);

VIII — julgar o Presidente da República no caso de suas contas não serem autenticadas pela Corte de Contas da União.

(Nota: este item poderá ser eliminado, caso se aprove a mudança do art. 42, I, para:)

Art. 42 — Compete privativamente ao Senado Federal:

I — julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes de mesma natureza conexos com aqueles, devendo, nos casos do art. 82, itens V e VI, haver prévia autenticação dos fatos pela Corte de Contas da União e representação do seu órgão do Ministério Público à Câmara dos Deputados (art. 40, I).

Item IX — ... (igual).

Art. 45 — A lei regulará os casos de concessão de **auctoritas** pelo Poder Legislativo.

Art. 40 — Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I — ... (igual);

II — autorizar a Corte de Contas da União a proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas à Corte de Contas da União, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa.

III — ... (igual).

Art. 81 — Compete privativamente ao Presidente da República:

I a XIX — ... (iguais);

XX — apresentar ao Congresso Nacional e prestar à Corte de Contas da União, anualmente, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao ano anterior.

XXI e XXII — ... (iguais).

(Acréscimo nas Disposições Transitórias)

Art. 193 — ... (já alterado, supra).

§ 1º — ... (igual).

§ 2º — ... (já alterado).

§ 3º — Os atuais Auditores do Tribunal de Contas da União e do Tribunal de Contas do Distrito Federal passarão a chamar-se Vice-Ministros. Nos demais tribunais de contas serão chamados Vice-Conselheiros, desde que seus cargos tenham sido providos por concurso, conforme a lei respectiva.

Teoria Geral do veto

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO

Professor Titular da Faculdade de Direito
da UFMG, Livre-Docente e Doutor em
Direito

SUMÁRIO

I. DA NECESSIDADE DA TEORIA GERAL

- 1 — Teoria Geral do Estado
- 2 — Teoria Geral do direito constitucional
- 3 — Teoria Geral das instituições políticas
- 4 — Teoria Geral da Constituição
- 5 — Teoria da Constituição
- 6 — A "Teoria do Veto Legislativo" em LUIZ NAVARRO DE BRITTO e em MÁRIO CASASANTA

II. ASPECTOS DA TEORIA GERAL DO VETO

- 1 — Natureza jurídica do veto
- 2 — Sanção, promulgação e veto
- 3 — O veto no direito comparado. Seu destaque no direito constitucional norte-americano
- 4 — O veto no direito constitucional brasileiro
- 5 — Poder de veto ou direito de veto
- 6 — Classificação dos vetos
- 7 — Processo legislativo e veto. Técnica legislativa
- 8 — O veto e a jurisprudência. O verbete da Súmula Cinco

I. DA NECESSIDADE DA TEORIA GERAL

O verbete teoria, tendo em vista o seu significado original grego, é identificado com o termo contemplação, ato contemplativo. Assim foi considerado na *Ética a Nicômaco*, de ARISTÓTELES. Esta primeira etimologia é insuficiente,

bem como a contraposição entre teoria e prática. Procura-se assemelhar esta palavra também com doutrina ou sistema de idéias, ou até com ideologia. Uma *Teoria da Justiça*, por exemplo, seria um conjunto doutrinário bem elaborado, sistemático, seja de um pensamento ou de uma ciência. Importante teste para a *Teoria da Justiça* é a forma pela qual ela introduz ordem e sistemática nos conceitos de uma vasta gama de questões ⁽¹⁾.

A presença da contemplação abstrata é constante em uma conceituação de teoria. Sente-se a preocupação com o conhecimento puro. É impossível separar rigidamente a *teoria*, a *pesquisa* e a *prática*. A teoria não é apenas um ato de abstração, vincula-se a uma questão de método: "Qual seja, antes de ser uma questão simplesmente de ordem intelectual, a compreensão da teoria resolve-se muito mais como uma questão de método e de comportamento. Trata-se, portanto, muito mais da postura que possuímos diante do que nos cerca. Aliás, é justamente a relação estreita entre *teoria e abstração*, *teoria e prática* ou *ação*, *teoria como práxis* (aprofundaremos este termo na segunda parte), *teoria e ato intelectual*, *teoria e sistema* ou *doutrina*, *teoria e estrutura*, *teoria e ideologia* (e outros conceitos afins) que nos faz alimentar certo senso comum negativo. A confusão entre uma coisa e outra nos atrapalha.

E como a questão central da *teoria* não trata do ato intelectual em si só, isoladamente, mas da ação do homem como um todo, envolvido no mundo e na relação com o outro, cumpre tomar alguns cuidados relativos a esta palavra ⁽²⁾.

A elaboração de uma *teoria* não pode ocorrer fora do horizonte da prática, desde que esta é a base, o fundamento e o pressuposto do teorizar.

O pensamento jurídico, como técnica de expressão e realização dos interesses essenciais da vida, não tem "por fim precípua o conhecimento científico, mas exprimir o sentido dominante de dada civilização e realizá-lo adequadamente" ⁽³⁾.

O conhecimento científico visa apreender certo objeto, por meio de um determinado método. A fixação do objeto e do método surgem como questão prévia e fundamental de toda disciplina científica. Estabelecer teoricamente o âmbito da realidade que constitui o tema de uma disciplina científica supõe a fixação de um conjunto de normas que tornam possível proceder frente à investigação científica.

Este entrelaçamento entre *teoria e prática* torna-se essencial para as averiguações da ordem jurídica, desde que esta tem destinatário: "Toda observação empírica pressupõe, portanto, uma certa teoria. Porém, é necessário preci-

(1) RAWLS, John. *A Theory of Justice*. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1980, p. IX.

(2) PEREIRA, Otaviano. *O que é Teoria*. Editora Brasiliense, São Paulo, 1982, p. 13.

(3) CAMPOS, Carlos. *O Mundo como Realidade*. Editora Cardal Ltda., Belo Horizonte, 1981, p. 316; *idem*, *Hermenêutica Tradicional e Direito Científico*, Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1970; *idem*, *Estudos de Psicologia e Lógica (Pensamento Filosófico e Pensamento Positivo)*, Editora Nacional de Direito Ltda., Rio de Janeiro, 1945.

sar o sentido da palavra *teoria*, a fim de não se cair em ambigüidades. De certo modo pode-se dizer que a conexão puramente lógico-analítica entre os conceitos fundamentais de uma determinada ciência constitui a "Teoria Geral" de tal disciplina. Porém, em tal sentido, para o formalismo neokantiano e o neopositivista, não cabe falar de autêntica teoria científica enquanto sistema de proposições com valor cognoscitivo empiricamente observável, senão de uma pura descrição analítica da dimensão da realidade que se trata de investigar, como estabelecimento da possibilidade de "objetos em geral" para tal disciplina.

"O autêntico processo de conhecimento só começa quando estes conceitos, em conexão com hipóteses específicas, são trasladados para a realidade, permitindo ordenar seus dados segundo princípios unitários, de tal modo que apareça o que designamos como teoria científica propriamente dita. A "Teoria Geral" não é outra coisa senão o "enfoque" que torna possível estabelecer certos dados e reagrupá-los de maneira significativa entre si. As "teorias científicas" propriamente ditas serão aquelas proposições ou sistema de proposições que formulam as conexões significativas de dados, empiricamente observáveis. Uma conexão significativa é aquela predicável para certa generalidade de dados, verificáveis, por conseguinte, sempre que se apresenta em tal classe de dados.

"Cabe distinguir uma série de níveis teóricos em função do grau de generalidade alcançado pelas proposições verificáveis: desde a mera constatação descritiva de certas regularidades empíricas, sem poder explicá-las mais amplamente e as "teorias *ad hoc*", até as "teorias de âmbito médio" (MERTON) e as teorias complexas com mais ou menos pretensões de explicar a totalidade dos fenômenos relevantes para a disciplina em questão. Em todos estes casos foram seguidamente aplicados os mesmos conceitos fundamentais; as várias teorias específicas em seus distintos níveis se formulam sempre a partir da mesma Teoria Geral. Esta série de graus de abstração indica que todo nível teórico se alcança recapitulando as diversas proposições de uma ordem imediatamente inferior, verificada *prévia e empiricamente*". O ideal do conhecimento científico estriba-se na axiomatização do complexo teórico, isto é, na constituição de um sistema unitário de proposições, perfeitamente coerente em termos lógico-dedutivos; toda proposição inferior, expressando uma certa regularidade fáctica de ordem muito concreta, deve ser logicamente deduzível das proposições de ordem teórica superior. As premissas máximas, por cima do edifício teórico, estariam formadas por leis gerais que regem todo o âmbito empírico" (4).

A Teoria Geral não é importante e possível apenas nas pesquisas cujo grau de generalidade abrange todo o conteúdo de uma disciplina jurídica. É necessária e útil aos setores que compõem o agrupamento de temas e preocupações que surgem para elaboração de um certo ramo do conhecimento jurídico.

LUÍS RECASÉNS SICHES, ao prefaciар a *Teoria do Direito*, de EDGAR BODENHEIMER, refere-se a uma disciplina que oferece uma visão de conjunto do

(4) BADÍA, Juan Ferrando. "Métodos en el Estudio de la Ciencia Política", *Separata de la Revista Española de la Opinión Pública*, núm. 31, jan./março, 1973, pp. 9 e 10.

direito, através do esclarecimento de seus pressupostos e fundamentos, com o exame das bases de sua ciência, por meio de análises de suas conexões com outros aspectos da vida social e um esboço dos ideais de sua inspiração ⁽⁵⁾. Tal entendimento deve ser utilizado para quem pretende aprofundar-se nos conhecimentos dos institutos jurídicos, principalmente em termos de Teoria Geral.

As indagações sob as perspectivas de *Teoria Geral* ampliam as possibilidades do conhecimento jurídico, inclusive em termos de direito comparado.

Elas levam à procura de uma definição que há de ser universal, que, no dizer de LOURIVAL VILANOVA, deve abstrair-se de todo conteúdo, pois o único caminho será não reter no esquema conceitual o que é variável, heterogêneo, acidental, determinado *hic et nunc*, mas sim as essências que devem ser homogêneas ⁽⁶⁾.

CARLOS CAMPOS menciona as teorias científicas do direito. Estas, sob a denominação de Teoria Geral do Direito, tomam os fatos constitutivos do domínio jurídico. À luz do método científico e com os elementos de observação direta, indireta e histórica, ao lado de contribuições das ciências particulares, promovem a reconstrução teórica do direito, em termos científicos, relativistas e empíricos ⁽⁷⁾.

A Teoria Geral do Direito, ao lado de uma Teoria das Normas Jurídicas ou *Normologia Jurídica*, na expressão de HANS NAWIASKY, constituem fontes essenciais para as indagações que ora realizamos. A Teoria Geral do Direito ocupa-se do que é comum a todos os ordenamentos jurídicos concretos. Não devemos entender a Teoria Geral do Direito como uma Teoria das formas do Direito. Para NAWIASKY, a Teoria Geral do Direito não é unicamente a *Teoria Formal do Direito*, mas também a *Teoria do Conteúdo do Direito*. Existe autonomia entre a *Teoria Geral do Direito* e a *Filosofia Jurídica*. A primeira tem como objeto o direito tal qual é, ao passo que a segunda toma-o como dever-ser. No entender de NAWIASKY, o caráter positivista da *Teoria Geral do Direito* não deve conduzir ao entendimento de que seja uma ciência puramente empírica, dedicada a só extrair e sistematizar o que é comum aos diversos ordenamentos jurídicos: "Por el contrario, partiendo de la naturaleza del derecho, desarrolla los conceptos generales del derecho para aprehender y ordenar con ellos la materia jurídica dada. Su función consiste, pues, en tratar el material jurídico de experiencia mediante criterios teóricamente elaborados" ⁽⁸⁾.

(5) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, 1946, 2.ª ed. esp., trad. de VICENTE HERRERO, p. 9.

(6) VILANOVA, Lourival. *Sobre o Conceito de Direito*. Imprensa Oficial, Recife, 1947; BELING, Ernest. "La Science du Droit, sa Fonction et ses Limites", em *Recueil d'Études sur les Sources du Droit*, en Honneur de Geny, Tomo 2; DEL VECCHIO, G. *Lezioni de Filosofia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1953, 9ª ed.; VALLADO BERRON, Fausto E. *Teoria General del Derecho*. Univ. Nac. Autónoma de México, 1972; ROMANO, Santi. *L'Ordinamento Giuridico*. Firenze, 1951; ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1978.

(7) CAMPOS, Carlos. *Ensaio sobre a Teoria do Conhecimento*. Editora Cardal Ltda., Belo Horizonte, 1952, p. 215.

(8) NAWIASKY, Hans. *Teoria General del Derecho*. Ediciones Rialp S/A, Madrid, 1962, trad. de Dr. JOSÉ ZAFRA VALVERDE, p. 27.

Em *Teoria della Scienza Giuridica*, NORBERTO BOBBIO afirma que o aspecto formal de um determinado ordenamento jurídico constitui o objeto de indagação da *Teoria Geral do Direito*. O aspecto material, o conteúdo da norma, é assunto da *Ciência do Direito* ou da *Jurisprudência*" (9).

Reconhece que, ao lado do estudo do direito como norma e instituição, existe a sua indagação como fenômeno social, pertencente à Sociologia Jurídica (10).

Em termos de uma Teoria Geral que não quer se afastar de uma Teoria da Norma Jurídica, não é possível esquecer-se da afirmação geral de NORBERTO BOBBIO de que a experiência jurídica é uma experiência normativa: "La nostra vita si svolge in un mondo di norme. Crediamo di esser liberi, ma in realtà siamo avvolti in una fittissima rete di regole di condotta, che dalla nascita sino alla morte dirigono in questa o quella direzione le nostre azioni" (11).

As tarefas de uma Teoria Geral do Direito não escondem as suas preocupações com a explanação dos conceitos jurídicos fundamentais, utilizáveis em todo e qualquer domínio do direito. Entende-se que sua significação lógica e sistemática permanece a mesma. As categorias jurídicas fundamentais, para alguns, não dependem apenas do conteúdo concreto das normas jurídicas.

Uma Teoria Geral necessita, aceita a dicotomia, de apurada investigação de cada um dos ramos do direito, suas distinções e particularidades. Torna-se necessária para determinar uma visão ampla e moderna dos fenômenos jurídicos. FRANCESCO CARNELLUTTI, após enfrentar certos temas preliminares, chega ao que denomina o "programa" ou "esboço" de uma Teoria Geral do Direito, com algumas conclusões: "Estas reflexões introdutivas constituem os alicerces sobre os quais me proponho construir um ensaio, ou, talvez, um esboço de teoria geral do direito.

O fruto de tais reflexões traduz-se em o fenômeno jurídico a ser considerado, como qualquer outro fenômeno, a partir de três pontos de vista: formal, espacial e temporal" (12).

(9) BOBBIO, Norberto. *Teoria della Scienza Giuridica*. G. Giappichelli, Editore, Torino, p. 39; *idem*, *Studi per una Teoria Generale del Diritto*, G. Giappichelli, Editore, Torino, 1970; LEVI, Alessandro. *Teoria Generale del Diritto*, CEDAM, Padova, 1953, 2.ª edição.

(10) BOBBIO, Norberto. *Teoria della Scienza Giuridica*, cit.; LEVI, Alessandro. *Teoria Generale del Diritto*, cit.

(11) BOBBIO, Norberto. *Teoria della Norma Giuridica*. G. Giappichelli, Editore, Torino, 1958, p. 3; KAUFMANN, Armin. *Teoria da Norma Jurídica*. Editora Rio, 1976; VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. Forense, Rio de Janeiro, 1978; FERRAZ JR., Tércio Sampalo. *Teoria da Norma Jurídica*. Forense, Rio de Janeiro 1978; DINIZ, Maria Helena. *Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria da Norma Jurídica Trabalhista*. Edições LTR, São Paulo, 1976; CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da Norma Tributária*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981.

(12) CARNELLUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Livraria Acadêmica, São Paulo, 1942, trad. de A. RODRIGUES QUEIRÓS e ARTUR ANSELMO DE CASTRO, p. 74.

A preocupação com a sistematização científica deve exprimir as linhas essenciais da doutrina. As exposições sistemáticas de caráter geral não pertencem ao direito privado, mas à Teoria Geral do Direito, pois delas decorrem noções relativas à noção de direito, às suas categorias, às fontes e à sua interpretação. Convém lembrar as palavras de KARL ENGISH, referindo-se ao problema do entendimento hermenêutico da lei: "Num Estado constitucional ou democrático, com divisão de poderes e pluralidade de partidos, as coisas podem apresentar-se sob uma luz diferente. É sem dúvida verdade que "a situação constitucional geral tem incidência sobre o entendimento hermenêutico da lei". É mesmo possível que, após uma revolução, o método da interpretação seja duplo: uma relativamente ao direito anterior e outro em face do direito novo. O direito antigo será, por vezes, adaptado ao novo estado de coisas criado pela revolução através duma metódica objectivista; o direito novo, pelo contrário, será interpretado ponto por ponto segundo a vontade do legislador revolucionário que conquistou o poder" (13).

1 – Teoria Geral do Estado

O surgimento da Teoria do Estado ou Teoria Geral do Estado (Staatslehre ou Allgemeine Staatslehre), com a finalidade de expor de maneira sistemática a ordem política e jurídica estatal, teve grande importância para a elaboração científica do direito público. A Teoria significou a sistematização descritiva e explicativa da realidade política: "Como interpretação ordenadora de toda a realidade política, a Teoria Geral do Estado é ainda hoje considerada (sobretudo na Alemanha) como *scientia regis* de todo o direito público. Todos os ramos do direito público (direito do Estado, direito constitucional, direito administrativo) seriam considerados como domínios parciais da ordem jurídica estadual aos quais a Teoria Geral do Estado viria conferir ordenação e sistematização" (14).

A elaboração do direito público geral teve em JELLINEK a melhor expressão, qualificada a sua obra como a última palavra da ciência tedesca. A Doutrina Geral do Estado ou do Direito do Estado surge com tratamento complexo e ordenada em sistema. Sintética e analítica, é considerada como um inventário de tudo quanto no campo do direito se deve ao século XIX. Atribui-se à obra de JELLINEK o caráter de uma enciclopédia do direito público (15).

Os livros de Teoria Geral do Estado e Teoria Geral do Direito tiveram grande importância na reformulação do direito em termos de "teoria geral". Permitiram novas incursões sobre o fenómeno jurídico. Preocupou-se, desde logo, com a sistematização dos conceitos gerais. Este intento científico procura lograr, através da análise da matéria, a explicação do *substratum* do direito. A siste-

(13) ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, trad. de J. BAPTISTA MACHADO, 3.ª ed., 1977, pp. 149 e 160; SANTORO-PASSARELLI, F. *Teoria Geral do Direito Civil*. Atlântida Editora, S.A.R.L., Coimbra, 1967, trad. de MANUEL DE ALARCAO; BEVILACQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1955, 7.ª edição.

(14) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Livraria Almedina, Coimbra, 1980, 2.ª ed., pp. 56 e 57.

(15) JELLINEK, Giorgio; ORLANDO, V. E. *La Dottrina Generale del Diritto dello Stato*. Dott. A. Giuffrè-Editore, Milão, 1949, trad. de MODESTINO PETROZZIELLO.

matização passava a ser acompanhada de uma parte geral que visa o desenvolvimento e a explicitação sintética das generalidades ou conceitos jurídicos básicos. As obras de RUDOLF STAMMLER, GUSTAV RADBRUCH, GIORGIO DEL VECCHIO e Kelsen levam as investigações à sua definitiva maturidade: "La Teoría General es un estudio realizado sobre los mismos temas, pero efectuado en una reflexión de segundo grado, en un movimiento de reflujo desde las nociones particularizadas de las distintas ramas del derecho positivo, hacia las nociones generales básicas y fundamentales. El estudioso que conoce las particularidades de las divisiones del derecho, que ha visto funcionar las instituciones y los conceptos en las variadas ramas del fenómeno jurídico, retorna a las nociones primeras para fijar sus límites precisos, su estructura formal y su contenido material" (16).

JORGE MIRANDA refere-se à reação de certas elaborações demasiado privatistas da Teoria Geral do Direito. Nessa ocasião fala de uma Teoria ou Doutrina Geral de Direito Público como esforço de redução à unidade dos ramos publicísticos: "Convém, todavia, lembrar que, não obstante conceitos comuns ou afins com que trabalham os cultores de várias disciplinas (como os de órgão, situação jurídica, poder, ato, processo, responsabilidade do Estado etc.), levar a cabo tal teoria geral pressupõe uma apurada investigação de cada um dos ramos do direito público, ainda longe de resultados satisfatórios, pelo menos, em Portugal" (17).

A metodologia empregada pela Teoria do Estado permitiu aprofundado conhecimento global das instituições políticas. Do mesmo modo permitiu conhecimento mais integrado das instituições políticas. Tomada como o conhecimento da construção jurídica do Estado em abstrato, independentemente de sua forma ou organização ou no seu enquadramento na dupla perspectiva de realidade jurídica e realidade social, torna-se fundamental para o conhecimento de todo o ordenamento jurídico (18).

(16) GARDIOL, Ariel Alvarez. *Introducción a una Teoría General del Derecho*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1975; LEVI, Alessandro. *Teoría Generale del Diritto*. CEDAM, Padova, 1950, p. 8.

(17) MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Volume I. Preliminares. A Experiência Político-Constitucional. Introdução à Teoria da Constituição, Coimbra Editora Limitada, 1981, Tomo I, p. 21.

(18) REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. Martins, São Paulo, 1972; PEREZ, Francisco Porrúa. *Teoria do Estado*. Editorial Porrúa, S/A, México, 1969; HELDER, Hermann. *Teoria del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 1955, 3ª ed., trad. de LUIS TOBIO; JELLINEK, G. — ORLANDO, V. E. *La Dottrina Generale dello Stato*. Società Editrice Libreria, Milão, 1921, 1.º vol.; MALBERG, R. Carré de. *Teoria General del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 1948, trad. de JOSÉ LIÓN DEPETRE; Kelsen, Hans. *Teoria General del Derecho y del Estado*. Imprenta Universitaria, México, 1950, trad. de EDUARDO GARCIA MAYNEZ; GIORGIANNI, Virgilio. *Studio sul Concetto di Stato*. Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1975; VILANOVA, Lourival. *O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado*. Recife, 1953; CARVALHO, Orlando M. *Caracterização da Teoria Geral do Estado*. Kriterion, Belo Horizonte, 1951; GORDILLO, Agustín. *Principios Gerais de Direito Público*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, trad. de MARCO AURÉLIO GRECO; KRIELE, Martin. *Introducción a la Teoría del Estado*. Fundamentos Históricos de la Legitimidad del Estado Constitucional Democrático. Depalma, Buenos Aires, 1980, trad. de EUGENIO BULYGIN.

2 – Teoria Geral do Direito Constitucional

A *Teoria Geral do Direito Constitucional* está em MAURICE DUVERGER. Entende-a o publicista francês como a definição e classificação das diferentes formas de instituições políticas, as diversas formas de governo, mostrando-se as razões práticas de cada uma delas e as circunstâncias históricas que causaram seu aparecimento.

Apresenta em seguida três grandes categorias de problemas que daí decorrem:

1 – problemas relativos à *escolha dos governantes*: como são designados os indivíduos que recebem a incumbência e o poder de governar um Estado?

2 – problemas relativos à *estrutura do governo*: não há jamais um só governante, um só órgão governamental, mas vários; qual a forma de cada um deles e as relações que os unem?

3 – problemas relativos à *limitação do governante*.

Pelo exame destas três questões encontramos duas grandes concepções sobre as relações recíprocas entre o indivíduo e a sociedade: a concepção liberal, com o objetivo de limitar a autoridade dos governantes em benefício da liberdade dos governandos; a concepção autoritária que reforça a primeira, em detrimento da segunda: “Ces deux doctrines aboutissent à des solutions opposées pour chacun des trois problèmes précédemment définis. Leur lutte permanente à travers toute l’histoire donne à la théorie générale du droit constitutionnel un intérêt tout particulier” (19).

DABEZIES, ao mencionar uma teoria para ilustrar a prática, afirma que toda ciência tem seu objeto. Para esse momento de suas investigações esse é o Estado. Precisando-se a origem, a forma e os limites, encontramos os elementos principais da Teoria de Direito Constitucional, em quatro capítulos:

- a) O Estado;
- b) O Poder no Estado;
- c) Que Poder no Estado?
- d) O Direito no Estado (20).

B. BRACHET, em estudos de direito público geral, destaca também a “*Théorie Générale du Droit Constitutionnel*”. Neste guia salienta certos termos jurídicos, define conceitos do direito constitucional como: Constituição rígida, controle de constitucionalidade, soberania do Estado, legitimidade, monocracia, democracia, regime representativo, regime parlamentar, regime presidencial, bicameralismo etc. (21).

(19) DUVERGER, Maurice. *Primeira Parte: Théorie Générale du Droit Constitutionnel, em Cours de Droit Constitutionnel*, Recueil Sirey, Paris, 1946, 3.ª ed., p. 23.

(20) DABEZIES, Pierre. *Cours de Droit Constitutionnel et d’Institutions Politiques*, Les Cours de Droit, Paris, 1979/1980, p. 13.

(21) BRACHET, B. *Nouveau Guide d’Exercices Pratiques. Droit Public General*, Editions Montchrestien, Paris, 1979, pp. 15 e ss.

3 – Teoria Geral das instituições políticas

CHARLES CADOUX esclarece que a iniciação ao direito constitucional, e de uma maneira geral ao direito, deve começar necessariamente pela aquisição de um vocabulário preciso, como pelo desenvolvimento de análise e raciocínio que favoreça o indispensável espírito de síntese.

Sob o título de “*Théorie Générale des Institutions Politiques*”, a primeira parte do curso empreende uma síntese dos dados constitucionais e políticos que, com modalidades variadas, são encontrados em todos os Estados.

A exposição minuciosa da Constituição e das instituições de um país repousa sobre um conhecimento enciclopédico: “*C’est à partir de la connaissance des problèmes fondamentaux de droit constitutionnel que l’étude plus détaillée des principaux régimes politiques contemporains, français et étrangers, prend tout son sens et devient véritablement intéressante pour une meilleure compréhension de la vie politique et de ses multiples enjeux*”.⁽²²⁾

A preocupação em expor as questões fundamentais, aquelas que todo cidadão consciente deve considerar, constitui o objetivo deste publicista francês:

– os problemas de ordem constitucional prolongam-se através de outras disciplinas jurídicas;

– torna-se necessário utilizar-se da história e do direito comparado;

– não se pode esquecer os aspectos jurídicos e o direito constitucional positivo, sem que esta orientação recaia no fetichismo do juridicismo. A sociedade estatal, como toda sociedade, está construída sob um fundamento jurídico, sob uma Constituição: “*À notre époque, où de droit tend plus en plus à être “investi par la politique”, il n’est peut-être pas tout à fait inutile que l’étudiant, débutant, commence son apprentissage en s’exerçant quelque peu à la rigueur juridique, dans la terminologie et l’analyse, s’il veut acquérir une connaissance raisonnée des institutions, savoir poser un problème dans ses termes exactes, distinguer dans les règles et dans les faits le principal de l’accessoire, et procéder lui-même à l’indispensable mise à jour qu’entraîne inévitablement l’évolution du droit positif*”⁽²³⁾.

MARCEL PRÉLOT afirma que as análises do direito estrangeiro não são distintas da “*Théorie Générale des Institutions Politiques*”. Sem o suporte do direito comparado elas cairiam na abstração. Ao contrário, tratamentos monográficos dos direitos positivos estrangeiros fornecem dados para comparações necessárias, inclusive para o estudo interno do direito de cada Estado⁽²⁴⁾.

(22) CADOUX, Charles. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques. Théorie Générale des Institutions Politiques*. Cujas, Paris, 1930, 2ª ed., Avant-Propos; *idem*, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques. Théorie Générale des Institutions Politiques*. Éditions Cujas, Paris, 1973, pp. 8 e ss.

(23) CADOUX, Charles. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques. Théorie Générale des Institutions Politiques*, ob. cit., 1.ª ed., pp. 8 e 9.

(24) PRÉLOT, Marcel; BOULOUIS, Jean. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. Dalloz, Paris, 6.ª ed., p. 35.

O livro primeiro de MARCEL PRÉLOT e JEAN BOULOUIS é constituído de uma "Théorie Générale des Institutions Politiques", dentro do qual estes autores dão destaque:

- A. — às instituições organismos;
— às instituições mecanismos.
- B. — às instituições governantes;
— às instituições constituintes;
— às instituições integrativas e agregativas.

4 — Teoria Geral da Constituição

A palavra Teoria surge com diversos significados e objetivos em diversos publicistas franceses. É assim que PIERRE DABEZIES inicia o *Cours de Droit Constitutionnel et d'Institutions Politiques* com "Une Théorie pour éclairer la pratique". Nesse mesmo livro, dá destaque a uma "Teoria da Soberania" (25).

Dentro desta mesma perspectiva, DUVERGER dedica o livro primeiro de seu curso a uma "Théorie Générale des Regimes Politiques" (26).

A expressão "Teoria Geral da Constituição" surge para distinguir as grandes teorias gerais concernentes a temas gerais e fundamentais do direito constitucional.

É particularmente importante que os estudiosos façam um esforço rigoroso na utilização dos conceitos, sem repelir o caráter abstrato destas incursões iniciais. Cada disciplina tem um vocabulário e seus modos de raciocínio. Os estudos de teoria geral levam à fixação de conceitos básicos que completam a estruturação do pensamento jurídico, daí a sua importância.

CATHERINE CLESSIS e PATRICK WAJSMAN, com experiência em trabalhos dirigidos de Direito Constitucional na Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas de Paris, elaboraram um guia para exercitar os estudantes à reflexão pessoal e a metodizar seus conhecimentos, com destaque a aspectos da Teoria Geral, como:

- 1 — Teoria Geral: Estado. Nota de reflexão: a noção jurídica do Estado;
- 2 — Teoria Geral: a Soberania. Nota de reflexão: as implicações constitucionais das noções de soberania nacional e de soberania popular;
- 3 — Teoria Geral: Modos de Escrutínio e Eleições. Nota de reflexão: Comentário de um texto de R. CAPITANT, extraído de "Démocratie et participation politique", Paris, Bordas, 1972;
- 4 — Teoria Geral: A Constituição. Nota de reflexão. Dissertação: o costume constitucional. Tipologia dos costumes constitucionais. As teorias do costume constitucional;

(25) DABEZIES, Pierre. *Cours de Droit Constitutionnel et d'Institutions Politiques*. Le Cours de Droit, Paris, 1979/1980, p. 43.

(26) DUVERGER, Maurice. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. Presses Universitaires de France, Paris, 1960, 5.ª ed., pp. 13 e ss.

- 5 - Teoria Geral: a Separação de Poderes. Nota de Reflexão: o bicameralismo federal e o bicameralismo técnico. O bicameralismo unitário e o bicameralismo político (27).

5 - Teoria da Constituição

A *Verfassungslehre* (Teoria da Constituição) teve muito maior aceitação e permitiu uma elaboração científica dos pontos básicos do constitucionalismo. CANOTILHO entende que o axioma fundamental da Teoria da Constituição é a insuficiência da "Simples positividade do direito para uma organização politicamente justa da sociedade e a frontal oposição antipositivista contra os "prejuízos" dos juristas e os seus hábitos de redução da realidade constitucional às normas e instituições jurídicas" (28).

Entende que esta "Teoria da Constituição" é uma teoria prática da Constituição, pelo que não pode construir-se teórico-abstratamente, sem utilizar-se dos fatos e forças históricas.

CANOTILHO vincula o surgimento da Teoria da Constituição à superação da crise do constitucionalismo liberal: "A Teoria da Constituição é, de certo modo, um produto dessa crise e uma reação contra ela. A crise do positivismo jurídico; a crise do Estado Liberal e as censuras dirigidas contra a degenerescência das estruturas constitucionais liberais; o aparecimento dos regimes nazi-fascistas; a necessidade de uma noção de constituição material que conseguisse abarcar, compreender e explicar a realidade constitucional, tudo isso levou alguns autores a uma recusa frontal do positivismo e neologismo vazios que limitavam a compreensão da Constituição e dos problemas constitucionais à interpretação e aplicação da lei constitucional positiva" (29).

A Teoria da Constituição teve, inicialmente, autores fundamentais como HELLER (*Staatsrech*, 1934), SCHMITT (*Verfassungslehre*, 1928) e SMEND (*Verfassung und Verfassungsrech*).

Após 1950 os estudos de Teoria da Constituição passaram a ser objeto de investigações sistemáticas por parte de LOEWENSTEIN, SCHEUNER, KRUGER, HERMENSE EHMKE (30).

A Teoria da Constituição propõe determinar a essência do que é constitucional, esclarecendo os mais importantes conceitos e questões relacionadas com a sua problemática: "El curso de Teoría Constitucional tiene por objeto suministrar a los estudiantes de derecho los conocimientos básicos a cerca del Estado

(27) CLESSIS, Catherine; RIALS, Stéphane; WAJSMAN, Patrick. *Exercices Pratiques de Droit Constitutionnel*. Editions Montchrestien, Paris, 1981, pp. 15, 16, 45, 48, 77, 78, 117, 147.

(28) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, Livraria Almedina, Coimbra, 1977, p. 13; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Introdução à Teoria da Constituição*. Tomo II. Coimbra Editora Limitada, 1983, 2.ª ed., revista.

(29) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, ob. cit., p. 19; *idem*, *Direito Constitucional*, 1980, 2.ª ed., p. 53.

(30) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. Editora Resenha Universitária, São Paulo, 1979, pp. 7 e ss.

que se requieren para su formación profesional. Ello significa que la orientación del curso es predominantemente jurídica; de ahí el nombre de Teoría Constitucional, pues desde el punto de vista jurídico la Constitución contiene los elementos fundamentales que configuran al Estado" (31).

Os temas pertinentes à Teoria do Estado, ao direito político, à ciência política, ao direito público geral ou mesmo à sociologia política são estudados nos títulos acima referidos. Mas particularmente podemos fazer investigações a nível de Teoria Geral, mesmo para cada um dos institutos, separadamente. Estas pesquisas conduzem a uma formulação metódica e sistemática das instituições jurídicas e políticas (32).

6 - A "teoria do veto legislativo" em LUIZ NAVARRO DE BRITTO e em MÁRIO CASASANTA

A Teoria Geral dos institutos jurídicos tem grande significado para a compreensão dos fenômenos políticos e a atualidade dos mesmos, fornecendo inclusive dados para a sua renovação ou mesmo substituição, quando não correspondem aos ditames do processo político e institucional contemporâneo.

FRANCISCO LUIZ CAVALCANTI HORTA, no prólogo do *O Veto Legislativo - Estudo Comparado*, de LUIZ NAVARRO DE BRITTO, conclui que aí "pretende-se esboçar uma "teoria do veto legislativo", após "extrair das pesquisas já realizadas através de várias épocas e em diferentes países uma noção do veto, isto é, a sua natureza, os motivos que o inspiram, e as formas segundo as quais ele se apresenta no curso da história", como salienta o autor textualmente, e depois de, numa segunda parte que tem por epígrafe "A Importância Atual do Veto", ensaiar-se, "por meio de análise das instituições políticas contemporâneas, esquematizar as causas e pesquisar as possibilidades de seu exercício em função do trabalho legislativo, bem como do mecanismo e do jogo de forças políticas, arremata o ilustre jurista baiano" (33).

(31) MEJIA, Jesús Vallejo. *Teoría Constitucional, Estudios de Derecho*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Segunda Época, vol. XXXIX, n.º 97-98, março/setembro, 1980, p. 89; *idem*, *Teoría de la Constitución*. Editorial Temis, Bogotá, 1967, p. 17; LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Editores Ariel, Barcelona, 1970, 2ª ed.; VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Teoría Constitucional*. 2 vols., Depalma, Buenos Aires, 1975.

(32) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. FUMAR/UCMG, Belo Horizonte, 1982; *idem*, "Teoria Geral dos Partidos Políticos", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.º 50, janeiro, 1980, pp. 19 e ss.; *idem*, "Teoria Geral do Poder Constituinte", *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, n.º 74, abr./jun., 1982, pp. 33 e ss.; *idem*, *Teoria da Constituição*. Editora Resenha Universitária, São Paulo, 1979; *idem*, "Aspectos da Teoria Geral do Processo Constitucional: Teoria da Separação de Poderes e Funções do Estado", *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, Ano 19, n. 76, outubro/dezembro, 1982, pp. 97 e ss.; SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. Forense, Rio de Janeiro, 1983.

(33) BRITTO, Luiz Navarro de. *O Veto Legislativo. Estudo Comparado*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1966, p. IV.

A tese de MÁRIO CASASANTA, também, apesar de pretender estudar o veto, em sentido estrito, como o poder que se refere ao Executivo de devolver um projeto ao Legislativo, para uma nova consideração, fornece temas essenciais para os esclarecimentos de uma *Teoria Geral do Veto* (34).

II: ASPECTOS DA TEORIA GERAL DO VETO

Os atos constitutivos da tramitação dos projetos defluem da leitura da Constituição e Regimentos Internos do Poder Legislativo. Nessa fase de elaboração, destaca-se o veto: "Aprovado, se houver emendas, volta à apreciação da Casa de origem. Se acolhido o projeto, confeccionar-se-á autógrafo da proposta que é enviada ao Presidente, para sanção ou veto. Se este estiver de acordo, ou se conservar silencioso por mais de 15 dias, no caso da proposição não ter sido oriunda do Poder Executivo, é o projeto sancionado e vai à publicação do *Diário Oficial da União* (DOU) e se transforma em lei. Vetado, volta ao Congresso para, em sessão conjunta, serem apreciadas as respectivas razões. Aceito o veto, morre o projeto. Rejeitado, é publicado no *Diário Oficial da União*, pelo Presidente do Senado sob a responsabilidade do Congresso que o prestigiou. Então, de qualquer sorte, se transformará em lei de igual força do que aquela outra referendada pela autoridade executiva" (35).

O veto é o ato pelo qual um indivíduo ou um órgão impede temporária ou imediatamente a aplicação de decisão de um outro indivíduo ou órgão. O conceito do veto, a solenidade, o titular, as razões, a extensão (total ou parcial), prazo, rejeição ou manutenção, classificação, são alguns dos temas determinados por aqueles que pretendem compreender a sua natureza e alcance.

Em direito constitucional encontramos várias maneiras de sua aplicação:

- o veto pode ser definitivo, como na Polônia o *liberum veto*, no seio da dieta polonesa de 1652-1691; também denominado *plenum veto* (36);
- veto real, na França, nas Cartas de 1814 e 1830: "Le veto royal — Il est vrai que, par contre, le roi a une certaine action sur les lois votées par le corps législatif. Il a un veto suspensif.

(34) CASASANTA, Mário. *O Poder de Veto*. Os Amigos do Livro, Belo Horizonte, 1937; MENEZES, Aderson de. *Teoria Geral do Estado*. Forense, Rio de Janeiro, 1960, pp. 347 e ss.

(35) SÃO PAULO, Angelo. "Lei e Projeto", em *Do Processo Legislativo*. Ciclo de Conferências sobre prática legislativa (14 de abril a 28 de maio de 1971), Câmara dos Deputados. Diretoria Legislativa, Centro de Documentação e Informação, Divisão de Publicações, Brasília, 1972, pp. 109 e 110; FERREIRA, Pinto. *Teoria Geral do Estado*. Edição Saraiva, São Paulo, 1975, 2º vol., 3ª ed., pp. 843 e ss.; *idem*, *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. Tomo I, Editora Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo, 1971, 5ª ed., pp. 310 e ss.; *idem*, *Curso de Direito Constitucional*. 1.º vol., Edição Saraiva, São Paulo, 1974, 3ª ed., pp. 273 e ss.; JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. Forense, Rio de Janeiro, 1974, 7ª ed., pp. 216 e ss.; AGUIAR, Joaquim Castro. *Processo Legislativo Municipal*. Forense, Rio de Janeiro, 1973, pp. 103 e ss.

(36) *Plenum veto*: A Constituição da Venezuela tem um procedimento que é considerado como o mais rígido, desde o *plenum veto*, da Polônia (LIGINGSTON, William S. *Federalism and Constitutional Change*. A The Clarendon Press, Oxford, 1956, p. 292.

"La question de savoir si le roi aurait un rôle quelconque dans l'élaboration de la loi donna lieu à de très vives discussions" (37).

- *veto suspensivo* era o veto real na Constituição de 1791, na França;
- *direito de veto do Presidente dos Estados Unidos*;
 - o veto pode ser empregado pelo Chefe de Estado, como o rei na França, em 1791, 1814 e 1830; pelo Presidente da República, em 1852;
 - pela *Assemblée Legislativa*, direito de veto da Bundesrat, na R.F.A. e pela Câmara dos Lordes na Grã-Bretanha.

Na prática constitucional americana o veto presidencial é muito utilizado, destacando-se neste sentido o Presidente Roosevelt. O Presidente dispõe do *pocket-veto*, procedimento pelo qual ele não promulga uma lei, a lei é abandonada.

No direito internacional esta prerrogativa é conferida aos cinco Estados-Membros permanentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas (38), que os permite de se oporem às questões ali apresentadas (art. 27 da Carta). Até 1º de janeiro de 1979 foi utilizado da seguinte maneira: 110 vetos da URSS; 16 pela Grã-Bretanha; 19 pelos Estados Unidos; 11 pela França, 3 pela China (39).

Os Estados-Membros de uma Confederação de Estados têm, em princípio, o direito de veto no caso de tomada de decisões pelos órgãos confederados (40).

O veto popular possibilita ao povo, em um regime semidireto, de manifestar-se para que uma lei votada pelo Parlamento, mas ainda sem caráter executório, seja submetida ao *referendum*. Este direito é exercido por uma petição, com um certo número de assinaturas para adoção ou rejeição (*referendum* ab-rogatório) do texto adotado: França, Constituição de 1793; Itália e Suíça.

Ao tratar do governo direto e semidireto, BURDEAU refere-se ao *veto popular* que permite intervenção atenuada do povo na elaboração da lei: "Celle-ci est l'oeuvre d'une assemblée, mais elle ne pourra entrer en application que si, à l'expiration d'un certain délai, le peuple n'a pas demandé qu'elle soit soumise à son vote. Au cas où la votation populaire aurait lieu et aboutirait à un rejet de la loi, elle devra être considérée comme n'ayant jamais existé" (41).

(37) LAFERRIERE, Julien. *Manuel de Droit Constitutionnel*. Editions Domat Montchrestien, Paris, 1947, 2.ª ed., p. 78.

(38) MAC IVER, R. M. *The Web of Government*. The MacMillan Company, New York, 1947, pp. 394 a 397, 480 a 482.

(39) DEBBASCH, Charles; DAUDET, Yves. *Lexique de Termes Politiques*. Dalloz, Paris, 1981, 3.ª ed., pp. 360 e 361; DABEZIES, Pierre. *Cours de Droit Constitutionnel et d'Institutions Politiques*, ob. cit., p. 28; RAO, VICENTE. "O veto e a segurança da paz internacional. Complementação da Carta das Nações Unidas", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. XLVII, 1952, pp. 437 e ss.

(40) DABEZIES, Pierre. *Cours de Droit Constitutionnel et d'Institutions Politiques*, ob. cit., p. 28.

(41) BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. L.G.D.T., Paris, 1980, 19.ª ed., p. 141; JEANNEAU, Benoit. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Dalloz, Paris, 1972, 3.ª ed., p. 31.

As preocupações em torno de uma definição do veto são constantes: “1 — Ato expresso do Chefe de Estado através do qual este utiliza a sua prerrogativa de negar sanção a um projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo. Se o veto recai apenas sobre parte do projeto, diz-se parcial; se o abrange integralmente, diz-se total. 2 — Em algumas democracias semidiretas, instrumento de participação popular, mediante consulta em que o eleitorado, em manifestação direta, anula uma lei já aprovada pelo Legislativo” (42).

A natureza e a projeção que o veto atinge nos diversos regimes políticos podem ser consideradas no trabalho de RODRIGO OCTAVIO e PAULO D. VIANNA. Relacionam este instituto entre as *funções políticas* do Poder Executivo: sancionar as resoluções do Congresso Nacional ou opor-lhes o veto, quando as julgar inconstitucionais ou contrárias aos interesses da Nação” (43).

O veto mereceu diversas considerações quando da renovação constitucional que se operou na Inglaterra em 1982. O *Canada Bill* foi inaceitável por Quebec à medida que ficaria sem o direito de veto, isto é, sem a possibilidade de se opor às novas modificações constitucionais acerca do Canadá inglês. A existência de uma convenção constitucional reconhecia a Quebec o direito de veto: “Le Québec soutient que le rapatriement de la Constitution ne pouvait être décidé sans son consentement et il a doué ainsi la Cour d’Appel du Québec d’un renvoi visant à confirmer cette position. Sa question est la suivante: “Le consentement du Québec est-il, par convention, constitutionnellement nécessaire à l’adoption par le Sénat et la Chambre des Communes du Canada d’une résolution ayant pour objet de faire modifier la Constitution canadienne de façon à porter atteinte” (44).

O direito constitucional do poder, conforme destaca BIDART CAMPOS, reconhece ao Poder Executivo a faculdade de observar os projetos de leis encaminhados pelo Congresso. Essa faculdade é regulada na matéria que trata da formação e sanção das leis, com a participação do Congresso. Decorre do entendimento de que o Executivo concorre para a formulação do ato complexo que é a lei, apesar de não legislar. A lei requer a vontade dos órgãos — Congresso e Presidente. Para o publicista argentino, apesar de o veto aparecer normado constitucionalmente nas disposições referentes ao Congresso, é conveniente analisá-lo com autonomia, como competência do Poder Executivo:

“El presidente puede observar los proyectos de ley sancionados por las Cámaras. Nuestra Constitución ignora la palabra *veto*, que, sin embargo, es común en el lenguaje constitucional. También se conoce en el derecho constitucional del poder el término *reenvío*, como concepto que señala la devolución a las Cámaras de uno proyecto de ley

(42) MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de Direito Político*. Forense, Rio de Janeiro, 1978, p. 134.

(43) OCTAVIO, Rodrigo; VIANNA, Paulo D. *Elementos de Direito Público e Constitucional Brasileiro*. F. Briguiet e Cia. Editores, Rio de Janeiro, 1912, p. 160.

(44) PHILIP, Christian. “Le Québec et le Rapatriement de la Constitution Canadienne”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, n.º 6, novembro/dezembro, 1982, p. 1.585.

que es observado por el Ejecutivo; "reenviar" quiere decir volver a estudio y eventual aprobación del parlamento lo que ya el parlamento ha sancionado.

Ni el veto ni el reenvío implican una negativa total de consentimiento por parte del Ejecutivo. No son equiparables a la negación de sanción regia, que paralizaría la voluntad del parlamento. Más bien, importan un retraso o aplazamiento, que nunca cierra definitivamente la competencia parlamentaria — aun cuando pueda impedirse la repetición del proyecto en las sesiones de ese año, o no conseguirse la segunda sanción si faltan los requisitos necesarios para insistir" (45).

Encarando-o sob perspectiva semântica, política e jurídica, parte MÁRIO CASASANTA do exame do vocábulo: "A palavra veto tem, como todas, a sua história, e ofereceria a um MICHEL BRÉAL mais de um aspecto interessante.

Representa a primeira pessoa do singular do presente do indicativo do verbo latino — *veto, as, tui, titum, are*, que significa vedar, proibir, impedir que se faça alguma coisa.

Manteve sempre essa significação que ainda subsiste no português e no espanhol — *vedar*, no italiano — *vietare*, corrente na língua comum e na técnica jurídica.

É ampla e genérica, ensina-nos ROQUETE, e a prova está em que podemos dizer "veda-se o sangue, a água etc., e não — profbe-se".

Se manteve continuidade nesse particular, através dos séculos que costumam limar e deformar as palavras, na forma e no conteúdo, não deixa de trazer a marca de uma longa viagem, pois que reflete um dos episódios culminantes de nossa civilização.

Na verdade, quando da retirada da plebe romana para o Monte Sagrado, na sua luta contra uma aristocracia sem entranhas, conveio-se na instituição dos tribunos da plebe, que podiam suspender a execução dos decretos do senado ou a ordem de outras autoridades.

Essa suspensão fixou-se mediante a palavra *veto* — eu proíbo, e daí o seu ingresso na técnica jurídica.

Datará daí igualmente o primeiro passo para a divergência das formas.

Do mesmo tronco *vetare* temos *vetar* e *vedar*, um mantendo-se quase inalterável e o outro transformando-se pela ação fonética.

Desse modo, o velho *vetare* prolongou-se no *vedar*, de que nos dão conta os nossos léxicos; é uma palavra popular; traz o cunho das transformações regulares na língua, com o abrandamento do *t* intervocálico" (46).

O *vetare* dos tribunos continua no nosso *vetar*, perdeu o *e final*, quanto ao sentido é mais restrito: "No sentido lato, abrange todo e qualquer obstáculo,

(45) CAMPOS, Germán J. Bidart. *El Derecho Constitucional del Poder*. Tomo II, Ediar, Buenos Aires, 1967, p. 94.

(46) CASASANTA, Mário. *O Poder de Veto*, ob. cit., pp. 41 e 42.

absoluto ou condicional, total ou parcial, que um poder opõe à ação de outro poder. Assim, o poder que compete aos tribunais de deixar de aplicar a lei inconstitucional, em dado caso, tem sido chamado de *veto judiciário*. Assim, o poder de uma câmara impedir ou embarçar a elaboração de uma lei iniciada em outra tem sido chamado *veto legislativo*" (47).

A palavra veto surge em diversas ocasiões, conforme aponta MÁRIO CASASANTA. No Brasil, quando o Marquês de Caravelas referia-se a um veto da Câmara dos Deputados sobre o Senado. O veto dos tribunais de contas em relação aos atos de que resulte obrigação de pagamento para o tesouro nacional ou do Senado com referência às leis inconstitucionais: "No sentido estrito, e é esse o objeto deste ensaio, o veto é o poder que se atribui ao Executivo de impedir ou retardar a formação da lei" (48).

LUIZ NAVARRO DE BRITTO dedica apreciável parte de seu trabalho à origem e à evolução do veto legislativo, a partir da consideração deste instituto como o poder de paralisar a adoção de texto aprovado por Câmaras legislativas.

Esta possibilidade de opor-se, interditar ou impedir teve, na Inglaterra, a sua institucionalização, já no século XV. Mas a doutrina vai procurar suas origens na Cidade Antiga, em Roma (com seus antepassados a *intercessio* e a *auctoritas*) e, posteriormente, com o "tribunato da plebe", em que o veto passa a ter o *traço de aliança*: "O poder negativo acordado ao tribuno resulta de um acordo, como troféu da vitória obtida pelos plebeus e fruto da concessão do patriciado. Assim, a aristocracia conserva o poder político, pois o veto não é mais do que uma limitação à sua hegemonia. Porém, cada vez que um ato dos magistrados, um *senatus consultus*, ou mesmo um projeto de lei parece contrariar os interesses da plebe, o tribuno utiliza a fórmula "veto", isto é, "eu me oponho". Esta reação, que somente podia ser neutralizada pela intervenção de um outro tribuno, valia sempre como um veto absoluto e algumas vezes chegava ao extremo "de paralisar toda a máquina do Estado" (49).

Após a fase da recusa da *auctoritas* que equivale ao veto dos tribunos e sua evolução entre os romanos, vamos encontrá-lo na Idade Média. É na Inglaterra que surgem os traços iniciais do veto, com grande aplicabilidade na época dos Tudors. Após o desempenho obtido pelo veto na Inglaterra, com a posterior diminuição de sua utilização, vemos o seu ressurgimento nos Estados Unidos, sob várias formas.

A origem e o significado da palavra veto, a colaboração do Executivo na legislação, a sua instituição e suas espécies, bem como o veto no regime constitucional brasileiro têm servido de várias indagações:

"A palavra veto vem do latim (veto, as, ui e avi, itum, are), significa vedar, proibir, opor. Veto é a 1ª pessoa do singular do presente do indicativo de *vetare*, ou vedar, proibir. Daí a expressão: *lex omnis aut jubet, aut vetat*" (toda a lei manda ou proíbe).

(47) CASASANTA, Mário. *O Poder de Veto*, ob. cit., p. 45.

(48) CASASANTA, Mário. *O Poder de Veto*, ob. cit., p. 46.

(49) BRITTO, Luiz Navarro de. *O Veto Legislativo*, ob. cit., pp. 6 e 7.

“O veto como instituição é de origem romana, procedente das lutas da plebe com o patriciado, alinhando-se depois no direito constitucional moderno, sobretudo sob influência dos direitos inglês e norte-americano, acolhido pelas diversas Constituições brasileiras” (50).

MACHADO PAUPÉRIO conclui, etimologicamente, que a palavra veto significa “eu me oponho, eu não sanciono”:

“O veto é um fator de formação legislativa, como não pode deixar de ser, constituindo, assim, um instituto de natureza legislativa. A maioria dos publicistas assim o entende, sendo minoritário o grupo que o conceitua como de natureza executiva.

Por ser o veto muito mais usado nos regimes presidencialistas que nos demais regimes, não há dúvida de que, nem por isso, é esse instituto jurídico não só usado nos regimes parlamentaristas, mesmo monárquicos, como igualmente em outros, de feição totalmente diversa, como é o caso da URSS” (51).

1 – *Natureza Jurídica do Veto*

Nas discussões em torno da natureza do veto surge, inicialmente, a indagação se o veto é ato de caráter legislativo ou executivo. A faculdade de impedir apenas e não de participar na elaboração das leis, por parte do Executivo, é considerada por MONTESQUIEU como ato de caráter executivo. Entretanto, conforme salienta MÁRIO CASASANTA, a questão deve ser resolvida através do exame dos textos constitucionais. Lembrando a Constituição norte-americana, principalmente pelos intérpretes que o aceitam como ato de caráter executivo, conclui MÁRIO CASASANTA:

“A maioria dos publicistas pensa diversamente, pois o considera ato de caráter legislativo, porque de evidente cooperação na elaboração da lei” (52).

Após considerar o veto legislativo como a faculdade, acordada ao Chefe de Estado, de impedir a adoção de uma lei, cujo texto já foi aprovado pelas Câmaras, NAVARRO DE BRITTO aponta quatro elementos essenciais que o caracterizam, tanto em relação a outras instituições, como a novas formas de veto:

1.º) esta prerrogativa é concedida a um órgão, diferente do encarregado de fazer as leis;

2º) o veto legislativo faz parte do processo de formação das leis, no sentido formal. Limita-se a rejeitar as disposições votadas pelas Câmaras;

3º) o veto paralisa a adoção de uma lei, opondo-se à aprovação de seu “projeto”. Não há lei, antes que o titular do veto se tenha pronunciado;

(50) FERREIRA, Pinto. “Veto I”, em *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Edição Saraiva, São Paulo, 1982, vol. 77, pp. 148 a 154.

(51) PAUPERIO, A. Machado. “Veto II”, em *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Edição Saraiva, São Paulo, 1982, vol. 77, pp. 154 a 158.

(52) CASASANTA, Mário. *O Poder de Veto*, ob. cit., p. 76.

4º) existem várias espécies de veto legislativo, diferentes das que são referidas ao Poder Executivo (53).

Ao formular a noção do veto e a sua concepção, com o objetivo de defini-lo, o publicista brasileiro considera, ainda, dois elementos essenciais:

1º) *natureza do veto*: a natureza do ato que paralisa o processo de criação da lei;

2º) *os motivos do veto*: as razões e os fins propostos quando da utilização do "refus".

A rejeição do texto votado pelo Poder Legislativo aponta duas tendências para explicação de sua natureza:

- trata-se de um ato legislativo;
- ato executivo.

"Le veto n'est pas une prérogative conférée dans un intérêt personnel. C'est une institution créée dans l'intérêt général. Il faut qu'elle fonctionne. Aussi voit-on des présidents intérimaires, ou des présidents élus dans les conditions les plus défavorables, ne pas craindre de recourir au veto. La seule chose que l'opinion publique ne pardonne pas au premier magistrat, c'est de ne pas remplir la tâche essentielle de son office" (54).

Neste sentido, vimos anteriormente como MÁRIO CASASANTA apresenta a questão, ao considerar o veto como o processo de cooperação na elaboração da lei. Ao tratar da mesma questão, NAVARRO DE BRITTO parte de duas considerações: a separação de poderes e a criação de leis. É dentro desta argumentação que salienta: "Ora, parece que todas estas objeções visando negar a natureza legislativa do veto giram em torno de dois argumentos chaves: o princípio da separação dos poderes e, como seu corolário, a intervenção do veto já na fase de "eficácia" da lei" (55).

O direito de veto constitui a etapa final no processo de elaboração da lei. Considerado como função legislativa, *subsidiariamente exercida pelo Poder Executivo*, torna-se necessário examinar as limitações de seu emprego:

"Isto se impunha em razão do princípio da separação dos poderes. Mas, os "Patriarcas" da nação norte-americana, não libertados de todo das instituições precedentes, conferiram-no ao Presidente sem enumerar os motivos que o poderiam provocar. O texto constitucional prescreve simplesmente a obrigação para o Chefe do Estado de reenviar o projeto "com suas objeções". Ele omite as causas e a natureza destas objeções, abstendo-se assim de demarcar os limites de seu exercício" (56).

(53) BRITTO, Luiz Navarro de. *O Veto Legislativo*, ob. cit., pp. 13 a 15; "Motivos do "Veto" à Proposição de Lei n.º 14", *Revista Forense*, vol. II, jul./dez., 1904, pp. 400 e 401.

(54) BOMPARD, Raoul. *Le Veto du Président de la République et la Sanction Royale*. Arthur Rousseau, Éditeur, Paris, 1906, p. 109.

(55) BRITTO, Luiz Navarro de. *O Veto Legislativo*, ob. cit., p. 16.

(56) BRITTO, Luiz Navarro de. *O Veto Legislativo*, ob. cit., pp. 23 e 24.

Conforme ressalta NAVARRO DE BRITTO, dotado de ampla motivação, o veto foi aceito por diferentes regimes políticos:

“Em quase todos, repetiu-se o texto omisso: Finlândia, França, Itália, Portugal, Argentina, Bolívia, Chile, Guatemala, Haiti, México, Nicarágua, República Dominicana, Uruguai e Venezuela. As exceções são raras: Brasil, Colômbia, Costa Rica e Equador, cujas Constituições prevêem explicitamente os dois motivos e as de Honduras e El Salvador que, sob a fórmula geral de “inconvenientes”, estabeleceram ainda um procedimento particular para os casos de veto por inconstitucionalidade” (57).

Apesar da variedade dos motivos que devem justificar o veto, existem alguns que ocupam lugar de destaque:

a) *Veto por inconstitucionalidade:*

- inconstitucionalidade formal, que decorre do processo de formação da lei ou da sua redação;
- inconstitucionalidade de natureza material, quando ocorre ataque aos direitos constitucionais do Executivo.

b) *Veto por inoportunidade:*

Trata-se do exame qualitativo do projeto pelo Poder Executivo, isto é, a análise do mérito da norma no que diz respeito ao interesse geral.

O “poder do veto” é considerado por THOMAS COOLEY como legislativo e não executivo:

“O poder de vetar leis, conferido ao Presidente da República, constitui na verdade um terceiro ramo do Poder Legislativo. Realmente, este poder é legislativo, e não executivo; e as questões por este efeito apresentadas àquele magistrado são precisamente as mesmas que as duas Câmaras do Congresso devem decidir na aprovação do *bill*. Que a lei proposta seja necessária ou conveniente, que seja constitucional, que seja confeccionada de modo a corresponder ao intento etc., tais são as questões transferidas das duas Casas do Congresso para o Presidente da República conjuntamente com o *bill*” (58).

Para COOLEY, o conceito geralmente acatado sobre o poder de vetar está em WEBSTER. Define-o como um poder extraordinário que deverá ser exercido apenas em casos especiais e particulares. Foi conferido ao Presidente da República como salvaguarda contra a legislação produzida às pressas e sem reflexão, ou lei elaborada, inadvertidamente, ocasionando a usurpação de outros ramos do governo.

(57) BRITTO, Luiz Navarro de. *O Veto Legislativo*, ob. cit., p. 26.

(58) COOLEY, Thomas. *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982, 2.ª edição, tradução de ALCIDES CRUZ, p. 51; SODRÉ, A. A. de Azevedo. *Trabalhos Parlamentares. Discursos e Pareceres*. Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1921, pp. 81 a 83.

A lei é um ato complexo que demanda participação de mais de um órgão. Ela tem papel preponderante no ordenamento estatal. RUI SANTOS mostra esta sua projeção na vida jurídica, quando destaca:

“A elaboração legislativa, entretanto, pode não morrer na sanção do Presidente da República, ou conhecimento do veto pelo Congresso. O Poder Judiciário pode ser chamado a falar a respeito, quanto à inconstitucionalidade de seu todo ou de alguns dos seus artigos. E proclamando-a, faz comunicação ao Senado que, através de resolução, suspenderá sua execução, nos termos do que estabelece o número VII do art. 42 da Constituição.

Como se vê, da elaboração legislativa participa, ou podem participar todos os três Poderes. É o funcionamento pleno do regime democrático” (59).

O papel do veto tem obtido múltiplas incursões e pesquisas que procuram alcançar seu relevo na estruturação das instituições legislativas e executivas. Afirma-se que o Chefe do Poder Executivo não tem funções exclusivamente executivas ou de simples execução das leis. A atuação inicia com a promulgação, mas já através da sanção participa de sua feitura. Fala-se, também, em um poder colegislador, através do qual pode intervir espontaneamente por meio dos ministros, na formação e discussão das leis. Essa colegislação manifesta-se por via do veto suspensivo, através do qual pode opor-se a sanção da lei:

“Em suma, o veto desempenha o relevantíssimo papel de freio oposto aos maus impulsos do Poder Legislativo, assegurando a independência e a harmonia dos poderes e impedindo a ditadura parlamentar e além disso constitui instrumento indeclinável do regime presidencialista” (60).

2 – Sanção, Promulgação e Veto

Sobre o poder de veto e as distinções de figuras afins, o direito comparado fornece várias indagações para o exame de sua natureza e particularidades (61).

(59) SANTOS, Ruy. *O Poder Legislativo, Suas Virtudes e Seus Defeitos*. Brasília, 1972, p. 145.

(60) ANDRADE, Darci Bessone de Oliveira. “O Papel do Veto”, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Ano XLVII, vol. CXXX, Fascículo 565, julho, 1950, p. 346.

(61) BISCARETTI. “Sanzione, Assenso e Veto del Capo dello Stato nella formazione della legge negli ordinam. Cost. Moderni”, em *Rivista Trim. Dir. Pubblico*, 1958; MAYER. “Le Veto Legislatif du Chef de l’Etat”, 1947; CUOCOLO. “Il rinvio presidenza, nella formazione delle leggi”, 1955; BOZZI, A. “Note sul rinvio presidenza”, em *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 1958; ELIA. “Forma di Governo”; BENVENUTI. “Il Controllo mediante richiesta di riesame”, *Riv. Trim. di Dir. Pubb.*, 1954; CARBONARO, “L’Incidenza delle Attrib. — Pres. nelle Funz. Leg. ecc”, em *Studi Calamandrei*, IV; FALCÃO, Alcino Pinto. *Novas Instituições do Direito Político Brasileiro*. Editor Borsoli, Rio de Janeiro, 1961, pp. 194 e ss.; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria do Estado*. Editor Borsoli, Rio de Janeiro, 1958, pp. 317 e ss.; JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. Forense, Rio de Janeiro, 1967, 5.ª ed., pp. 138 e ss.; MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Lisboa, 1968, p. 141; KELLY, Prado. *Estudos de Ciência Política*. Vol. 2, Saraiva, São Paulo, 1966, pp. 51 e ss.

Estes três institutos, muitas vezes, surgem como elementos de comparação e diversificação.

SARA RAMOS DE FIGUEIRÊDO, no *Processo Legislativo*, apresenta-nos estudo em que aponta particularidades de cada uma destas figuras:

“A sanção transforma o projeto em lei. É operação integradora da feitura da lei, conforme unanimemente reconhece a doutrina. Todos os atos legislativos, entretanto, que sobem à sanção ficam expostos a que o Presidente da República lhes aponha o veto, isto é, a sua discordância, a recusa da sua aquiescência indispensável, *ex hypothesi*, para que se complete a lei.

Nos termos da Constituição, tem o Presidente da República o prazo de 15 dias úteis para julgar o ato legislativo: sancioná-lo-á, vetá-lo-á (total ou parcialmente), ou, o que é sancionar tacitamente, ficará em silêncio” (62).

AURELINO LEAL, no que se refere ao veto e à sanção, discorre: “Criticando os dispositivos constitucionais que se referem à sanção e veto presidencial, disse algures: “Há em direito constitucional dois termos que têm chancela — *sanção* e *veto*. O Presidente concorda com um projeto de lei que lhe remeteu o Congresso: *sanciona-o*. Opõe-se ao mesmo: *veta-o*. Assim — *sanção* é o consentimento do Executivo a um projeto de lei; — *veto* é a recusa desse consentimento”. Externando esses conceitos, condenei a terminologia constitucional, acrescentando: “Que cousa mais simples do que aplicar esses termos técnicos? No entanto, o constituinte usou de perífrases no nº 1 do art. 37 (sic): “*negará sua sanção... com os motivos da recusa*”. Muito simplesmente teria dito: *opor-lhe-á veto motivado*. No parágrafo seguinte, o veto é indicado por esta perífrase: “... o Presidente dará publicidade às *suas razões*”, quando deveria ser — *publicará o veto* que houver oposto (AURELINO LEAL, *Técnica Constitucional Brasileira*, pp. 37-38).

“No comentário ao art. 16, disse que não considerava a *sanção* presidencial uma colaboração do Executivo na feitura das leis. Aquele dispositivo reza, de fato, que “o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República”. No art. 37, a sanção é a *aquiescência* do Executivo ao projeto votado nas Câmaras. Ora, *aquiescência* e *colaboração* exprimem idéias diferentes. O primeiro vocábulo significa *consentimento*, o segundo, *participação num trabalho*. É colaborador aquele “que ajuda outro *nas suas funções*” (Aulette), portanto, aquele que toma parte na feitura, na organização de alguma cousa. E é exatamente o que não acontece com o Poder

(62) FIGUEIRÊDO, Sara Ramos de. *Processo Legislativo*. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, 1982, 3.ª edição, p. 102; MIRANDA, Jorge. *Chefe do Estado*. Atlântida Editora, S.A.R.L., Coimbra, 1970, pp. 52 e ss.; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, vol. I, Da Organização Nacional. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976, pp. 100 e ss.; GIL, Otto. “O Poder Legiferante do Presidente da República”, *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, ano 10, n. 38, abril/junho, 1973, pp. 14 e 15; FERREIRA, Luiz Pinto. *Direito Constitucional Resumido*. Editora Rio, 1979, pp. 55 a 57.

Executivo entre nós, no tocante às leis. Uma só vez, na vida de um projeto, o Presidente pode ser colaborador do Legislativo: quando exerce a iniciativa governamental, apresentando-lhe propostas de leis. Fora daí, não. A nossa Constituição, no caso, armou o Executivo de uma faculdade *refreadora* do Legislativo. O *veto* é uma das molas mais importantes, no sistema constitucional, dos freios e contrapesos do Poder Executivo sobre o Legislativo” (63).

A promulgação é o ato pelo qual o Executivo consolida a existência da lei, com o objetivo de ordenar a sua aplicação. Isto ocorre quando a lei foi regularmente votada pelo Legislativo, pelo que deve ser aplicada pelas autoridades administrativas e judiciárias e que se impõe a todos: “Os autores fazem uma distinção aliás, que outros não aceitam. Entre estes, conta-se PLANIOL, achando que há “um erro evidente”, entre os que tal sustentam, porque “a palavra *promulgar* jamais significou outra coisa senão publicar” (*op. cit.*, vol. I, pág. 73, n.º 173). Entre os constitucionalistas, enquanto uns, como ERRERA, entendem que “os dois atos, sanção e promulgação, se confundem”, que “os mesmos se confundem com um terceiro, a publicação, porque o modo de publicidade por meio do qual a lei é levada ao conhecimento dos cidadãos lhes revela, ao mesmo tempo, a sanção e a promulgação” (*op. cit.*, pág. 213), outros ligam grande importância à distinção. Assim, DUGUIT (*Traité*, vol. II, pág. 444), BRUNIALT (*op. cit.*, vol. II, pág. 118). Este entende que a confusão é susceptível de produzir “grave dano nos interesses dos cidadãos e da reta administração da justiça...”.

Como quer que seja, uma vez a lei sancionada e *publicada*, a sua existência jurídica é completa, e perfeita a sua capacidade para ser executada, uma vez decorrido o prazo legal” (64).

A promulgação é um ato jurídico, através do qual o Governo declara executória uma lei, regularmente votada pelo Parlamento e dá aos agentes do poder público a ordem de fazê-la executar. Com acerto, afirma ROSAH RUSSOMANO que a promulgação confere à lei a “executoriedade”, sendo que a “obrigatoriedade” decorre da publicação (65).

Mostra BELINE que ninguém está obrigado a executar uma lei que não conhece. Não basta editá-la, é necessário promulgá-la, isto é, fazer chegá-la ao conhecimento de todas as pessoas:

“La publicación solemne de alguna ley para que llegue a noticia de todos. La Ley es obligatoria luego que se *promulga*, a no ser que se exprese a ella misma el tiempo en que debe empezar a obligar, como sucede algunas veces; pero mientras no se *promulga*, no tiene

(63) LEAL, Aurelino. *Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira*. Primeira Parte. Da Organização Federal. Do Poder Legislativo (Arts. 1 a 40), F. Brigulet e Cia. Editores, Rio de Janeiro, 1925, pp. 845 e 846.

(64) LEAL, Aurelino. *Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira*, ob. cit., p. 858.

(65) RUSSOMANO, Rosah. *Lições de Direito Constitucional*. José Konfino-Editor, Rio de Janeiro, 1970, 2.ª ed., p. 238; MENDONÇA LIMA, Nallé Russomano de: *Compêndio de Direito Constitucional*. Editora Juriscredi Ltda., São Paulo, 1971, pp. 154 e 155.

todavía fuerza ejecutoria, porque no existe para los ciudadanos sino mediante la publicación. Así es que si un individuo cometiera un acto que, no estando prohibido por ninguna ley existente, se colocado en el número de los delitos prohibidos por una nueva ley todavía no promulgada, no podría incurrir en la pena establecida por la nueva ley, aunque se probase que tenía ya de antemano conocimiento de ella" (66).

A sanção da lei, mesmo que tomada no sentido de aprovação real dada a uma lei para torná-la exequível, não é a promulgação. A sanção ou aprovação do Poder Executivo precede, necessariamente, à promulgação. Aquela é a aprovação real dada à lei, a promulgação é o modo de fazê-la ser conhecida, para tornar-se obrigatória. O ato legislativo, ainda que revestido da força que lhe traz a sanção, só será lei executiva, mediante a promulgação. As leis passam a ser obrigatórias, após a sua promulgação, para que todos a conheçam. Existe doutrina que toma o conceito de promulgação das leis como sinônimo de publicação solene. Em Roma, o magistrado que propunha uma lei, principiava por publicar o projeto (*legis promulgatio*). expondo-a publicamente ao povo, durante 27 dias (três feiras) — *per trimumdinum*".

Em estudo comparativo sobre o veto, expõe CARLOS MAXIMILIANO:

"Os tribunos da plebe, instituídos em Roma em conseqüência da retirada do povo para o Monte Sagrado, sentavam-se no vestibulo do Senado, cujas deliberações revisavam, anulando-as, quando queriam, com uma só palavra — *veto* (eu proíbo).

Dilatou-se o poder impeditivo a todas as ordens emanadas de qualquer funcionário, dos mais altos magistrados, dos próprios cônsules.

Entre o veto usado na primitiva Roma e o das organizações constitucionais modernas há um ponto de semelhança; protegem ambos o direito individual e o interesse coletivo contra as precipitações e os abusos do poder, senatorial ou consular outrora, parlamentar hoje.

Não se admite, atualmente, o *veto absoluto*; existe apenas o *limitado*, isto é, o que as Câmaras revogam por dois terços dos sufrágios dos membros presentes de cada uma, suprimindo, nesse caso, a sanção" (67).

A regra geral está na Lei nº 65, C. *De decurionib.*, 6, na qual falando-se de uma ordenança, o imperador Anastásio dizia que ela deveria ser executada no dia de sua publicação: *ex die quo promulgata est*. No direito romano entendia-se por promulgação a publicação da lei, com o poder de obrigar.

Para CARRÉ DE MALBERG a distinção entre *veto* e *sanção* corresponde à célebre diferença estabelecida por MONTESQUIEU entre:

(66) ROMERO, Miguel. *El Parlamento. Derecho-Jurisprudencia-Historia*. Félix Lajonane, Editor, Buenos Aires, 1902, pp. 143 e 144.

(67) MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. Vol. II, Livraria Freitas Bastos S/A, Rio de Janeiro, 1954, 5ª edição, p. 180.

— a *faculdade de estatuir*, que associa intimamente o Chefe de Estado com a legislação, convertendo-o em parte integrante do órgão legislativo; e

— a *faculdade de impedir* que é apenas um poder de resistência, que longe de dar participação a seu titular no Poder Legislativo, supõe pelo contrário que em princípio é estranho ao mesmo (68).

Nos termos da Constituição francesa de 1875, o Presidente da República, no que se refere à formação das leis, reduzido que ficava à faculdade de pedir uma nova deliberação ou discussão, não participava do Poder Legislativo, que pertencia exclusivamente à Câmara.

A promulgação é o ato pelo qual a autoridade executiva autentica o texto da lei, constata a regularidade de sua adoção e o declara válido.

Promulgando-a, o poder competente não realiza, no sentido preciso, obra da vontade legislativa, mas reconhece que a lei passou a existir regularmente. A promulgação torna a lei perfeita e lhe fixa data, mas para que o texto se torne obrigatório é preciso que seja conhecido. A publicação é o ato material pelo qual a lei é levada ao conhecimento dos cidadãos. A lei transforma-se em obrigatória após a inserção de seu texto no jornal oficial.

Nem sempre basta que uma lei regularmente promulgada e publicada passe a ser efetivamente aplicada. Muitas vezes, a maior parte das leis depende de certas regras que surgem dos efeitos concretos, daí o poder da elaboração de regulamentos (69).

Quanto ao *direito de promulgação*, define-o como sendo o ato pelo qual a autoridade designada constitucionalmente reconhece e atesta a existência de uma lei que acaba de ser adotada pelo órgão legislativo. O objeto deste ato, ou seu efeito, é o de fazer entrar a lei em sua fase de execução, pois até este momento não era executiva. A promulgação é um ato de natureza legislativa como uma operação da confecção da lei. A promulgação é o ato mediante o qual o Chefe do Poder Executivo declara executável uma lei votada regularmente pelo corpo legislativo.

TEMISTOCLES MARTINES, em *Diritto Costituzionale*, ao tratar do procedimento de formação da lei ordinária, distingue promulgação de sanção, nestes termos:

“La promulgazione si distingue dalla *sanzione* (attribuita al re dallo Statuto albertino) perchè la sanzione si concretava in una vera e propria approvazione regia della proposta di legge (di modo che la legge non era perfetta se non riceveva l'approvazione, oltre che delle due Camere, anche del re, che costituiva un terzo organo legislativo: art. 3 Sta-

(68) MALBERG, R. Carré de. *Teoría General del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 1948, trad. de JOSÉ LIÓN DEPETRE, p. 373; NÉZARD, Henry. BERLIA, Georges. *Éléments de Droit Public*. Arthur Rousseau, Paris, 1946, 7.ª ed., pp. 206 e ss.; AUBY, Jean-Marie. DUCOS-ADER, Robert. *Droit Public. Droit Constitutionnel. Droit Administratif*. Sirey, Paris, 1966, 3.ª ed., pp. 37 e ss.

(69) BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1972, 15.ª ed., pp. 582 a 584; *idem*, 19.ª ed., 1980, pp. 347 e ss., *idem*, 12.ª ed., 1966, p. 133.

tuto); mentre la promulgazione non attiene alla fase dell'approvazione della legge bensì a quella di integrazione dell'efficacia.

La promulgazione delle leggi deve avvenire entro un mese dall'approvazione (salvo che, in caso di urgenza, le Camere stabiliscano un termine inferiore) e consiste in un decreto del Presidente della Repubblica. Mediante la promulgazione il Presidente della Repubblica: a) attesta che la legge è stata approvata dalle due Camere (la Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica hanno approvato); b) dichiara la sua volontà di promulgare la legge ("il Presidente della Repubblica promulga la seguente legge": segue il testo della legge); c) ordina la pubblicazione della legge e vi appone la clausola esecutiva (la presente legge, munita del sigillo dello Stato, sarà inserita nella Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti della Repubblica Italiana). È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarla e di farla osservare come legge dello Stato" (70).

O veto não pode ser confundido com a sanção e a promulgação, que são simples fases da evolução do processo legislativo. MICHEL TEMER, ao examinar a sanção e o veto, define a sanção como a aquiescência do Presidente da República aos termos de um projeto de lei:

"Vetar, na significação constitucional, é discordar dos termos de um projeto de lei. Para tanto, o Chefe do Executivo examina dois aspectos: constitucionalidade e o interesse público. Verifica, pois, a forma e o mérito. O primeiro é prejudicial do segundo e, por isso, constitui preliminar de conhecimento do projeto. Antes de entrar no mérito, o Chefe do Executivo verifica se o projeto é consoante com a Constituição, se não a vulnera. Concluindo pela conformidade, examinará o mérito, o interesse público. Por isso, o veto há de ser, sempre, motivado, a fim de que se conheçam as razões que conduziram à discordância, se referentes à inconstitucionalidade ou à falta de interesse público ou, até, se por ambos os motivos" (71).

Ao negar, através do veto, sua aquiescência à formação da lei, ocorre no dizer de CELSO BASTOS uma *sanção negativa*. Nesta ocasião as razões que podem levar ao veto não sofrem limitações constitucionais:

"O Chefe do Executivo pode ser levado à recusa de anuência tanto por razões de legalidade (inconstitucionalidade do projeto), quanto por razões de conveniência ou interesse público. Em qualquer dos casos, contudo, haverá de enunciar seus motivos, a fim de que o Legislativo os leve em conta por ocasião da apreciação do veto" (72).

(70) MARTINES, Temistocle. *Diritto Costituzionale*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1981, pp. 343/344.

(71) TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982, p. 154.

(72) BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. Edição Saraiva, 1980, 3ª ed., p. 158; *idem*, 1975, p. 117; SILVA, José Afonso da. *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1964, pp. 217 e ss.

SANTI ROMANO dedica parte de um dos seus livros à sanção, ao veto, aprovação pelo referendium ou voto popular como técnicas de aprovação definitiva das leis. Quando o Poder Legislativo é constituído não apenas pelas Câmaras, mas também pelo Chefe de Estado, a existência plena da lei só passa a ser configurada através da sanção (73).

O direito de veto, qualquer que seja o nome que se lhe é dado ou a forma que apresenta, é considerado, por muitos, na doutrina legislativa.

O veto tem sido considerado como invenção do presidencialismo. Nasceu de uma das contribuições da prática governamental dos Estados Unidos. LUIZ NAVARRO DE BRITTO reconhece "que, na medida em que o Poder Executivo substitua as Câmaras no processo de elaboração legislativa, o número de oportunidades para a utilização da "recusa" governamental diminua. Já se fala mesmo de um *veto legislativo*, representando o termo desta evolução" (74).

Ao relacionar a experiência do veto nos Estados Parlamentaristas, reconhece o autor acima mencionado que com a implantação do parlamentarismo nova trajetória ocorre no que diz respeito ao exercício do veto. O mecanismo que deslocou as competências do Chefe do Estado para o Gabinete tornou o veto um ato de governo. Após a Segunda Guerra Mundial, a França e a Itália vivificaram a instituição do veto.

Considera OSWALDO TRIGUEIRO a sanção e o veto como fases da elaboração do processo legislativo, por meio da qual o Poder Executivo, nas democracias, tem participação necessária. Entende que no sistema presidencial de governo, a sanção e o veto são prerrogativas do Chefe do Estado, motivo pelo qual a matéria pode ser apreciada no capítulo dedicado ao Poder Executivo. Compreende, ainda, a formalidade como indispensável em todas as Constituições que consagram, com maior ou menor extensão, o princípio da separação dos poderes (75).

JOSÉ AFONSO DA SILVA coloca o veto como uma das fases do processo legislativo, considerado este como o conjunto de atos preordenados visando à criação das normas: iniciativa legislativa; emendas; votação; sanção ou veto; promulgação e publicação. "Sanção e veto são atos legislativos de competência exclusiva do Presidente da República. A *sanção* e o *veto* somente recaem sobre *projetos de lei*. É errôneo dizer, por exemplo, que o Presidente sancionou ou vetou uma lei. Por outro lado, só são sancionáveis ou vetáveis projetos de lei sobre as matérias indicadas no art. 43. A lei nasce com a sanção que é pressuposto

(73) ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, trad. de MARIA HELENA DINIZ, pp. 338 e 339.

(74) ROSA, Mauro Andrade. *O Veto nos Estados Presidencialistas. Algumas Reflexões sobre o Veto no Brasil e nos Estados Unidos*. Belo Horizonte, 1982; BRITTO, Luiz Navarro de. "O Exercício do Veto", *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Serviço de Informação Legislativa, Brasília, Ano 3, n.º 9, jan/março, 1966, p. 11; MAYER, Maurice. *Le Veto Législatif du Chef de l'État*. Paris, 1948, p. 246.

(75) TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito Constitucional Estadual*. Forense, Rio de Janeiro, 1980, p. 182.

de sua existência, a menos que o Presidente vete o projeto (recusa de sanção) e este, voltando ao Congresso, é aprovado, mediante rejeição do veto por dois terços dos membros de suas Casas em sessão conjunta (art. 59) (76).

3 – O veto no direito comparado

Seu destaque no direito constitucional americano

O veto tem sido examinado desde as suas primeiras manifestações na Cidade Antiga, sendo considerado como um seu esboço, na Grécia monárquica, sob a forma de consulta popular (77).

O veto passou em Roma por várias vicissitudes, refletindo, para MÁRIO CASASANTA, a luta permanente entre democracia e aristocracia: “Sila, com o propósito de dar a Roma uma forte organização aristocrática, fez do Senado o principal corpo do Estado, diminuiu o poder da assembléia do povo, suprimiu o veto. Pompeu, que lhe sucedeu na Chefia de Roma, abandonou de começo a aristocracia, favoreceu a democracia e restituiu aos tribunos as velhas prerrogativas e, entre elas, o veto. Otaviano apoderou-se de todos os poderes, inclusive dos que competiam aos tribunos. O veto passou a ser uma prerrogativa pessoal. Foi no fim do império romano. Foi, através da Idade Média, em que os próprios suseranos o exerciam. Com a organização das monarquias, coube sempre aos reis” (78).

As modificações institucionais levaram a uma nova concepção do veto. Não poderia permanecer como prerrogativa pessoal, inerente ao Chefe de Estado, para usá-lo arbitrariamente. Transformou-se em elemento de equilíbrio dos poderes. Ao mesmo tempo enfraqueceu-se pelo desuso, nos sistemas parlamentaristas em que consolidava-se a supremacia parlamentar. A Inglaterra, que deu os primeiros passos para a monarquia constitucional parlamentar, contribuiria para enfraquecer o *veto-prerrogativa*:

“Na Inglaterra, o rei fazia, e teoricamente ainda faz parte do parlamento. Todos os projetos de lei deviam receber-lhe a aprovação, sem a qual não seriam lei de modo algum. Cabia-lhe também o direito de veto. Podia dirigir mensagens ao parlamento, convocá-lo, prorrogá-lo, adiá-lo ou dissolvê-lo” (79).

(76) SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984, 2ª edição revista e ampliada, p. 87.

(77) CASTRO, José Nilo de. “Considerações sobre o veto no Direito Comparado (Constituição brasileira e norte-americana)”, *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, Ano 16, out./dez., 1979, pp. 167 e ss.; LOZADA, Salvador María. *Instituciones de Derecho Público*, El Coloquio —Buenos Aires, vol. I, pp. 286 e 287; WOODBURN, James Albert. *The American Republic and its Government*. Putnam's Sons, New York, 1903, pp. 145 a 156, 213, 303 e 311; ZINK, Harold D. PENNIMAN, Howard R. HATHORN, Guy B. *American Government and Politics. National, State and Local*. Van Nostrand, Princeton, 1962, pp. 34, 294, 522 e 684.

(78) CASASANTA, Mário. *O Poder do Veto*. Ob. cit., p. 125 a 126.

(79) CASASANTA, *O Poder de Veto*, ob. cit., p. 127; CARVALHO, Orlando M. *O Mecanismo do Governo Britânico*. Os Amigos do Livro, Belo Horizonte, 1943.

A Coroa britânica, desde a negativa da Rainha Ana ao *Scotch Militia Bill* (1707) não mais utilizou o *royal assent*. Foi esta a última vez que o veto real foi imposto ⁽⁸⁰⁾.

As palavras rituais de *le roy s'avisera* não mais surgiram ao fim de uma lei aprovada pelo Parlamento.

Para LOEWENSTEIN esta negativa é hoje impensável, chegando a afirmar que, se isto ocorresse, a Coroa perderia seguramente seu gabinete e, provavelmente, o trono.

Em 1891, a Convenção nacional australiana realizou, em Sidney, um projeto de Constituição federal que criou a *Commonwealth of Australia*. Em 1897, reuniu-se uma nova Convenção destinada a ser mais eficaz. O projeto de Constituição federal australiana foi acolhido com entusiasmo pelo Parlamento inglês. A Constituição nova conservou à Coroa seu poder soberano sobre a legislação federal. O governador geral, representando o Rei, podia opor seu *veto absoluto* a todas as leis votadas pelas duas Câmaras da *Commonwealth*.

Sobre o veto, A. ESMEIN refere-se ao reino de Henrique VI (1422-1461). No lugar de redigir sua proposição sob a forma de uma petição, os Commons ou Lords a redigiam sob a forma de projeto de lei ou *Bill*. Quando o projeto era sucessivamente aprovado pelas duas Câmaras é que era apresentado ao Rei que tinha meios de rejeitá-lo ou transformá-lo imediata e necessariamente em lei ou *statut*, dando o seu assentimento. Após o voto das duas Câmaras, transformava-se em lei completa, salvo a vontade real, que lhe dava força. Esse procedimento foi introduzido no século XV. A prerrogativa da Coroa, em matéria de legislação, estava reduzida a um direito de iniciativa, quando ela propunha a lei. Havia o direito de *veto*, quando era proposta pelas Câmaras.

A Teoria Constitucional menciona as modificações do *Parliament Act* de 1911 que consagrou o poder da Câmara dos Lords, reduzido a um veto suspensivo sobre as leis votadas pelas Câmaras dos Comuns.

Durante os debates sobre os *Veto resolutions* e sobre o *Parliament Bill* discutiu-se sobre o sistema de Câmara única, sem redução da importância da Câmara dos Lords. DICKEY considerava que, sob o império de certas Constituições francesas, um *veto* suspensivo era, às vezes, uma pura nulidade. Ao passo que um *veto* suspensivo por parte do Presidente dos Estados Unidos manteve-se mais efetivo que o *veto* ilimitado de um rei da Inglaterra. O veto do Presidente dos EUA não era absoluto, mas não era puramente suspensivo.

A Constituição francesa de 1791 começa por consagrar o princípio essencial do governo representativo.

A nação, da qual emanam todos os poderes, não pode exercê-los senão por delegação. A Constituição era representativa, cujos representantes eram o Corpo legislativo e o rei. O rei, como simples representante da nação, era qualificado como magistrado do povo, o primeiro funcionário público: exercia o Poder Executivo e o direito de *veto* sobre as leis, simplesmente suspensivo.

(80) ANSON, Sir William R. *The Law and Custom of the Constitution*. Clarendon Press, Oxford, 4ª ed., 1911, vol. I, p. 316.

O direito de *veto* parecia absolutamente contrário ao princípio da separação de poderes.

SIEYÈS assim o demonstrou.

O *veto* introduzido pela Constituição francesa de 1791 e o estabelecido pela Constituição dos Estados Unidos são bem diferentes⁽⁸¹⁾.

A influência do governo sobre a lei promulgada mereceu acertadas observações de LOEWENSTEIN. A divisão tradicional de funções entre os detentores dos Poderes Executivo e Legislativo significaria que uma lei aprovada pela assembléia é definitiva, livre de qualquer controle governamental posterior. Na prática tal não ocorre. No parlamentarismo o controle do governo sobre a lei aprovada pelo parlamento é praticamente nulo, tendo em vista a interdependência entre os órgãos encarregados de elaborá-la.

Ocorrem diversas modalidades entre a relação do governo com a lei aprovada pelo parlamento:

1 — O caráter definitivo da decisão da assembléia no processo legislativo, tendo em vista a estrutura do governo de assembléia, como foi estabelecido pela Constituição francesa de 1793 (art. 59). Nessa hipótese, não é necessário nenhum ato posterior do Executivo.

2 — No parlamentarismo é necessária a confirmação formal da legislação parlamentar pelo Chefe de Estado (Coroa ou Presidente de Estado republicano). O *royal assent* (Inglaterra), sanção e promulgação (Bélgica, art. 69); no caso de presidentes pode-se denominar *promulgação* (França, III e IV Repúblicas); Weimar e Bonn na Alemanha.

3 — O Presidente da República pode retardar a promulgação, porém sempre com a aprovação do governo, até que haja um *referendum* sobre a lei, com o qual se pede o veredito do eleitorado, detentor supremo do poder.

4 — O governo pode exercer o direito de veto suspensivo contra lei aprovada pela assembléia. Esta possibilidade denominada “negativa de sanção real” foi introduzida em benefício da Coroa, em monarquia limitada constitucionalmente pela Constituição francesa de 1791 (art. 117).

5 — O detentor do Poder Executivo pode ser equipado com veto absoluto, contra legislação emitida pelo parlamento. Técnica utilizada pelo Estado Constitucional com tendência autoritária, como na Constituição francesa de 1814, como direito à “sanção real”. As monarquias constitucionais do continente mantiveram o veto absoluto da Coroa e do governo (Constituição da Prússia de 1850, art. 62). O veto absoluto do Executivo ressurgiu no moderno presidencialismo. Com este posicionamento impede qualquer risco à liderança do Presidente⁽⁸²⁾.

(81) ESMEIN, A. *Eléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*. Revista por JOSEPH BARTHELEMY, Recueil Sirey, Paris, 1914 6ª ed., pp. 11, 86, 136, 181 e ss.; 204, 207 e ss.; 293, 474 e ss.; 577, 672 e ss.

(82) LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Ediciones Ariel, Barcelona, 1972, 2ª ed., tradução de ALFREDO GALLEGU ANABITARTE, pp. 271 a 273.

No direito constitucional francês o veto é objeto de várias investigações, mas assume características diferentes durante as fases de sua elaboração: "il possède seulement un droit de veto suspensif sur les lois qu'elle vote (pouvant les bloquer pendant deux ans au maximum), seule exception à la séparation des pouvoirs" (83).

A missão do Executivo, como o próprio nome indica, seria executar as leis, sem ter colaborado em sua confecção. O rei, que não participava em nenhuma fase da formação da lei, poderia opor seu veto. SIEYÈS pronunciou-se com vigor contra a instituição do veto. O veto foi assim objeto de inquietude e de hostilidades populares (84).

No regime parlamentar o controle do governo consiste normalmente no exame *a posteriori* dos atos levados a cabo pelo mesmo ou da política que vem sido mantida. Tem o Parlamentar a faculdade de emitir juízos de valor acerca destes atos e da política, com a possibilidade de esses pronunciamentos serem conduzidos para uma espécie de sanção: a retirada do anteprojeto.

Nos regimes parlamentares surgem diferenciações no relacionamento entre o Poder Legislativo e o Executivo, circunstâncias que merecem destaque pelas influências que exercem no procedimento legislativo ordinário.

Quando, na França, o texto de lei é adotado por duas Assembléias, ele é encaminhado ao Presidente da República que dispõe de suas faculdades:

- 1 – pedir uma segunda deliberação ao Parlamento, a qual não pode ser recusada, sem que se requeira maioria qualificada para esta segunda votação;
- 2 – recorrer ao Conselho Constitucional quando estima que a lei não está de conformidade com a Constituição (85).

Desde que não ocorram obstáculos, a lei é promulgada pelo Presidente da República. Esta promulgação tem como objetivo tornar a lei executória. É o Poder Executivo que monopoliza as "decisões executórias", isto é, as decisões que estão prontas para serem executadas. Em si mesma, a deliberação parlamentar não tem força executória, pelo que deve receber este subsídio do Poder Executivo, por isto a data oficial da lei não é aquela em que foi definitivamente votada pelo Parlamento, mas a data de sua promulgação.

Do início ao fim do procedimento legislativo ordinário, o governo dispõe de prerrogativas importantes:

– o direito de acesso e uso da palavra nas Assembléias: trata-se de regra tradicional do regime parlamentar;

(83) DUVERGER, Maurice. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. Presses Universitaires de France, Paris, 1960, 5ª ed., p. 419; PRÉLOT, Marcel. *Précis de Droit Constitutionnel*. Dalloz, Paris, 1953, 2ª ed., pp. 77 e 367.

(84) PRÉLOT, Marcel; BOULOUIS, Jean. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. Dalloz, Paris, 1972, 6ª ed., p. 322.

(85) "Le Conseil Constitutionnel", artigos de vários autores, "Pouvoirs", *Revue Française d'Études Constitutionnelles et Politiques*, 1980, n.º 13; FAVOREU, Louis; PHILIP, Loïc, *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*. Sirey, 1979, 2ª ed.

– o direito de encaminhar um projeto ou uma proposição de lei perante uma comissão especial;

– o direito de acelerar o procedimento parlamentar, declarando urgência; neste caso a Assembléia procede apenas a uma leitura da lei e não a duas;

– o direito de decidir sobre a ordem do dia;

– o direito de ter a discussão do projeto de lei perante a primeira Assembléia, sobre o seu próprio texto e não de nova redação estabelecida pela Comissão ⁽⁸⁶⁾;

– o direito de representante do governo abrir os debates em sessão pública;

– o direito de reservar o voto de um artigo;

– para deter o curso da discussão, com emendas que pareçam demasiado numerosas e inoportunas, o governo dispõe do direito (artigo 48) de eliminar as emendas que traduzem uma diminuição dos recursos, que não respeitam as fronteiras do domínio da lei estabelecidas pelo artigo 34;

– o governo tem à sua disposição o procedimento da comissão de conciliação:

“Si ces derniers obstacles sont franchis, la loi est alors promulguée par le Président de la République. La promulgation, qui a pour objet de rendre la loi exécutoire, consiste à “enrober”, pour ainsi dire, le texte de la loi dans un décret. C’est en effet le Pouvoir Exécutif qui a le monopole des “décisions exécutoires”, c’est-à-dire des décisions qui sont parées pour l’exécution” ⁽⁸⁷⁾.

Na Itália, o Presidente está obrigado a promulgar a lei; porém, antes do vencimento do tempo pode exercer um veto com alcances muito limitados.

LUIGI EINAUDI, no livro *Sullo Scrittoio del Presidente* publica as quatro mensagens com as quais vetou as leis aprovadas por Comissões Parlamentares. Dois destes casos referem-se a gastos autorizados sem indicar os meios para fazer frente aos mesmos.

A Constituição italiana, no que diz respeito à elaboração das leis, consagrou certas particularidades que merecem menção:

“Art. 73 – As leis são promulgadas pelo Presidente da República dentro de um mês após a sua aprovação.

Se as Câmaras, cada uma amparada pela maioria absoluta dos próprios integrantes, declararem a urgência da lei, elas próprias fixarão o prazo de sua promulgação.

As leis são publicadas logo depois de sua promulgação e começarão a vigorar no décimo quinto dia sucessivo à sua publicação, salvo se as próprias leis estabelecerem um prazo diferente.

(86) HAURIU, André. *Cours de Droit Constitutionnel et d’Institutions Politiques*, Les Cours de Droit, Paris, 1965-1966, pp. 301 e ss.

(87) HAURIU, André. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Editions Montchrestien, Paris, 1970, 4ª ed., pp. 906 e ss.

Art. 74 – O Presidente da República, antes de promulgar a lei, pode mediante mensagem fundamentada pedir às Câmaras uma nova deliberação.

Se as Câmaras aprovarem novamente a lei, esta deve ser promulgada.

Art. 75 – O *referendum* popular é convocado para deliberar sobre a anulação total ou parcial, de uma lei ou de um ato que tenha valor de lei, quando o requeiram duzentos mil eleitores ou cinco Conselhos regionais.

Não é admitido o *referendum* para as leis tributárias e orçamentárias, de anistia e de indulto e de autorização a ratificar tratados internacionais.”

PIETRO VIRGA doutrina que o ato de promulgação compõe-se de quatro partes:

a) *attestazione* del procedimento seguito: “Le due Camere del Parlamento hanno approvato”;

b) *intestazione*: “Il Presidente della Repubblica promulga la seguente legge” (Segue il testo della legge);

c) *ordine di pubblicazione*: La presente legge, munita del sigillo dello Stato sarà pubblicata nella Gazzetta Ufficiale ed inserita nella Raccolta Ufficiale delle leggi e dei decreti della Repubblica Italiana;

d) *clausola esecutiva*: analoga a quella di spedizione in forma esecutiva dei titoli di esecuzione forzata. É fatto obbligo a chiunque spetti di osservarla e di farla osservare come legge dello Stato”⁽⁸⁸⁾.

PAOLO BARILE, referindo-se ao poder presidencial, destaca o poder de controle e de freio; o poder de estímulo e de impulso à atuação da Constituição; poder tendente à cobertura e ao regulamento do funcionamento dos outros órgãos constitucionais; o poder residual, que só por razões de tradição são formalmente conferidos ao Presidente. Os arts. 87, 73 e 74 da Constituição falam da “promulgação da lei” e da função de *indirizzo politico costituzionale* do Presidente da República, no que diz respeito à *executoriedade* da lei aprovada pelos dois ramos do Parlamento. A promulgação consiste, referindo-se a MORTARI, em ato que conduz à constatação da regularidade formal do procedimento legislativo e à identidade do consentimento das duas Câmaras.

(88) VIRGA, Pietro. *Diritto Costituzionale*. Giuffrè-Editore, Milano, 1979, 9ª ed., p. 271; PERGOLESI, Ferruccio. *Diritto Costituzionale*. Dott. Cesare Zuffi-Editore, Bologna, 1949, 7ª ed., p. 154; BOZZI, Aldo. *Studi di Diritto Costituzionale*. Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1961, pp. 14 e ss.; FODERO, Salvatore. *Manuale di Diritto Pubblico*. CEDAM, Padova, 1974, 3ª ed., pp. 189 e ss.; MORTATI, Costantino. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Vol. II, CEDAM, Padova, 1967, 7ª ed., pp. 648 e ss.; RANGEL, Leyla Castello Branco. “O Poder Legislativo na Itália”, *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Diretoria de Informação Legislativa, Brasília, Ano 3, n.º 11, jul./set. 1966, p. 160.

Essas maneiras de participação no processo de elaboração normativa leva a questionamentos como: controle preventivo da formação da lei, exame de *mérito constitucional* (89).

As diversas fases de formação da lei (introdutória, constitutiva, promulgação) podem ser examinadas no que diz respeito à sua *legitimidade* e *oportunidade*. Ao mesmo tempo ocorrem indicações quanto ao *conteúdo* e *vícios* das normas jurídicas. Os vícios da lei formal adquiriram novo e particular interesse no atual ordenamento italiano, com a criação do Tribunal Constitucional, através da transmissão ao mesmo do “exame da constitucionalidade das leis”, no que diz respeito ao aspecto “material” e “formal” (90).

A Constituição espanhola de 26 de outubro de 1978, ao tratar da elaboração das leis, em seu art. 91, determina que o Rei sancionará, no prazo de quinze dias, as leis aprovadas pelas Cortes Gerais, e as promulgará e ordenará sua imediata publicação (91).

Essa Constituição estabelece a possibilidade do *veto* pelo Senado:

“1 – Aprovado um projeto de lei ordinária ou orgânica pelo Congresso dos Deputados, seu Presidente dará imediata conta do mesmo ao Presidente do Senado, o qual o submeterá à deliberação deste;

2 – O Senado, no prazo de dois meses, a partir do dia do recebimento do texto, pode, mediante mensagem motivada, opor seu veto ou introduzir emendas ao mesmo. O veto deverá ser aprovado por maioria absoluta. O projeto não poderá ser submetido ao Rei para sanção sem que o Congresso ratifique por maioria absoluta, em caso de veto, o texto inicial, ou por maioria simples, uma vez transcorridos dois meses desde a interposição do mesmo, ou se pronuncie sobre as emendas, aceitando-as ou não por maioria simples.”

O sistema constitucional alemão estabelece, em seu procedimento legislativo, que, depois de sua aprovação pelo *Bundestag*, os projetos legislativos são enviados ao *Bundesrat*, para que este adote uma decisão vinculante. Pela Lei Fundamental o *Bundestag* tem o *direito de aprovação*. Se a Lei Fundamental não prescreve a aprovação do *Bundesrat*, este só pode impedir a entrada em vigor de uma lei mediante o exercício do *veto*:

“En consecuencia, para romper el veto del *Bundesrat*, es necesario que el *Bundestag* adopte la decisión por mayoría de todos sus miembros, no sólo de sus miembros presentes. Si el veto del *Bundesrat* que adoptado por mayoría de dos tercios de sus votos, el *Bundestag* puede romperlo por una mayoría de dos tercios de sus diputados presentes que cubra, al menos, la mayoría de todos sus miembros. El *Bundestag*,

(89) BARILE, Paolo. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. CEDAM, Padova, 1972, pp. 238 e ss.

(90) RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Derecho Constitucional*. Editorial Tecnos, Madrid, 1973, trad. de PABLO LUCAS VERDU, pp. 387 e ss.; OSPITALI, Giancarlo. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. CEDAM, Padova, 1962, 4ª ed., pp. 159 e ss.

(91) CONDE, Enrique Alvarez. *El Régimen Político Español*. Tecnos, Madrid, 1983, pp. 169 e ss.

por tanto, solo puede romper el veto del Bundesrat cuando ha logrado la mayoría absoluta" (92).

A recente Constituição do Peru, ao estabelecer a formação e promulgação das leis, determina:

"Art. 128 – Dentro de los diez días siguientes a la recepción por el Presidente de la República de una ley aprobada por el Congreso debe aquel promulgarla y mandarla cumplir.

Art. 129 – Si el Presidente de la República no promulga y manda cumplir una ley dentro de diez días, la promulgará y mandará cumplir el Presidente del Congreso, quien ordenará su publicación en cualquier periódico."

Seu destaque no direito constitucional americano

A relação entre o Presidente e o Congresso tem uma colorida e variada história. A natureza deste relacionamento é determinada primeiramente pelas provisões constitucionais, que estabelecem as aproximações entre as duas instituições separadas. O poder de veto é autorizado pelo Artigo I da Constituição, que influenciou substancialmente o desenvolvimento do sistema presidencial americano:

"The veto, while not used to satisfy every presidential whim and fancy, is used often enough to establish both respect for it and respect for the threat of its use. From George Washington to Jimmy Carter, presidents have vetoed 2,389 pieces of legislation – an average of about 121/2 bills a year. The majority of those vetoes (1,401) were applied to private bills with the remaining 988 coming on public bills" (93).

O *veto power* é considerado como uma função que o Chefe do Executivo exerce, no processo de elaboração legislativa. Afirma HAROLD ZINK que é uma das mais longas seções da Constituição, em contraste com outros assuntos importantes que não são mencionados ou são dispostos através de poucas palavras. Reconhece que os homens de 1787 viram a sua importância como essencial, daí o detalhamento de seu exercício:

"The Constitution stipulates that every bill, order, resolution, or vote to which the concurrence of the Senate and House of Representatives may be necessary (except in a question of adjournment) shall be presented to the President of the United States" (94).

(92) STEIN, Ekkehart. *Derecho Político*. Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1973, p. 62.

(93) COPELAND, Gary W. "When Congress and the President Collide: Why Presidents Veto Legislation", *The Journal of Politics*, vol. 45, n.º 3, agosto, 1983, pp. 696/697.

(94) ZINK, Harold. *Government and Politics in the United States*. The MacMillan Company, New York, 1951, 3ª ed., p. 321; MCLAUGHLIN, Andrew C. *A Constitutional History of United States*, Appleton-Century-Crofts, Inc., New York, 1936, pp. 371, 410 e 413.

A Constituição, ao outorgar ao Presidente uma negativa limitadora sobre a legislação chamada de *veto* — declarou a Suprema Corte —, lhe confiou autoridade fundamental e impôs uma obrigação da maior importância (95).

A Constituição e a intenção dos constituintes respaldam este entendimento. A Convenção de 1787 foi quase unânime em deferir a conveniência de outorgar ao Presidente a capacidade de veto sobre as leis.

O exercício do veto global ou parcial sobre as proposições de lei é freqüente nos Estados Unidos, circunstância que vem demonstrar a independência do Congresso. Na prática latino-americana o Presidente não recorre, senão excepcionalmente, ao direito de veto contra as iniciativas das Câmaras, circunstância que, longe de apresentar uma oposição aberta, demonstra que elas adotam uma linha política traçada pelo Executivo *a fortiori*, quando existente um partido governamental dominante (96).

Por meio do veto, o Presidente enfatiza, na maior parte dos casos, a postura positiva do governante:

“The veto fits into the pattern of flexibility embodied in the Constitution because it allows several alternative actions or legislation. Often it makes possible a compromise between opposing legislative forces, or between the Legislature and the President. Most of the Presidents in this study realized the value of the veto as a means of effecting compromise. Jackson and Andrew Johnson, and too an excellent Franklin Roosevelt, were the only ones who made little use of the compromising possibilities of the veto” (97).

Para HAROLD ZINK, os “framers”, impressionados com o conceito do *checks and balances*, sentiram a necessidade da provisão de algum controle do Executivo sobre o processo de feitura da lei:

“Another function which the chief executive exercises in the field of legislation is so important that it requires more than a paragraph. The veto power is accorded one of the longest sections of the Constitution in contrast to other important matters which receive no mention at all or are disposed of in a few words. The men of 1787 followed this course because they felt that it was very essential to provide in detail for the exercise of such a power” (98).

(95) *Pocket Veto Case*, 279 EE.UU., 655, 677 (1929); AGESTA, Luis Sanchez. *Curso de Derecho Constitucional Comparado*. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1974, 5ª ed., pp. 187/ss.

(96) LIONS, Monique. *El Poder Legislativo en América Latina*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974, p. 87; GEYWITZ, Carlos Andrade. *Elementos de Derecho Constitucional Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1971, 2ª ed., pp. 445 e ss.; BURGOA, Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano*. Editorial Porrúa, S/A, México, 1973, pp. 848 e ss.

(97) JACKSON, Carlton. *Presidential Vetoes. 1792-1945*. University of Georgia Press, Athens, 1967, p. VI.

(98) ZINK, Harold. *Government and Politics in the United States*. The MacMillan Company, New York, 1951, 3ª ed., pp. 320, 776, 777 e 778.

CARL JOACHIM FRIEDRICH denomina-o como: "... the veto as a political institution. It would seem that the veto is an attempt at institutionalizing influence" (99).

A idéia de controle dos atos do Legislativo, por parte do Chefe do Poder Executivo, teve franca receptividade, desde os convencionais americanos: "Nem era para eles novidade teórica; ao contrário, a Constituição do Estado de Massachusetts inserira, quando revista em 1780, cláusula expressa (Cap. I, Sec. I, art. 2º), pela qual o Governador podia rejeitar, expondo as suas objeções, qualquer projeto de lei adotado pelas duas Câmaras (Câmara dos Representantes e Senado).

Contudo, nem no texto dessa Constituição e nem no texto da vitoriosa proposição de Gerry, Deputado do Massachusetts, foi empregada a palavra veto para definir o poder extraordinário conferido ao Presidente.

A idéia dominante foi sempre a de uma instituição de "negativa"; de início, pela proposição de Wilson, Deputado pela Pensilvânia, com caráter ilimitado, e, por fim, ainda sugerido por Gerry, com efeito simplesmente suspensivo, por que sujeita a ser rejeitada por uma maioria de dois terços de cada Câmara da legislatura nacional.

Esse último foi o sistema (the power to the President for the negative on the laws, subject to be overruled by two thirds of each branch) pelo que optou a Convenção" (100).

Sem este poder sobre a legislação, o Executivo ficaria gradualmente privado e diminuído em sua autoridade (101).

Têm surgido várias dúvidas constitucionais a respeito do poder de veto. A mais importante é a que se refere à amplitude do poder de veto. Poderá o Presidente interpor seu veto por qualquer razão considerada desejável por ele ou pode intervir unicamente para evitar uma legislação inconstitucional. Nos primeiros anos da República tornou-se questão controvertida. ANDREW JACKSON empregou seu poder de veto para se opor a leis que considerava objetáveis. Durante um século entendeu-se que o Presidente podia aprovar ou vetar uma lei por qualquer razão que pudesse apresentar. O poder outorgado para "aprovar" a legislação é demasiado amplo para que se conceba só no sentido de permitir ao Presidente negar sua assinatura com base na invalidade.

(99) FRIEDRICH, Carl Joachim. *Man and his Government. An Empirical Theory of Politics*. McGraw-Hill Book Company, Inc., New York, 1963, p. 205; ZINK, Harold. PENNIMAN, Howard R. HATHORN, Guy B. *American Government and Politics. National, State and Local*, D. Van Nostrand Company, Inc., Princeton, New Jersey, pp. 160 e ss.

(100) ALECRIM, Oracílio. *O Sistema do Veto nos Estados Unidos. A Receptividade Brasileira*. Instituto de Estudos Políticos, Rio de Janeiro, 1954, pp. 7 e 8; LASKI, Harold J. *El Sistema Presidencial Norteamericano*. Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, 1948, tradução de EDUARDO WARSCHAUER.

(101) STORY. *Commentaries on the Constitution of the United States*, 1833, nota 4, n.º 881.

A linguagem constitucional abarca claramente o poder de aprovar um projeto de lei aprovado pelo Congresso (102).

O Presidente atua legislativamente de acordo com a Constituição, mesmo que não seja parte constitutiva do Congresso. O poder de veto pode ser unicamente de negação, o que TAFT chamava de freio, mais do que uma máquina de vapor, porém segue sendo uma parte vital do mecanismo para elaboração das leis federais (103).

A Suprema Corte decidiu inúmeros casos que tratam do poder de veto (104).

O Presidente pode evitar que uma lei aprovada dentro de dez dias antes do recesso das sessões de um período legislativo se converta em lei pelo chamado "veto suspensivo". Nesse caso, não devolve a lei antes da suspensão das sessões. A Suprema Corte declarou que não importa se a suspensão das sessões é intermédia, quando ocorre entre as sessões anuais do Congresso (105).

O mesmo princípio deve aplicar-se a qualquer suspensão desde que o Presidente não pode devolver a lei à Câmara quando esta não está em funções como corpo coletivo (106). Não se aplica o mesmo quando a Câmara está só em recesso temporal por não mais de três dias, segundo disposição do artigo I, sessão 5, tendo cada Câmara o poder de adotar esta suspensão sem o consentimento da outra Câmara. Esta breve suspensão não impede o Presidente de devolver uma lei com suas objeções à Câmara de origem, entregando-a a um funcionário devidamente autorizado pela Câmara (107).

Na história da República o poder do veto não tem sido unicamente o poder de negação que poderia pensar-se com uma leitura literal da Constituição. O veto presidencial é mais do que uma mera negativa. É também um instrumento positivo para fazer valer a chefatura legislativa. O poder de veto converteu-se em ameaça permanente para todos os promotores de leis e converteu-se em um instrumento para regatear e favorecer a legislação desejada. Não é fácil aprovar lei contra o veto, e a ameaça da desaprovação presidencial basta normalmente para evitar a ação do Congresso contrária às aspirações do Executivo (108).

Nos termos do artigo I, seção 7, o Presidente tem dez dias para decidir se assina ou veta uma lei, ou se converte em lei sem sua assinatura, a não ser que o Congresso, ao suspender suas sessões, impeça a devolução. Questão que tem gerado polêmicas é determinar se o Presidente pode aprovar leis depois da suspensão do período de reuniões em que foi aprovada. A dúvida

(102) TAFT. *Our Chief Magistrate and His Powers*, 16, 1925; CARTER, Edward W. Rohlfing, Charles C. *The American Government and Its Work*. The MacMillan Company, New York, 1952, p. 657 e ss.

(103) *Our Chief Magistrate and His Powers*, 1925, nota 126.

(104) *Missouri P. R. Co. vs. Kansas*, 258, E.U., 276 (1919).

(105) *Pocket Veto Case*, 279 E.U., 655 (1929).

(106) *Pocket Veto Case*, 279 E.U., 683 (1929); MATHEWS, John Mabry. *The American Constitutional System*. McGraw-Hill Book Company, Inc., New York, 1940, 2ª ed., pp. 146 e ss.

(107) *Wright vs. Estados Unidos*, 302 E.U., 583 (1938).

(108) WILSON, W. *Constitutional Government in the United States*, 1917, notas 79, 73.

decorre de que, se o Presidente participa evidentemente do processo legislativo ao assinar uma lei, não pode fazê-lo uma vez decorrido o período legislativo.

A Suprema Corte resolveu a questão a favor do poder presidencial. Em uma causa de 1899 sustentou que o Presidente não está obrigado a assinar uma lei quando o Congresso está em período de sessões, esta aprovação pode ser realizada quando as Câmaras não estão em funcionamento (*La Abra Silver Mining Co. vs. Estados Unidos*, 175. E.U., 423, 1899) ⁽¹⁰⁹⁾.

Posteriormente, a mesma regra foi aplicada, com a assinatura de leis após a suspensão das sessões. O Presidente pode assinar em qualquer momento, dentro do prazo de dez dias, com exceção dos domingos, depois que a lei é apresentada, mesmo que este período se estenda além da data de interrupção das sessões do Congresso ⁽¹¹⁰⁾.

O Presidente Truman firmou vários projetos de lei que foram apresentados à Casa Branca, antes que tivesse tomado posse no cargo. Não ocorreu dúvidas sobre sua capacidade de ação nesses casos.

Nessas situações a Suprema Corte decidiu como *obiter* (incidental) que um Presidente que acaba de tomar posse, existindo leis aprovadas pelo Congresso, teria que dar seqüência às mesmas.

A Constituição dá ao Presidente dez dias, para que as aprove ou vete. O prazo decorre da apresentação das leis e não da aprovação pelo Congresso. Acentua BERNARD SCHWARTZ que, em uma época em que as viagens presidenciais adquiriram tanta importância, o fato de o Presidente ter dez dias a partir da apresentação do texto e não da votação pelo Congresso, permite ao mesmo realizar as viagens mais longínquas, sem abandonar seu poder de veto. Sustenta-se que o ato de apresentar uma lei ao Presidente não tem caráter legislativo; pode ocorrer após a suspensão das sessões do Congresso ⁽¹¹¹⁾.

Entende a Suprema Corte que o único dever do Presidente em relação à lei que lhe é encaminhada é a sua aprovação ou veto, nada mais ⁽¹¹²⁾.

Os presidentes nem sempre limitam-se à aprovação, sem manifestar ressalvas ou dúvidas. O Presidente Truman, ao aprovar leis importantes, encaminhava mensagens nas quais expressava advertências sobre disposições supostamente duvidosas ou ambíguas de certas leis.

Franklin Roosevelt firmou uma lei com declaração de que uma de suas disposições era *não só imprudente e discriminatória, mas também inconstitucional* ⁽¹¹³⁾.

Este questionamento deve ser indagado. Qual a validade e os efeitos dessas ressalvas constantes da aprovação presidencial?

(109) *Abra Silver Mining Co. vs. Estados Unidos*, 175 E.U. 423 1899.

(110) *Edwards vs. Estados Unidos*, 286 E.U., 482 (1932).

(111) *Estados Unidos vs. Kapsalis*, 214 F 2d 877 (7.º Cir., 1954).

(112) *Gardner vs. Collector*, 6 Wall 499, 506 (E.U., 1868).

(113) *Estados Unidos vs. Lovett*, 328 E.U., 303, 313 (1947).

CORWIN, em importante manifestação sobre a Presidência, conclui que não deve haver nenhuma consideração de ordem legal, declarando que difere grandemente na história do Congresso a maneira de os tribunais interpretarem as leis federais. Entretanto, existem autores que entendem que as interpretações presidenciais sobre o que assinaram os presidentes devem ser consideradas. Mesmo que estas observações não possam modificar a condição jurídica de uma lei, as opiniões devem ser levadas em conta. Fazem parte da história legislativa e podem ser examinadas pelos tribunais que interpretam a lei.

Pelo artigo I, seção 7: Toda lei e toda ordem, resolução ou voto, para os quais se requer a concorrência do Senado e da Câmara dos Representantes, devem ser apresentados ao Presidente para sua *aprovação* ou *veto*.

Apesar da generalidade do pronunciamento constitucional, entende-se que nem todas as medidas aprovadas pelo Congresso têm que ser apresentadas. De acordo com esta disposição, não se aplica este requisito a medidas que afetam apenas uma Câmara, como as referentes ao procedimento e organização, bem como as resoluções de uma só Câmara, que não tenham efeito legislativo. Uma emenda constitucional proposta e aprovada pelas duas Câmaras não tem que ser apresentada ao Presidente. O magistrado Chase afirmou: "A negativa do Presidente aplica-se somente nos casos ordinários da legislação. Não tem nada a ver com a proposição ou adoção de emendas à Constituição" (114).

Além dessas exceções ao requisito de aprovação presidencial, merecem destaque as *resoluções concorrentes*: Toda resolução aprovada por ambas as Câmaras, conforme ficou estabelecido desde as chamadas *resoluções conjuntas*, tem que ser enviada ao Presidente. A resolução conjunta é qualquer resolução com força de lei. O termo *resolução concorrente* aplica-se a resoluções sem efeito legislativo, são simplesmente exortatórias ou expressivas da opinião das Câmaras, apenas supõem um mecanismo legislativo, como editar algo, criar comitês conjuntos.

A determinação de que uma resolução aprovada por ambas as Câmaras precisa ser encaminhada ao Presidente deve partir do esclarecimento de seu conteúdo: trata-se de matéria adequadamente legislativa em seu caráter e efeito? Sendo a resolução conjunta portadora destas características, deve ser apresentada à aprovação do Presidente. Caso contrário, é uma resolução concorrente que não tem que ser encaminhada ao Presidente (115).

Qualquer que seja a forma que venha a obter, nenhuma resolução das duas Câmaras pode ter efeito legislativo se não foi aprovada pelo Presidente (116).

Com o correr do tempo, o Congresso passou a dar novo uso às "resoluções concorrentes". As leis que implicam em sua utilização são de duas classes, as que:

— têm como objetivo o término de leis vigentes ou os poderes legais através de "resolução concorrente"; e

(114) *Hollingsworth vs. Virgínia*, 3 Dall. 378, 381 (E.U., 1798).

(115) Sen. Rep. num. 1335, 54 Congresso, 2ª Ses., 8 (1897).

(116) *Estados Unidos vs. Califórnia*, 332 E.U., 19, 28 (1947).

— permitem a desaprovação pelo Congresso, por “resolução concorrente”, de ação proposta pelo Presidente ou outro funcionário executivo. A Lei de Reorganização de 1939 investia o Presidente da autoridade necessária para efetuar reorganizações no Executivo. Estes planos de reorganização presidencial apenas tinham efeito, se não fossem desaprovados dentro de 60 dias por resolução concorrente de ambas as Câmaras.

O procedimento de “resolução concorrente” propunha permitir ao Congresso tomar ação à prova de veto. Surge logo a questão de validade constitucional. Roosevelt chegou a afirmar que a Lei de Arrendamento era inconstitucional: é claro que uma ação que revogue uma lei existente constitui uma lei do Congresso e está sujeita ao requisito da apresentação ao Presidente (117).

Convém esclarecer que uma resolução que tem de ser apresentada à Casa Branca necessita de ter efeito legislativo. Tendo este efeito, a denominação “resolução concorrente” não lhe dá caráter diferenciador. Revogar uma lei é realizar um ato legislativo, sujeito ao poder de veto. Já os Constituintes tinham a idéia de que a negativa do Presidente poderia ser empregada para evitar a revogação de leis.

A permissão ao Congresso de medidas que equivalem a revogações à prova de veto não é bem aceita. Uma resolução concorrente à Legislatura não é efetiva para modificar ou revogar lei positiva. A revogação ou modificação de lei requer um ato legislativo de igual dignidade e importância. Tem que ser pelo menos através de uma outra lei (118).

Este uso da técnica da utilização da “resolução concorrente” para desaprovar ação executiva leva-nos a indagações sobre matéria constitucional.

Mesmo nessas circunstâncias, o Chefe do Executivo deve ter oportunidade de exercer o seu poder de veto. Foi esta a opinião do Procurador-Geral em relação a um antecedente de 1932, sobre as Leis de Reorganização, que continham um poder outorgado ao Congresso para desaprovar por resolução (Ops. Atty. Gen. 56, 54) (1933) (119).

Na evolução de certo período da história constitucional dos Estados Unidos, referindo-se ao poder do veto, COOLEY assim o justifica:

“Os seis primeiros Presidentes usaram desse poder com muita parcimônia; alguns não o usaram vez alguma; mas isto porque o Poder Legislativo e o Presidente da República ordinariamente andavam de acordo em todas as mais importantes medidas tomadas. O Presidente Jackson foi quem primeiro o empregou com maior frequência,

(117) JACKSON, “A Presidential Legal Opinion”, 66, *Harvard Law Review*, 1353, 1358 (1953).

(118) GINNANE. “The Control of Federal Administration by Congressional Resolutions and Committees”, 66, *Harvard Law Review*, 569, 587 (1953); *Moran vs. La Guardia*, 270 N.Y., 450, 452 (1936).

(119) SCHWARTZ, Bernard. *A Commentary on the Constitution of the United States*. I: The Powers of Government. Vol. I. Federal and State Powers; idem, I: The Powers of Government. Vol. II. The Powers of the President, MacMillan Co., New York, Bernard Schwartz, 1963 (2 volumes).

no que foi seguido pelos Presidentes Tyler, Johnson e Hayes. Isto pode suceder muito bem, justamente com as mesmas opiniões a respeito das próprias funções do *veto*, desde o momento em que os últimos presidentes se acharam diante do Congresso cujos membros eram de idéias políticas contrárias, e tiveram ocasião de tratar e decretar um sem número de leis que não estavam em harmonia com as suas próprias opiniões a respeito do que consideravam conveniente em política ou fundado em direito constitucional. As razões fundamentais em que se haviam apoiado para a aplicação do *veto*, raras vezes têm sido sem importância, e a inconstitucionalidade delas foi o principal motivo pelo qual se lhes negou o assentimento. Em vários casos como que houve uma espécie de *veto* tácito, ocasionado pela demora do Presidente; não devolvendo o projeto, deixou de converter-se em lei" (120).

O veto presidencial é usado com freqüência na história constitucional norte-americana. Franklin Roosevelt opôs veto a 631 projetos aprovados pelo Congresso: "Uma parte das leis foi vetada mediante o chamado *pocket-veto*".

Entre 1792 e 1946 o veto foi utilizado pelos Presidentes na seguinte maneira: Washington (2); Madison (7); Monroe (1); Jackson (12); Tyler (9); Polk (3); Pierce (9); Buchanan (7); Lincoln (6); Johnson (29); Grant (94); Hayes (13); Arthur (12); Cleveland (583); Harrison (44); McKinley (42); Theodore Roosevelt (82); Taft (39); Wilson (44); Harding (5); Coolidge (50); Hoover (37); Franklin Roosevelt (631) (121).

Se o Presidente não devolver o projeto às Câmaras dentro de dez dias nem o assinar, o projeto converte-se automaticamente em lei; mas, se as Câmaras se encerrarem, o Presidente não tem, pela Constituição, que devolver o projeto, e se o não assinar, ele não se converte em lei; é a este estratagema, usado nos fins das sessões parlamentares, que se chama *veto de algibeira* ou *veto de gaveta* (122).

A separação de poderes entre Executivo e Congresso não é conceito doutrinário que deva ser usado com rigor. Devemos ver a teoria com elasticidade e ajustamento, tendo em vista as necessidades práticas do governo. A sua conceituação deve ser lembrada sempre que se tenha em conta caracterizar o veto (123).

Em estudos sobre "os poderes do Executivo em geral", "o Presidente e a legislação", "aprovação da legislação" ou "o poder de veto do Executivo" surgem diversas indagações para a elaboração de uma teoria geral do veto.

O poder do Presidente de vetar as leis é considerado como veto "qualificativo" ou "suspensivo", desde que pode ser superado por uma votação de dois terços de ambas as Câmaras. Mesmo assim, não é possível subestimar a contri-

(120) COOLEY, Thomas. *Princípios Gerais de Direito Constitucional*, ob. cit., pp. 158 e 159.

(121) JACKSON, Carlton. *Presidential Vetoes*, ob. cit., pp. VIII/IX.

(122) CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Volume I. *Direito Comparado. Teoria Geral do Estado e da Constituição. As Constituições do Brasil*, Forense, Rio, 1977, pp. 109 e 110; *idem*, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Tomo II, *Direito Constitucional Português*, Coimbra Editora Ltda., 1972, 6ª ed., p. 609.

(123) RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Revista Forense, Rio, 1958, p. 138.

buição que o poder do veto leva à autoridade executiva. Para PRITCHETT, a existência deste poder é um fator constante no pensamento congressional e a planificação legislativa circunscreve-se, normalmente, pela compreensão da necessidade de sancionar medidas que o Presidente está disposto a promulgar. Os primeiros seis Presidentes dos Estados Unidos votaram leis baseando-se apenas em sua inconstitucionalidade ou deficiência técnica ⁽¹²⁴⁾.

Afirma BERNARD SCHWARTZ que a Constituição, ao conceder ao Presidente o direito de rejeição condicional da legislação, geralmente chamado veto, conforme declarou a Corte Suprema dos Estados Unidos, confia-lhe uma autoridade e impõe-lhe uma obrigação da mais alta importância. O caráter do poder de veto outorgado ao Presidente é, no dizer do Presidente TAFT puramente legislativo. Apesar de ser apenas um poder de rejeição, mesmo, na sua forma condicional, é legislativo na sua natureza. Deve-se levar em conta que o poder de veto nem sempre é de natureza simplesmente negativa. É um instrumento positivo para que o Presidente demonstre sua liderança legislativa. Constitui uma ameaça aos patrocinadores de projetos e tem-se constituído num instrumento de negociação para elaboração de outros projetos em substituição aos rejeitados ⁽¹²⁵⁾.

O sistema do *checks and balances* teve uma fase delicada de elaboração e tem no *veto power* um aspecto importante:

“The Constitution also gives the President the power to veto congressional legislation. Once a bill reaches his desk, he may sign it, making it law; veto it, sending it back to Congress with his reasons for rejecting it; or let it become law within ten working days by not doing anything. Congress can pass a vetoed law, however, if two-thirds of each house vote to override the President. But, at one point in the law-making process, the President has the last word. If Congress adjourns within ten days after submitting a bill to the President, he can simply let it die by neither signing nor vetoing it. This process is called a *pocket veto*.”

The presidential veto is usually effective; Congress rarely overrides a vetoed bill. From 1960 to 1978, Presidents vetoed 178 bills (including pocket-vetoes). Congress overrode only eighteen of them. Even

(124) PRITCHETT, C. Herman. *La Constitución Americana*. Tipográfica Editora Argentina S/A, Buenos Aires, 1965, p. 410; HEATHCOCK, Claude L. *The United States Constitution in Perspective*. Allyn and Bacon, Inc., Boston, 1964, pp. 101, 102; 163 e 164.

(125) SCHWARTZ, Bernard. *American Constitutional Law*. At The University Press, Cambridge, 1955, pp. 99 e ss.; BELOFF, Max. *The American Federal Government*. Oxford University Press, New York, 1959, pp. 57 e ss.; CROSSKEY, William Winslow. *Politics and the Constitution in the History of the United States*. Volume II, The University of Chicago Press, Chicago, 1953, pp. 1018 a 1022; ANTIEAU, Chester J. *Modern Constitutional Law. The States and Federal Government*. Vol. II, The Lawyers Cooperative Publishing Company, San Francisco, 1969, pp. 508 e ss. § 1.3: 7; § 13:8; § 13:9; SWISHER Carl Brent. *The Theory and Practice of American National Government*. Houghton Mifflin Company, Boston, 1951, pp. 348 e ss.; *The Veto Power: Just as the President uses political influence to recuse the enactment of bills in which he is interested, so also he uses it to prevent enactment of measures to which he is opposed. If his influence proves ineffective, he can still fall back upon his veto power*”.

the hint of a presidential veto is often enough to convince Congress that the President's preferences should count in shaping legislation" (126).

4 – O veto no direito constitucional brasileiro

Apontando as relações entre os Poderes Legislativo e Executivo, MACHADO PAUPERIO, após assinalar o fortalecimento crescente do Executivo, principalmente na área do Legislativo, destaca as seguintes funções exercidas pelo Poder Executivo:

- a) iniciativa de leis, inclusive com competência exclusiva para alguns casos;
- b) promulgação e publicação das leis;
- c) sanção ou veto;
- d) poder regulamentar;
- e) leis delegadas;
- f) decretos-leis" (127).

As providências contidas nas decisões de sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, a expedição de decretos e regulamentos para sua fiel execução constituem atribuições presidenciais de grande importância. Exercendo-as, primeiramente, põe em vigor as leis que o Congresso vota, cumprindo a execução da vontade manifestada pelo Poder Legislativo. Em certas circunstâncias toma novas fórmulas normativas para pôr em funcionamento as leis editadas pelo Legislativo. Ao receber o projeto de lei, o Presidente pode vetá-lo, total ou parcialmente:

“É mediante o veto que o Poder Executivo defende as suas prerrogativas e atribuições (MONTESQUEIU, ob. cit., Livro XI, Cap. VI) e nos regimes presidenciais, de separação de poderes, obsta às incursões de um nos domínios de outro” (J. V. TICHELEU, *Le Président de la République et le Problème de l'État*, pág. 184) (128).

O veto, no Brasil, veio do Império. Foi mantido nas Constituições de 1891, 1934, 1946, 1967 e na Emenda de 1969, daí a importância de seu exame na evolução do direito constitucional brasileiro.

(126) LINEBERRY, Robert L. *Government in America. People, Politics and Policy*. Little, Brown and Company, Boston, 1980, p. 374.

(127) PAUPERIO, A. Machado. “Relações entre os Poderes Legislativo e Executivo”, *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, Ano 17, n.º 67, julho-setembro, 1980, p. 113; TRIGUEIRO, Oswaldo. “Os Poderes do Presidente da República”, em *Estudos sobre a Constituição Brasileira*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1954, pp. 79 e ss.

(128) SILVA, Carlos Medeiros. “As Atribuições Constitucionais do Poder Executivo”, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 31, janeiro/março, 1953, p. 4; TRIGUEIRO, Oswaldo. “Os Poderes do Presidente da República”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Ano VI (Nova Fase), Belo Horizonte — outubro, 1954, pp. 118 e ss.; CAVALCANTI, Themístocles. “O Poder Executivo no Estado Moderno”, *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, Ano IV, v. IV, n.º 9, maio/agosto 1972, p. 102.

O Congresso legisla, apenas em última análise ele faz a lei. O Chefe do Executivo intervém para aceitar ou não aceitar, com uma recusa meramente suspensiva dos atos do Congresso. O Presidente não faz as leis; sanciona ou, temporariamente, veta as leis feitas na Câmara e no Senado ⁽¹²⁹⁾.

NESTOR MASSENA considera que, tratando-se da matéria de intervenção do Poder Executivo na elaboração legislativa, o veto é exceção. A regra geral será a sanção ou a promulgação. Ainda acrescenta: "Em matéria de veto, a regra geral é o veto a projeto, ao projeto total, e não a parte dele, sendo, pois, o veto parcial exceção à regra particular sobre o veto" ⁽¹³⁰⁾.

O estudo do veto no Brasil foi objeto de tese de mestrado, por parte de ERNESTO RODRIGUES. Ao apontar as suas origens ressalta:

"E como nesse nosso primeiro Estatuto Político já encontramos a existência do *veto*, como recusa do consentimento do Imperador ao projeto de lei, em seus arts. 64 a 67, temos que as origens desse *veto* são européias.

Aliás, o *veto* no Brasil antecipa-se à Carta Constitucional Imperial, estando presente nos debates da Assembléia Constituinte de 1823, quando se tratava da divisão dos poderes e da organização do sistema legislativo, com a participação do nosso monarca, sancionando ou vetando os projetos de lei (os decretos), sustentando alguns dos constituintes que tanto a sanção quanto o *veto* suspensivo eram direitos do Soberano" ⁽¹³¹⁾.

A sanção do Imperador e o veto são tidos como fatores que contribuem para o aperfeiçoamento das leis. O monarca tinha o direito de conceder ou denegar a sanção. Os artigos 66 e 67 determinavam o prazo de um mês, fluindo da apresentação do projeto, para que o monarca exercesse este direito, qualificando o silêncio do Imperador que importava em recusa do projeto ou denegação formal: (art. 67) "A sanção é a aprovação ou desaprovação, o consentimento ou não, o voto ou *veto* da coroa, como terceiro ramo do Poder Legislativo; é o ato complementar necessário para que o projeto de lei assuma o caráter e se converta em lei. É a atribuição do Poder Moderador descrita no art. 101, § 3º, da Constituição, atribuição que deve ser exercida com plena liberdade" ⁽¹³²⁾.

As discussões sobre o poder de veto suspensivo do Imperador estiveram presentes no Parlamento nacional:

"O Sr. Marquês de Barbacena – Em minha humilde opinião, a monarquia representativa é a melhor forma de governo de quantas até aqui se têm imaginado; e a sua principal perfeição consiste no equilí-

(129) NEGRAO, Teotônio. "Aprovação Tácita de Veto Governamental", *Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, vol. 67, jan./março, 1962, pp. 392 e ss.; BARBOSA, Rui, *Comentários à Constituição*. Coletânea de Homero Pires, ed. Saraiva, 1933, vol. II, art. 16, pp. 7 e 8.

(130) MASSENA, Nestor. "Veto Parcial", *Revista de Direito Administrativo*, vol. 26, outubro/dezembro, 1951, p. 441.

(131) RODRIGUES, Ernesto. *O Veto no Brasil*. Forense, Rio de Janeiro, 1981, pp. 4 e 5.

(132) BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Senado Federal, Brasília, 1978, p. 139.

brio ou contrapeso, como alguns lhe chamam, entre os Poderes, de que ele se compõe. A alteração desse equilíbrio produz a degeneração desse sistema, aparecendo o despotismo de um ou de muitos, segundo a balança pende para o Monarca ou para o povo. A manutenção desse equilíbrio vem do *veto* recíproco, tanto de uma para outra Câmara, como do Monarca para ambas delas...

Daqui concluo que, dispondo a Constituição a medida que dita a mais apurada prudência sobre uma matéria de tanto peso, não há lugar à reforma que se pretende do parágrafo em discussão. O Senado com a votação promiscua com a outra Câmara e o Imperador sem *veto* são duas monstruosidades políticas, e, reunidas, elas não convertem a monarquia em república, como já disse o nobre Senador, mas sim em uma oligarquia de cem homens que durariam cem dias, mas que deixaria a Nação envolta nos horrores do despotismo ou da anarquia. Entendo, pois, que o art. 65 da Constituição (prevê a hipótese de degeneração de sanção pelo Imperador e diz que a mesma teria “efeito suspensivo somente; pelo que, todas as vezes que as duas Legislaturas, que se seguirem àquela que tiver aprovado o projeto, tornarem sucessivamente a apresentá-lo nos mesmos termos, entender-se-á que o Imperador tem dado a sanção”) não deve ser reformado, e por isso refeita a disposição do parágrafo do projeto em discussão, sustentando nesta parte a Constituição tal qual está” (133).

O veto recebeu diversas interpretações, sendo considerado como instrumento que mantém o equilíbrio dos poderes. Vergueiro entendia que, para pôr em harmonia os preceitos constitucionais, era necessário encontrar maior prazo do veto suspensivo.

Os debates no Brasil ocorrem desde a primeira fase de sua constitucionalização:

“Dava-se tempo para que Pedro I, publicado o projeto de Constituição, verificasse não haver o propósito de suprimir a sua colaboração nas leis, pela sanção ou pelo *veto*. Com efeito, a 1º de setembro, Antônio Carlos, cumprindo a sua palavra, tinha pronto o projeto de Constituição, cujo art. 112 firmava aquela doutrina, completada pelo art. 113, que dava ao *veto* do Imperador apenas um caráter *suspensivo*, desde que a idéia do *veto absoluto*, insinuada pela tropa rio-grandense, fora repelida com indignação geral. A lei *vetada* só produziria efeito e seria posta em execução se “as duas Legislaturas que se seguissem tornassem sucessivamente a apresentá-la nos mesmos termos, entendendo-se então que o Imperador teria dado a sanção”. A fórmula para a sanção seria “O Imperador consente”, corresponde ao *The King wills it so to be* dos ingleses; e a do *veto* seria “O Imperador examinará, correspondendo ao “the king will advise upon it”. Ficava marcado o prazo de um mês para a decisão imperial. Na Constituição

(133) *O Parlamento e a Evolução Nacional. Reformas Constitucionais e a Maioridade de D. Pedro II — 1832-1840*, vol. 4, tomo I, Seleção de Textos Parlamentares, Senado Federal, obra comemorativa do Sesquicentenário da Independência. Organizadores: José Honório Rodrigues e Lêda Boechat Rodrigues, com a colaboração de Octaciano Nogueira, Brasília, 1972, pp. 75 e 76.

de 1824, a fórmula do *veto* foi outra: "O Imperador quer meditar sobre o projeto de lei, para a seu tempo se resolver", devendo a Câmara responder que "louva a Sua Majestade Imperial o interesse, que tem pela Nação". O prazo ficou o mesmo que a Constituinte propusera. A República reduziu-o depois, em 1891, a dez dias (art. 37, § 1º) (134).

O constitucionalista brasileiro, ao comentar os efeitos da denegação da sanção, observa que, apesar de o *veto* ser um direito e garantia indispensável torna-se necessário estabelecer os seus limites, como o fez a Constituição imperial no artigo 65. É por ocasião desta exposição que, também, aponta a importância da promulgação da lei:

"Embora a lei comece a existir desde o momento em que recebe a sanção imperial, ela não pode ter execução senão depois da promulgação, pois que este ato é, como dissemos, que anuncia à sociedade que ela foi sancionada; antes disso o público ignora se foi, será ou não, presume que ainda não foi, por isso mesmo que nada se anunciou; conseqüentemente até então não pode exercer sua força coercitiva" (135).

A comparação dos textos no que diz respeito ao veto nas Constituições demonstra que não são grandes as variações, mas alguns têm grande significação. Na de 1824 existia o veto total expresso ou tácito e a rejeição era viável quando mantido o projeto em duas legislaturas sucessivas (art. 67).

A Constituição republicana, também, consagrou o *veto*, mas não de maneira ilimitada e absoluta. Suspensivo da deliberação do Poder Legislativo, permitia a reconsideração:

"A Constituição reduziu a estes dois os motivos de recusa do Presidente — *inconstitucionalidade e prejuízo para a Nação*. Nos Estados Unidos da América não subsiste esta restrição; o art. 1º, seq. 7, nº 2, da Const., estabelece que o Presidente devolva o projeto *com suas objeções*, não indica a natureza e qualidade delas; confia tudo ao juízo e critério desta autoridade e ali largamente se tem usado desta faculdade. Parece isto mais conforme à índole do regime presidencial e não traz inconveniente, porque a negativa de sanção tem por efeito a reconsideração do assunto pelas Câmaras e estas pela nova votação podem manter seus projetos que consideram mal vetados e dar-lhes definitivo caráter de lei. Em todo o caso, o novo exame e discussão da matéria podem ser de grande utilidade; e a uma medida, não contrária à Constituição nem aos interesses nacionais, muita vez terá razão de negar o seu assenso o Presidente da República, porque lhe pareça ela desnecessária ou por ser preferível e mais adequada outra que ele sugere ao parlamento, etc. Assim se consultará melhor o bem público, refreando-se a *legomania, essa praga dos parlamentos*" (136).

(134) ROURE, Agenor de. *Formação Constitucional do Brasil*, pp. 84 e 85; 69 e ss.

(135) BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, ob. cit. p. 147.

(136) BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira. Comentários*. F. BRIGUIET e Cia. Editores, Rio, 1924, 2ª ed., pp. 197 e 198; MARQUES, Silva. *Elementos de Direito Público e Constitucional*, Benjamin de Aguiar-Editor, Rio, 1919, 2ª ed., pp. 194 e ss.

CARLOS MAXIMILIANO considera que o veto protege o Executivo das invasões de sua competência e medidas hostis, inconstitucionais, deficientes ou nocivas por parte do Congresso. Ao mesmo tempo, reprime o que denomina mal de todos os governos livres, o excesso, a inconstância e a mobilidade da legislação. Ao examinar o desenvolvimento desta instituição em certa fase da evolução do sistema político brasileiro, sustenta:

“No Brasil republicano, todos os Presidentes fizeram uso do direito de *veto*. Nos Estados Unidos, Washington negou sanção a duas proposições, Madison a seis, Monroe a uma, Jackson a doze, Tyler a nove, Polka a três, Pierce a três, Buchanan a sete, Lincoln a três, Johnson a vinte e uma, Grant a quarenta e três, Haynes a doze, Arthur a quatro, Cleveland a trezentas e cinquenta e uma, Benjamin Harrison a dezessete, Mac-Kinley a cinco, e Roosevelt a quarenta. Adams, Jefferson, John Quincy Adams, Van Bureau, William Harrison, Taylor, Fillmore e Garfield nunca vetaram resoluções do Congresso” (137).

O Presidente Epitácio Pessoa, ao defender a faculdade de vetar as leis de meios, afirmou:

“Ao expor os motivos de minha divergência com o projeto que me enviastes, não julguei necessário justificar o direito que assiste ao Poder Executivo, de aprovar ou não as resoluções que orçam a receita e fixam a despesa da República. Nunca fora tal prerrogativa objeto de dúvida. Nenhum jurista se abalancara jamais a recusá-la ao Chefe do Estado. Todos, pelo contrário, eram acordes em proclamá-la. Pareceu-me, por isto, que seria fazer injúria à vossa alta autoridade procurar demonstrar a existência constitucional daquela faculdade. Como, porém, ela tenha suscitado contradita da parte de membros do Congresso, sinto-me agora no dever de explicar as razões em que me fundei. (*Revista Forense*, vol. XXXVIII, p. 398).

Nos termos do art. 16 da Constituição, “o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, *com a sanção do Presidente da República*”.

Este é o princípio. Esta é a regra. A sanção do Presidente é requisito *essencial* da lei. Sem ela o ato legislativo é incompleto e ineficaz.

Uma emenda apresentada no Congresso Constituinte propunha que o art. 16 fosse assim redigido: “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso, com a sanção, em *regra*, do Presidente da República”. Foi rejeitada. Renovada em outra discussão, foi novamente repelida.

Ficou assim clara a intenção do legislador constituinte de “sujeitar à sanção do Presidente da República toda a função *propriamente* legislativa do Congresso Nacional” cpp. 398 e 399) (137).

(137) MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. Jacintho Ribeiro dos Santos, Editor, Rio, 1923, 2ª ed., pp. 446 e 447; Crônica: “O veto à lei orçamentária da despesa pública”, *Revista Forense*, Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1922, vol. XXXVIII, Fascículos 223 a 228, pp. 398 a 408.

A existência do veto e o temor de se ver um projeto devolvido com objeções fundamentadas constituem freios às proposições mais audaciosas. Coparticipação do Executivo na feitura das leis. O veto não é um ato definitivo e irrevogável, mas convite ao Congresso para examinar a matéria em face das razões expostas pelo Executivo. Se forem infundadas, o Congresso as fulminará, e o projeto se converterá em lei.

Foi nos Estados Unidos e na República Argentina que fomos formar os moldes do nosso sistema constitucional. A Constituição americana dispõe no art. 1º, seção 7ª, nº 2:

“Todo projeto adotado na Câmara dos Representantes e no Senado será, antes de tornar-se lei, presente ao Presidente dos Estados Unidos. Se este o aprovar, assiná-lo-á; se o não aprovar, devolvê-lo-á com suas objeções à Câmara em que houver sido iniciado.”

PAULO M. DE LACERDA, em *Princípios de Direito Constitucional Brasileiro*, tece comparações sobre o veto, nos seguintes termos:

“Na Constituição Federal brasileira, o instituto apresenta essa mesma fisionomia. O Congresso Nacional tem o dever de submeter ao Presidente da República o projeto de lei que haja elaborado, para que o estude e, em consequência, o aprove ou não, sancionando ou vetando, e neste segundo caso o devolva para novo exame restrito à matéria censurada, só caindo as objeções por maioria de dois terços de sufrágios presentes em votação nominal, *ut* Constituição federal, art. 37 e seus §§ 1º e 3º, e art. 39, § 2º. O veto, portanto, como poder de censura do Presidente da República à obra do Congresso, é um obstáculo posto à disposição daquele para refrear os surtos excessivos, ou impensados deste.

A única diferença, aliás de maior alcance teórico do que prático, entre as três Constituições está nisto: a norte-americana e a argentina deixam de limitar o arbítrio do Presidente, afora no que concerne ao tempo, autorizando implicitamente o veto por quaisquer motivos que, porém, devem ser declarados ao Congresso; a brasileira nomeia os hábeis para fundamentar o ato, reduzindo-os a dois, mas em cujo âmbito se podem perfeitamente incluir todos aqueles que não sejam de mero capricho ou de simples repugnância pessoal. Praticamente equivalem-se, por conseguinte, neste ponto também, as três Constituições” (138).

(138) LACERDA, Paulo M. de. *Princípios de Direito Constitucional Brasileiro*. Volume II. Preâmbulo, Organismo da Federação, Organização Federal, Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Judiciário, Livraria Azevedo-Editora, Rio, 1929, pp. 287 e 288; OCTAVIO, Rodrigo e VIANNA, Paulo D., *Elementos de Direito Público e Constitucional Brasileiro*. F. Briguiet e Cia. — Editores, Rio de Janeiro, 1913, p. 160; OCTAVIO, Rodrigo. *Elementos de Direito Público e Constitucional Brasileiro*. F. Briguiet e Cia. — Editores, Rio de Janeiro, 1935, 5ª ed., pp. 192 e ss.; NOGUEIRA, Octaciano. *Curso — O Poder Legislativo*. 1. Poder Legislativo no Brasil (1821-1930). Fundação Petrônio Portella — MJ. — Fundação Milton Campos, Departamento de Imprensa Nacional, Brasília, 1981, p. 92.

É considerada como função política do Poder Executivo a de sancionar as proposições do Congresso Nacional ou opor-lhes o *veto*, quando as julgar inconstitucionais ou contrárias aos interesses da Nação.

O texto constitucional de 1891 não admitia o veto parcial. A Reforma Constitucional de 1925-1926 consagrou o veto parcial:

“Quando o Presidente da República julgar um projeto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário aos interesses nacionais, o vetará, total ou parcialmente, dentro de dez dias úteis, a contar daquele em que o recebeu, devolvendo nesse prazo e com os motivos do veto, o projeto ou a parte vetada, à Câmara, onde ele se houver iniciado” (§ 1º, art. 37).

Durante as discussões das propostas de emendas à Constituição Federal, em 1925, o *veto parcial* foi, novamente, objeto de debates.

Manifestações ocorreram contra a generalidade do veto parcial, aplicado a qualquer projeto de lei; defendia-se que o veto, tratando-se de leis de orçamento, pode ser total ou parcial:

“O veto parcial nas leis de orçamento é hoje uma questão vencida, já adotada em alguns Estados do Brasil, América do Norte e Argentina. Torná-lo, porém, extensivo a toda e qualquer lei não me parece de bom conselho; é armar o Executivo de demasiada força, que pode, se não obstar, de modo absoluto, dificultar, por erro de apreciação ou ânimo faccioso, uma lei benéfica” (139).

A segunda Constituinte republicana iria, também, tratar do assunto. Pelo Decreto nº 21.402, de 14 de maio de 1932, criou-se, sob a presidência do Ministro da Justiça e Negócios Interiores, uma Comissão encarregada de elaborar o anteprojeto da Constituição e determinou-se o dia 3 de maio de 1933 para a realização das eleições à Assembléia Constituinte. Em 8 de julho de 1934 terminou a votação das emendas de redação final, sendo a 16 de julho promulgada a Constituição.

A redação do art. 45 da Constituição de 1934 é quase idêntica à do § 1º do art. 37, na redação que a emenda de 1926 deu à Constituição de 1891. Houve modificação apenas na parte final:

“Quando o Presidente da República julgar um projeto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário aos interesses nacionais, o vetará, total ou parcialmente, dentro de dez dias úteis, a contar daquele em que o recebeu, devolvendo nesse prazo e com os motivos do veto, o projeto, ou a parte vetada, à Câmara dos Deputados.”

Examinando o veto, sua aprovação e rejeição, na Constituição de 1934, comenta ARAÚJO CASTRO:

“O veto constitui uma das mais importantes atribuições do Presidente da República.

(139) *Documentos Parlamentares. Revisão Constitucional*, vol. 1.º, Tipografia do Jornal do Comércio, de Rodrigues & C., Rio, 1927, p. 481.

Usando dessa faculdade, poderá ele impedir que sejam convertidos em lei muitos projetos prejudiciais aos interesses da Nação. É um freio necessário para neutralizar os excessos do Legislativo. Mas, a fim de que isso não venha colocar este poder sob a dependência do Executivo, o veto não é ilimitado ou absoluto: suspende apenas a deliberação do Legislativo, pois, se este resolver manter o projeto, será o mesmo convertido em lei, a despeito da oposição do Executivo" (140).

Pela Constituição de 1934 o processo do veto sofreu alteração, passando a ser votado pela maioria absoluta dos membros da Câmara, em separado (art. 45, § 2º).

As Constituições de 1891 (art. 37), 1934 e 1946 determinavam que o silêncio do Presidente da República, no decêndio, importava a sanção.

De acordo com a Constituição de 1937, o Governo poderia sustar o andamento de qualquer projeto, desde que comunicasse o seu propósito de apresentar outro que regulasse o mesmo assunto (art. 64, § 2º).

"O § 1º do seu art. 37 tem apenas nova redação no art. 45 da Constituição de 1934, salvo a diferença entre a devolução à Câmara dos Deputados (1934) e a devolução à Câmara onde ele se houver iniciado (1926).

O veto por motivo de inconstitucionalidade era consagrado no art. 37, § 1º do Estatuto Político de 1891 e no art. 45 do de 1934. Por ele, o Presidente da República exercia, em parte, a guarda da Constituição.

O dispositivo afirma inicialmente que todo projeto de lei depende de votação em uma e outra Câmara, contra o sistema anterior de competência exclusiva (art. 41, §§ 1º e 3º) e privativa (art. 90).

O veto pressupõe razões aduzíveis, com assento na inconstitucionalidade ou na oposição aos interesses nacionais e diz a Constituição que o Presidente da República deve fundamentá-lo.

O Presidente da República colabora no exercício do Poder Legislativo (art. 38). E orienta a política legislativa de interesse nacional (art. 73).

Nestas condições, não só se estatuiu que depende de sua aquiescência o projeto, para ser sancionado, expressão que já era a do direito constitucional pátrio, mas triplicou-se o prazo para o veto e exigiu-se a aprovação do projeto por dois terços (não só a maioria absoluta) dos sufrágios presentes em cada uma das Câmaras (não só dos Deputados, salvo colaboração do Senado).

Na França, o Presidente da República podia pedir uma nova deliberação, anulando o voto das Câmaras, o que, segundo BARTHÉLEMY, não tem sido empregado desde 1875.

(140) CASTRO, Araújo. *A Nova Constituição Brasileira*. Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1935, pp. 197 e 198.

Entre nós, a colaboração legislativa do Presidente da República, que pode dar-se desde a iniciativa, até à elaboração (arts. 12 a 14), também se faz pela suspensão do andamento do projeto, motivada pela simples comunicação do seu propósito, consignada no § 2º do art. 64. Em se tratando de emenda à Constituição a co-participação, porém, é maior. Além do direito de iniciativa, o Presidente da República poderá, dentro do prazo de trinta dias do recebimento do projeto iniciado pela Câmara dos Deputados e aprovado, pedir que o mesmo seja submetido a nova tramitação por ambas as Câmaras, a qual não se efetuará antes da legislatura seguinte (art. 174, § 3º); e pode, finalmente, resolver e promover a realização do plebiscito (*idem*, § 4º).

O estudo doutrinário do veto, quanto ao seu alcance, tem de ser feito à margem do estudo das novas instituições que fazem do Presidente da República um poderoso colaborador da lei" (141).

Na análise do texto de 1946, encontramos em PONTES DE MIRANDA, no que se refere ao veto e ao silêncio do Presidente da República:

"O texto cogita do *veto* e do *silêncio* do Presidente da República. Todos os atos legislativos que sobem à sanção ficam expostos a que o Presidente da República lhes oponha o *veto*, isto é, a sua discordância, a recusa da sua aquiescência, indispensável, *ex hypothesi*, para que se complete a lei. O veto pode ser da íntegra ou parcial. A regra é só se admitir o veto total, absoluto, que é um "não" oposto ao ato legislativo. A Constituição de 1946 (como a de 1934) adota a liberdade do Presidente da República: vetar no todo, ou em parte. Tem ele dez dias *úteis* para julgar o ato legislativo: sancioná-lo-á, vetá-lo-á, ou, o que é sancionar tacitamente, ficará em silêncio. Os dez dias úteis contar-se-ão do recebimento pelo Presidente da República (sanção, opondo-se a veto, é, na terminologia da Constituição, sanção positiva, isto é, sanção-promulgação, em contraposição a sanção-veto).

Não há dois vetos ao mesmo ato legislativo. No caso do art. 70, § 3º, a lei vai ao Presidente da República para a promulgação, e não mais para a sanção. Se a não promulga, observa-se o § 4º

Se o Presidente da República veta em parte a lei, ou pelos fundamentos *a* ou *b*, não mais pode promulgar a lei na parte vetada, nem pretender que se atenda a qualquer fundamento *c* ou *d*. Nem *a fortiori*, vetar toda a lei e, depois, promulgá-la. Se publica a lei como promulgada (sanção positiva), no todo ou em parte, a publicação posterior com a indicação de veto de alguma parte, ou de outra parte, é *juridicamente inexistente*. O que foi publicado é lei; o poder sancionador do Presidente da República exauriu-se. Para se declarar que a

(141) LINS, Augusto E. Estellita. *A Nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Decretada em 10 de Novembro de 1937 pelo Presidente Getúlio Vargas (Sinopses, anotações e repertório)*. José Konfino — Editor, Rio de Janeiro, 1938, pp. 277 e 278; CASTRO, Araújo. *A Constituição de 1937*. Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1941, 2ª ed., p. 175.

nova publicação é *inexistente*, não se precisa de maioria absoluta dos juízes do tribunal (art. 200), porque não se trata de ato *existente* e nulo. Lei é o que se promulga.

Se o Presidente da República veta a lei, no todo, ou em parte, não pode mais promulgar o que vetou. O Congresso Nacional não deve, sequer, levar em consideração fundamentos novos para vetar. O poder sancionador exerce-se de um jato, *punctualmente*. Não cabe publicar-se pela segunda vez, ou outra vez, os textos, porque não se admitem *correções* às leis que não sejam de *revisão*, (erros tipográficos, ou de cópia), em relação à letra do projeto que foi à sanção. As declarações “vetado”, “vetada”, são declarações de vontade do veto” (142).

A Constituição de 1946, através da Emenda Constitucional nº 17, de 28-11-65, restringiu o uso do veto parcial.

Ao examinar os efeitos do veto na Constituição de 1946, comenta EDUARDO ESPÍNOLA:

“Na verdade, pode o Presidente, em vez de sancionar o projeto aprovado pelas Câmaras, vetá-lo, por julgá-lo, total ou parcialmente, inconstitucional ou contrário aos interesses nacionais; mas neste caso deverá comunicar à Câmara iniciadora o seu veto e os motivos que o determinaram.

Este veto será comunicado ao Presidente do Senado, o qual convocará as duas Câmaras para, em sessão conjunta, resolverem o caso.

Se as duas Câmaras, pelo voto de dois terços dos representantes presentes, aprovarem o projeto vetado, este será remetido como lei ao Presidente da República para promulgá-lo. Se este o não promulgar, dentro de 48 horas, fa-lo-á o Presidente do Senado.

A Constituição prevê a hipótese de também deixar de promulgá-lo o Presidente do Senado, que é o Vice-Presidente da República. É então autorizado a fazê-lo o Vice-Presidente do Senado.

O Presidente da República tem o prazo de dez dias úteis para opor o veto e comunicar-lhes as razões” (143).

Em estudo sobre “a Elaboração Legislativa no Brasil”, RAUL MACHADO HORTA, referindo-se à restauração da deliberação bicameral sobre o veto, afirma:

“A Constituição de 1946 consentiu que a apreciação do veto presidencial se transformasse em deliberação tipicamente monocameral

(142) MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946* (artigos 15-97). Vol. II, Max Limonad, São Paulo, 1953, 2ª ed., pp. 322 e 323; DÓRIA, A. de Sampaio. *Curso de Direito Constitucional* (O Direito do Homem), Companhia Editora Nacional, São Paulo, 1946 — 2.º vol., 2ª ed., pp. 132 e 133.

(143) ESPÍNOLA, Eduardo. *A Nova Constituição do Brasil. Direito Político e Constitucional Brasileiro*. Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1946, pp. 296 e 297; MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Vol. II, (arts. 37-128), p. 121 e ss., Henrique Cahen Editor, Rio de Janeiro, 1947.

pela fusão do Senado e da Câmara dos Deputados nas sessões conjuntas do Congresso Nacional para aquele fim. A deliberação separada é técnica que se integrou na fisionomia do bicameralismo federal brasileiro — a exemplo do bicameralismo norte-americano e do argentino, desde a Constituição de 1891, e não deixou de figurar nos textos constitucionais de 1934 e de 1937, reconhecidamente desfavoráveis às regras típicas do bicameralismo.

A deliberação sobre o veto oferece oportunidade para eficaz controle de ato presidencial. A Constituição de 1946 reforçou a competência senatorial de controlar atos presidenciais. Impõe-se, para assegurar a coerência do próprio sistema constitucional, eliminar a deliberação *promiscua* sobre o veto presidencial” (144).

Ao tratar da reforma do Congresso Nacional, dentre as medidas constitucionais propostas, JOSAPHAT MARINHO mencionava a disciplina do veto parcial (145).

A Emenda Constitucional nº 4 ou o Ato Adicional, que instituiu o sistema parlamentar de governo, ao fixar a estrutura do Poder Executivo Federal, no que diz respeito à competência do Presidente da República, estabeleceu no art. 3º, IV:

“III — sancionar, promulgar e fazer publicar as leis;

IV — vetar, nos termos da Constituição, os projetos de lei, considerando-se aprovados os que obtiverem o voto de três quintos dos Deputados e Senadores presentes, em sessão conjunta das duas Câmaras” (146).

A Constituição de 1967 substituiu a expressão “interesse nacional” por “interesse público”. Manteve a restrição ao veto parcial, retirada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

A elaboração das leis conta, na sua fase final, com a interveniência do Presidente da República, através da *sanção expressa* ou do *veto*. Mostra PAULO SARASATE que ao lado dessas figuras jurídicas, na etapa derradeira do pro-

(144) HORTA, Raul Machado. “A Elaboração Legislativa no Brasil”, em *Reforma do Poder Legislativo no Brasil*, Seminário sobre a Reforma do Poder Legislativo, promovido pelo Centro de Extensão Cultural da Universidade de Brasília, (18 de agosto a 24 de setembro de 1965), Câmara dos Deputados, Secretaria-Geral da Presidência, Brasília, 1966, pp. 145 e 146.

(145) MARINHO, Josaphat. “Reforma do Congresso Nacional”, *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Serviço de Informação Legislativa, Ano 2, n.º 7, jul./set. 1966, p. 8; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Princípios Gerais de Direito Público*. Editor Borsoli — Rio de Janeiro, 1966, 3ª ed., pp. 172 e ss.; CALMON, Pedro. *Curso de Direito Constitucional*. Constituição de 1946. Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1954, 3ª ed., pp. 139 e ss.; MALUF, Sahid. *Direito Constitucional*. Sugestões Literárias S/A, São Paulo, 1967, 3ª ed., pp. 221 e ss.; GUSMAO, Paulo Dourado de. *Manual de Direito Constitucional*. Freitas Bastos S/A, Rio de Janeiro, 1957, p. 118; MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. Vol. II, Freitas Bastos, 1948, 4ª ed., pp. 175 e ss.

(146) CHARRUA. *A Câmara dos Deputados e o Sistema Parlamentar de Governo no Brasil*, Porto Alegre, 1976, p. 75.

cesso legislativo, podem ocorrer a *sanção tácita* e a *promulgação*. O texto de 1967 disciplina o veto no art. 62 e seus cinco parágrafos, que apresentam pequenas alterações no art. 70 e seus quatro primeiros parágrafos e o art. 71 da Constituição de 1946:

“No conteúdo desse dispositivo está configurado o instituto do *veto*, que pode ser definido como o pronunciamento expresso do Presidente da República contra um projeto de lei (ou parte dele) por considerá-lo inconstitucional ou contrário ao interesse público.

O veto pode ser, pelo visto, *total* ou *parcial*, qualificativos que dispensam qualquer esclarecimento. Quanto ao último, isto é, o *veto parcial*, a vigente Constituição, a fim de dirimir antiga dúvida, declara expressamente no final do § 1º, inovando na espécie, que o mesmo deve abranger o texto (completo, sem dúvida nenhuma) de artigo, parágrafo, inciso ou alínea.

Conforme o disposto no § 2º, decorrido o prazo de 10 (dez) dias (decêndio) sem o pronunciamento formal do Presidente da República, o silêncio deste importará sanção. É a *sanção tácita*, de que já falamos e que, de noção tão perceptível, não permite o requinte de uma definição” (147).

Sobre o veto na Constituição de 1967 NELSON DE SOUSA SAMPAIO salienta:

“Já tratamos do prazo para o veto do projeto porque é ele que, por decorrência, estabelece o da sanção, nos regimes constitucionais hodiernos. Mas a Constituição de 1967 inovou algo no particular, permitindo que as razões do veto sejam comunicadas, dentro de 48 horas após a sua oposição, ao Presidente do Senado. Antes, o prazo de decisão do veto era de fato inferior a dez dias úteis, porque tanto a negativa do projeto como a sua motivação deviam ser feitas dentro desse lapso.

O Chefe do Executivo, se quiser gozar da nova faculdade, será obrigado a fazer duas comunicações: a da recusa do projeto e, posteriormente, a das razões do seu ato. Na segunda oportunidade, é que devolverá também o projeto ou a parte vetada. Isso porque entendemos que as 48 horas se contam a partir da data do veto e não, em qualquer caso, após o décimo dia útil. Por outras palavras, se o veto foi oposto no quarto dia, a comunicação de suas razões deve ser enviada até o sexto dia, não podendo ser protelada até o décimo segundo dia, sempre a contar do recebimento do projeto. Desse modo, se o Presidente da República quiser dispor de 10 dias úteis e mais 48 horas para motivar a sua negativa, deve emití-la no término do decêndio, fazendo a necessária comunicação ao Presidente do Senado, e, dentro das 48

(147) SARASATE, Paulo. *A Constituição do Brasil ao alcance de todos* (História, doutrina, direito comparado e prática da Constituição Federal de 1967). Livraria Freitas Bastos S/A, Rio de Janeiro, 1967, p. 338; MAGALHAES, Roberto Barcellos de. *A Constituição Federal de 1967 Comentada*. Tomo I, (arts. 1 a 106), José Konfino — Editor, Rio de Janeiro, 1967, pp. 194 a 196.

horas subsequentes, transmitir-lhe tanto a fundamentação do veto como o projeto recusado no todo ou em parte"⁽¹⁴⁸⁾.

Mostra MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO que completa a fase constitutiva do processo legislativo a apreciação, por parte do Executivo, do texto aprovado pelo Congresso. A intervenção do Executivo é tida como para o aperfeiçoamento da lei: "Essa apreciação pode resultar no assentimento — a sanção — ou na recusa — o veto"⁽¹⁴⁹⁾.

Com a implantação do sistema constitucional estabelecido em 24 de janeiro de 1967, acentua-se o fortalecimento do Poder Executivo. O Ato Institucional nº 4, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, o Ato Institucional nº 5 e a legislação revolucionária em seu todo impuseram critérios rigorosos na tramitação das normas, ampliando o Executivo, através da interferência no âmbito do Legislativo:

"Manutenção do veto presidencial, se o Congresso Nacional, no prazo de 45 dias, contados da data da comunicação do veto ao Presidente do Senado Federal, não o apreciar (art. 59, § 4º). Por outro lado, verifica-se a dificuldade de o Congresso Nacional rejeitar um veto, porque, além da votação ser pública, necessária se faz a obtenção de 2/3 dos membros de cada uma das Casas, quando pela Constituição de 1946 bastava o voto de 2/3 dos Deputados e Senadores presentes (art. 70, § 3º)"⁽¹⁵⁰⁾.

Compete privativamente ao Presidente da República o direito de veto aos projetos de lei (art. 81, IV).

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, conservou, de certa maneira, a mesma orientação. Mostra WILSON ACCIOLI que na sistemática constitucional brasileira o requisito da motivação é expresso:

"No Brasil, consoante afirmamos, tanto na esfera federal como na estadual ou na municipal, o veto parcial é amplamente aplicado.

A Constituição vigente estabelece, no § 1º, do art. 59, que o Presidente da República, julgando o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, poderá vetá-lo, total ou parcialmente, no prazo de quinze dias, a contar de quando o recebeu.

E justamente por ser de ordem bastante subjetiva essa recusa, mormente quanto à segunda razão (o da prejudicialidade do interesse público), é que os vetos devem ser motivados. Na sua explicação,

(148) SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O Processo Legislativo*. Edição Saraiva, São Paulo, 1968, pp. 79 e 80.

(149) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. Edição Saraiva, São Paulo, 1968, p. 176.

(150) TOURINHO, Arx da Costa. "A Delegação Legislativa e sua Irrelevância no Direito Brasileiro Atual", *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, Ano 14, n.º 54, abril/junho, 1977, p. 73; OLIVEIRA FILHO, Aureo de. *Parecer*. Assembléia Legislativa do Estado da Bahia. Comissão de Redação, Revisão Legislativa e Leis Complementares. *O Veto ao Estatuto do Magistério*.

revelar-se-ia a tendência manifestada pelo Presidente da República, no que concerne às diretrizes de seu governo.

Aposto o veto, o Chefe do Executivo deverá comunicá-lo, em 48 horas, ao Presidente do Senado Federal.

No que respeita, porém, às razões que ensejaram o veto, seja este aplicado durante o funcionamento do Legislativo, ou no seu recesso, é interessante assinalar que veto sem motivação é veto sem validade. Diferentemente da Constituição dos Estados Unidos, onde a exigência da motivação é omissa, na sistemática constitucional do Brasil o requisito da motivação é expresso” (151).

Estudos comparativos entre as Constituições de 1946, 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, demonstram as alterações das disposições constitucionais e regimentais e a votação pública:

1 — o prazo conferido ao Presidente da República para apor veto a um projeto é de 15 dias úteis. Nas Cartas anteriores, o prazo era de 10 dias úteis;

2 — o prazo conferido ao Presidente da República para comunicação dos motivos do veto ao Presidente do Senado é reduzido, a partir da Constituição de 1967, para 48 horas — prazo mantido pela E. C. 1/69. Na Carta de 46, assim como na Emenda Constitucional nº 17/65 (art. 7º), este prazo era de 10 dias úteis;

3 — a Emenda nº 1/69 não reproduz preceito estabelecido na Constituição de 1967 que, a exemplo da Emenda Constitucional nº 17/65, estipulava que “o veto parcial deve abranger o texto de artigo, parágrafo, inciso, item, número ou alínea”;

4 — O silêncio do Presidente da República importará sanção, decorrida a quinzena. Nas Cartas anteriores, tal consequência ocorria decorrido o decêndio;

5 — a apreciação do veto far-se-á em votação pública. As Cartas anteriores exigiam o escrutínio secreto;

6 — é estabelecido o prazo de 45 dias para a apreciação do veto pelo Congresso;

7 — findo o prazo de 45 dias, sem deliberação, o veto será considerado mantido;

8 — é esclarecido que a apreciação do projeto de lei vetado, referente ao direito federal, será submetido apenas ao Senado Federal (§ 7º do art. 59) (152).

(151) ACCIOLI, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*. Forense, Rio de Janeiro, 1978, p. 341; *idem*, 2ª ed., 1981, pp. 335 a 343; PAIVA, Ormezindo Ribeiro de. *Espécies Normativas no Direito Brasileiro*. Editora Resenha Universitária, São Paulo, 1979, p. 28; RUSSOMANO, Rosah. *Anatomia da Constituição*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1970, pp. 106 e ss.; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Edição Saraiva, São Paulo, 1973, 4ª ed., pp. 192 e ss.

(152) “Processo Legislativo. Algumas Inovações da Emenda Constitucional nº 1/69”, *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Ano 7, n.º 28, out./dez., 1970, p. 267; LIMA, Ruy Cirne. “Veto e Maioria Especial”, *Revista de Direito Público*, Edição da Editora Revista dos Tribunais — São Paulo, n.º 10, out./dez., 1969, pp. 94 a 96.

5 – Poder de veto ou direito de veto

MÁRIO CASASANTA, logo no início de sua tese, afirma que o primeiro problema que depara ao estudar este instituto não está na sua definição, mas no título: poder de veto ou direito de veto? Nesse questionamento vê uma questão de técnica jurídica, bem como a precisão de termos e limites claros e definidos:

“Os publicistas norte-americanos, que tive ensejo de compulsar, preferem poder de veto.

Assim, BRYCE que, conquanto inglês, não fica mal entre os norte-americanos, pois foi quem melhor lhes estudou as instituições, enumera o veto, em *The American Commonwealth*, entre os poderes do presidente e, no decurso da obra, não lhe dá outra classificação” (153).

A expressão “poder de veto” aparece em vários publicistas americanos, sendo que MÁRIO CASASANTA menciona muitos deles:

“O fundamento dessa preferência pareceu-me, de princípio, que estava na discriminação que ordinariamente ali se tem feito das funções presidenciais entre poderes e deveres” (154).

Ao justificar a preferência por poder de veto afirma que não é evidentemente uma função peculiar do Poder Executivo, só lhe sendo reconhecido, quando lhe é conferido expressamente.

A dúvida estabelecida entre poder de veto e direito de veto ocorre. Ao explicar sobre a expressão “direito de veto”, conclui:

“Os europeus preferem-na, e, quando acidentalmente se referem a um poder ou a uma faculdade de veto, não têm o propósito de lhe dar um nome, mas de defini-lo e explicá-lo” (155).

Essas fórmulas são utilizadas igualmente no Brasil:

“Tende-se, porém, para *direito de veto*, e isso também se explica não só pelo fato de preponderar a influência cultural da Europa, mas ainda pela força da tradição, dado o estabelecimento do regime monárquico entre 1822 e 1889” (156).

ERNESTO RODRIGUES coloca também a divergência entre os doutrinadores quanto ao *veto* ser um *poder* ou um *direito* do Chefe de Estado. Após mencionar diversos autores, conclui: “É chegada a hora de sustentarmos nossos pontos de vista de que o *veto* é um poder e não um direito” (157).

Lembra que constitucionalistas nacionais e estrangeiros defendem a tese de que o *veto* é um poder e não um direito.

A variedade doutrinária indica expressões como: poder, direito, prerrogativa, faculdade, capacidade, atribuição, competência, direito de rejeição.

(153) CASASANTA, Mário. *O Poder de Veto*, ob. cit. p. 6; KELSEN, Hans. *Teoria General del Estado*. Editora Nacional, S/A, México, 1948, trad. de LUIS LEGAZ LACAMBRA, p. 366.

(154) CASASANTA, Mário. *O Poder de Veto*, ob. cit., p. 8.

(155) CASASANTA, Mário. *O Poder de Veto*, ob. cit. p. 20.

(156) CASASANTA, Mário. *O Poder de Veto*, ob. cit., p. 22.

(157) RODRIGUES, Ernesto. *O Veto no Brasil*, ob. cit., p. 46.

Os autores americanos têm uma certa preferência pela expressão *veto power*, considerada pelo Professor M. N. McGeary como: "the veto power is well known as one of the primary sources of the strength of a governor" (158).

A literatura jurídica francesa consagra a expressão *droit de veto*. Mencionando o sistema dos Estados Unidos em comparação ao francês, A. ESMEIN mostrou que o Presidente da República tinha um meio legal para recusar provisoriamente a promulgação de uma lei vetada. A lei constitucional de 16 de julho de 1875 consagrava:

"Dans le delai fixé pour la promulgation, le Président de la République peut, par un message motivé, demander aux deux Chambres une nouvelle délibération qui ne peut être refusée" (159).

Esse "direito" está inscrito, em termos semelhantes, na Constituição de 1848, repetido com alguma modificação por THIERS, pela lei de 13 de março de 1873. A Constituição alemã de 1919 dava ao Presidente poderes mais amplos, permitia um apelo da decisão da Assembléia do Império ao Corpo eleitoral pelo art. 73:

"Une loi votée par l'Assemblée d'Empire sera avant la publication soumise au référendum populaire si le Président d'Empire, dans le délai d'un mois, en décide ainsi."

LINARES QUINTANA usa a expressão *faculdade de veto*, dizendo que gramaticalmente o veto é uma palavra de origem latina, para designar: eu veto ou proíbo. Expressa o "direito" que tem uma pessoa ou corporação para vetar ou impedir uma coisa (160).

No direito brasileiro, JOSÉ AFONSO DA SILVA consagra, ao analisar os princípios do processo de formação das leis no direito constitucional, a expressão "poder de veto", acolhida na generalidade das Constituições (161).

CARLOS PISANO FISCHER emprega *direito de veto* ao tratar do Poder Executivo nas Constituições latino-americanas. Afirma que trata-se de uma prerrogativa muito antiga, pertencente ao ramo executivo do governo. Conservado pela lei inglesa, apesar de cair em desuso, foi adaptada sem vacilação pelos constituintes latino-americanos, como um poder *colegislador*, para servir de defesa contra as naturais tendências de toda Assembléia em absorver os direitos de outros Poderes (162).

(158) "The Governor's Veto in Pennsylvania", *American Pol. Sci. Rev.*, outubro, 1947, 4. 941.

(159) ESMEIN, A. *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, revisto por HENRY NÉZARD, Sirey, Paris, 1928, 8.ª ed., Tomo segundo, p. 73. *Idem*, 7.ª ed., 1921, pp. 479 e ss.

(160) QUINTANA, Segundo V. Linares. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*. Parte Especial. Tomo VIII. Poderes do Governo, Editorial Alfa, Buenos Aires, 1963, pp. 321 e ss.; SEGAL, Rubén. *Acerca del Veto del Poder Ejecutivo a la Ley de Represión del Terrorismo, en defensa de la Constitución Nacional*. Universidad Nacional del Litoral, Instituto de Derecho Constitucional, Santa Fé, 1960, pp. 73 e ss.

(161) SILVA, José Afonso da. *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional*, ob. cit., pp. 192 e ss.; BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Forense, Rio, 1976, 3.ª ed., p. 368.

(162) FISCHER, Carlos Pisano. *El Poder Ejecutivo en las Constituciones Latinoamericanas*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1968, p. 80.

BIDART CAMPOS dedica-se ao assunto, quando investiga a participação do Executivo no processo legislativo. Essa intervenção na elaboração das leis ocorre na etapa da iniciativa e na fase posterior, a da promulgação.

Considera a promulgação como um *ato administrativo* que se integra com a publicação. A promulgação como ato administrativo exige publicidade, daí que a lei promulgada e não publicada carece de obrigatoriedade. Destaca que no constitucionalismo argentino os termos *aprovar* e *promulgar* são sinônimos. Quando o art. 70 da Constituição enuncia que se reputa *aprovado* pelo Poder Executivo todo projeto não devolvido no prazo de dez dias úteis, entende-se, com a ocorrência, que foi *promulgado automaticamente*. Destaca que BIELSA com opinião contrária, opina que *aprovação* e *promulgação* não se confundem, desde que um projeto vetado parcialmente torna-se aprovado na parte não destacada pelo veto. Apesar de a palavra veto ser corrente na linguagem constitucional, a Constituição argentina o ignora, apesar de estar previsto no texto maior.

Entende, ainda, que a faculdade de vetar, não obstante encetar-se numa das etapas ou fases do processo legislativo, não atinge a função legislativa em si mesma. De acordo com esta compreensão, *o ato do veto carece de essência legislativa*, para ser tipicamente um *ato de natureza política*.

Considera-o, ainda, como faculdade indeclinável e privativa do Executivo (163).

6 – Classificação dos vetos

As diferentes modalidades de veto apontam classificações que tomam vários critérios diferenciadores. FRANCISCO SÁ FILHO entende que os vetos se classificam tendo como critérios diferenciados a matéria, em duas espécies, unindo-as em categorias baseadas em motivos de ordem constitucional e os fundados em razões de conveniência:

“No primeiro caso, arrima-se o poder do veto na atribuição confiada ao Executivo, de zelar pelo cumprimento da Constituição. É a forma de controle preventivo da constitucionalidade das leis, exercida, *a posteriori*, pelo Judiciário. Os dois poderes, assim, cooperam na formação das leis, velando por que se conformem à Lei Maior, que a todos cabe defender.

No segundo caso, para que o veto possa fundar-se em razões de conveniência ou interesse público, afigura-se mister que a Constituição o autorize, expressamente.

Pela sua extensão, os vetos se classificam em totais ou parciais, conforme atinjam toda a lei ou parte dela. Para que exista essa segunda modalidade, discute-se a necessidade ou não de ser prevista no texto constitucional” (164).

(163) CAMPOS, German J. Bidart. *Manual de Derecho Constitucional Argentino*. Ediar, Buenos Aires, 1981, pp. 672 e ss.

(164) SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre os Poderes do Estado*. Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1959, pp. 200/201; MACHADO JR., Armando Marcondes. *Processo Legislativo, Município Paulista. Aspectos Jurídicos*. Centro de Estudos. São Paulo, n.º 18, jul./set., 1980, p. 20; GUILHERME, Gisèle Irany, *idem*, n.º 7, p. 69.

As classificações podem tomar como padrão os seguintes critérios:

- a) quanto aos efeitos;
- b) quanto à forma;
- c) quanto à extensão.

PAULO M. DE LACERDA, ao tratar das espécies do veto, em 1929, comentava:

“Existem, portanto, no direito constitucional brasileiro atual, duas espécies de veto: o *total* e o *parcial*, segundo a desaprovação do Presidente da República objetava o projeto de lei por inteiro, ou apenas certas e determinadas partes dele. É classificação relativa à quantidade do objeto do ato” (165).

Posteriormente reconhece que, afora essa classificação, outras surgem na doutrina distinguindo o veto de diferentes modos, tendo em vista vários aspectos:

- o da *autoridade* de onde emana: régio ou presidencial;
- o da *ocasião* em que se lança em relação ao tempo dos seus efeitos: preventivo ou repressivo;
- o do *prazo* para se opor: prazo certo ou indeterminado;
- o do *objeto*: total ou parcial;
- o da *matéria* que pode abranger: limitado ou ilimitado;
- o *efeito* que produz: suspensivo ou extintivo;
- o do *tempo* de duração: temporário ou perpétuo;
- o da *qualificação*: o puro e simples, o condicional ou, em geral o qualificado (166).

Outras designações são assim apontadas:

- o veto absoluto;
- o veto qualificado;
- o veto suspensivo;
- o direito de pedir nova deliberação;
- o veto translativo (167);
- veto global – veto parcial (168).

(165) LACERDA, Paulo M. de. *Princípios de Direito Constitucional Brasileiro*. Vol. II, ob. cit., p. 302.

(166) LACERDA, Paulo M. de. Ob. cit., pp. 303/304.

(167) MARTINS, Norma Isabel Ribeiro. “Veto”, *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Serviço de Informação Legislativa, Brasília, Ano 3, n. 9, jan./março, 1966, p. 185.

(168) PIRES, Gudestau. *O Poder Executivo*. Conferência Nacional de Justiça, Rio de Janeiro, 1933, pp. 16 e ss.

Convém destacar outras discriminações que apontam os critérios adequados à diversificação das espécies de veto:

a) *O veto quanto aos efeitos:*

– *veto absoluto*: quando fulmina irremediavelmente o projeto, impedindo de transformar-se em lei;

– *veto limitado* ou condicional: quando o projeto vetado é submetido a nova votação do Legislativo.

Essa classificação, encontrada em NELSON DE SOUSA SAMPAIO, em outros autores, é vista como quanto à extensão (169).

b) *O veto quanto à forma:*

– *veto explícito*: caracteriza-se pela circunstância de que a “*negative*” do Chefe de Estado deve ser efetivada em termos expressos, sem equívocos. Seu valor jurídico está na deliberação negativa expressamente manifestada;

– *veto tácito*: decorre da passividade do Chefe de Estado em relação aos textos que lhe são encaminhados pelas Câmaras: “A omissão do ato positivo de consentimento ocasiona a “*negativa*” ao projeto. Seu silêncio equivale assim à oposição do veto” (170).

c) *O veto quanto à extensão:*

– Existem “*negativas*” que se particularizam pela extensão do seu poder. “A faculdade de impedir” é sempre a mesma mas, seu raio de ação e de efeitos varia, em diversos graus, segundo as molduras históricas e o valor deferido à vontade do Chefe de Estado, diante dasoberania parlamentar (171).

O veto total exprime a negativa da sanção presidencial abrangendo o projeto de lei ou resolução por inteiro. A totalidade do projeto de lei pode ser considerada do duplo ponto de vista, material e intelectual. Na primeira perspectiva, vê-se o projeto como entidade redacional, em que se incorporam as expressões constitutivas do todo da futura lei. Na segunda, a concepção legislativa formulada pelo projeto:

“O âmbito do veto total atinge sempre a totalidade material do projeto; porém, nem sempre a intelectual. A desaprovação do Presidente da República pode incidir apenas na idéia contida em certa parte do projeto, mas de tal maneira relacionada com a contextura dele, que interessa íntima e essencialmente o todo.

Assim, o Presidente pode aceitar a concepção legislativa do projeto e, todavia, rejeitá-lo:

1) por defeito compreensivo da respectiva formulação conceitual por inteiro;

(169) SAMPAIO, Nelson de Sousa. *Processo Legislativo*, ob. cit., p. 80.

(170) BRITTO, Luiz Navarro de. *O Veto Legislativo*, ob. cit., p. 39.

(171) BRITTO, Luiz Navarro de. *O Veto Legislativo*, ob. cit., p. 43; “*Apreciação Parcial do Veto Total*”, *Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, nº 19, jan./mar., 1950, pp. 436 e ss.

2) por falta de alguma disposição, necessária para a sua perfeição conceitual;

3) por excesso de alguma disposição, a deformar-lhe a própria concepção;

4) por defeito de alguma disposição dele, que conceitualmente o deforme" (172).

O veto parcial

Constitui para MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO uma solução original do direito constitucional brasileiro:

"Sem dúvida, não ignora o direito estrangeiro o *item veto*, o veto parcial. A Constituição da Argentina, a dos Estados-Membros da federação americana, por exemplo, o prevêem. Entretanto, nenhuma o admite com a largueza e a flexibilidade de que goza esse instituto em nosso direito, desde 1926. Realmente, no Brasil, o veto parcial tem caracteres próprios e originais, que o enriquecem e valorizam mas que dão ensejo a abusos condenáveis" (173).

A necessidade que teve o Presidente Epitácio Pessoa de vetar totalmente a Lei do Orçamento da Despesa para 1922, decorrente da inadmissibilidade, na Constituição de 1891, do *veto parcial*, permitido em algumas Constituições estaduais (Bahia, art. 4º, Pará), contribuiu para a consagração daquele veto restritivo no direito constitucional brasileiro. O Presidente Artur Bernardes conseguiu a adoção do veto parcial em qualquer projeto de lei, na Constituição do Estado de Minas Gerais. Em 1920, decidiu-se que o veto só poderia ser parcial, quando a parte vetada e a sancionada não fossem mutuamente dependentes e conexas, da mesma maneira que, com a sua supressão, a parte sancionada continuasse a ser um ato inteligível e completo, correspondendo, em conjunto, à intenção e propósito do Congresso.

Consagrava prudente limitação ao poder de veto parcial. Com a revisão de 1926, entre as emendas aprovadas, estava a que criou o veto parcial. Pelo art. 37, § 1º, da Constituição emendada em 1926, estabeleceu-se:

"Quando o Presidente da República julgar um projeto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário aos interesses nacionais, o vetará, total ou parcialmente, dentro de 10 dias úteis a contar daquele em que o recebeu, devolvendo, nesse prazo e com os motivos do *veto*, o projeto, ou a parte vetada, à Câmara onde ele se houver iniciado" (174).

(172) LACERDA, Paulo M. de. *Princípios de Direito Constitucional Brasileiro*, vol. II, p. 306.

(173) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "O Veto Parcial no Direito Brasileiro", *Revista de Direito Público*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano IV, jul./set., 1971, vol. 17, p. 33.

(174) VALLADÃO, Haroldo. "Natureza e Efeitos do Veto Parcial", *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Ano 55, vol. 178, Fascículos 661 e 662, julho/agosto, 1958, p. 18; *idem*, *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*, Rio de Janeiro, n.º 69, março, 1959; *idem*, "Veto Parcial", em *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Saraiva, São Paulo, 1982, vol. 77, pp. 158 a 159.

O Presidente devolvia ao Congresso, caso fosse veto total ou parcial, o projeto ou a parte vetada. Em caso de veto parcial promulgava o Presidente como lei, desde logo, os textos sancionados, devolvendo ao Congresso a parte vetada. Na Argentina, a Constituição de 1853, pelo seu art. 72, admitia o veto parcial, mas determinava a volta do projeto, no todo, ao Congresso. A promulgação só ocorria após a decisão parcial do veto, quer do total, quer do parcial. Com a modificação de 1949 alterou-se o artigo 72, para estabelecer que no caso de veto parcial, volta unicamente a parte apontada pelas objeções. A Constituição do México procedia da mesma maneira (176).

Com a Constituição de 1946 surgiram críticas quanto à sua formulação, que para HAROLDO VALLADÃO não teve a precisão das anteriores.

“Dispõe o seguinte:

(Art. 70, § 1º — Se o Presidente da República julgar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário aos interesses nacionais, vetá-lo-á, total ou parcialmente, dentro de 10 dias úteis, contados daquele em que o receber, e comunicará no mesmo prazo ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. Se a sanção for negada quando estiver finda a sessão legislativa, o Presidente da República publicará o veto).

Não fala em “devolução do projeto e da parte vetada”; limita-se à expressão “comunicado o veto”. Em seguida refere-se à aprovação e promulgação do projeto, qual faziam, também, as Constituições de 1891 e 1934. Mas continuou, sem levantar quaisquer dúvidas até o presente, o sistema clássico de, no caso de o Presidente vetar em parte, promulgar logo os textos sancionados e devolver ao Congresso apenas a parte vetada” (176).

ODILON BRAGA, estudando o veto em face dos textos da Constituição de 1934, reproduzidos na de 1946, esclarece:

“Vê-se bem que o veto intrinsecamente considerado é ato de Poder Executivo e não do Poder Legislativo. Porque a este Poder cabe a execução da lei, manda a prudência que se lhe faculte o direito de propor um novo exame da matéria, ao lume das novas razões que, para isso, deve produzir. É porque a desaprovação do Poder a que toca a execução merece acatamento especial, exige-se um *quorum* mais elevado para que seja repetida.

Foi por assim entender que a Constituição de 1934 deliberou trasladar a referência à intervenção do Presidente, no processo legislativo, do art. 22, para o art. 39. No art. 22, não mais se diz que o Poder

(175) CALDERÓN, Juan A. Gonzalez. *Derecho Constitucional Argentino. História, Teoria y Jurisprudencia de la Constitución*. J. Lajouane & Cia.-Editores, Buenos Aires, 1923, tomo III, pp. 40/41; RAMELA, Pablo A. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires, 1960, pp. 562 e ss.; RAMIREZ, Felipe Peña. *Derecho Constitucional Mexicano*. Editorial Porrúa, S/A, México, 1977, 15.ª ed., pp. 259 e ss.

(176) VALLADÃO, Haroldo. “Natureza e Efeitos do Veto Parcial”, ob. cit., p. 20; FALCAO, Alcino Pinto. *Constituição Anotada*, vol. 1, p. 174.

Legislativo é exercido *com a sanção do Presidente da República*; diz-se que o é pela “Câmara dos Deputados”, com a colaboração do “Senado Federal”, aquele órgão, de representação popular, e este, de representação dos Estados, em sua qualidade de membros da Federação. No art. 39, sim, ao fazer-se a enumeração das matérias nas quais deve intervir a apreciação do Presidente da República, a sanção presidencial é expressamente exigida. E, por via de consequência, no art. 40, enumeram-se as matérias em que tal apreciação não é admitida” (177).

HAROLDO VALLADÃO acrescenta:

“Não há, assim, qualquer *invocação*, no assunto, discutindo-se e votando-se, única e exclusivamente, a matéria do projeto, objeto do veto parcial.

Com a rejeição do veto parcial, ou seja, com a manutenção dos textos vetados, essas disposições são *restauradas*, reincorporando-se ao antigo projeto, já lei existente.

É uma simples reintegração de textos antes destacados, da lei vigente, onde, aliás, já ficou numerado e marcado o respectivo lugar para posterior inclusão no caso de rejeição de veto.

A rejeição de veto parcial ou a reaprovação dos textos vetados não é, pois, entre nós, qual em certos Estados da União americana, a discussão e votação de textos que se tornaram inválidos, que foram anulados e devem ser novamente apreciados; não constitui, no Brasil, como naqueles Estados norte-americanos, *projeto novo*, sujeito aos trâmites ordinários, e, conseqüentemente, lei nova.

E daí a promulgação da parte vetada e mantida se fazer, sempre, com a simples apresentação dos textos antes suspensos e afinal reprovados para reinclusão nos lugares, provisoriamente vagos, da lei já em vigor.

E, por tudo isto, a promulgação desses textos suspensos, e afinal restituídos, se faz de forma completamente diversa da corrente para a promulgação das leis.

Não são tais textos promulgados como lei nova, e destarte não têm epígrafe, número e data ou ementa ou ordem de disposições, ou cláusulas de vigência e de revogação, próprios, autônomos.

Promulgam-se em forma de mera reincorporação à lei vigente. *Constituem, com esta, a mesma lei.*

Eis a fórmula adotada e que se lê, sempre no *Diário Oficial*: “Promulga a parte ou partes vetadas do projeto que se transformou na lei número tanto de tal data”.

E daí vir tal promulgação sob a mesma epígrafe, com os mesmos números e data, encimada com os mesmos dizeres daquela lei anteriormente promulgada, apenas reproduzindo os textos afastados tem-

(177) BRAGA, Odilon. “O Poder Legislativo na Constituição de Julho”, *Arquivo Judiciário*, vol. XXXII, n.º 1, outubro, 1934, p. 78.

porariamente, sem quaisquer outras cláusulas, sequer de vigência ou de revogação" (178).

Várias discussões entendem que o "Presidente só pode vetar uma disposição de sentido completo, não lhe sendo permitido mutilar ou alterar a significação do texto pela supressão de palavras isoladas" (179).

Ao estudar o veto parcial no sistema constitucional brasileiro, MICHEL TEMER assim o justifica:

"Surgiu para impedir o que a doutrina chama de "riders", de "caudas legais", que os membros do Legislativo faziam aderir aos projetos de lei de interesse do Executivo, por meio de emendas. Subsistente apenas o veto total, o Chefe do Executivo era obrigado, muitas vezes, a sancionar o projeto de lei com emendas indesejáveis. Ocorria, com freqüência, no caso da lei orçamentária.

Adotado com esse propósito salutar em 1926 (nova redação dada ao art. 37, § 1º, da primeira Constituição Republicana), foi mantido nas Constituições subseqüentes (de 1934, art. 45; de 1937, art. 66, § 1º; de 1946, art. 70, § 1º; de 1967, art. 62, § 1º).

A Emenda Constitucional de 1969 dele cuidou no art. 59, § 1º

Qual é, no sistema vigente, o seu alcance? O Chefe do Executivo federal pode vetar palavras, trechos de um artigo, inciso, alínea, ou haverá de negar sanção, por inteiro, ao artigo, ao parágrafo, ao inciso ou à alínea?

A Constituição de 1967 impedia o veto de palavras (art. 62, § 1º, parte final). A Carta vigente eliminou aquela parte final do art. 62, § 1º, da redação anterior. Cuida dessa matéria o art. 59, § 1º

Há, portanto, presentemente, a possibilidade de veto de palavras.

Têm sido feitas muitas críticas a esta dimensão dada ao veto parcial. Costuma-se exemplificar com o veto de uma expressão negativa que venha a ser eliminada por meio de sua utilização, o que desfiguraria inteiramente o projeto de lei, fazendo afirmativo o que era negativo" (180).

LUZ NAVARRO DE BRITTO, no que diz respeito à extensão dos vetos, aponta outros tipos:

— veto absoluto: faculdade do Chefe do Estado de impedir definitivamente a criação de leis;

(178) VALLADAO, Haroldo. "Natureza e Efeitos do Veto Parcial", ob. cit., p. 20.

(179) *Natureza e Limites do Veto Parcial*. Noticiário do Congresso, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 17, jul./set., 1949, pp. 464 a 466; FAGUNDES, M. Seabra. "Treze Anos de Prática da Constituição", *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Ano 57, vol. 187, Fascículos 679 a 680, jan./fev., 1960, pp. 7 e ss.; GARCIA, José Carlos Cal. *A Metodologia Constitucional*. O Veto Parcial, Paraná Judiciário, Órgão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, vol. 3, Curitiba, julho, 1982, p. 58.

(180) TEMER, Michel. "O Veto Parcial no Sistema Constitucional Brasileiro", *Rev. de Direito Público*, Edit. Revista dos Tribunais, Ano X, vols. 51-52, jul./dez., 1979, pp. 40 e 41. *Idem*, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, Ano 12, 229-38, jun., 1978.

- veto limitado;
- veto suspensivo;
- veto qualificado;
- veto translativo;
- veto translativo popular;
- veto translativo oligárquico ⁽¹⁸¹⁾.

Os efeitos do veto parcial, até sua apreciação pelo Congresso, têm sido examinados. Quando um projeto de lei alcança a aprovação conjunta da Câmara e do Senado, sobe ao exame do Executivo, que nele poderá aquiescer no todo ou em parte. A aceitação se traduz pela sanção. A discordância com a vontade manifestada pelo Congresso se traduz no veto. Estabelecida a *divergência*, o texto em torno do qual ela ocorreu permanece como simples *projeto*, cabendo ao Congresso uma segunda manifestação: mediante *quorum* especial de dois terços insistir pela conversão em lei (rejeição do veto) ou assentir no entendimento do Executivo (aceitação do veto). Qualquer que seja o resultado do segundo pronunciamento do Poder Legislativo, o texto vetado não constitui elemento integrante do direito positivo do País, no período que medeia entre a oposição do veto e a sua rejeição ⁽¹⁸²⁾.

Veto popular (*referendum facultativo* em matéria legislativa) existe na Suíça. Ocorre através do voto final de um texto legislativo pelas Câmaras do Parlamento. Não significa que a lei seja definitivamente adotada. Acha-se consagrado na Constituição o princípio do “*referendum*” de tipo facultativo, que permite ao corpo eleitoral opor-se à entrada em vigor de um texto adotado pelo Parlamento, o que confere a esta instituição a significação de uma verdadeira faculdade de veto. O princípio do “*referendum*” facultativo decorre de que as leis e os regulamentos federais de aplicação geral podem, dentro do prazo de três meses a partir de sua adoção pelo Parlamento, ser objeto da *petição de referendum*. Se não é solicitado dentro do referido término, o texto adquire força de lei. Caso contrário, deverá organizar-se uma votação popular cujo resultado decidirá em definitivo se a lei é adotada ou não ⁽¹⁸³⁾.

Examinando o *governo direto* (como uma curiosidade histórica) e o “*governo semidireto*”, através de seus mecanismos de atuação e participação popular, GEORGES BURDEAU afirma que o *veto* permite uma intervenção bastante atenuada do povo na elaboração da lei. BENOÎT JEANNEAU menciona o *veto popular* ou *referendum facultativo* como: “est la faculté laissée au peuple du-

(181) BRITTO, Luiz Navarro de. *O Veto Legislativo*, ob. cit., pp. 43 e ss.

(182) FAGUNDES, M. Seabra. “Dos Efeitos do Veto Parcial até à sua Apreciação pelo Congresso”, *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*, Ano XX, n.º 83, setembro, 1962, p. 12.

(183) DOMINICE, Ch. “El Federalismo en Suiza”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Nova Série, Ano XI, n.º 33, set./dez., 1978, pp. 269 e 270; ROSAS, Roberto. “Poder de Iniciativa das Leis”, *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Diretoria de Informação Legislativa, Ano 7, n.º 26, abr./jun. 1970, p. 35.

rant un certain délai de s'opposer à ce qu'une loi régulièrement adoptée par les assemblées prenne effet juridique" (184).

7 – Processo legislativo e veto

Técnica legislativa

Reconhecida a qualidade de função legislativa exercida através do veto pelo governo, indaga-se a sua contribuição para o processo de elaboração das leis; o papel legislativo do governo.

O poder presidencial de veto e de reexame de projetos de lei foi assim examinado por MIGUEL REALE:

“Já tive a ocasião de dizer, ao examinar o problema da “delegação interna”, que a função de legislar deve pressupor mais íntimo e permanente contato entre o Governo e o Parlamento.

O direito de *veto*, aliás, tem sido usado com excesso na órbita do presidencialismo latino-americano, inclusive para inverter ou subverter o sentido autêntico dos projetos aprovados no Congresso. Temos um exemplo típico de aberração, que põe bem em destaque o assunto. Certa vez, a Assembléia Legislativa de São Paulo aprovou uma lei que dizia: “As garantias asseguradas pelo artigo tal não se estendem aos diretores-gerais das Secretarias.” Estes, naturalmente, cuidaram de pressionar o Governo e o veto foi NÃO, de maneira que o parágrafo passou a ser: “As garantias são extensivas aos diretores-gerais.”

Mas, voltando ao assunto, o veto não pode continuar sendo a única “arma” (uso propositalmente este termo, dado o caráter duelístico que a mentalidade individualista emprestou ao processo de legislar) à disposição do Chefe de Governo.

Posto na alternativa de *sancionar* ou *vetar*, o Executivo muitas vezes opta por um caminho que não é o mais aconselhável às necessidades do País. Ainda recentemente, o Presidente da República, não podendo concordar com a tabela relativa às alíquotas progressivas do imposto de renda – em discrepância com a constante do projeto governamental – vetou aquela, continuando, assim, em vigor, os antigos valores, manifestamente iníquos, dada a espiral inflacionária, atingindo em cheio a classe média.

Segundo o que dispõe o art. 74 da Constituição italiana, o Presidente da República, quando verificar os inconvenientes, quer da sanção, quer do veto, pode solicitar o reexame da matéria pelo Congresso, mediante mensagem motivada. Tal faculdade, a meu ver, deveria ser adotada também no Brasil, fixando-se o seu exercício dentro do prazo destinado à sanção, sugerindo o Governo as modificações que julgar oportunas, de sorte a aproveitar-se a discussão já havida nas Casas das Leis. Nessa hipótese, o reexame deveria ter processamento com caráter de urgência, em reunião conjunta do Congresso, salvo se este entendesse necessária a tramitação normal.

(184) JEANNEAU, Benoit. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Dalloz, 1972, 3.^a ed., p. 31.

Há ainda dois pontos a considerar, sempre em função da maneira como, inicialmente, julgo deva ser atualizado o princípio da independência e harmonia dos Poderes. Refiro-me à necessidade de se introduzirem no texto constitucional providências, no sentido da proibição de vetos que alterem substancialmente o objeto do projeto de lei, às vezes até invertendo as suas finalidades originárias. Em tais casos o que ocorre é uma forma de desrespeito à competência do Parlamento” (185).

A lei como ato complexo tem sua qualidade de ato jurídico regulado pelo direito constitucional. Para PIETRO VIRGA, ela só é perfeita mediante o concurso de vontade dos órgãos que a devam compor:

“Essendo l'atto legislativo un atto complesso delle due Camere, esso non si perfeziona se non con il concorso della volontà di entrambe; occorre quindi che un disegno di legge, una volta approvato da una Camera, sia approvato anche dall'altra; finchè le due Camere non approvino il disegno di legge nello stesso testo, la legge non viene in essere” (186).

A observância do procedimento legislativo é pressuposto indeclinável da validade da lei, dá-lhe a eficácia e a força imperativa. Pois, como afirma CARL SCHMITT, a lei é o que foi votado pelos órgãos legislativos competentes ao exercício dessa função (187).

PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA registra que a lei se forma através de procedimento preestabelecido, deriva-se da fusão de vontades autônomas e homogêneas, que pretendem produzir os mesmos efeitos. O procedimento legislativo, previsto no número e ordem de seus elementos, entra no rol dos que se qualificam como necessários ou formais. Como ato complexo, a lei deve estar inserta em um procedimento necessário (188).

O procedimento legislativo tem de seguir todos os trâmites e formalidades previstos na Constituição. As Constituições exigem para a confecção de leis as condições de forma, cuja ausência impede a lei de nascer. A existência de vício de forma no procedimento exigido pela Constituição atinge de nulidade absoluta a lei em formação, tornando inexistente o texto promulgado.

A lei não é plena, através da configuração do ato complexo, da aglutinação das vontades envolvidas no processo de sua elaboração. Essa conjugação deve ocorrer de acordo com as normas previstas constitucionalmente. Ferido o procedimento constitucional de elaboração da lei, o ato legislativo é nulo, apesar da participação dos órgãos que o devem compor:

“O processo de elaboração legislativa não se exaure na votação pelo Poder Legislativo. Nos vários regimes a situação apresenta-se di-

(185) REALE, Miguel. “Elaboração Legislativa”, em *Reforma do Poder Legislativo no Brasil*. Seminário sobre a Reforma do Poder Legislativo, promovido pelo Centro de Extensão Cultural da Universidade de Brasília (18 de agosto a 24 de setembro de 1965) Câmara dos Deputados, Secretaria-Geral da Presidência, Brasília, 1966, pp. 114 e 115.

(186) VIRGA, Pietro. *Diritto Costituzionale*. Giuffrè-Editore, 1979, pp. 269 e 270.

(187) SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* (p. 186).

(188) RUFFIA, Paolo Biscaretti Di. *Diritto Costituzionale*. 1949, vol. I, pp. 433 e 434.

ferente. No regime parlamentar, ao contrário do regime presidencial, a função legislativa apresenta-se mais integrada no Poder Legislativo. A Constituição italiana chega a afirmar que “a função legislativa é exercida coletivamente pelas duas Câmaras”. O Presidente da República ficou privado da sanção ou veto. Concede-se-lhe no regime constitucional peninsular a faculdade de pedir reexame (*richiesta di riesame*).

No regime presidencial, o veto exprime a participação ativa do Governo na direção da coisa pública. A doutrina norte-americana consagra a tese da participação no processo legislativo através do veto” (189).

Convém reparar que na medida em que o Poder Executivo substitua as Câmaras no processo de elaboração legislativa, as oportunidades da “recusa” governamental diminuem, chegando-se a falar em “veto legislativo”.

No sistema presidencial norte-americano ocorre a tendência mais frequente para o seu exercício.

O parlamentarismo contribui para nova trajetória do exercício do veto:

“O mesmo mecanismo que deslocou as competências do Chefe do Estado para a órbita do Gabinete responsável fez do veto um ato do Governo. A sua prática pode, desde então, provocar a queda de Ministérios, uma vez que ela contraria a vontade parlamentar.

As monarquias assistiram ao declínio irreversível da “recusa real, sob o impulso histórico da legitimidade popular. A Inglaterra começa em 1707 o processo que terminará no começo do século XX na Escandinávia. A prerrogativa continua sempre do rei. Mas o seu exercício presumiria o acordo do Gabinete, tornado explícito com o *contre-seing* obrigatório. Por isso, a última das “recusas” reais foi exercida em 1931, a pedido dos ministros suecos, pois, em 1937, redundaram inúteis os apelos a Leopoldo III da Bélgica para que se utilizasse o veto”.

Os estudos referentes à elaboração das leis não podem ficar indiferentes aos aspectos da técnica legislativa. O legislador não pode distanciar-se das indicações de ordem técnica que devem estar presentes em todas as fases da elaboração normativa. “Todas as indicações de ordem técnica devem ser fornecidas ao legislador, a fim de que os ditames por ele exarados não se apresentem eivados de vícios, prejudicando a feitura das leis e sua interpretação, conduzindo-as ao veto em virtude dessas falhas. O texto da lei, seus artigos, incisos, parágrafos, itens e letras devem ser determinados e harmonizados pela boa técnica legislativa.

A apresentação formal do projeto deve distinguir-se pela concisão, sobriedade e clareza; não deve ter expressões ornamentais, sem efeito prático e efetivo, e sim apresentar uma redação perfeita, que facilite o trabalho do intérprete. Para tal, deve obedecer à sintaxe, ao ordena-

(189) ROSAS, Roberto. *Direito Sumular. Comentários às Súmulas do STF*, 1 a 600, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978, p. 8.

mento sistemático das matérias e à divisão em assuntos, com redação aprimorada, de que, em parte, depende o seu prestígio" (190).

Ao participar do processo de elaboração legislativa, por meio do veto, o governante deve contribuir para o seu aprimoramento. Com ele o Executivo tem um instrumento positivo de liderança legislativa. Serve como mecanismo de fiscalização, de legalidade, de técnica ou de procedimento.

8 – O veto e a jurisprudência

O verbete da Súmula Cinco

Várias são as decisões judiciais que motivam o controle judicial do veto. Discute-se, inclusive, ser o mandado de segurança meio idôneo, isto é, *remedium juris* próprio para análise no que diz respeito ao *quorum* para aprovação do veto:

“a) ilegalidade *ad causam*;

b) ausência de direito líquido e certo, próprio, específico, individual ou funcional, para justificar o pedido;

c) o ato da Assembléia de natureza interpretativa é soberano, diz respeito à sua função precípua de legislar e refoge, em tese, e em termos de princípios, à censura do Judiciário” (191).

Diversas indagações surgem, no que diz respeito ao controle jurisdicional, tendo em vista o direito positivo constitucional de cada Estado. A Constituição mexicana, por exemplo, não especifica as razões em que deva fundar-se o veto presidencial. Entretanto, os antecedentes do art. 72 da Constituição demonstram que as observações do Executivo a um projeto de lei só podem apoiar-se ou na anticonstitucionalidade do mesmo ou na sua inoportunidade, tendo em vista considerações jurídicas ou de conveniência pública.

CORWIN, ao comentar o veto presidencial nos Estados Unidos, afirma que ele derivou da convicção geral dos autores da Constituição de que, sem defesa contra o Legislativo, o Executivo breve se transformaria em nada (192).

As questões referentes ao veto têm gerado pronunciamentos do Judiciário como a que deu superfície à *Súmula nº 5*: “A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo.”

O tema da consolidação inadequada da iniciativa do processo legislativo, por meio de sanção presidencial, tem sido objeto de discussões.

“Sustentava-se, com base na *Súmula nº 5* do Supremo Tribunal Federal, que a sanção do projeto convalidava a falta de iniciativa do

(190) CUNHA, Therezinha Lucia Ferreira. “Veto e Técnica Legislativa”, *Revista de Informação Legislativa*, Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, Ano 18, n. 72, out./dez., 1981, p. 60.

(191) MARTINS, Norma Izabel Ribeiro. “Veto”, *ob. cit.*, p. 175.

(192) FLORES, Antônio Carrillo. “O Executivo e as Leis Inconstitucionais”, *Revista Forense*, Ano 50, n.º 145, Fascículos 595 e 596, Rio de Janeiro, jan./fev., 1953, pp. 543 e ss.; REZEK, José Francisco. *Parecer*. Alcance do Veto fundado em contrariedade ao interesse público, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Ano 78, vol. 278, abril/maio/junho, 1982, pp. 169 a 171.

Poder Executivo. A Suprema Corte, contudo, reconheceu em julgado recente que esse verbete sustentava-se em jurisprudência construída durante a vigência da Constituição de 1946.

Três argumentos sustentaram a não-aplicação da Súmula nº 5, na vigência da atual Constituição. O primeiro deles consiste no fato de a legitimação pela sanção submeter o Poder Executivo a uma forma de pressão irresistível, especialmente se se considera o pressuposto da harmonia que deve reinar entre os Poderes do Estado. Por outro lado, ainda que o Executivo opusesse veto ao projeto, poderia ser rejeitado pelo Legislativo, o que provocaria a promulgação de uma lei manifestamente inconstitucional que vigoraria até à suspensão de sua execução. Por último, deve-se reconhecer que, ao tempo da Constituição de 1946, apenas era reconhecida uma prerrogativa ao Executivo, a que ele poderia renunciar pela sanção, a incidência da Constituição em vigor proíbe em termos absolutos a intromissão do Legislativo em matérias cujo exame de conveniência cabe à Administração.

Dai por que o poder de iniciativa é indelegável e não pode ser objeto de convalidação.

Outro exemplo de iniciativa reservada é aquela que é deferida aos Tribunais para propor ao Poder Legislativo, na forma dos arts. 115 — nº II, c/c art. 56 da Constituição, a criação ou extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos” (193).

A Súmula nº 5, decorrente de recurso em Mandado de Segurança nº 9.628, fez com clareza a exposição sobre o assunto que deveria conter-se na citada ementa sumular. Entendeu-se que, se o Executivo não veta, apesar de poder tê-lo feito na espécie, apóia-se na falta de sua iniciativa, pelo que concorda:

“Só um apego fetichista à letra da lei pode distinguir entre apoio dado *a priori*, com a iniciativa, e apoio dado *a posteriori*, com a sanção” (194).

Na evolução jurisprudencial brasileira encontram-se diversas decisões que podem ser tomadas para o exame da evolução doutrinária da Teoria Geral do Veto. No Mandado de Segurança nº 40/1955 considerou-se como constitucional o veto do governador a projeto de lei da iniciativa do Tribunal de Justiça, uma vez que a Constituição federal, como a estadual, não o incluem expressamente na matéria da competência exclusiva do Poder Legislativo:

“A regra geral da formação das leis, tanto na Constituição federal como na do Estado, é a da cooperação dos Poderes Legislativo e Executivo (Constituição federal, art. 65; Constituição estadual, art. 39). Os casos restritos da competência exclusiva do Legislativo são taxativamente enumerados em ambos os diplomas (Constituição federal, art. 66; Constituição estadual, art. 40) e não incluem a matéria cuja

(193) CASTILHO NETO, Arthur de. O Processo Legislativo. *Curso o Poder Legislativo*, n.º 5, Fundação Petrônio Portella, Fundação Milton Campos, Brasília, 1981, pp. 45 e 46.

(194) DIAS, José de Aguiar. *Notas à Súmula do Supremo Tribunal Federal*. Forense, Rio, 1968, p. 35.

iniciativa se reserva ao Tribunal de Justiça. Por outro lado, subordinando-se à sanção do Chefe do Executivo, tanto na esfera federal como na estadual, as leis fixadoras dos vencimentos dos cargos públicos (incisos IV e VIII dos citados arts. 65 e 39), implícita é a prerrogativa daquele para negar a sua aprovação a projetos de lei a si apresentados para tal fim, pois a faculdade de aprovar é inseparável da de negar a aquiescência, estabelecendo ambas as Constituições o que se deve fazer no último caso.

A não-aprovação, o veto, é permitida, porém, em duas hipóteses (Constituição federal, art. 70, § 1º; Constituição estadual, art. 43), apreciáveis ambas, ou qualquer delas, pelo Poder Legislativo que pode recusá-lo, guardadas as condições constitucionais sobre sua votação. Com apoio numa das hipóteses foi o incriminado (motivo de interesse público) e a Assembléia Legislativa, a quem compete a sua apreciação, houve por bem aceitá-lo" (195).

No mesmo sentido, com apoio em decisões judiciais, transcreve WALDIR DOS SANTOS:

"Escapa ao controle judicial o exame da conveniência da lei. A conveniência da lei, no caso em tela, escapa ao controle jurisdicional e, se o juiz pretendesse enveredar por esse caminho, ofenderia ao princípio apreciáveis ambas, ou qualquer delas, pelo Poder Legislativo, que pode esquecer, constitui também uma das colunas mestras do Estado de direito" (Ap. 16.189-GB, DJ, 19-8-1966. Apenso, p. 155).

O mencionado autor aponta outras manifestações jurisprudenciais:

"O princípio da hierarquia das normas jurídicas, segundo o qual toda e qualquer regra de direito interno deve ser conforme à Constituição, envolve tanto a forma quanto o conteúdo das leis que lhe são inferiores hierarquicamente, a fim de que não possam contradizer, formal e materialmente, qualquer norma constitucional."

"As leis constitucionais rígidas são as que, por complementarem normas constitucionais, exercem um poder eliminativo sobre as leis posteriores contrastantes que, destarte, não têm eficácia para determinar a revogação daquelas que lhes foram antecedentes no tempo" (AMS 48.623-GB, DJ, 1-10-1965. Apenso, p. 466)."

"Para o STF, são válidos os atos praticados em conformidade com a legislação anterior, no mesmo dia da sanção da nova lei, mas antes da publicação, a partir da qual começa sua vigência" (RE 57.594-PE, DJ, 26-10-1966, p. 3.750) (196).

Em outro decisório o Supremo Tribunal Federal considerou o mandado de segurança como meio inidôneo para compelir a Assembléia Legislativa a mudar de critério interpretativo, no que diz respeito à sua deliberação atinente ao *quorum* para aprovação do veto.

(195) Direito Adquirido — Projeto de Lei — Veto. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Ano 53, vol. 164, Fascículos 633 e 634, março/abril, 1956, p. 291; SANTOS, Waldir dos. "Lei, Sanção e Veto", em *O Regime Disciplinar do Servidor Público no Judiciário*, Editora da Fundação Getúlio Vargas, Rio, 1981, 2.ª ed., pp. 51 e ss.

(196) SANTOS, Waldir dos. "Lei, Sanção e Veto", ob. cit., pp. 51 e ss.

Considerou-se inexistente direito líquido e certo, ameaçado ou violado por ilegalidade ou abuso de poder. O *writ* é meio inadequado para a defesa de lei em tese (197).

O exercício do poder de veto, apesar de estar cingido à constitucionalidade e ao interesse público, não pode, em si, ser considerado abusivo, visto que implica em juízo subjetivo e particular (198).

Existe uma instância prevista no texto constitucional competente para apreciar o veto presidencial, constituída pelas duas Casas do Congresso Nacional. O Supremo Tribunal Federal não pode antecipar-se à apreciação do Congresso Nacional, conhecendo do veto presidencial, argüido de extemporâneo. Afirmaram os impetrantes na espécie que o veto presidencial, oposto ao projeto de lei, foi comunicado ao Senado fora do prazo. O seu Presidente deveria recusá-lo de plano. Ao contrário, convocou as duas Câmaras do Congresso para dele conhecer. Deveria o Supremo Tribunal reconhecer a inoportunidade do veto, declarando sem efeito a decisão em contrário que o submeteu ao Congresso Nacional e promulgar o projeto?

“Em verdade, há uma instância prevista no texto constitucional para a apreciação do veto presidencial. São as duas Câmaras do Congresso Nacional, em sessão conjunta, conforme dispõe o art. 70, § 3º:

“Comunicado o veto ao Presidente do Senado Federal, este convocará as duas Câmaras para, em sessão conjunta, dele conhecerem, considerando-se aprovado o projeto que obtiver o voto de dois terços dos Deputados e Senadores presentes.”

Antes de exaurida essa instância, não é oportuna a apreciação do veto.

A prioridade do Congresso Nacional, para conhecer do veto, se impõe, por ser ele um dos elos, ou trâmites, da elaboração legislativa, de cuja natureza participa, conforme tive oportunidade de recordar em trabalho recente (*As Atribuições Constitucionais do Poder Executivo*, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 31, pp. 4 e 5) (199).

A jurisprudência tem admitido que, vetado, parcialmente projeto aprovado pela Câmara, cabe ao Prefeito, no prazo legal, remeter àquela as razões do veto, não obstante poder promulgar a parte não vetada. E, se repelido o veto, a parte vetada passa a integrar a lei anteriormente promulgada (200).

(197) Recurso de Mandado de Segurança nº 7.064, STF, *Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, vol. 68, abr./jun., 1962, p. 250.

(198) Lei — Veto — Promulgação. Representação nº 1.065-1, Supremo Tribunal Federal, *Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, vol. 146, outubro/dezembro, 1981, p. 200.

(199) SILVA, Carlos Medeiros. *Parecer. Veto — Apreciação Judicial — Incompetência do Supremo Tribunal Federal*, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Ano 55, vol. 179, Fascículos 663 e 664, setembro/outubro, 1958, pp. 81 a 83.

(200) *Revista de Direito Público*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano VII, n.º 28, março/abril, 1974, pp. 236-37.

O controle constitucional e a autonomia dos Estados federados

DILVANIR JOSÉ DA COSTA

Procurador do Estado de Minas Gerais. Professor Assistente de Direito Civil da UFMG

SUMÁRIO

- I — Evolução do controle constitucional no Brasil
- II — Sistemas de controle, caracteres e distinções
- III — A função do Procurador-Geral da República na representação de inconstitucionalidade
- IV — O controle direto sob o enfoque federativo
- V — Conclusão e proposta
- VI — Bibliografia

I — Evolução do controle constitucional no Brasil

Na Constituição política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, em seu art. 164, que tratava da competência do Supremo Tribunal de Justiça, não foi incluído o controle da constitucionalidade das leis.

A Constituição republicana de 24 de fevereiro de 1891, na esteira da Constituição provisória de 1890, inspirada pela competência de RUI BARBOSA nessa matéria, consagrou, em seu art. 59, § 1º, alíneas **a** e **b**, aquilo que viria a constar, invariavelmente, em todas as Constituições posteriores: o conhecido inciso III, alíneas **b** e **c**, que admitem o recurso extraordinário da decisão:

- b)** que julgar inconstitucional tratado ou lei federal;
- c)** que julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal (Constituições federais de: 1934, art. 76; 1937, art. 101; 1946, art. 101; 1967, art. 114; Emenda nº 1, de 1969, art. 119).

É o chamado controle indireto ou **incidenter tantum** de inconstitucionalidade, através de exceções argüidas como prejudiciais nos casos concre-

Tese aprovada por unanimidade pelo IX Congresso Nacional de Procuradores de Estados, realizado em Guarujá — SP, de 16 a 19 de novembro de 1983.

tos, com efeito apenas **inter partes**. A decisão afasta a aplicação da lei inconstitucional na espécie, sem anulá-la.

Com essa relevante missão o STF se apresenta como o intérprete máximo da Constituição e das leis federais, as quais se presumem constitucionais (VICTOR NUNES LEAL, **Problemas de Direito Público**, Forense, 1960, p. 128) e por isso a sua negação de vigência enseja julgamento daquela Corte, como autêntico Tribunal da Federação. Por isso não é um tribunal revisor de 3º grau e não julga relações jurídicas ou conflitos de interesses (salvo excepcionalmente, em razão da autoridade das pessoas envolvidas, da relevância do direito violado ou da questão federal), mas sobretudo conflitos de leis, fazendo prevalecer a Constituição federal sobre as leis dos três níveis que se lhe oponham, bem como as leis federais válidas sobre a Constituição e as leis estaduais e municipais em divergência com aquelas.

A partir da Constituição federal de 1934, inclusive, todas as Constituições passaram a exigir o **quorum** da maioria absoluta de seus membros para a declaração, nos tribunais, de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, a fim de evitar decisões divergentes nas Cortes. Mas isso não impede que um juiz singular proclame essa inconstitucionalidade.

Outra inovação contida no texto básico de 1934 e reproduzida em todas as posteriores (exceto a de 1937) foi a inclusão, na competência do Senado Federal, do poder-dever de suspensão da execução de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do STF. Foi a fórmula encontrada para se atingir a eficácia **pro omnes** de uma declaração de inconstitucionalidade **incidenter tantum**, o que pode ocorrer com normas federais, estaduais e municipais. Foi mais um passo em direção ao controle judicial direto de inconstitucionalidade, objeto maior desta pesquisa.

Mas a grande inovação introduzida pela Carta de 1934, em seu art. 12, § 2º, foi a possibilidade do denominado controle direto **interventivo** de inconstitucionalidade, que permitiu o exame, pelo STF, da constitucionalidade em tese ou **in abstracto** da Constituição ou de norma estadual que atentasse contra os chamados princípios sensíveis do federalismo, previstos no seu art. 7º, nº I. A não-observância daqueles princípios constitucionais básicos autorizava a intervenção da União no Estado infrator, sob esta condição:

“Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade” (§ 2º do art. 12 da Constituição federal de 1934).

Ao declarar a constitucionalidade da lei federal de intervenção no Estado, o STF estaria, **ipso facto**, declarando a inconstitucionalidade da norma estadual provocadora da intervenção.

Assim surgiu, em nosso País, a primeira hipótese de controle direto ou de ação direta de inconstitucionalidade de lei, em que o objeto do pedido do autor seria a própria inconstitucionalidade em tese, ao contrário do controle indireto por via de exceção, em que a inconstitucionalidade é apenas o fundamento do pedido da parte.

A Constituição de 1934 foi de curta duração e a de 1937 não repetiu o controle interventivo, que foi restaurado pelo art. 8º, parágrafo único, da Constituição de 1946 e mantido em 1967 (art. 11, § 1º, c) e pela Emenda nº 1, de 1969 (art. 11, § 1º, c).

O instituto veio a ser regulamentado pelas Leis n.ºs 2.271/54 e 4.337/64, esta, ainda em vigor, bem como pelo Regimento Interno do STF.

O próprio título da vigente lei regulamentadora define o caráter limitado ou restrito desse controle:

“Regula a declaração de inconstitucionalidade para os efeitos do art. 7º, VII, da Constituição federal” (Intervenção nos Estados).

Talvez porque sua regulamentação só tenha surgido na vigência da Constituição de 1946, dois eminentes juristas se equivocaram e atribuíram essa inovação ao constituinte de 1946 e não ao de 1934 (RDP, v. 53/54, p. 29 e RDPGG, v. 13, p. 67). Certo o Prof. CELSO BARBI (RDP, v. 4, p. 38).

Mas a extraordinária inovação ocorrida no Brasil, em matéria de controle judicial direto de inconstitucionalidade, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, cujo art. 2º deu a seguinte redação à alínea k do art. 101, inciso I, da Constituição de 1946:

“Art. 101 — Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I — processar e julgar originariamente:

(.....)

k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.”

A Constituição de 1967 (art. 114, I, I) e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 119, I, I), assim confirmaram o instituto:

“I) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;”

E a Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, deu a seguinte redação atualmente em vigor:

“l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual;”

Foi instituído assim o controle **interpretativo** das normas jurídicas federais ou estaduais, ao lado do controle constitucional direto.

II — Sistemas de controle, caracteres e distinções

Diante dessas inovações e incluindo a ação direta interventiva **estadual** nos Municípios, criada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, contamos atualmente com as seguintes espécies de controle judicial de constitucionalidade, com os seus respectivos caracteres distintivos:

1) **Controle Incidental** (Constituição federal, art. 119, III, **b e c** — Regimento Interno do STF, arts. 176/178) (**Exceção de inconstitucionalidade**)

a) órgão julgador: qualquer juiz ou tribunal (por maioria absoluta) e o STF para o efeito de suspensão da norma (42, VII);

b) instrumento e legitimação: em qualquer processo, por qualquer das partes;

c) pedido **incidente**: declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou **municipal, como fundamento** do pedido principal;

d) efeito direto, imediato e específico: não aplicação da norma inconstitucional à espécie (eficácia **inter partes**);

e) efeito indireto, mediato e abstrato: decorrente de ato posterior de suspensão da execução da norma pelo Senado Federal, com eficácia **pro omnes**.

2) **Controle Direto Geral ou Amplo** (Constituição federal, art. 119, I, I — Lei nº 4.337/64 — Regimento Interno do STF, arts. 169/175)

(**Ação direta de inconstitucionalidade**)

a) órgão julgador: Supremo Tribunal Federal;

b) instrumento e legitimação: representação do Procurador-Geral da República;

c) objeto ou pedido principal: declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo **federal** ou **estadual** (Constituição estadual, lei ou decreto federal ou estadual, resolução de órgão judiciário ou legislativo e qual-

quer outro ato normativo federal ou estadual ou de autoridade da Administração Direta ou Indireta, conf. art. 175 do Regimento Interno do STF);

d) efeitos: I — ineficácia imediata da norma julgada inconstitucional, independentemente de suspensão de sua execução pelo Senado Federal (eficácia imediata **pro omnes**); II — comunicação ao órgão responsável (art. 175, RI); III — intervenção federal por desobediência (CF, 10, VI); IV — crime de responsabilidade (CF, 82, VII).

3) **Controle Direto Interventivo ou Restrito** (CF, 11, § 1º, c — Lei nº 4.337/64 — RI, arts. 169/175)

(Ação direta interventiva)

a) órgão julgador: Supremo Tribunal Federal;

b) instrumento e legitimação: representação do Procurador-Geral da República;

c) objeto ou pedido principal: declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo **estadual**, para os fins do art. 10, VII, da CF (intervenção federal no Estado para exigir a observância dos princípios constitucionais sensíveis);

d) efeitos: I — comunicação à autoridade interessada; II — comunicação ao Presidente da República, para que suspenda o ato por decreto e proceda à intervenção, se necessária (RI, parágrafo único do art. 175).

4) **Controle Direto Interventivo Estadual** (CF, 15, § 3º, d — Leis feds. n.ºs 4.337/64 e 5.778/72)

(Ação direta interventiva estadual)

a) órgão julgador: Tribunal de Justiça do Estado;

b) instrumento e legitimação: representação do Chefe do Ministério Público estadual;

c) objeto ou pedido principal: declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo **municipal**, para fins de intervenção estadual no Município, para exigir a observância dos princípios constitucionais sensíveis estaduais;

d) efeito: comunicação à autoridade municipal e ao Governador do Estado, para que este suspenda o ato por decreto e intervenha no Município, se necessário.

A propósito da diferença de efeitos entre as três grandes espécies de controle — incidental, direto amplo e direto interventivo —, vamos enriquecer esta pesquisa com a transcrição oportuna de um parecer lapidar do Ministro Rodrigues Alekmin, proferido no Proc. Adm. nº 4.477/72:

“1. A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pelo Supremo Tribunal Federal, tanto pode ocorrer no julga-

mento da ação direta (Representação, Constituição federal, art. 119, II, I), como no julgamento de outras ações. Neste último caso, o julgamento, reconhecendo a inconstitucionalidade, se limita à não-aplicação da norma inconstitucional à espécie examinada. Criou a Constituição federal, entretanto, “algo de novo, algo de mais próximo ao veto, muito embora só nos resultados, na **eficácia**, que é a **suspensão da execução**” (PONTES DE MIRANDA, **Com. à Constituição de 1967 com a Emenda Const. nº 1/69**, III/88). Assim, como a função jurisdicional, no caso concreto, não pode estender a eficácia da declaração de inconstitucionalidade à generalidade dos casos, limitada que está à espécie em apreciação, o Supremo Tribunal Federal comunica o julgado ao Senado Federal que, nos termos do art. 42, VII, da Constituição federal, suspende a execução da lei ou decreto declarados inconstitucionais.

2. Já nos casos de ação direta, a função jurisdicional, apreciando a Representação, se estende à decretação da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese. Não vejo, pois, seja necessária a intervenção do Senado, cabível somente quando, por ser a inconstitucionalidade reconhecida no julgamento de caso concreto, a decisão judicial não possa exercer seus efeitos fora da demanda em que proferida. Aqui, sim, a manifestação do Senado Federal é indispensável para dar eficácia geral ao julgamento da inconstitucionalidade, além da espécie apreciada no julgamento. No caso de Representação por inconstitucionalidade, porém, o julgamento se refere a lei ou ato normativo, em tese, e a decisão que os tem como inconstitucionais encerra, em si mesma, o efeito de excluir-lhes a eficácia. Neste caso, se a Representação se apóia no art. 10, VI (primeira parte) ou VII, da Constituição federal, o provimento dela deverá determinar ofício ao Presidente da República, para eventual intervenção no Estado. Nos mais casos de Representação, creio que seria de dar-se ciência do julgado à autoridade competente para executar a lei ou ato normativo para que lhe suste a execução. Se houver desobediência, então, ocorreria a intervenção federal (CF, art. 10, VI) ou crime de responsabilidade (CF, art. 82, VII). Creio que foi acertado o entendimento de não oficiar-se ao Senado Federal, nos casos de Representação.”

Fazendo-se o cotejo dos caracteres dos três principais sistemas de controle, percebe-se o seguinte:

a) o controle incidental tem maior amplitude ou variedade de órgãos jurisdicionais — todos os juízes e tribunais do País, enquanto que os dois sistemas de controle direto são privativos do Supremo Tribunal Federal;

b) o controle incidente conta também com ampla e irrestrita legitimação ativa, posta à disposição de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, enquanto que os dois sistemas diretos têm como parte ativa apenas o Procurador-Geral da República;

c) o controle incidente pode ter por objeto norma de qualquer nível, inclusive **municipal**, enquanto que os dois outros nos deixam desamparados de controle contra normas municipais em conflito com as Constituições e as leis federais e estaduais;

d) para compensar todas essas vantagens **no varejo**, os dois sistemas diretos se avantajam **no atacado** dos seus efeitos **pro omnes**, beneficiando a todos com a ineficácia imediata da norma anti-hierárquica, sem dependência de eventual suspensão de sua execução pelo Senado Federal. Além da eficácia automática e geral, a ação direta de inconstitucionalidade conta com maior eficiência e rapidez no desempenho, em razão da competência originária do STF, com economia das sucessivas etapas ou recursos da ação incidente.

Por tudo isso o controle direto (sobretudo o geral ou amplo) se impõe como modelo de eficiência, contribuindo, inclusive, para a desburocratização e o descongestionamento do Judiciário.

O que lhe falta é o aprimoramento (a partir da legitimação ativa), através da correção do desequilíbrio, do parcialismo e unilateralidade, para que possamos atingir, com os seus instrumentos, o equilíbrio e a harmonia de nosso sistema federativo.

Essa a idéia-força que nos anima, e que estamos tentando colocar no desenvolvimento desta tese.

III — A função do Procurador-Geral da República na representação de inconstitucionalidade

A partir da implantação do controle direto geral ou amplo, com a Emenda Constitucional nº 16/65, muita polêmica se armou entre os juristas, sobre a verdadeira função do Procurador-Geral da República na representação de inconstitucionalidade.

Muitos se apegaram à interpretação literal da Emenda nº 16, **verbis**:

“k) a representação . . . , **encaminhada** pelo Procurador-Geral da República;” (grifamos),

para concluir que o referido órgão não passava de simples encaminhador de representações ao STF, sem qualquer triagem, ainda que acompanhadas de

pareceres contrários à sua aprovação. Do contrário se transformaria, de intermediário, em juiz da representação.

A lei que regulamentou a declaração de inconstitucionalidade para os efeitos do art. 7º, nº VII, da Constituição federal de 1946 (representação interventiva) — Lei nº 4.337/64, passou a ser adotada para o novo modelo. Seu art. 2º fixa o prazo de 30 dias para o Procurador-Geral da República apresentar a argüição, o que reforçou a convicção de muitos, quanto à necessidade do encaminhamento, ainda que com parecer contrário.

Para outros, a Constituição confiara ao Procurador-Geral, na sua alta competência e idoneidade, a missão de órgão seletor, a fim de se evitarem argüições desarrazoadas, com sobrecarga para a Suprema Corte. Por isso lhe cabia arquivar as que entendesse sem fundamento razoável.

Diante da polêmica, o STF adotou, em seu Regimento Interno de 1970 (art. 174), uma posição conciliatória, admitindo três opções para o Procurador-Geral:

- a) arquivamento;
- b) encaminhamento com parecer contrário;
- c) encaminhamento com parecer favorável.

Mas não tardou um julgamento de repercussão nacional sobre a questão, para reacender os debates.

Segundo relata o ex-Ministro VICTOR NUNES LEAL (RDP, 53/25), o Movimento Democrático Brasileiro representou ao Procurador-Geral da República, argüindo a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.017/70, que instituíra censura prévia de livros e periódicos em razão da segurança nacional. Diante do arquivamento da representação pelo Procurador-Geral, o MDB apresentou reclamação perante o STF, que a julgou improcedente, em memorável julgamento de 10 de março de 1971, “após o qual, inconformado com o desfecho, renunciou à sua magistratura o saudoso Ministro Aducto Cardoso (Recl. nº 849, RTJ, 59/333)”.

Naquela oportunidade, JOSAPHAT MARINHO publicou artigo sobre a espécie, com a seguinte ementa:

“O Procurador-Geral da República é mero veículo de encaminhamento da representação formulada, nos termos do art. 2º da Lei nº 4.337, de 1964. Não lhe cabe substituir-se ao Tribunal e julgar a representação” (RDP, v. 12, p. 150).

Focalizando o mesmo julgamento, o Prof. PAULO MEDINA assim concluiu:

“Por isso, na discussão em torno da matéria, preferimos ficar do lado dos que admitem como válido o arquivamento da represen-

tação pelo Procurador-Geral. Este, como adverte o eminente Ministro da Justiça, Prof. Alfredo Buzaid, não é “mero veículo de representações”. Nem essa posição se coadunaria com a independência jurídica que caracteriza a ação dos órgãos do Ministério Público, em qualquer plano.

Colocando-nos, porém, desse lado, não deixamos de reconhecer razão na controvérsia que anima o debate e que cerca, por isso mesmo, do maior respeito a posição do ilustre Min. Adauto Cardoso, no caso referido” (RDP, v. 16, p. 171).

Ainda a propósito do “caso da censura”, o Conselho Federal da OAB promoveu estudos entre seus ilustres conselheiros, juristas de renome. Um deles, o Prof. ARNOLDO WALD, publicou o seu erudito voto a respeito, com o seguinte sumário:

“Competência privativa do Procurador-Geral para o exercício da ação direta. Constitucionalidade da Lei nº 4.337. Proposta de modificação legislativa” (RDP, v. 16, p. 163).

A sua proposta de alteração da Lei nº 4.337/64 assim se resume:

- a) encaminhamento obrigatório de representação oriunda de pessoa jurídica de direito público;
- b) se oriunda de pessoa física ou jurídica de direito privado, o Procurador-Geral deverá encaminhar com parecer ou arquivar. Do arquivamento caberá reclamação ao STF, que poderá avocar o processo.

Posteriormente, perante a VII Conferência Nacional da OAB, realizada em Curitiba, em 1978, o ex-Ministro VICTOR NUNES LEAL retomou o tema, apresentando uma tese sob o título:

“Representação de inconstitucionalidade perante o STF: um aspecto inexplorado.”

A conclusão aprovada pela VII Conferência foi esta:

“A legitimação ativa para a representação de inconstitucionalidade, ressalvados os casos em que objetive a intervenção federal nos Estados, pode ser ampliada independentemente de reforma constitucional.”

Partindo da distinção entre representação **geral** e **interventiva**, VICTOR NUNES entende que a competência constitucional para propor a primeira não é exaustiva, mas se trata de ação declaratória de inconstitucionalidade, que recai no âmbito do direito processual comum, sem carecer de emenda à Constituição. Por isso propôs a ampliação da iniciativa da representação

através de lei ordinária, inclusive da Lei Orgânica do Ministério Público da União ou mesmo do Regimento Interno do STF, que tem força de lei, no âmbito da Corte, desde a Constituição de 1967. E sugeriu as seguintes categorias de pessoas a serem incluídas na legitimação ativa para a representação geral ou ampla: os chefes dos três Poderes federais e estaduais, os Ministros de Estado, o Presidente do Conselho Federal da OAB, os presidentes das confederações profissionais, os Partidos Políticos e outros, a juízo do STF (in *Rev. de Dir. Público*, vols. 53-54, pp. 25/37. (*))

IV — O Controle direto sob o enfoque federativo

Todo esse debate de juristas tão eminentes comprova que existe um problema a exigir solução.

De nossa parte, trazemos para o debate outro “aspecto inexplorado”: o enfoque federalista, tão afeto a um Congresso de Procuradores de Estados, em que se irá debater a autonomia dos Estados federados.

Basta atentar para os dois sistemas de controle direto ou abstrato para se perceber a profunda diferença entre os mesmos, de conteúdo, de âmbito, de fins e de efeitos, com repercussão imediata e decisiva na autonomia dos Estados-Membros da Federação.

O controle interventivo visa a resguardar os princípios constitucionais sensíveis do Estado federal, sob a sanção da intervenção da União nos Estados que os violarem. Logo, o interesse da ação é, no caso, da União. A parte contrária é o Estado-Membro, e as normas visadas pelo controle são estaduais. A ação é prevista logo no início do texto constitucional, na declaração de princípios. Para servir a esse tipo de controle (sobretudo no interesse da União), foi que se atribuiu competência ou titularidade da ação direta de inconstitucionalidade ao Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público da União, incluído, na Constituição, no capítulo do Poder Executivo federal, de livre nomeação e exoneração do Presidente da República. A essa autoridade se conferiu, com propriedade indiscutível, a **legitimatio** para a representação **interventiva**. As próprias leis regulamentadoras do instituto — n.ºs 2.271/54 e 4.337/64, o foram para fins desse controle, no interesse maior da União.

Entretanto, sobreveio a Emenda Constitucional nº 16/65 e implantou o novo instituto do controle direto **geral ou amplo**, diferente em tudo do

(*) NR: A Proposta de Emenda à Constituição n.º 11, de 1984 (enviada pelo Presidente João Figueiredo ao Congresso Nacional, em abril, e retirada em junho deste ano), acrescentava ao art. 119 o § 4.º, com a seguinte redação: “A representação por inconstitucionalidade, a que se refere a alínea I do inciso I deste artigo, não poderá ser recusada pelo Procurador-Geral da República, quando solicitada por Chefe de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados, ou pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em consequência de deliberação tomada por maioria de dois terços de seus membros”. A este dispositivo da Proposta foram oferecidas, pelos Parlamentares, as Emendas n.ºs 1, 2, 6, 24, 47, 100, 117, 118, 193 e 204 (v. *Proposta de Emenda à Constituição n.º 11, de 1984* — Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, maio de 1984).

controle interventivo (salvo quanto à ação direta). Para começar, veio se colocar ao lado do controle incidental, no mesmo art. 101 da Constituição de 1946, que tratava da competência do STF, e assim em todos os demais textos básicos posteriores. Ao lado do controle **in concreto**, instituiu-se o controle **in abstracto**, a cargo do mesmo Supremo Tribunal Federal, ampliando e aperfeiçoando o sistema. Nenhuma conotação guardou com o controle interventivo, tanto que este continuou intacto, na sua função específica. Como objeto do novo controle, ao lado de normas estaduais, passaram a figurar também normas **federais**. Logo, o novo sistema estabeleceu um equilíbrio federativo em seu conteúdo e em seus fins. Só as normas municipais ficaram relegadas ao controle incidental, por razões óbvias de sobrecarga da Suprema Corte.

O novo sistema passou a ser, pois, também no interesse e em defesa dos Estados-Membros e indiretamente de seus Municípios e até de seus cidadãos: na defesa de seus direitos emanados do pacto federal, eventualmente e até acintosamente violados por decretos-leis federais inconstitucionais, ao lado de outros atos normativos, provindos de todas as áreas do Poder central.

Para se atender à simetria e ao equilíbrio do novo controle, quem não percebe que faltou nele a inclusão de pelo menos uma nova e indispensável categoria de legitimação ativa, ou seja, o representante da confiança do Estado-Membro, tal como ocorre com o da União? O próprio termo “representação”, no mais puro sentido técnico jurídico, significa agir em nome e no interesse de outra pessoa, substituindo esta na prática de um ato jurídico. Como poderia um representante da União representar o Estado-Membro na contestação da validade de uma norma federal? Há um evidente conflito de interesses e atribuições nessa atuação do Procurador-Geral da República. Faltou naturalmente a inclusão, na legitimação constitucional para a representação **geral** de inconstitucionalidade, do Chefe do Ministério Público estadual.

Aliás, para se completar o sistema, sem exageros, ficaria bem a integração dessa **legitimatío** ativa também com um representante dos cidadãos, que em todos os tempos sempre teve no advogado o seu fiel defensor: o Presidente do Conselho Nacional da OAB. Seria não só o equilíbrio e a simetria do sistema federativo como a democratização do controle direto de inconstitucionalidade. Os direitos e garantias individuais ocupam hoje um largo espaço nas constituições dos países democráticos (Const. fed., Tit. II).

Pretendemos fundamentar a tese de que o controle interventivo é no interesse da União. Fá-lo-emos com o parecer de um ilustre ex-colega nosso e renomado jurista, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, autor de um profundo estudo sobre “As partes na ação declaratória de inconstitucionalida-

de". Seu trabalho foi escrito e publicado antes da Emenda Constitucional nº 16/65, que instituiu o controle amplo, federal e estadual. Está inserido na **Revista de Dir. da Proc.-Geral da Guanabara**, vol. 13, pp. 67/80, 1964. Eis como esse notável processualista vê as partes e o interesse de agir na representação interventiva:

"O interesse na declaração prévia de legitimidade do ato interventivo pertence à União" (p. 76).

"Partes no processo são apenas o Procurador-Geral da República, como órgão da União, e o órgão estadual de que emanou o ato impugnado" (p. 79).

Como se vê, o controle interventivo se processa no interesse da União, através de seu órgão de confiança, e tendo o Estado-Membro como réu ou vítima do controle e da intervenção.

Diante dessa realidade incontestável, não se concebe como possam a Emenda Constitucional nº 16/65 e as reformas posteriores ter **mantido** a legitimação exclusiva do Procurador-Geral da República a partir do momento em que criaram um novo instituto, inteiramente diverso e até oposto ao anterior: porque a União passou a figurar também como sujeito passivo do controle, como parte **não interessada** e até **contrária** à declaração de inconstitucionalidade de lei que elaborou e pretende impor a sua vigência — como ocorreu no "Caso da Censura".

O Prof. ARNOLDO WALD, no voto que proferiu perante o Conselho Federal da OAB, já referido (**RDP**, v. 16, pp. 163/168), fez uma incursão pelo direito comparado, onde se lê:

"Foi na Austria que, em 1920, sob a inspiração de Kelsen, o antigo Tribunal do Império transformou-se em Alta Corte Constitucional, com competência para examinar a constitucionalidade das leis federais e locais, a pedido dos governos federais e provinciais ou por iniciativa própria.

A Constituição federal alemã de 8-5-1949, no seu art. 93, fixa a competência do Tribunal Constitucional para julgar as inconstitucionalidades suscitadas pelo Governo federal, pelos governos estaduais e pela terça parte dos membros do Parlamento federal alemão.

Na Itália, a Corte Constitucional criada pelo art. 134 da Constituição de 22-12-1947 teve o seu funcionamento regulamentado pela lei de 9-2-1948. O mencionado diploma deu competência privativa ao Estado italiano e às regiões ou províncias para promover a ação direta de inconstitucionalidade..." (Rev. cit., p. 165).

Depois dessas citações, o ilustre jurista conclui:

“Fizemos essa digressão sobre o direito comparado, a fim de mostrar que a posição assumida pela legislação brasileira vigente na matéria, (. . .) não discrepa da orientação vigente em outros países, não tendo havido, no caso, qualquer violação dos princípios gerais que estruturam o Estado de Direito” (Rev. cit., p. 166).

Data maxima venia, discordamos. Nossa legislação estava então e continua em profunda divergência com aquelas dos três países citados, as quais conferem legitimidade ativa **também** aos Estados-Membros e até às províncias ou regiões (Estado unitário respeita mais suas províncias e regiões do que o nosso Estado “federal”). Houve também violação dos princípios gerais que estruturam o Estado de Direito federal, pela unilateralidade e falta de reciprocidade na atribuição da competência para a representação de inconstitucionalidade (com repercussão prática na deficiência ou impossibilidade mesma do controle direto sobre os atentados federais à autonomia e à competência constitucional dos Estados-Membros). Esse o enfoque federal desprezado.

Devemos seguir o exemplo da República Federal da Alemanha, cuja Lei Fundamental de 23 de maio de 1949 assim dispõe:

“Artigo 20 — 1. A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social.

Artigo 93 — 1. Compete ao Tribunal Constitucional Federal:

2º — julgar, a requerimento do Governo federal, do Governo de um Estado ou de um terço dos membros da Assembléia federal, sobre a compatibilidade formal e material do direito federal ou do direito dos Estados com a presente Lei Fundamental e sobre a compatibilidade do direito dos Estados com o direito federal;” (in **Constituições Políticas de Diversos Países**, trad. do Prof. JORGE MIRANDA LISBOA. Lisboa, Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 1975).

V — Conclusão

Ante os fundamentos expostos, propomos ao IX CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DO ESTADO seja aprovada a seguinte redação para a alínea I do inciso I do artigo 119 da Constituição federal:

- I) a representação do Chefe do Ministério Público federal ou estadual, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual.”

VI — Bibliografia

- ANTUNES, J. Pinto — **Da Limitação dos Poderes**. Belo Horizonte, 1955.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira — **Teoria Geral do Federalismo**. Belo Horizonte, FUMARC, 1982.
- BARBI, Celso Agrícola — "Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil", **RDP**, v. 4, pp. 34/43.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos — "As partes na ação declaratória de inconstitucionalidade", **RDPGG**, v. 13, 1964, pp. 67/80.
- BUZAID, Alfredo — **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. SP, Saraiva, 1958.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão — **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro, Borsoi, 1958.
- DUARTE, Clencio da Silva — "Inconstitucionalidade de lei — Representação do PGR", **RDP**, v. 2, pp. 150/155.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha — **Poder Constituinte do Estado-Membro**. SP, Rev. dos Tribs., 1979.
- HORTA, Raul Machado et alii "Perspectivas do Federalismo Brasileiro", **Rev. Bras. Est. Políticos**, Belo Horizonte, 1958.
- **Da Autonomia do Estado-Membro no Dir. Const. Brasileiro**. Belo Horizonte, Estab. Gráfico Santa Maria, 1964.
- "Reconstrução do Federalismo Brasileiro", in **Seminário de Direito Constitucional** do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, Belo Horizonte, Edit. LEMI S/A, 1981.
- LEAL, Victor Nunes — **Problemas de Direito Público**. Rio, Forense, 1960.
- "Representação de inconstitucionalidade perante o STF: um aspecto inexplorado", **RDP**, vols. 53/54, pp. 25/37.
- LOUREIRO JR. — **O Controle da Constitucionalidade das Leis**. São Paulo, Max Limonad, 1957.
- MARINHO, Josaphat — "Inconstitucionalidade de lei — Representação ao STF", **RDP**, v. 12, pp. 150/152.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa — "Arquivamento de representação por inconstitucionalidade de lei", **RDP**, v. 16, pp. 169/171.
- MEIRA, Silvio — "Federalismo e Centralização", **RDP**, v. 32, pp. 67/77.
- PONTES DE MIRANDA — **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969**. 2ª edição, Rev. dos Tribs.
- REIS, Henoch — "Inconstitucionalidade de lei na doutrina brasileira", **RDP**, v. 2, pp. 41/43.
- SÁ FILHO, Francisco — **Relações entre os Poderes do Estado**. Rio, Borsoi, 1959.
- SILVA, José Afonso da — **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Rev. dos Tribs., 1976.
- "O Estado-Membro na Constituição Federal", **RDP**, v. 16, pp. 15/29.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo — "Controle da constitucionalidade no Brasil e em Portugal", **RDP**, v. 28, pp. 18/36.
- WALD, Arnoldo — "Da iniciativa para o exercício da ação direta de declaração de inconstitucionalidade", **RDP**, v. 16, pp. 163/168.

Autonomia municipal e intervenção

RAIMUNDO VIANA

Procurador do Estado da Bahia

I – *Autonomia municipal*

É da tradição do direito constitucional brasileiro, com maior ou menor acentuação, o pontificado da autonomia municipal, entendida como o poder de autodeterminação dentro dos limites que forem prefixados pelo constituinte e se destina fundamentalmente aos organizadores dos Estados-Membros que não poderão descumprir o princípio nas Constituições e leis que adotarem.

A vigente Constituição do Brasil, em seu art. 15, estabelece os pressupostos mínimos da autonomia municipal, a saber: *a*) eleições diretas para os Poderes do Município (Prefeitura – Executivo – e Câmara de Vereadores – Legislativo); *b*) administração própria, no que respeite seu peculiar interesse (decretação e arrecadação de seus tributos, aplicação de suas rendas e organização dos serviços públicos locais).

Os Estados, ao se organizarem, deverão assegurar esse mínimo, podendo ampliar a esfera de autodeterminação municipal, sendo-lhes defeso, entretanto, qualquer restrição ou limitação, no particular, sob pena de intervenção federal, nos exatos termos definidos no art. 10 da Constituição federal.

É de ressaltar-se, por oportuno, que a estrutura municipal tem na Carta Magna sua determinação e, naturalmente, aí estão alinhadas explícita ou implicitamente as restrições ou condicionamentos à sua autonomia. Com efeito, a ação municipal, no plano político, poderá sofrer interferência do Estado, através da intervenção, nos casos, evidentemente, especificados constitucionalmente. Além do mais, o constituinte, de logo, consignou limitações à autonomia do Município, primeiro quanto aos das Capitais e daqueles *considerados* estâncias hidrominerais por lei estadual ou, ainda, *declarados* por lei federal de interesse da segurança nacional, nos quais os Prefeitos são *nomeados* e não eleitos pelo povo. Em segundo lugar, a Constituição fixa o número máximo de integrantes das Câmaras Municipais (art. 15, §§ 4º e 5º) e manda que o controle externo da Câmara Municipal seja exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado ou de órgão estadual, no caso o Conselho de Contas. Observe-se que somente poderão instituir Tribunal de Contas os Municípios com população superior a dois milhões de habitantes e renda tributária acima de quinhentos milhões de cruzeiros. Em terceiro lugar, a própria remuneração dos Vereadores, a ser fixada pela respectiva Câmara, haverá de observar os limites e critérios estabelecidos em lei complementar. Aliás, a própria organização municipal, a criação do Município e sua divisão, dependem de lei estadual. Por último, manda aplicar aos funcionários municipais todas as regras previstas na Seção reservada aos funcionários públicos, inclusive no tocante à situação do servidor municipal investido em mandato eletivo no âmbito executivo ou legislativo (cf. arts. 104 e 108 da Constituição).

Pela sua importância, reclama exame demorado o instituto da intervenção do Estado no Município, precisamente porque daí se irradiam conseqüências e referenciais que explicam todas as demais restrições à autonomia municipal.

II — *Intervenção. Hipóteses*

Um dos consectários inafastáveis da autonomia municipal é o princípio que veda, como regra geral, a intervenção estadual no Município. Essa norma foi elevada a *status* constitucional pela Carta de 1934 que abriu exceção apenas para os casos em que fosse reclamada a “regularização das finanças municipais” (art. 13, § 4º), linha essa adotada pela Constituição de 1946 em seu art. 23. Em 1966 o Projeto de Constituição apresentado pelo governo deixava a matéria a critério das Constituições estaduais (cf. art. 15, § 3º), sofrendo, porém, emendas nesse ponto a fim de que, de logo, como era da tradição brasileira, ficassem positivadas as hipóteses que permitissem a intervenção. E assim ficou, embora com acréscimos. Com efeito, em 1946 duas eram as hipóteses e que em 1967 foram para três.

Finalmente, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, elevou para seis os casos de intervenção (art. 15, § 3º), quais sejam: 1) impontualidade no pagamento de empréstimo garantido pelo Estado; 2) falta de pagamento, por dois anos consecutivos, da dívida fundada, entendida esta, conforme prescreve a Lei nº 4.320, de 17-3-64, como "os compromissos de exigibilidade superior a 12 meses contraídos para atender o desequilíbrio orçamentário ou financeiro de obras e serviços públicos"; 3) falta de prestação de contas devidas, na forma da lei; 4) provimento de representação pelo Tribunal de Justiça sobre inobservância de princípios indicados na Constituição estadual ou para prover à execução de lei, ordem ou decisão judiciária; 5) prática, na administração municipal, de atos subversivos ou de corrupção; 6) falta de aplicação, no ensino primário, em cada ano, de 20%, pelo menos, da receita tributária municipal.

Desses permissivos, os três últimos foram incluídos pela Emenda Constitucional nº 1/69, elastecendo consideravelmente o âmbito de incidência dessa medida extrema. *Em verdade, embora não se possa discutir que a autonomia municipal não deverá ser sustentada diante de violação a princípios constitucionais, descumprimento de lei, ordem ou decisão judiciária, uma vez que, em caso contrário, seria a consagração do arbítrio municipalista, o mesmo não se poderá dizer quanto aos dois últimos casos que autorizam e impõem a intervenção (atos de corrupção ou subversão e inaplicação do percentual mínimo de 20% da receita tributária no ensino primário).* Em primeiro lugar, a despeito da imperiosa necessidade em ser preservada a moralidade no trato com a coisa pública em qualquer esfera e não apenas a nível municipal, a caracterização da irregularidade é muito difícil, tornando a hipótese, portanto, muito perigosa. O mesmo se diga, e com mais razão, sobre a subversão. Trata-se de conceitos muito imprecisos e, em certas ocasiões, dependentes apenas da ótica dos sistemas repressivos que podem antever corrupção ou subversão em razão apenas de sua visão filosófica ou política, ficando, pois, a autonomia municipal, conquista de muito tempo, sujeita a graves riscos.

Poder-se-ia dizer que se entende por corrupção a prática de atos definidos como crimes de responsabilidade, isto é, contra o patrimônio e a administração pública, enquanto a subversão seria a prática de atos tendentes à derrubada de autoridades regularmente constituídas e a substituição da ordem vigente no plano social, político e econômico em desacordo com os meios que a ordem jurídica consagra.

Como se observa, esses atos já estariam sancionados por outra forma, inclusive com o afastamento do Prefeito e de Vereadores (cf. Decreto-Lei nº 201/67) ou pela Lei de Segurança Nacional ou pelo próprio Código Penal, tornando-se desnecessária a intervenção, a não ser quando for esta imprescindível para assegurar a eficácia de atos sancionadores de natureza diversa.

Em nosso Estado, a medida foi adotada em 1972, nos Municípios de Planalto e de Cansação, tendo o Senhor Governador do Estado, porém, o cuidado de ressaltar nos respectivos atos (Decretos n.ºs 22.910, de 11 de maio, e 22.824, de 4 de abril de 1972), que a motivação não se limitou aos atos de malversação e sim e principalmente à necessidade de ser restaurada “a ordem e moralidade administrativas sem qualquer preocupação com pessoas ou interesses que não seja a de também assegurar a ordem pública”, o que não seria alcançado com a plenitude da autonomia municipal. Por outro lado, esses atos tiveram nítido caráter cautelar, uma vez que visavam, também, impedir a continuidade delitiva contra o patrimônio municipal.

Quanto à inobservância do percentual de 20%, no mínimo, de aplicação da receita tributária municipal no ensino primário, é providência que, *de lege ferenda*, não pode prevalecer, já que não deve ser o ensino primário colocado sob a responsabilidade municipal. Aliás, nenhuma atividade é mais prioritariamente da responsabilidade federal que o ensino em todos os seus graus e deve obedecer a um sistema único quer quanto à sua estruturação ou execução, evitando-se, com isto, as grandes disparidades atualmente existentes no Brasil. Do ponto de vista jurídico, todavia, a hipótese descomporta dúvidas na sua exata configuração.

III – *Finalidades e características*

A intervenção é, portanto, o instituto que visa, fundamentalmente, impedir tendências desagregadoras, comportamentos estranhos à moralidade e à ordem política, social, econômica e jurídico-administrativa e a corrigir atitudes prepotentes de certos governos municipais e consiste na transferência ao Estado, temporariamente e em caráter excepcional, da competência que ao Município conferem as Constituições federal e estadual. Suas características, portanto, são a excepcionalidade e a temporariedade, só podendo ser imposta nos restritos casos previstos na Carta Magna, vedada qualquer alteração, no particular, pelo constituinte estadual.

IV – *Processo*

A Constituição do Brasil prescreve em seu art. 15, § 3º, que a intervenção nos Municípios, como exceção aos princípios que consagrou sobre sua autonomia, cabe apenas e tão-somente naqueles casos que ali estão expressamente relacionados, retirando, portanto, a matéria da competência legiferante dos Estados.

Mas, em regra dúbia prescreve que o instituto deverá ser “regulado na Constituição do Estado”, deixando ao intérprete larga margem para inquieta-

ções. Com efeito, muitos aspectos do problema reclamam disciplina, inclusive e principalmente quanto a seu respectivo processo.

A Constituição baiana estabelece que o Estado intervirá nos Municípios espontaneamente, isto é, *ex officio*, ou a pedido de seus órgãos executivos ou legislativos. Com isto, resulta equacionada a questão sobre a iniciativa do processo de intervenção. Convém ressaltar-se que como órgãos devem-se entender não apenas os respectivos poderes, organicamente considerados, ou seja, o Prefeito e a Câmara, uma vez que se assim não fosse, estariam impedidos de postular a intervenção os Vereadores individualmente e qualquer outro setor do Executivo. Aliás, seria conveniente que qualquer eleitor fosse considerado parte legítima para pedir a intervenção, até porque, via de regra, os dois Poderes podem estar em co-autoria na prática de atos que autorizam a medida.

O que se tem observado, na prática, é a remessa de denúncia formulada por Vereadores ou grupos de Vereadores e até mesmo por chefes políticos sem mandato popular ao Governador do Estado e até a Ministros!

O ato é da competência do Governador do Estado e deverá fixar sua amplitude, prazo e condições de execução. Não há, portanto, parâmetros máximos e mínimos quanto ao conteúdo e duração da medida. Nos dois casos acima citados, os decretos do Governador do Estado fixaram o prazo de "até noventa dias" e a execução foi confiada a um interventor que assumiu as funções de Chefe do Poder Executivo Municipal, sendo mantido o normal funcionamento das respectivas Câmaras de Vereadores e dos órgãos do Poder Judiciário naqueles Municípios. Aliás a Constituição anterior prescrevia que a intervenção deveria ser "decretada em lei especial" (art. 99, §§ 1º e 2º), cabendo ao Governador a sua execução, dando à Assembléia conhecimento dos resultados.

A matéria nunca teve tratamento uniforme, tanto assim que no Rio Grande do Sul a solução encontrada foi a mesma, enquanto nos Estados do Mato Grosso, São Paulo, Sergipe, à Assembléia competia *autorizar* a intervenção, enquanto no Pará a competência era do Governador do Estado, *ad referendum* da Assembléia Legislativa.

Forçoso é reconhecer que a cessação dos motivos da medida ou a remoção dos obstáculos à regularidade administrativa, no Município, impõe a suspensão do regime de exceção resultante da intervenção.

Quanto à participação da Assembléia Legislativa no *processo de intervenção*, o constituinte estadual não se houve com a devida clareza. Em verdade, o ato de intervenção será submetido à apreciação da Assembléia Legislativa que, se estiver em recesso, deverá ser convocada, no prazo de cinco dias, para esse fim, na conformidade do disposto no art. 101, §§ 1º e 2º

Dúvidas existem, no particular, sobre a natureza e extensão do pronunciamento legislativo, isto é, se o mesmo opera como condição *resolutiva* ou *suspensiva*. Com efeito, prescreve o art. 56, inciso X, que a medida será imposta *mediante a aprovação* da Assembléia, o que leva à conclusão de que essa aprovação é que dá *eficácia* ao ato. Entretanto, o § 1º do art. 101 diz que o ato de intervenção *será submetido à apreciação da Assembléia*, gerando, com isto, a presunção de que sua eficácia é imediata, ou seja, o pronunciamento legislativo operaria como condição meramente *resolutiva*. Acrescente-se, entretanto, que o entendimento a prevalecer não é este e sim o que aponta a condição como *suspensiva*. Naturalmente, além das considerações já expendidas, em sentido contrário, há de argumentar-se com a regra do § 3º do referido art. 101, isto é, que o ato de intervenção, na hipótese do inciso V (corrupção ou subversão), *será expedido ad referendum da Assembléia Legislativa*. É claro que se trata de uma exceção à regra geral, até porque, se assim não o fosse, a disposição seria inócua, conclusão esta vedada ao intérprete que não pode vislumbrar na lei textos ou expressões inúteis.

Assinale-se, ainda, que no capítulo reservado à definição das atribuições da Assembléia foi inscrito que lhe cabe “aprovar ou suspender a intervenção nos Municípios, nos casos previstos na Constituição e em lei complementar” (art. 19, inciso XIII). Esta regra deve se compatibilizar plenamente com o raciocínio que vem sendo desenvolvido, com base nas disposições citadas. Evidentemente, há casos em que a eficácia do ato reclama a aprovação do Legislativo, e esta é a regra, ficando como exceção apenas um caso diante do qual a Assembléia ou lhe empresta aprovação para que continue produzindo seus efeitos ou não, quando então determinará sua suspensão. Isto equivale a dizer que o comum é o ato de intervenção só se perfazer com o pronunciamento da Assembléia Legislativa quanto a seu conteúdo. De resto, impõe seja definido se a Assembléia pode modificar o ato ou se está limitada a aprová-lo ou desaprová-lo. Entendo que não se trata de matéria que permita emenda, ainda que não se relacione a *despesa*, embora não esteja esta de todo afastada. Sua iniciativa é da competência exclusiva do Governador do Estado e, portanto, deverá ser considerada globalmente para ser ou não aprovada. Entender-se o contrário é transferir ao Legislativo competência que lhe foi excluída, posto que afetada, em caráter exclusivo, ao Chefe do Poder Executivo.

O pronunciamento da Assembléia Legislativa aprovando a intervenção, em qualquer caso, só terá validade se contar com o sufrágio de 2/3 (dois terços) dos seus membros, nos exatos termos do art. 31, inciso II, da Constituição do Estado, o que, sem dúvida, representa uma garantia considerável à autonomia municipal, uma vez que esse *quorum* não é de fácil constatação, mesmo com as naturais maiorias dos Legislativos sob o controle do Governador do Estado.

Situação pode ocorrer que, pelas suas circunstâncias, acarretam a desnecessidade da participação da Assembléia Legislativa no processo de intervenção. Em verdade, não tem sentido o exame pela Assembléia do ato de intervenção baseado em decisão do Tribunal de Justiça sobre representação lastreada nos elementos indicados na disposição constitucional se a só suspensão do ato impugnado, pelo Governador, for suficiente à plena restauração da normalidade. No particular, a Constituição federal tem regra expressa, exigindo tão-só que a suspensão tenha produzido seus efeitos com eficácia plena (cf., arts. 11, § 2º, e 12, § 2º). Portanto, o mesmo princípio deverá ser invocado na esfera estadual, a despeito da omissão da Constituição estadual.

V – *Formalidades procedimentais*

São muito frequentes os pedidos de intervenção baseados apenas em longas exposições, mais das vezes carregadas de pesadíssimas acusações de Vereadores contra o Prefeito municipal, desacompanhadas das respectivas provas ou instruídas com peças que não valem por si mesmas. Casos há, inclusive, em que o problema é levado até à Presidência da República ou ao Ministério da Justiça, quando já não estão embasando processo judicial por crime de responsabilidade ou processo de *impeachment* pela Câmara de Vereadores. Assim, o pedido deverá se fazer acompanhar de provas suficientes ou, ao menos, de dados que permitam uma criteriosa investigação ainda que sumária.

Por outro lado, em face de omissão da lei, é aconselhável, notadamente em respeito ao secular princípio da bilateralidade do processo e à garantia da ampla defesa, que diante dos pedidos de intervenção seja nomeada uma comissão a fim de apurar as acusações, com profundidade e imparcialidade, sempre com a audiência das autoridades municipais envolvidas e sujeitas aos efeitos da medida excepcional, sugerindo-se o parecer dos órgãos de assessoramento jurídico do Executivo, no caso, a Procuradoria-Geral do Estado, assegurando-se, com isto, a justa e fundamentada decisão do Governador do Estado. Aliás, recentemente a Procuradoria Especializada de Atos e Contratos, com o Parecer nº 41/79, se pronunciou exatamente neste sentido, assentando o entendimento segundo o qual a intervenção deve ser precedida de muitas cautelas, dentre as quais a colheita de prova hábil e audiência do Prefeito Municipal, o que deverá ser feito em processo regularmente formalizado. E no Parecer nº 60/80, assinei *in verbis*:

“O procedimento da intervenção não está disciplinado convenientemente nem na Constituição do Estado, como manda a regra inserta no art. 15, § 3º, da Constituição do Brasil, e nem em outro qualquer diploma normativo. Sabe-se apenas que o mesmo pode nascer por iniciativa *ex officio* do Governador do Estado ou a pedido dos órgãos

executivos ou legislativos do Município (Prefeito ou Câmara de Vereadores) e, ainda, em cumprimento a decisão do Tribunal de Justiça quando do provimento a representação do Ministério Público para “assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição estadual, bem como para prover a execução da lei ou da ordem ou decisão judicial”.

Como se observa, apenas nesse último caso as etapas procedimentais estão definidas, a saber: a) comunicação do Tribunal de Justiça; b) decreto de intervenção; c) apreciação da Assembléia Legislativa.

Em todas as demais hipóteses, embora haja silêncio normativo, haverá necessidade de uma comprovação plena dos fatos que tipifiquem a medida, não bastando apenas meras alegações ou suposições. Por isto mesmo, mandam a prudência e os próprios princípios informadores de qualquer decisão, que seja *motivada*, o que só poderá ocorrer se houver apuração imparcial dos fatos, sem prejuízo da defesa do chefe do Governo municipal, que é o seu Prefeito, principalmente quando ao mesmo forem atribuídas as irregularidades que deram causa ao pedido de intervenção.

Essas cautelas objetivam, naturalmente, assegurar ao Governador do Estado a prolação da justa e correta decisão sem afetar o prescrito constitucional que proclama a autonomia municipal.”

Com isso, resultarão preservados os princípios do contraditório e da amplitude da defesa, impedindo decisões subjetivas e prepotentes em prejuízo da autonomia municipal e dos direitos individuais das autoridades sobre as quais se lançam os reflexos da medida.

VI – A intervenção e o Judiciário

Tratando-se de ato que envolve, em essência, a um só tempo, a situação do Município, assim considerado como pessoa jurídica de direito público interno, como também o chefe do seu Poder Executivo principalmente, assim como, eventualmente, os próprios integrantes da Câmara de Vereadores, seu exame não poderá ser subtraído do Poder Judiciário, nos exatos termos do art. 153, § 4º, da Constituição federal. Desta forma, até mesmo através de mandado de segurança os que se julgarem lesados em seus direitos individuais poderão reclamar o desfazimento do ato, sob o fundamento de ter havido irregularidade no respectivo processo de intervenção. Todavia, não parece razoável que ao Judiciário caiba examinar as questões de conveniência que dêem motivação ao ato administrativo da intervenção, seguindo-se, no particular, orientação dominante na doutrina e também em jurisprudência dos nossos tribunais.

Competência tributária do Município: fundamentos constitucionais

CARLOS VALDER DO NASCIMENTO

Professor de Legislação Tributária e
Direito Constitucional da Universidade
Santa Cruz — Bahia

SUMÁRIO

1. O MUNICÍPIO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL
 - 1.1. *A Constituição federal e o Município*
 - 1.2. *O conceito de Município*
2. AUTONOMIA MUNICIPAL
 - 2.1. *Considerações preliminares*
 - 2.2. *Autonomia política*
 - 2.3. *Autonomia financeira*
 - 2.4. *Autonomia administrativa*
3. COMPETÊNCIA E PROCESSO LEGISLATIVO
 - 3.1. *A competência legislativa municipal*
 - 3.2. *O processo legislativo municipal*
 - 3.2.1. *As leis tributárias municipais*
 - 3.2.2. *Os decretos: regulamentação das leis*
 - 3.2.3. *As normas complementares*
4. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DO MUNICÍPIO
 - 4.1. *Noção conceitual*
 - 4.2. *Discriminação de rendas tributárias*
 - 4.2.1. *Imposto sobre a Propriedade Territorial e Predial Urbana*
 - 4.2.2. *Imposto sobre os serviços de qualquer natureza*
 - 4.2.3. *Participação em outros impostos e fundos*
 - 4.2.4. *Taxas*
 - 4.2.5. *Contribuição de melhoria*
5. CONCLUSÕES E SUGESTÕES
6. ANEXO

1. O MUNICÍPIO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL

1.1. A Constituição federal e o Município

Vale consignar, de início, que o Município não integra o sistema federativo, todavia a Constituição federal lhe assegurou a autonomia financeira, através da outorga de competência tributária, para decretar e arrecadar tributos no âmbito de sua jurisdição.

Corroborando o ponto de vista expendido, o publicista SAHID MALUF afirma que:

“Os Municípios, no Brasil, não fazem parte da estrutura do sistema federal, mas são entidades político-administrativas relativamente autônomas, resultantes de um regime administrativo tradicionalmente descentralizado, e têm essa autonomia assegurada na própria Constituição federal” (1).

Observa-se, portanto, que a competência tributária não é uma característica intrínseca do sistema federativo. Isto porque, segundo SAMPAIO DÓRIA, a autonomia financeira, objeto do poder tributário, “se realiza pela outorga de competência impositiva aos entes federados, em caráter privativo ou concorrente” (2). E acrescenta: “Desfaz-se, assim, a opinião comumente sustentada de ser a discriminação de rendas característica essencial do federalismo” (3).

Sobre a coexistência harmônica das três esferas de governo (central, regional e local), no tocante à atividade financeira de cada um, cabe aqui trazer o testemunho do ex-Presidente Geisel:

“Assim, sem quebra de autonomia assegurada aos Estados e Municípios, nos termos da Constituição, estabeleceram-se novas formas de cooperação, racionalidade e entrosamento nas relações intergovernamentais que adquiriram sentido mais construtivo, menos egoísta e menos isolacionista. Passamos a praticar um federalismo solidário que reparte entre a União, os Estados e os Municípios as responsabilidades pela execução dos programas governamentais, mediante a aplicação dos recursos, de que os Governos podem dispor, de maneira mais eficiente, e visando ao desenvolvimento integrado” (4).

1.2. O conceito de Município

No âmbito constitucional, o Município ganha relevo como uma unidade de fundamental importância na estrutura do sistema federativo. Ocupando

(1) MALUF, Sahid. *Direito Constitucional*. 3.ª edição. São Paulo, Sugestões Literárias, 1974, p. 141.

(2) DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de Rendias Tributárias*. São Paulo, José Bushatsky Editor, 1972, p. 14.

(3) DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Op. cit.*, p. 15.

(4) GEISEL, Ernesto. “O Governo federal e os Municípios”. *Revista de Administração Municipal*. Rio de Janeiro, IBAM, n.º 136, 1976, p. 67.

um espaço territorial delimitado e gozando de autonomia política, administrativa e financeira, o Município desenvolve atividades essenciais de interesse da coletividade, dentro da esfera de competência delineada pela Carta Magna.

O Município se destaca, pois, como ente autônomo da Federação, isto é, como pessoa política, com capacidade de estruturar e manter sua organização político-administrativa. Prevalecendo-se desse mandamento constitucional, pode o Município editar suas normas jurídicas e administrativas com vistas a fixar a estrutura dos órgãos indispensáveis ao cumprimento de suas atividades de governo.

ERICK BECKER, citado por PINTO FERREIRA, dentro de uma abordagem de natureza conceitual, esclarece que:

“O Município (Gemeinde) é uma corporação territorial intercalada no Estado, com governo próprio que se realiza através de órgãos escolhidos e próprios, regulando em seu próprio nome assuntos da comunidade local nos limites das leis e da auto-responsabilidade” (5).

Não discrepando do conceito acima formulado, MARCELO CAETANO, com a autoridade do seu magistério, assegura que o Município é “a localidade situada no território de um Estado, onde a gestão dos interesses coletivos dos habitantes é exercida pelos próprios vizinhos, diretamente ou por intermédio de órgãos que os representam” (6).

Acresce evidenciar, finalmente, que, sob uma perspectiva legal, o Município é pessoa jurídica de direito público interno, (7) cujo domicílio é o lugar onde funciona a administração municipal, (8) “e, como tal, dotado de capacidade civil plena para exercer direitos e contrair obrigações em seu próprio nome, respondendo por todos os atos de seus agentes” (9).

2. AUTONOMIA MUNICIPAL

2.1. Considerações preliminares

A autonomia é aptidão que possui o Município para escolher de modo livre e direto os seus dirigentes e fixar, dentro de sua esfera de competência, o rumo que norteará sua própria administração. É, portanto, a capacidade de editar as normas jurídicas e administrativas, dispondo sobre a gestão dos negócios públicos, estruturação e funcionamento de órgãos bem como o disciplinamento das atividades do funcionalismo municipal.

(5) PINTO FERREIRA, Luiz. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ª edição. São Paulo, Saraiva, 1978, p. 149.

(6) CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 31.

(7) Código Civil brasileiro, art. 14, inciso III.

(8) Código Civil brasileiro, art. 35, inciso III.

(9) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 3.ª edição. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 142.

A autonomia, segundo LUIS ROBERTO BARROSO, é “a faculdade que possui determinado ente de traçar as normas de sua conduta, sem que sofra imposições restritivas de ordem estranha” (10).

E acrescenta:

“A autonomia, corolário natural da descentralização política, é, por esta razão, inerente à própria definição de Estado federal, e se pauta dentro dos limites de competência determinados e assegurados pela Constituição federal” (11).

Para HELY LOPES MEIRELLES (12), que também raciocina neste sentido, a autonomia é uma prerrogativa de natureza política facultada ao Município pela Carta Magna, visando à composição do seu governo e à constituição de sua administração, segundo a ordem legal vigente. E arremata afirmando que a autonomia assegurada constitucionalmente ao Município é “um direito público subjetivo de organizar o seu governo e prover a sua administração, nos limites que a Lei Maior lhes traça” (13).

Deduz-se, pois, do raciocínio acima formulado, que a autonomia municipal é assegurada pelo texto constitucional vigente e se consubstancia nos princípios enumerados a seguir: a) a eleição de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores; b) administração própria, no que se refere ao seu peculiar interesse, decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação de suas rendas; e c) organização dos serviços públicos locais” (14).

É neste tripé que reside fundamentalmente a autonomia municipal que se desdobra em autonomia política, financeira e administrativa do Município.

2.2. Autonomia política

A autonomia política do Município é assegurada “pela eleição direta de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores” (15), consoante dispositivo inserto na Constituição federal. É nessa escolha dos representantes do Poder Legislativo e do Poder Executivo municipal que se alicerça a base fundamental do poder político assecuratório do princípio da autonomia municipal no campo político.

É bem de ver, entretanto, que a autonomia política sofreu restrições com o advento da Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, porquanto os Prefeitos das Capitais dos Estados e dos Municípios considerados estâncias

(10) BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Brasileiro: o Problema da Federação*. Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 22.

(11) BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 22.

(12) MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 86.

(13) *Ibidem*, p. 87.

(14) Constituição federal, art. 15, incisos I e II, a e b.

(15) Constituição federal, art. 15, inciso I.

hidrominerais, em lei estadual, passaram a ser nomeados pelo Governador com prévia aprovação da Assembléia Legislativa ⁽¹⁶⁾.

Tal restrição se estendeu, ainda, aos Prefeitos dos Municípios declarados de interesse da segurança nacional por lei de iniciativa do Poder Executivo, que somente poderão ser nomeados pelo Presidente da República ⁽¹⁷⁾. Insurgindo-se contra essa sistemática, o que considera de tendência centralizadora, LUIS ROBERTO BARROSO assim se posiciona:

“Evidencia-se, aí, mais uma vez, a tendência não apenas centralizadora, mas igualmente autocrática imprimida pela nova Constituição. À concentração vertical do poder — subjugando a capacidade de autogoverno dos Municípios à aprovação da União — soma-se a concentração horizontal nas mãos do Executivo” ⁽¹⁸⁾.

Dispõe, ainda, o texto constitucional que a eleição de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores será realizada simultaneamente em todo o País, na mesma data das eleições gerais para Deputados ⁽¹⁹⁾. Por outro lado, a remuneração dos Vereadores é fixada, consoante critérios estabelecidos pela lei complementar, pelas Câmaras Municipais para a Legislatura seguinte.

Cumprе salientar, por fim, que “o número de Vereadores será, no máximo, de vinte e um, guardando-se proporcionalidade com o eleitorado do Município”; “nos Municípios com mais de um milhão de habitantes, o número de Vereadores será de trinta e três” ⁽²⁰⁾. Essas são as regras gravadas na Constituição federal que, a nosso ver, fixam os limites delimitadores da autonomia política do Município.

2.3. Autonomia financeira

Críticas das mais veementes têm sido dirigidas, ultimamente, ao funcionamento do sistema tributário nacional, especialmente pelas autoridades municipais que, segundo se veicula, estão se sentindo impotentes para conduzir os destinos da municipalidade com a tranqüilidade capaz de assegurar o desenvolvimento e o bem-estar dos Municípios sob sua jurisdição.

Alegam esses críticos a excessiva centralização do sistema que, em razão disso, não oferece qualquer flexibilidade ao Município no sentido de captar recursos financeiros visando à satisfação das reais necessidades públicas. Com isso perde em parte a autonomia financeira que lhe é assegurada pela Constituição federal. Com efeito, essa autonomia reside fundamentalmente na possibilidade de o Município organizar e manter os serviços públicos locais.

(16) Constituição federal, art. 15, § 1.º, letra a.

(17) Constituição federal, art. 15, § 1.º, letra b.

(18) BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.*, p. 74.

(19) Constituição federal, art. 15, inciso I.

(20) Constituição federal, art. 15, §§ 4.º e 5.º

DIOGO LORDELLO MELLO, conquanto sustentando o alto grau de autonomia política e administrativa dos Municípios, reconhece que estes são ainda “muitíssimo dependentes, financeiramente, de transferência da União e do Estado-Membro” (21).

Diante desse quadro, vale dizer que a denominada autonomia financeira municipal foi assegurada pela Carta Magna de 1934, com a concessão aos Municípios de taxas e impostos próprios. A Constituição federal de 1946 incluiu ainda na competência local o Imposto de Indústria e Profissões e o Imposto sobre Atos de Economia Interna ou Assuntos da Competência Municipal, conhecido como o Imposto do Selo. Com a Emenda Constitucional nº 5, de 21-11-61, o Município passou a ter, com exclusividade, o Imposto Territorial Rural e o Imposto de Transmissão de Propriedade Imobiliária — SISA.

A experiência não foi bem sucedida no que diz respeito à elasticidade do campo impositivo do Município, pois, segundo **HELY LOPES MEIRELLES**:

“Demonstrou que a ampliação da competência tributária municipal não produziu o efeito desejado, ou seja, aumento dos recursos financeiros indispensáveis ao atendimento das sempre crescentes necessidades coletivas. Conseqüentemente, viviam os Municípios na dependência dos recursos oriundos da participação em impostos federais e estaduais, bem como dos empréstimos e subvenções” (22).

Apesar dessas opiniões divergentes, importa ponderar, entretanto, que o legislador constitucional delineou o campo da autonomia financeira municipal, assegurada quanto à “decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação de suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei” (23).

Tal autonomia financeira ficou patenteadada com a inclusão dos Impostos sobre a Propriedade Territorial e Predial Urbana e sobre Serviços de Qualquer Natureza na competência impositiva do Município, através da Emenda Constitucional nº 18, de 1º-12-65, responsável pela reforma do Sistema Tributário Nacional.

Além dos impostos acima referidos, manteve-se a competência tributária do Município para a instituição de taxas em função de seu regular exercício do “poder de polícia, ou de utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição” (24). E ainda contribuições de melhoria e respectiva participação nos tributos estaduais e federais (impostos).

(21) MELLO, Diogo Lordello. “O Controle dos Governos Municipais”. *Revista de Administração Municipal*. Rio de Janeiro, IBAM, n.º 136, maio-Junho de 1976, p. 61.

(22) MEIRELLES, Hely Lopes. *Finanças Municipais*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1979, p. 72.

(23) Constituição federal, art. 15, II, a.

(24) Código Tributário Nacional, art. 77.

2.4. Autonomia administrativa

Devidamente fundamentada na Carta Magna, a autonomia do Município consiste na prerrogativa deste de dispor, além da administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse, da organização dos serviços públicos. Trata-se, portanto, de outro princípio constitucional que assegura a autonomia administrativa do Município, para que este possa gerir as atividades públicas no âmbito de sua competência.

A administração própria não é outra senão a gerência dos serviços compreendidos nas atribuições do Município, como esclarece HELY LOPES MEIRELLES: “é a gestão dos negócios locais pelos representantes do povo no Município, sem interferência dos poderes da União ou do Estado-Membro”⁽²⁵⁾.

Mas essa administração própria há de ser circunscrita ao peculiar interesse do Município, ou seja, realizada dentro do estrito campo de atuação municipal como atividade preponderante em relação aos outros entes autônomos da Federação. “O que define e caracteriza o peculiar interesse, inscrito como dogma constitucional, é a predominância do interesse do Município sobre o do Estado ou da União”⁽²⁶⁾.

Outro tópico de relevância fundamental é o que diz respeito à organização dos serviços públicos que, também, se caracteriza como um dos elementos constitutivos da autonomia municipal. Na verdade, em sendo uma Unidade da Federação com capacidade política, o Município não poderia ter restringida sua capacidade para se auto-organizar, isto é, capacidade para dispor sobre a instituição e organização dos órgãos que lhe dão existência.

E essa capacidade de auto-organização é muito importante do ponto de vista formal, como manifestação da autonomia, tanto que há, nesse sentido, formulação de LUÍS ROBERTO BARROSO realçando esse aspecto:

“Ressalte-se, por oportuno, que a capacidade de auto-organização é, do ponto de vista formal, a mais relevante manifestação da autonomia às Unidades federadas e o poder de se estruturarem tal qual um Estado, gozando da titularidade de funções da mesma natureza daquelas que compõem o Estado federal”⁽²⁷⁾.

3. COMPETÊNCIA E PROCESSO LEGISLATIVO

3.1. A competência legislativa municipal

A competência legislativa é a faculdade que determinados órgãos têm de disciplinar a organização social, mediante regras jurídicas e administrativas. Vale dizer, a competência é aptidão para agir no campo legiferan-

(25) MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 114.

(26) *Idem*, *ibidem*, p. 115.

(27) BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 23.

te, visando à observância de preceito constitucional que autoriza a edição de normas reguladoras em matéria de natureza tributária.

A competência legislativa do Município, dentro do sistema constitucional vigente, está expressa na Constituição federal⁽²⁸⁾. Ressalte-se que, conforme o CTN, a atribuição constitucional de competência tributária compreende a competência legislativa plena.

Dentro de sua esfera de ação, cabe, pois, aos Municípios decretar os tributos que lhe foram partilhados, consoante assegura LUIS ROBERTO BARROSO:

“Aos Municípios cabe decretar seus impostos, o que só podem fazer, obviamente, através de leis que, conseqüentemente, têm que emanar de seu poder legiferante. Elaboram, ainda, inúmeros preceitos regendo as mais diversas relações de âmbito local. Conclusivamente, então, podemos asseverar que, dentro dos limites fixados pela Constituição estadual e pela Lei Orgânica, possuem os Municípios capacidade para legislar sobre as matérias que lhes são especificamente afetadas”⁽²⁹⁾.

3.2. O processo legislativo municipal

O processo legislativo é um desdobramento de atos praticados no exercício do poder, objetivando a produção de normas jurídicas e administrativas. É, segundo HELY LOPES MEIRELLES, “a sucessão ordenada de atos necessários à formação da lei, do decreto legislativo ou da resolução do Plenário”⁽³⁰⁾.

Insera-se, no Texto Supremo, a competência para edição dos atos compreendidos na órbita do processo legislativo da União, que

“é extensivo e impositivo, nos seus princípios, aos Estados e Municípios, por expressa determinação constitucional. Por isso mesmo, ainda que a Constituição ou a Lei Orgânica sejam omissas, a Câmara e o Prefeito são obrigados a respeitá-lo no que for cabível à elaboração da legislação municipal”⁽³¹⁾.

Na ordem jurídica positiva, as fontes de produção da legislação tributária municipal promanam do Código Tributário Nacional⁽³²⁾. Da enumeração feita naquela norma codificada tributária, cabe destacar as leis, os decretos e as normas complementares que versam no todo ou em parte sobre tributos municipais e as relações jurídicas a ele pertinentes.

(28) Constituição federal, art. 15, II, a.

(29) BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.*, p. 76.

(30) MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 754.

(31) *Idem, Ibidem*, pp. 754-755.

(32) Código Tributário Nacional, art. 96.

3.2.1. As leis tributárias municipais

A lei tributária municipal⁽³³⁾ conforma-se às diretrizes traçadas pela Constituição federal, que é onde se encontra a matriz da ordem tributária nacional. O Texto Supremo, portanto, consagra um dos princípios mais importantes da tributação. Trata-se do princípio da legalidade, assim estatuído:

“Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o Imposto sobre Produtos Industrializados e outros especialmente indicados em lei complementar, além do imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição”⁽³⁴⁾.

Por conseguinte, a Constituição federal dispõe ainda que é vedado ao poder político instituir ou aumentar tributo sem que a lei o estabeleça⁽³⁵⁾.

Cumpra assinalar que estão inseridas no Código Tributário Nacional as matérias que podem ser objeto da competência legislativa do Município no campo da tributação. Destarte, o Poder Legislativo municipal, atuando com a observância do princípio da legalidade tributária, poderá direcionar sua ação legiferante com vistas à deliberação dos assuntos enumerados, a saber:

- 1) a instituição de tributos ou a sua extinção;
- 2) a majoração de tributos ou a sua redução;
- 3) a definição de alíquota do tributo e da sua base de cálculo;
- 4) a cominação de penalidades para ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou de dispensa ou redução de penalidades⁽³⁶⁾.

3.2.2. Os decretos: regulamentação das leis

Na impossibilidade da auto-aplicação da lei tributária, esta pode ser regulamentada por decreto editado pelo chefe do Poder Executivo municipal, visando à sua perfeita execução. Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, o decreto regulamentar “é de competência exclusiva do Chefe do Executivo,

(33) Lei, no âmbito municipal, é o diploma aprovado pela Câmara do Município, sancionado e promulgado pelo Prefeito, ou, no caso de este vetar o projeto aprovado, a rejeição do veto e promulgação da lei consequente dessa rejeição. Quer dizer, para os fins tributários a lei é tomada no sentido material e formal, ao mesmo tempo, ou seja, do diploma legislativo que consubstancia regras normativas, abstratas, genéricas, obrigatórias e inovadoras da ordem jurídica municipal, votado pelo Legislativo local e aprovado por este com a colaboração do Executivo, segundo o processo legislativo previsto na Lei Orgânica dos Municípios. SILVA, José Afonso da. *Fundamentos do Direito Tributário e Tributos Municipais*. São Paulo, Bushatsky, 1978.

(34) Constituição federal, art. 153, § 2º.

(35) Constituição federal, art. 19, I.

(36) Código Tributário Nacional, art. 97.

por isso poderá ele usar dessa competência, quando julgar necessário” (87). O decreto, portanto, além de dar eficácia à lei, permite a sua fiel observância.

É importante consignar que “o conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais são expedidos” (88). Visam, portanto, os decretos, ao disciplinamento de modo detalhado das regras de tributação expressos na legislação municipal que versam sobre matéria da espécie.

3.2.3. As normas complementares

Reveste-se de significativa importância a aplicação das normas complementares, tendo presente que estas, povoando todo o ordenamento administrativo na área da tributação, atuam como elemento auxiliar da legislação tributária municipal. Tais normas objetivam disciplinar todas as atividades fiscais do Município, bem como dirimir dúvidas quanto à inteligência de regras de tributação e interpretar atos pertinentes a tributação, arrecadação e fiscalização. São elas, conforme o CTN:

“os atos administrativos normativos expedidos pelas autoridades administrativas; as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa; as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas; os convênios que entre si celebram a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios” (89).

Os atos administrativos normativos destacam-se no contexto prático das atividades desenvolvidas nos diversos campos de atuação da administração pública municipal. Com o título genérico de instruções, eles surgem sob as mais diversas formas: portarias, ordens de serviços, regulamentos, despachos normativos e outros da mesma espécie.

As decisões dos órgãos singulares são da competência dos Secretários de Finanças dos Municípios e as dos órgãos coletivos cabem ao Conselho de Contribuintes, Tribunais de Impostos e Taxas, de Jurisdição Administrativa, a que a lei atribui eficácia normativa.

As práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas são resultados de questões levadas ao julgamento das autoridades fazendárias. Acresce notar, entretanto, que as decisões dessas autoridades, resultantes da aplicação das normas de tributação, devem ser coerentes e repetitivas em termos de tributação, devem ser coerentes e repetitivas em termos de uniformidade na área da prática administrativa.

Por fim, integrando as normas complementares, portanto em posição inferior a das leis, em termos de hierarquia, encontram-se os convênios. Estes visam apenas intercâmbio de ação entre as Fazendas Públicas, obje-

(37) SILVA, José Afonso da. *Fundamentos do Direito Tributário e Tributos Municipais*. São Paulo, Bushatsky, 1978, pp. 80-81.

(38) Código Tributário Nacional, art. 99.

(39) Código Tributário Nacional, art. 100, I, II, III e IV.

ativando a fiscalização dos tributos ou a permuta de informações no campo da imposição tributária.

4. COMPETENCIA TRIBUTÁRIA DO MUNICÍPIO

4.1. Noção conceitual

Dentro do sistema constitucional vigente, conforme visto em capítulo anterior, a autonomia financeira é elemento de fundamental importância na vida do Município. Essa autonomia, que consiste na arrecadação de tributos para os cofres públicos, é resultante da competência impositiva ou tributária do Município.

JOSÉ AFONSO DA SILVA afirma que a competência tributária municipal “é o conjunto de atribuições que a Constituição ou lei outorga a entidades ou órgãos públicos para arrecadação de contribuições tributárias ou parafiscais” (40).

De igual ponto de vista também compartilha PAULO DE BARROS CARVALHO, ao afirmar:

“A competência tributária é a possibilidade, a virtualidade de inovar a ordem jurídica mediante a edição de regras de direito. Portanto, somente as pessoas políticas de direito constitucional interno — União, Estados e Municípios — é que podem estar investidas desta possibilidade. No meu entender, têm competência tributária no Brasil apenas as três pessoas políticas do direito constitucional interno: União, Estados e Municípios” (41).

Inferese do exposto que a competência tributária caracteriza-se como uma parcela de poder outorgada pelo Texto Fundamental ao Município, no campo da administração tributária. E, pois, a capacidade que possui o Município de, através da produção de normas jurídicas e administrativas, promover a instituição, majoração e arrecadação dos tributos que lhe são conferidos pela Constituição.

É importante assinalar que a competência impositiva abarca os tributos, assim entendidos, impostos, taxas e contribuições de melhoria. Vale esclarecer, ainda, que da arrecadação de determinados impostos federais e estaduais o Município participa, auferindo recursos financeiros equivalentes aos valores percentuais estabelecidos pela Constituição federal.

4.2. Discriminação de rendas tributárias

A discriminação de rendas tributárias consiste na partilha dos tributos entre os entes autônomos da Federação: União, Estados e Municípios. Tal repartição de receitas tributárias objetiva permitir que aquelas pessoas políticas possam cumprir suas funções primordiais, com vistas ao atingimento de suas metas governamentais. Decorrente disso, o legislador constituinte,

(40) SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 67.

(41) CARVALHO, Paulo de Barros. “A Competência Tributária Municipal”. *Anais do Simpósio sobre o Sistema Tributário Nacional*. Brasília, Câmara dos Deputados, 1982, p. 317.

em razão da competência tributária privativa deferida ao Município, escolheu os impostos de competência exclusiva dos Municípios; inseriu-se também ali a descrição do campo de incidência desses impostos, sobre o qual não poderão outras Unidades da federação tributar, sob pena de inconstitucionalidade.

Vale dizer, portanto, que o regime de competência privativa é matéria de natureza constitucional, motivo por que não pode o legislador ordinário dela cogitar. Em razão disso, os impostos a serem instituídos pelo Município terão que obedecer às diretrizes traçadas na Constituição que, em capítulo próprio, disciplinou o sistema tributário nacional.

Nessas condições, couberam, por partilha, ao Município, os impostos enumerados, a saber:

- 1) sobre a propriedade predial e territorial urbana; e
- 2) sobre os serviços de qualquer natureza não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados, definidos em lei complementar.

Além dos impostos acima enumerados, a Constituição federal reservou, ainda, ao Município a faculdade de instituir e arrecadar taxas e contribuições de melhoria, bem como assegurou sua participação na arrecadação de impostos federais e estaduais ou em fundos diversos, conforme será abordado mais adiante, em outra Seção.

4.2.1. Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana

Caracterizando-se como um imposto sobre o patrimônio, o IPTU incide sobre a propriedade predial e territorial urbana e tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município ⁽⁴²⁾.

Trata-se, efetivamente, de um imposto real e direto, porquanto incide sobre o imóvel. Conquanto tenha uma função de natureza fiscal, ou seja, de carrear recursos financeiros para o Município, às vezes, funciona como espécie tributária extrafiscal quando, para evitar a especulação imobiliária, o Município pode fixar a alíquota progressiva, com respaldo, inclusive, na Constituição federal que assegura a função social da propriedade como um dos princípios fundamentais da ordem econômica e social.

Vale acrescentar que os conceitos dos elementos que dão conteúdo ao fato gerador do Imposto Predial e Territorial Urbano — a propriedade, o domínio útil e a posse — têm suas formulações no Código Civil brasileiro disciplinadas ⁽⁴³⁾.

Por outro lado, considera-se terreno, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, “o solo sem benfeitorias ou edificação” ⁽⁴⁴⁾.

(42) Código Tributário Nacional, art. 32.

(43) Código Civil brasileiro, arts. 43, incisos I e II, 485 a 492, e 530 e seguintes, e 678 a 694.

(44) SILVA, José Afonso da. *OP. cit.*, pp. 93-94.

Entende-se como zona urbana, para efeitos de Imposto Predial e Territorial Urbano, a definida em lei municipal com a observância do requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos dois dos seguintes equipamentos urbanos, construídos ou mantidos pelo Poder Público: a) meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais; b) abastecimento de água; c) sistema de esgotos sanitários; d) rede de iluminação pública, com ou sem posteamentos para distribuição domiciliar; e) escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de três quilômetros do imóvel considerado ⁽⁴⁵⁾.

É importante assinalar que poderão ser consideradas urbanas, desde que consignadas em lei municipal, as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora da zona urbana ⁽⁴⁶⁾. Nesse caso não incidirá o imposto sobre a propriedade territorial rural.

A base de cálculo ou imponible do IPTU, segundo regra estatuída no CTN ⁽⁴⁷⁾, é o valor venal do imóvel, assim entendido o terreno ou edificações diversas. É sobre esse valor, portanto, que se aplica a alíquota ou percentual estabelecida na lei municipal para essa espécie tributária, com vistas à determinação do imposto a ser cobrado do contribuinte.

Vale ressaltar, entretanto, que, na determinação da base de cálculo, não deve ser levado em consideração “o valor dos bens móveis mantidos, em caráter permanente ou temporário, no imóvel, para efeito de sua utilização, exploração, aformoseamento ou comodidade” ⁽⁴⁸⁾.

Com relação a valor venal, JOSÉ AFONSO DA SILVA assegura que “é o preço corrente no mercado imóvel. É o preço que o terreno tem nas condições normais do mercado imobiliário” ⁽⁴⁹⁾. Ainda segundo o mesmo autor, tal valor é apurado baseando-se “em critérios técnicos de avaliação de imóveis ou levando-se em conta sua localização, existência de equipamentos urbanos e características do terreno, tais como: formato, topografia e composição geológica” ⁽⁵⁰⁾.

É bem de ver que a base de cálculo deverá ser fixada, consoante o Código Tributário Nacional, por lei municipal; entretanto, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo, que não constitui majoração de tributo, pode ser decretada pelo Chefe do Executivo municipal, tomando-se por base — diz JOSÉ AFONSO DA SILVA — “índices de desvalorização da moeda, índices médios de valorização de terrenos na zona em

(45) Código Tributário Nacional, art. 32, § 1.º, Incisos de I a V.

(46) Código Tributário Nacional, art. 32, § 2.º

(47) Código Tributário Nacional, art. 33.

(48) Código Tributário Nacional, art. 33, parágrafo único.

(49) SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 97.

(50) *Ibidem*, p. 97.

que se situa o terreno considerado ou outro elemento informativo idôneo" (51).

Contribuinte do imposto sobre a propriedade territorial e predial urbana é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou seu possuidor a qualquer título, segundo regra estatuida no Código Tributário Nacional (52).

Proprietário do imóvel é aquele que o detém, sendo-lhe assegurado, por lei, o direito de usar, gozar e dele dispor, bem assim o de reaver do poder de quem quer que injustamente o possua, conforme dispõe a legislação civil (53).

Titular do domínio útil é o enfiteuta ou foreiro de que trata o Código Civil (54). A enfiteuse, segundo ORLANDO GOMES, "é direito real limitado que confere a alguém, perpetuamente, os poderes inerentes ao domínio, com a obrigação de pagar ao dono da coisa uma renda anual" (55). E acrescenta: "a enfiteuse é direito real imobiliário. Recai exclusivamente em terreno" (56).

Possuidor é a pessoa que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade, conforme o conceito formulado pela norma civil codificada (57). Vale ressaltar, entretanto, que não é considerado possuidor "aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas" (58).

Cabe salientar, ademais, que o Código Tributário Nacional abarca, também, como contribuintes do imposto sobre a propriedade territorial e predial urbana, os que exercem temporariamente a posse direta, sem prejuízo da posse indireta conseguida por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, de credor pignoratício e do locatário. É a regra inscrita no Código Civil brasileiro (59).

4.2.2. Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza

O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência municipal, incide sobre serviços, tendo como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de

(51) *Ibidem*, p. 98.

(52) Código Tributário Nacional, art. 34.

(53) Código Civil brasileiro, art. 524.

(54) Código Civil brasileiro, arts. 678 e seguintes.

(55) GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 4.^a edição. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1973, pp. 305-306.

(56) *Ibidem*, pp. 305 e 306.

(57) Código Civil brasileiro, art. 485.

(58) Código Civil brasileiro, art. 487.

(59) Código Civil brasileiro, art. 486.

serviços relacionados na Lista de Serviços reproduzida no final deste trabalho, na forma da legislação vigente sobre a matéria ⁽⁶⁰⁾.

Vale ressaltar, entretanto, que os serviços relacionados na lista antes referida ficam sujeitos apenas ao Imposto Sobre Serviços, ainda que sua prestação envolva o fornecimento de mercadorias. Todavia, “o fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não especificados na lista fica sujeito ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias” ⁽⁶¹⁾.

Existem divergências no respeitante à Lista de Serviços em que incide o Imposto Sobre Serviços, sendo que os doutrinadores dividem suas opiniões, uns defendendo o ponto de vista de que a lista é exemplificativa e outros sustentando a posição de que se trata de lista taxativa ou exaustiva. Defende-se aqui a posição de que a lista é taxativa ou exaustiva porquanto baixada por lei com a expressa indicação dos serviços suscetíveis de tributação municipal ⁽⁶²⁾.

O Imposto Sobre Serviços tem como conteúdo econômico a circulação na parte relativa à prestação de serviços. Instituído pela Emenda Constitucional nº 18, de 19-12-65, substituiu o Imposto de Indústrias e Profissões, este mais abrangente que aquele, posto que contemplava, além do profissional, os ramos de atividades relacionadas com a indústria e o comércio.

BERNARDO RIBEIRO MORAES também compartilha desse entendimento, ao assinalar que o Imposto Sobre Serviços incide:

“sobre a circulação, sobre a venda econômica de serviços, onde se presume um prestador do serviço e um preço para a operação. O referido imposto alcança a circulação econômica de determinado bem (serviço), a circulação de uma riqueza especial, que vai da produção de serviços para o respectivo consumo” ⁽⁶³⁾.

O fato gerador vem expresso na própria legislação, como já assinalado linhas atrás. Consiste, portanto, na prestação, por empresa ou profissional autônomo, dos serviços enumerados no diploma legal que trata do assunto.

Entende-se como profissional autônomo, para os fins do Imposto Sobre Serviços, a pessoa portadora, “por conta própria, sem emprego ou subordinação a empregador” ⁽⁶⁴⁾, dos serviços relacionados na multicitada Lista de Serviços.

Por outro lado, a empresa é definida por RUY CIRNE LIMA como:

“uma forma de organização de produção inerente à estrutura econômica tradicional das sociedades civilizadas. Conjugam-se na

(60) Decreto-Lei n.º 406, de 31-12-68, art. 8.º

(61) Decreto-Lei n.º 406, de 31-12-68, art. 8.º, § 1.º

(62) Decreto-Lei n.º 406, de 31-12-68, art. 8.º, § 2.º, sendo que a redação deste último parágrafo foi dada pelo Decreto-Lei n.º 834, de 8-9-69, Diário Oficial da União, de 9-9-69, retificado em 11-9-69.

(63) MORAES, Bernardo Ribeiro. “Imposto Sobre Serviços”. In: IVÉS GANDRA DA SILVA, coord. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo, Saraiva, 1982, p. 372.

(64) CELESTINO, João Baptista. *Direito Tributário nas Escolas*. 3.ª edição. São Paulo, Sugestões Literárias, 1979, p. 222.

empresa a natureza, o trabalho e o capital; uma produção determinada é o seu escopo" (65).

Irrelevante, com efeito, essa definição para o Código Tributário Nacional. Traço marcante da empresa, para efeito da norma codificada, não é sua formulação jurídico-formal, tanto que para esse fim, a capacidade impositiva passiva "independe de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional" (66). Observa-se que o CTN albergou um sentido nitidamente de caráter econômico.

Importa dizer que o Código Tributário Nacional desprezou o rigorismo formal na delimitação conceitual do vocábulo empresa. Destarte, simplificando o seu conteúdo formal, acolhe apenas o sentido de que ela deve se configurar como uma unidade autônoma, de natureza econômica. Do ponto de vista jurídico-tributário, a definição do Código Tributário Nacional basta ao entendimento da caracterização de empresa, para os fins de incidência do Imposto Sobre Serviços.

O ISS tem como base de cálculo ou base imponible o preço do serviço. Tratando-se de prestação de serviço decorrente de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, por intermédio de alíquotas fixas ou variáveis, excetuada a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho (67).

Quando se tratar da prestação de serviços de que falam os itens 19 e 20 da Lista de Serviços, o imposto será calculado sobre o preço deduzido das parcelas correspondentes: a) ao valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços; e b) ao valor das subempreitadas já tributadas pelo imposto (68).

Caso os serviços referidos nos itens 1, 2, 3, 5, 6, 11, 12 e 17 da Lista de Serviços forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do parágrafo anterior, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que presta serviço em nome da sociedade embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos de lei aplicável (69).

Consoante regra estatuída no CTN (70), a lei municipal poderá fixar a alíquota do Imposto Sobre Serviços. Todavia, visando a prevenir possível abuso do poder tributante municipal, que poderia exorbitar de sua com-

(65) LIMA, RuY Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 5ª edição. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1962, p. 181.

(66) Código Tributário Nacional, art. 126, inciso III.

(67) Decreto-Lei n.º 406, de 31-12-68, art. 9.º, § 1.º.

(68) Decreto-Lei n.º 406, de 31-12-68, art. 9.º, § 2.º, alíneas a e b, sendo que a redação do parágrafo e das alíneas foi dada pelo Decreto-Lei n.º 834, de 8-9-69, *Diário Oficial da União*, de 9-9-69, retificado em 11-9-69.

(69) Decreto-Lei n.º 406, de 31-12-68, art. 9.º, § 3.º, com redação dada pelo Decreto-Lei n.º 834, de 8-9-69, *Diário Oficial da União*, de 9-9-69, retificado em 11-9-69.

(70) Código Tributário Nacional, art. 99, inciso IV.

petência impositiva, ao fixar alíquotas altas, o legislador constitucional conferiu à União a capacidade de iniciativa para fixar alíquotas máximas de ISS, através de lei complementar ⁽⁷¹⁾.

Contribuinte do Imposto Sobre Serviços é o prestador do serviço, conforme regra expressa pela lei tributária ⁽⁷²⁾. É interessante trazer aqui o testemunho de BERNARDO RIBEIRO DE MORAES sobre o assunto:

“Quem presta serviços, isto é, que vende bens imateriais, definidos como serviços por meio da lei complementar, é contribuinte do ISS. Será pessoa que fornece trabalho, que loca bens móveis, que loca espaço em bens imóveis para certos fins ou que faz cessão de direitos” ⁽⁷³⁾.

Há casos, entretanto, em que não se configura a circulação de serviços de natureza econômica. As pessoas que trabalham em proveito de interesses próprios. Nessas condições, não há como se falar em contribuintes, pois a lei tributária assegura que “não são contribuintes os que prestam serviços em relação de emprego, os trabalhadores avulsos, os diretores e membros de conselhos consultivos ou fiscal de sociedades” ⁽⁷⁴⁾.

Por outro lado, o local da prestação do serviço é o do estabelecimento prestador ou, na falta deste, o do domicílio do prestador; e, no caso de construção civil, o local onde se efetuar a prestação.

4.2.3. Participação em outros impostos e fundos

Além dos impostos de sua competência privativa, a Constituição federal assegura aos Municípios participação nos recursos financeiros oriundos dos impostos federais e estaduais, bem como em fundos diversos. Importa advertir que os requisitos e as condições indispensáveis ao repasse desses recursos por parte da União para os Municípios estão também erigidos no texto constitucional. Portanto, dos recursos partilhados, os Municípios participam do produto da arrecadação dos tributos, a saber: Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, Imposto Territorial Rural, Imposto sobre Lubrificantes, Combustíveis e Energia Elétrica, Imposto sobre Minerais e Imposto sobre a Circulação de Mercadorias. A União partilha, ainda, com o Município os recursos relativos ao Imposto sobre Produtos Industrializados, que, juntamente com o Imposto de Renda, constituem o Fundo de Participação dos Municípios e o Fundo Especial.

Do exposto, acresce notar que, do produto de arrecadação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, vinte por cento constituem receita do Município. Essas parcelas, representativas das receitas arrecadadas, são creditadas em contas especiais, abertas em estabelecimentos oficiais de crédito, com a observância dos seguintes critérios: a) no mínimo três quar-

(71) Constituição federal, art. 24, § 4.º

(72) Decreto-Lei n.º 406, de 31-12-68, art. 18.

(73) MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Op. cit.*, p. 380.

(74) Decreto-Lei n.º 406, de 31-12-68, art. 10, parágrafo único.

tos, na proporção do valor adicionado nas operações relativas a circulação de mercadorias realizadas nos respectivos territórios dos Municípios; b) no máximo, um quarto, de acordo com o que dispuser a lei estadual (75).

Dos recursos oriundos do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis, “cinquenta por cento constituirão receita do Município onde se localizar o imóvel objeto da transmissão sobre o qual incide o tributo” (76).

De igual sorte, pertencem ao Município os recursos relativos ao Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, que incidir sobre os imóveis localizados em seu território, bem como as receitas decorrentes do Imposto de Renda “incidente sobre rendimentos do trabalho e dos títulos da dívida pública” pagos pelo Município, quando este for obrigado a reter o tributo (77).

As autoridades arrecadadoras, no prazo não superior a trinta dias, contados a partir da data da arrecadação e sob pena de demissão, repassarão aos Municípios os valores correspondentes ao produto do Imposto Territorial Rural. A transferência de recursos financeiros de que se trata independe de determinação superior, conforme regra inserta na legislação constitucional (78).

Os Municípios recebem, ainda, da União o produto da arrecadação dos impostos a seguir enumerados e nos percentuais indicados: vinte por cento do Imposto sobre Lubrificantes e Combustíveis Líquidos ou Gasosos; sessenta por cento do Imposto sobre Energia Elétrica e noventa por cento do Imposto sobre Minerais no País (79).

Vale assinalar que a distribuição desses recursos financeiros será realizada com fundamento na legislação federal, observados, quanto à forma e aos fins de aplicação, os critérios, a saber: nos casos dos Impostos sobre Lubrificantes e Combustíveis Líquidos ou Gasosos e sobre Energia Elétrica, proporcional à superfície, população, produção e consumo, adicionando-se, quando couber, no tocante ao Imposto de Energia Elétrica, quota compensatória da área inundada pelos reservatórios; e no caso do Imposto sobre Minerais no País, proporcional à produção (80).

O Fundo de Participação do Município é formado com dezesseis por cento de produto da arrecadação dos Imposto de Renda e do Imposto sobre Produtos Industrializados. O percentual de que se cuida é calculado excluindo-se a parcela do Imposto de Renda que, nos termos dos arts. 23, § 1º, e 24, § 2º, pertence aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (81).

(75) Constituição federal, art. 23, § 4.º, incisos I e II.

(76) Constituição federal, art. 23, § 1.º

(77) Constituição federal, art. 24, §§ 1.º e 2.º

(78) Constituição federal, art. 24, § 3.º

(79) Constituição federal, art. 26, Incisos I a III.

(80) Constituição federal, art. 26, § 1.º, alíneas a e b.

(81) Constituição federal, art. 25, II, redação dada pela Emenda Constitucional n.º 23, de 1.º-12-83.

Por outro lado, cabe consignar que a aplicação do Fundo de Participação do Município é efetivada em lei federal, cabendo ao Tribunal de Contas da União promover o cálculo das quotas respectivas. "A transferência dos recursos dependerá do recolhimento dos impostos federais arrecadados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios" (82). Depende, ainda, da liquidação das dívidas das entidades acima referidas ou mesmo de seus órgãos de Administração Indireta, para com a União, inclusive as originárias de prestação de garantia (83).

4.2.4. Taxas

As taxas de competência comum do Município têm, segundo o Código Tributário Nacional, como fato gerador ou fato impositivo o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição (84).

Com pertinência ao poder de polícia, é o próprio CTN que se encarrega de defini-lo e o faz nos seguintes termos, *in verbis*:

"Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos" (85).

Assim, segundo a norma tributária, o regular exercício do poder de polícia é aquele desempenhado pelos órgãos que detenham competência para tal, dentro do estrito limite da lei aplicável, respeitado o processo legal. No caso de atividade discricionária, quando exercitada sem desvio ou abuso de poder.

Na esteira do conceito formulado no início desta Seção, convém salientar que os serviços públicos podem ser considerados utilizados efetivamente, quando usufruídos pelo contribuinte a qualquer título; e, potencialmente, quando, sendo de utilização obrigatória, sejam colocados à disposição do contribuinte através de atividade em pleno funcionamento.

São serviços públicos específicos, "quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidades públicas" (86). E divisíveis, "quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários". É a regra consagrada pelo CTN (87).

(82) Constituição federal, art. 25, § 3.º

(83) Constituição federal, art. 25, § 3.º

(84) Código Tributário Nacional, art. 77.

(85) Código Tributário Nacional, art. 78.

(86) Código Tributário Nacional, art. 79, II.

(87) Código Tributário Nacional, art. 79, III.

Vinculando-se sempre a uma atividade estatal, o fato gerador da taxa consubstancia-se no exercício regular do poder de polícia e na execução e/ou colocação de serviços à disposição do contribuinte. Sua cobrança, portanto, somente poderá ocorrer quando a prestação dos serviços do Município for resultante de sua atividade de polícia administrativa ou de serviços públicos realizados no âmbito de sua jurisdição ou postos à disposição do usuário.

Por outro lado, a base impositiva da taxa municipal deverá ter como parâmetro o valor do serviço, como ensina HELY LOPES MEIRELLES:

“A base de cálculo deverá ser sempre o valor do serviço real, presumido, estimado ou arbitrado, não sendo admissível, para a fixação do montante do tributo devido, levar em consideração elementos estranhos ao dimensionamento ou quantificação da utilização desse mesmo serviço, como o são os pertinentes aos impostos” (88).

Ressalvada a restrição indicada na Constituição federal (89), segundo a qual a base impositiva que tenha servido para a incidência do imposto não poderá ser utilizada para a cobrança de taxa, o legislador ordinário não conta com qualquer outro impedimento para fixação da base de cálculo da taxa, desde que se trate de atividade efetivada no âmbito da competência municipal. Também as taxas não podem ser calculadas em função de capital das empresas, conforme disposto no CTN (90).

Quanto às alíquotas que se aplicam sobre a base do cálculo para determinar o valor de taxa, são elas variáveis e, portanto, estabelecidas através da legislação municipal “em função da emissão do juízo expressivo em cada situação genericamente prevista na lei” (91).

4.2.5. Contribuição de melhoria

A contribuição de melhoria de competência comum do Município é cobrada, no âmbito de suas atribuições, dos proprietários de imóveis beneficiados por obras públicas, tendo como limite total a despesa realizada, ficando, portanto, desprezado o limite da valorização, consoante dispõe a legislação vigente.

Somente caracteriza o fato gerador da contribuição de melhoria a valorização do imóvel onde foi realizada a obra pública, ou seja, “o acréscimo do valor do imóvel localizado nas áreas beneficiadas direta ou indiretamente por obras públicas” (92).

Importa salientar, ademais, que uma vez realizada uma das obras enumeradas a seguir, e desde que se constitua em valorização de imóveis

(88) MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 123.

(89) Constituição federal, art. 18, § 2.º

(90) Código Tributário Nacional, art. 77, parágrafo único.

(91) SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pp. 131-132.

(92) Decreto-Lei n.º 195, de 24-2-67, art. 1.º

da propriedade privada, é devida a contribuição de melhoria, na forma da legislação ordinária que disciplina o assunto⁽⁸³⁾:

- 1) abertura, alargamento, pavimentação, iluminação, arborização, esgotos pluviais e outros melhoramentos de praças e vias públicas;
- 2) construção e ampliação de parques, campos de desportos, pontes, túneis e viadutos;
- 3) construção ou ampliação de sistemas de trânsito rápido, inclusive todas as obras de edificações necessárias ao funcionamento do sistema;
- 4) serviços e obras de abastecimento de água potável, esgotos, instalações de redes elétricas, telefônicas, transportes e comunicações em geral ou de suprimento de gás, funiculares, ascensores e instalações de comodidade pública;
- 5) proteção contra secas, inundações, erosão, ressacas, e de saneamento e drenagem em geral, diques, cais, desobstrução de barras, portos e canais, retificação e regularização de cursos de água e irrigação;
- 6) construção de estradas de ferro e construção, pavimentação e melhoramento de estradas de rodagem;
- 7) construção de aeródromos e aeroportos e seus acessos;
- 8) aterros e realizações de embelezamento em geral, inclusive desapropriação em desenvolvimento de plano de aspecto paisagístico.

A contribuição de melhoria pertinente a cada imóvel será determinada pela parcela do custo da obra a ser financiada pela contribuição, a qual será rateada pelos imóveis situados na zona beneficiada em função dos respectivos fatores individuais de valorização. É a regra expressa no Código Tributário Nacional⁽⁸⁴⁾.

Cumpra esclarecer que o lançamento da contribuição de melhoria é direto ou de ofício, cabendo à autoridade administrativa fazendária, quando de sua realização, notificar cada contribuinte do montante da contribuição, da forma e dos prazos de seu pagamento e dos elementos integrantes da respectiva base de cálculo⁽⁸⁵⁾.

A norma tributária codificada⁽⁸⁶⁾ fixa os requisitos mínimos para a instituição por parte do Município da contribuição de melhoria, que são os que a seguir se enumeram:

- 1) publicação prévia dos seguintes elementos: memorial descritivo do projeto; orçamento do custo de obra; determinação da parcela do custo da obra a ser financiada pela contribuição; delimitação da zona beneficiada; determinação do fator de absorção do benefício

(83) Decreto-Lei n.º 195, de 24-2-67, art. 2.º

(84) Código Tributário Nacional, art. 82, § 1.º

(85) Código Tributário Nacional, art. 82, § 2.º

(86) Código Tributário Nacional, art. 82.

da valorização para toda a zona ou para cada uma das áreas diferenciadas, nela contidas;

- 2) fixação de prazo não inferior a 30 (trinta) dias, para impugnação, pelos interessados, de qualquer dos elementos referidos no inciso anterior;
- 3) regulamentação do processo administrativo de instrução e julgamento da impugnação a que se refere o inciso anterior, sem prejuízo da sua apreciação judicial.

5. CONCLUSÕES E SUGESTÕES

De modo inequívoco a autonomia do Município resulta dos recursos oriundos de sua receita derivada, arrecadados coativamente dos cidadãos por força de sua capacidade impositiva outorgada pela Constituição federal. Observa-se, entretanto, que tal fonte de recursos financeiros tem-se revelado insuficiente para a satisfação das reais necessidades da comunidade municipal. Trata-se de um quadro que vem se agravando a cada dia em face da excessiva centralização da receita fiscal na União, inviabilizando a ação mais direta e eficiente do Município.

Essa concentração maior de recursos financeiros na União tem determinado de modo flagrante um considerável esvaziamento das atividades administrativas e políticas do Município, a ponto de comprometer seriamente a sua autonomia financeira. Por justa razão, vê-se o Município a braços com sérias dificuldades, impedido de desempenhar a contento o seu papel de relevo no processo de desenvolvimento social, econômico e político. Vivencia-se, pois, um contexto contraditório, posto "que padroniza soluções para um País imenso e desigual e, assim, dificulta as iniciativas locais e deixa ociosos recursos da sociedade" (97).

Diante desse quadro de perplexidade, têm-se manifestado diversos segmentos da sociedade, todos eles unânimes em pleitear mais dinheiro para os cofres municipais. Preconizam uns que o problema seria sanado com a simples transferência de recursos da União para os Municípios. Outros, entretanto, postulam uma reformulação estrutural do sistema tributário nacional, como solução definitiva, para o impasse ora em debate.

Impõe salientar, todavia, que de ninguém é desconhecida a situação de dificuldade que atravessa a economia do País. Não se pode analisar a questão da autonomia financeira municipal, dentro do sistema tributário nacional, sem se tomar como parâmetro esse aspecto que, por ser de fundamental importância, há de ser levado em consideração em qualquer exercício de criatividade visando a ampliar o poder impositivo do Município. A conjuntura induz, pois, a se repensar o assunto, com uma percepção mais clara do problema, de maneira a se encontrarem soluções adequadas para essa problemática.

Acresce notar, ademais, que as pessoas políticas (União, Estados-Membros e Municípios), em razão desse quadro real de necessidades, não dispõem

(97) CARNEIRO, João Geraldo Piquet. "O papel estratégico do Município", *Jornal Folha de S. Paulo*, 16-10-83, p. 34.

de recursos financeiros em grande monta para fazer face aos mais variados e complexos encargos que lhes são cometidos. Com efeito, é flagrante a escassez de recursos no momento histórico em que vive a sociedade brasileira, o que não recomenda a transferência de recursos da União para o Município. A Emenda Passos Porto, por ele proposta, e aprovada pelo Congresso, que, pelo seu teor, visava a atenuar a crise financeira dos Municípios, não logrou o êxito desejado. A sua inviabilidade, no momento atual, é proclamada por Mário Henrique Simonsen, já que "obrigará o Governo a aumentar mais a carga tributária e conter ainda mais suas despesas, num círculo vicioso de inflação e recessão" (98).

Admite a revista **Veja** (99) que a Emenda Passos Porto não se constituiu uma reforma fiscal de grande profundidade, porquanto não modificou os aspectos substanciais do sistema tributário, nem ~~tampouco~~ promoveu a descentralização de atribuições entre os três níveis de governo. Descartada essa possibilidade, resta a reforma estrutural do sistema tributário.

A reformulação do sistema tributário com vistas à ampliação do poder impositivo do Município não se afigura como uma alternativa viável, tendo presente que a prudência e o bom senso assim não a recomenda, como bem enfatiza JOÃO GERALDO PIQUET CARNEIRO, ao corroborar essa posição: "em momentos de declínio da atividade econômica e, portanto, de queda da capacidade contributiva da sociedade, não é fácil lograr reformas fiscais satisfatórias" (100).

De igual sorte, nesse contexto, não se pode desprezar um dado básico: a rigidez do sistema tributário nacional, que limita o campo de atuação do legislador em matéria fiscal, não lhe dando margem para criar novos impostos. Tem, pois, o legislador ordinário que se ater a alterações das leis municipais que tratam dos impostos, já reservados para o Município, razão pela qual não pode inovar a ordem jurídica positiva com a instituição de impostos diferentes daqueles prescritos pela Constituição federal.

Dir-se-ia que a situação é incontornável, sem perspectiva de solução a curto prazo? Entende-se que não. Afinal, o momento não exige passividade e acomodação. É necessário se buscarem alternativas adequadas ao perfeito equacionamento do problema. Acredita-se comportar a questão opções a nível operacional e a nível de alterações da legislação com vistas a ampliar a receita fiscal, como a seguir se sugere:

1) Nível operacional

A Administração Tributária do Município consubstancia-se nas atividades de tributação, arrecadação, fiscalização e de catalogação de informações de natureza econômico-fiscal. Dentro desse contexto aparece a figura do Secretário de Finanças, a quem compete planejar, coordenar, avaliar e fazer executar toda a estrutura dos tributos por ele administrados.

(98) Revista **Veja**, n.º 795. "Uma conquista no grito". Rio de Janeiro, 30 de novembro de 1983, p. 103.

(99) *Ibidem*, p. 105.

(100) CARNEIRO, João Geraldo Piquet. *Op. cit.*, p. 34.

Decorrente disso, cabe ao Secretário de Finanças papel de maior destaque na atualização das normas operacionais relacionadas com os tributos de competência do Município. Cumpre, ainda, analisar, identificar e apurar omissões do contribuinte, bem como promover gestões no sentido de alcançar a integração fisco-contribuinte.

Com pertinência aos procedimentos operacionais — após estudos específicos de métodos e processos de trabalho — estes seriam implantados imediatamente com vistas à modernização da máquina administrativa fiscal. Teriam resultados proveitosos, porquanto atuando com uma estrutura mais dinâmica, o Fisco transformar-se-ia em um instrumento eficiente e eficaz direcionado para alcançar os objetivos municipais, que é a satisfação das necessidades públicas.

Mas para a perfeita operacionalização do novo sistema a ser implantado é necessária a contrapartida de pessoal qualificado, sem o que, fatalmente, a reforma não surtiria qualquer efeito. Daí se sugerir o aperfeiçoamento dos recursos humanos que desempenham suas funções no âmbito das atribuições da Secretaria de Finanças do Município, objetivando a consecução desse desiderato.

2) Nível de alteração da legislação

Sabe-se que o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana grava diretamente o imóvel, constituindo-se, assim, num imposto real a desempenhar uma função essencialmente de natureza fiscal. O Município, para evitar especulação imobiliária, pode fixar alíquota progressiva, com fulcro em dispositivo constitucional assecuratório da função social da propriedade, postulado fundamental da ordem econômica e social.

Incumbe, ainda, ao Município promover de maneira realística a atualização do valor monetário da respectiva base impositiva do Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana, porquanto isto não constitui majoração do tributo e por isso pode ser decretado pelo Chefe do Executivo municipal, tomando-se por base, consoante JOSÉ AFONSO DA SILVA: “índices de desvalorização da moeda, índices médios de valorização de terrenos na zona em que se situa o terreno considerado ou outro elemento informativo idôneo”⁽¹⁰¹⁾. Com relação aos prédios, poder-se-ia estabelecer o valor venal, tendo como parâmetros os seus preços correntes no mercado imobiliário.

Quanto ao Imposto Municipal Sobre Serviços, ou simplesmente, o ISS, sugere-se a revisão da Lista de Serviços que, não obstante se considerar **taxativa**, poderia ser ampliada no sentido de contemplar outros serviços que ali não foram incluídos pelo legislador. Trata-se de mudança exequível,

(101) SILVA, José Afonso da. *Fundamentos de Direito Tributário e Tributos Municipais*. São Paulo, Bushatsky, 1978, p. 98.

posto que não fere qualquer dispositivo constitucional. Seria uma maneira de ampliar o campo de incidência dessa espécie tributária.

Casos existem, por outro lado, em que a União, mediante lei complementar, pode isentar os contribuintes de imposto municipal, bastando, para tanto, invocar aqueles de "relevante interesse econômico e social". Em razão disso, tais isenções de iniciativa da União, na parte relativa aos impostos municipais não deveriam mais prosperar e, as existentes, deveriam ser tempestivamente revogadas.

Os Municípios têm na contribuição de melhoria uma reduzida fonte de receita, dado os entraves burocráticos capitulados nos arts. 81 e 82 do Código Tributário Nacional, consubstanciados com o Decreto-Lei nº 195/67, que dificultam a sua cobrança, desestimulando o poder municipal de dele dispor para fazer face às despesas de seus custeios e investimentos.

A sugestão é no sentido de se promoverem mecanismos de simplificação nas normas de instituição dessa espécie tributária, com a revogação do decreto-lei vigente que rege a matéria. O ideal seria que a lei federal deixasse a critério do Município a maneira mais racional de sua cobrança, respeitada a posição de cada Município no contexto do Estado onde está situado.

Acredita-se que uma vez colocadas em prática as sugestões ora propostas, poder-se-iam, mesmo não solucionando por completo o problema, minimizar os efeitos prejudiciais da centralização das rendas tributárias. Convergindo o encaminhamento de providências para os pontos aqui abordados, ter-se-iam os elementos essenciais à implantação de uma política fiscal voltada para a realidade do Município.

A N E X O

LISTA DE SERVIÇOS

Serviços de: 1) Médicos, dentistas e veterinários; 2) Enfermeiros, protéticos (prótese dentária), obstetras, ortópticos, fonoaudiólogos, psicólogos; 3) Laboratórios de análises clínicas e eletricidade médica; 4) Hospitais, sanatórios, ambulatórios, prontos-socorros, bancos de sangue, casas de saúde, casas de recuperação ou repouso sob orientação médica; 5) Advogados ou provisionados; 6) Agentes da propriedade industrial; 7) Agentes da propriedade artística ou literária; 8) Peritos e avaliadores; 9) Tradutores e intérpretes; 10) Despachantes; 11) Economistas; 12) Contadores, auditores, guarda-livros e técnicos em contabilidade; 13) Organização, programação, planejamento, assessoria, processamento de dados, consultoria técnica, financeira ou administrativa (exceto os serviços de assistência técnica prestados a terceiros e concernentes a ramo de indústria ou comércio explorados pelo prestador do serviço); 14) Datilografia, estenografia, secretaria e expediente; 15) Administração de bens ou negócios, inclusive consórcios ou fundos mútuos para aquisição de bens (não abrangidos os serviços executados por instituições financeiras); 16) Recrutamento, colocação ou fornecimento de mão-de-obra, inclusive por empregados do prestador de serviços ou por trabalhadores avulsos por ele contratados; 17) Engenheiros, arquitetos, urbanistas; 18) Projetistas, calculistas, desenhistas técnicos; 19) Execução, por administração empreitada ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e outras obras semelhantes, inclusive serviços auxiliares ou complementares (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que ficam sujeitas ao ICM); 20) De-

molição; conservação e reparação de edifícios (inclusive elevadores neles instalados), estradas, pontes e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que ficam sujeitas ao ICM); 21) Limpeza de imóveis; 22) Raspagem e lustração de assoalhos; 23) Desinfecção e higienização; 24) Lustração de bens móveis (quando o serviço for prestado a usuário final do objeto lustrado); 25) Barbearios, cabeleireiros, manicures, pedicures, tratamento de pele e outros serviços de saões de beleza; 26) Banhos, duchas, massagens, ginástica e congêneres; 27) Transportes e comunicações, de natureza estritamente municipal; 28) Diversões públicas: a) teatros, cinemas, circos, auditórios, parques de diversões, "taxi-dancings" e congêneres; b) exposições com cobrança de ingresso; c) bilhares, bolches e outros jogos permitidos; d) bailes, "shows", festivais, recitais e congêneres; e) competições esportivas ou de destreza física ou intelectual, com ou sem participação do espectador, inclusive as realizadas em auditórios de estações de rádio ou de televisão; f) execução de música, individualmente ou por conjunto; g) fornecimento de música mediante transmissão, por qualquer processo; 29) Organização de festas; "buffet" (exceto o fornecimento de alimentos e bebidas, que ficam sujeitos ao ICM); 30) Agências de turismo, passeios e excursões, guias de turismo; 31) Intermediação, inclusive corretagem, de bens móveis e imóveis, exceto os serviços mencionados nos itens 58 e 59, infra; 32) Agenciamento e representação de qualquer natureza, não incluídos no item anterior e nos itens 58 e 59; 33) Análises técnicas; 34) Organização de feiras de amostras, congressos e congêneres; 35) Propaganda e publicidade, inclusive planejamento de campanhas ou sistemas de publicidade; elaboração de desenhos, textos e demais materiais publicitários; divulgação de textos, desenhos e outros materiais de publicidade, por qualquer meio; 36) Armazéns gerais, armazéns frigoríficos e silos; carga, descarga, arrumação e guarda de bens, inclusive guarda-móveis e serviços correlatos; 37) Depósitos de qualquer natureza (exceto depósitos feitos em bancos ou outras instituições financeiras); 38) Guarda e estacionamento de veículos; 39) Hospedagem em hotéis, pensões e congêneres (o valor da alimentação, quando incluído no preço da diária ou mensalidade, fica sujeito ao imposto sobre serviços); 40) Lubrificação, limpeza e revisão de máquinas, aparelhos e equipamentos (quando a revisão implicar em conserto ou substituição de peças, aplica-se o disposto no item seguinte); 41) Conserto e restauração de quaisquer objetos (excusive, em qualquer caso, o fornecimento de peças e partes de máquinas e aparelhos, cujo valor fica sujeito ao ICM); 42) Recondicionamento de motores (o valor das peças fornecidas pelo prestador do serviço fica sujeito ao ICM); 43) Pintura (exceto os serviços relacionados com imóveis) de objetos não destinados a comercialização ou industrialização; 44) Ensino de qualquer grau ou natureza; 45) Alfaiates, modistas costureiros, prestados ao usuário final, quando o material, salvo o de avilamento, seja fornecido pelo usuário; 46) Tinturaria e lavanderia; 47) Beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, acondicionamento e operações similares, de objetos não destinados à comercialização ou industrialização; 48) Instalação e montagem de aparelhos, máquinas e equipamentos prestados ao usuário final do serviço, exclusivamente com material por ele fornecido (excetua-se a prestação do serviço ao Poder Público, a autarquias, a empresas concessionárias de produção de energia elétrica); 49) Colocação de tapetes e cortinas com material fornecido pelo usuário final do serviço; 50) Estúdios fotográficos e cinematográficos, inclusive revelação, ampliação, cópia e reprodução; estúdios de gravação de "video-tapes" para televisão; estúdios fonográficos e de gravação de sons ou ruídos, inclusive dublagem e "mixagem" sonora; 51) Cópia de documentos e outros papéis, plantas e desenhos, por qualquer processo não incluído no item anterior; 52) Locação de bens móveis; 53) Composição gráfica, clichêria, zincografia, litografia e fotolitografia; 54) Guarda, tratamento e amestramento de animais; 55) Florestamento e reflorestamento; 56) Paisagismo e decoração (exceto o material fornecido para execução, que fica sujeito ao ICM); 57) Recauchutagem ou regeneração de pneumáticos; 58) Agenciamento, corretagem ou intermediação de câmbio e de seguros; 59) Agenciamento, corretagem ou intermediação de títulos quaisquer (exceto os serviços executados por instituições financeiras, sociedades distribuidoras de títulos e valores e sociedades de corretores, regularmente autorizadas a funcionar); 60) Encadernação de livros e revistas; 61) Aerofotogrametria; 62) Cobranças, inclusive de direitos autorais; 63) Distribuição de filmes cinematográficos e de "video-tapes"; 64) Distribuição e venda de bilhetes de loteria; 65) Empresas funerárias; 66) Taxidermistas.

Os Municípios em face das normas constitucionais de conteúdo econômico

JOSÉ NILO DE CASTRO

Procurador do Município de Ipatinga
— MG. Mestre em Direito Público pela
UFMG. Doutor em Direito Público
pela Université de Droit, d'Economie
et de Sciences Sociales de Paris (Paris
II). Consultor do Governador do Esta-
do de Minas Gerais. Professor de Polí-
tica — Faculdade de Direito MILTON
CAMPOS — Belo Horizonte — MG

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

I — EXISTÊNCIA DO INTERVENCIONISMO MUNI- CIPAL

1 — *A gestão dos serviços públicos municipais inter-
vencionistas*

2 — *O princípio da livre iniciativa*

3 — *A exceção ao princípio liberal*

II — AS MODALIDADES DE INTERVENÇÃO

1 — *O procedimento via autoridade*

2 — *Os processos modernos de intervenção*

CONCLUSÕES

INTRODUÇÃO

Toda exposição de caráter científico supõe a necessidade de definição de conceitos de base. Portanto, sendo o Município uma coletividade pública descentralizada, possuindo, por isso mesmo, frações do *jus imperii* estatal, as normas constitucionais, de conteúdo econômico, se bem que programáticas, encobrem também sua atuação no campo do peculiar interesse, traduzindo, pois, uma ideologia.

A Constituição federal, no Título III, “Da Ordem Econômica e Social”, é a fonte inspiradora da ideologia que se adotou em nosso sistema republicano. O art. 160 estabelece que a ordem econômica e social tem por fim realizar o *desenvolvimento* nacional e a *justiça social* (bem-estar coletivo), com base em princípios consagradores da nova filosofia social, portanto, de um direito novo (incisos I, II, III, IV, V e VI).

O conceito de ideologia, que o texto constitucional encarna, deve ser, no entanto, analisado, desvestido de qualquer compromisso com modelos políticos, conforme nos ensina o Professor WASHINGTON P. ALBINO DE SOUZA⁽¹⁾. É, pois, uma ideologia pura. Identifica o ilustre mestre mineiro a existência de princípios contraditórios em termos da ideologia pura, no texto constitucional. Por exemplo: a garantia da plena propriedade e, ao mesmo tempo, a imposição de que se lhe dê uma função social.

Ora, nesse quadro constitucional de normas de conteúdo econômico, impõe-se-nos uma afirmação: sabendo-se que o elemento econômico da relação jurídica reside no conflito de interesses (CARNELUTTI) e que o direito existe em função de regular esse conflito, e sendo, por outro lado, as funções municipais como que prolongamento natural das do Estado, firma-se o entendimento de que as normas constitucionais de conteúdo econômico acobertam, também, as iniciativas municipais nessa direção. É o que veremos a seguir.

I — A EXISTÊNCIA DO INTERVENCIONISMO MUNICIPAL

Simple proprietário, num passado bem distante, o Município tornou-se prestador de serviços públicos. Começou a agir: “a liberdade de inação dos Municípios não cessou de diminuir depois de 1884”⁽²⁾. Por outro lado, diante das conseqüências da guerra de 1914/1918 e das crises econômicas posteriores, o Estado quis procurar “o terceiro caminho” entre o liberalismo e o socialismo. Os Municípios, que viveram, em primeiro plano, essas dificuldades, de que nos dá notícias o *socialismo*

(1) ALBINO DE SOUZA W. P., *Direito Econômico*, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 34.

(2) MONTAGNIER G., *Vingt Années d'Évolution du Régime Communal*, Actualité Juridique, Droit Administratif, avril 1966, p. 212.

municipal, diante do “choque das exigências do futuro” (3), tornaram-se, também, intervencionistas, dotados de poderes de encorajamento bastante nítido a respeito da economia.

Porque essa nova função municipal é, senão um dos aspectos, ao menos a consequência do intervencionismo do Estado, afigura-se-nos útil examinar, sumariamente, a execução desses serviços, assim como suas modalidades.

1 — *A gestão dos serviços públicos municipais intervencionistas*

A razão de ser do Estado e do Município repousa na prestação de serviço público. “O serviço público é o fundamento e o limite do poder governamental” (4).

Segundo tal postulado, pode-se saber que a função administrativa é compreendida no âmbito finalista e que, por isso mesmo, limita a ação administrativa, indicando, “com efeito, quais fins persegue a administração, a que fim se realiza uma ação administrativa. E determinar os fins de uma ação é também marcar-lhe os limites” (5).

Além do mais, a ação administrativa, definida anteriormente pelo critério clássico de serviço público, exigiu nova concepção. “O conceito de serviço público tinha sido originalmente identificado para justificar as intervenções da administração e para explicar os elementos fundamentais do regime jurídico aplicável a essas intervenções” (6).

Revelando-se, porém, insuficiente e ineficaz esse critério tradicional (7), foi necessário, por isso, se fixasse o conteúdo da atividade administrativa numa pluralidade de noções, isto é, a *noção formal*, a *noção material* e a *noção funcional* (8).

Por outro lado, a evolução do corpo social, desde a segunda metade do século XIX, contribuiu, sensivelmente, para a existência desse quadro, que nosso direito público acolheu. Além do mais, a impulsão foi, sobretudo, dada no domínio econômico. É, portanto, por esse fato mes-

(3) BERNARD P., *Le Grand Tournant des Communes en France*, Paris, A. Collin, 1969, p. 17.

(4) DUGUIT L., *Traité de Droit Constitutionnel*, 3e édition Paris, E. de Boccard, Successeur, tome II, 1930, p. 62.

(5) TIMSIT G., *Le Rôle de la Notion Administrative en Droit Administratif Français*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1963, p. 191.

(6) CORAIL J. L., *La Notion d'Activité dans le Domaine de l'Administration Economique*, Toulouse, in *Mélanges Paul Couzinet*, 1974, p. 117.

(7) CORAIL J. L., *La Crise de la Notion Juridique de Service Public en Droit Administratif Français*, Thèse, Toulouse, 1952.

(8) LAUBADERE A., *Traité de Droit Administratif*, 8e. édition, Paris, LGDJ, tome I, pp. 230 e s.

mo que se afirma constantemente a necessidade de contar com esta nova atividade pública, porque a política econômica traduzida expressamente desde a Constituição do México de 1917, e de Weimar de 1919, cujo conceito, no entanto, é “convocado para desempenhar papel essencial” (9) e cujos contornos a delimitar foram e são objeto de trabalho dedicado da jurisprudência, modificou, realmente, a fisionomia do Estado e, por via de consequência, a do Município.

É certo, sem entretanto nos colocar em extremismos — escolhemos a “terceira via” —, que os Estados democráticos, diante do liberalismo que privatizou o direito público e do socialismo que procurou publicizar o direito privado (10), acabaram por admitir a necessidade de estar presentes na economia e no seu desenvolvimento.

Para consegui-lo, impõe-se-lhes a existência de meios clássicos e modernos.

De sua parte, o Município, vivendo tais problemas, projetou-se nessa nova situação social, respeitando, naturalmente, de um lado, a iniciativa privada e, de outro, servindo-se de abrandamentos que se lhe impuseram.

2 — O princípio da livre iniciativa

Nos regimes de economia liberal, a ação intervencionista do Estado e dos Municípios encontra limites nos princípios gerais do direito, como os da igualdade de todos diante da lei e da liberdade do comércio e da indústria (livre concorrência). São, pois, princípios nascidos no Estado liberal, impondo-se, todavia, às autoridades administrativas, no caso de suas intervenções na economia privada.

No que respeita aos Municípios, veremos os limites às suas atividades nesse domínio, postos por esses princípios.

A intervenção municipal choca-se com restrições constitucionais. O art. 153, § 1º, proclama e impõe a igualdade de todos diante da lei, o que vai fixar limites à intervenção municipal. Outras disposições constitucionais prevêem ainda a restrição: o art. 153, § 22, que assegura o direito de propriedade, e o § 23, que assegura livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. Diferente não é a disposição do art. 160, I,

(9) CORAIL J. L., *La Notion d'Activité dans le Domaine de l'Administration Economique*, op. cit., p. 117.

(10) MEIRELLES H. L., *Direito Municipal Brasileiro*, 5ª edição, São Paulo, ERT, 1977, p. 578.

proclamando a liberdade de iniciativa. E, enfim, poderíamos ajuntar, ainda, a disposição do art. 163, atribuindo à União a faculdade de intervenção direta na economia? Questionei, porque essa disposição merece, aqui, desenvolvimento, já que deflui dela mesma o direito de intervir do Município.

Contrariamente à grande parte dos publicistas brasileiros, o Professor EROS ROBERTO GRAU afirma que os Municípios e os Estados, salvo o aspecto de monopólio, que exige lei federal, com base nas motivações do artigo (segurança nacional ou para organizar setores não desenvolvidos no regime de competição e de liberdade de iniciativa), podem criar empresas públicas para interferir no domínio econômico (11).

Fundamentando suas razões, diz o ilustre Professor paulista:

“Assim teremos, no campo das intervenções *por participação*, nos Estados-Membros e nos Municípios, a constituição de sociedades, cujos objetivos não configuram uma verdadeira prestação de serviço público, visto como, v.g., voltadas ao exercício de atividades financeiras (nos Estados-Membros) e da realização de obras públicas e de estudos técnicos (nos Estados-Membros e nos Municípios), em regime de franca concorrência com o setor privado. Exemplo marcante a referir, além desses, é o da desapropriação, pelo Estado de São Paulo, das ações do capital da Sanderson do Brasil S/A — Produtos Cítricos (Decreto estadual nº 6.085, de 2-5-1975), do que resultou a Frutesp S/A — Agro Industrial, sociedade que durante alguns anos ficou sob o seu controle acionário, sendo posteriormente privatizada... Nas áreas das intervenções *por indução*, mencionem-se as políticas de incentivo e estímulo, setorial e regional, estaduais e municipais, ao desenvolvimento de determinadas atividades econômicas, instrumentadas por via tributária, econômica e financeira. E, por derradeiro, no setor de intervenções *por direção* mencionem-se, como exemplos marcantes, as políticas, estaduais e municipais referidas à localização de atividades econômicas, que configuram, nitidamente, ação cogente sobre o comportamento dos agentes econômicos. De resto, cumpre também observar que são motivações distintas daquelas consignadas no art. 163 as que justificam a prática, pelos Estados-Membros e Municípios, de tais ações de intervenção” (12).

Não nos resta dúvida, pois, que os Municípios, salvo a hipótese de monopólio (da União) dependendo de lei federal, podem intervir no domínio econômico, contando apenas com a respectiva lei municipal dentro dos ângulos vistos acima.

(11) GRAU E. R., *Elementos de Direito Econômico*, São Paulo, ERT, 1981, pp. 73/74.

(12) GRAU E. R., *op. cit.*, pp. 73/74.

No direito comparado, podemos citar o direito francês. O fundamento mesmo da economia francesa repousa no princípio da liberdade do comércio e da indústria proclamado pela lei de 2 e 17 de março de 1791. Embora tenha sofrido enfraquecimento depois da instalação do Estado liberal, este princípio permanece ainda em vigor, sendo, hoje, combinado com o conteúdo do art. 34 da Constituição francesa de 1958, referente às “garantias fundamentais concedidas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas”.

Em suma, os Municípios, sob as normas constitucionais de conteúdo econômico, possuem restrições a respeito da intervenção nas atividades econômicas. Mas, por outro lado, tais restrições não são absolutas, porque há exceções.

3 — A exceção ao princípio liberal

É reconhecido, há muito tempo, o caráter supletivo da ação administrativa na economia privada (13). A administração pública possui, de qualquer forma, uma ação de vigilância a cumprir na atividade econômica privada, porque o fenômeno econômico é considerado como componente social(14). Ora, esse componente social propulsor da atividade econômica subsidiária da administração é significativo. Representa, sem dúvida, ponto de equilíbrio, como o texto constitucional, no âmbito que abordamos, é igualmente instrumento de estabilidade, de equilíbrio e de segurança.

É, pois, por isso que se tornou necessário senão adaptar ao menos diminuir a aplicação do princípio da liberdade do comércio e da indústria, autorizando-se e obrigando-se a administração pública a intervir na economia privada. Foi, então, a administração pública convocada para fazer correções nos desequilíbrios sociais, o que evidentemente corresponde à sua vocação geral de intervir.

Voltando-nos ao direito comparado, encontramos no *socialismo municipal* francês a tradução intervencionista construída pelo Conselho de Estado. Várias decisões de princípio (arrêts de principe) são referidas. A princípio houve rigorismo na matéria, condenando o Conselho de Estado, por exemplo, a criação de serviços médicos municipais pagos pelo Município (C.E., 29 de março de 1901, *Casanova*, S. 1901.3.73). Refere-se, ainda, uma outra, permitindo a intervenção econômica (C.E., 30 de maio de 1930, *Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers*, s.,

(13) CHEVALLIER J. e LOSCHAK D., *Science Administrative*, Paris, LGDJ, 1978, tome II, p. 489.

(14) CHEVALLIER J. e LOSCHAK D., *op. cit.*, tome II, p. 495.

1931.3.73). É permitida a intervenção desde que um interesse público a justifique, diz o Conselho de Estado.

Houve evolução da jurisprudência do Conselho de Estado, que hoje favorece a coabitação de duas teses opostas, isto é, a liberdade econômica e o intervencionismo do Poder Público municipal (cf. C.E., 23 de junho de 1972, *Société "La plage de la forêt"*, RDP, 1972, p. 1.259). O princípio liberal não pode ser obstáculo à intervenção pública nesse domínio, desde que essa execução tenha vinculação com as missões normais do Município. Por isso, o Conselho de Estado considera legal a criação de piscinas municipais (com remuneração dos usuários), dentro das atribuições ligadas à higiene.

II — AS MODALIDADES DE INTERVENÇÃO

Ao lado da função de polícia municipal, os Municípios desenvolvem outras em vista do bem-estar coletivo dos municípios. É o *Welfare state* aplicado aos Municípios.

Vê-se, portanto, o duplo campo de ação administrativa que evoca o professor da Universidade de Paris (Paris II) JEAN-LOUIS DE CORAIL, admitindo "duas grandes categorias de serviços públicos correspondentes a dois tipos de atividades exercidas pela administração: as *atividades de regulamentação* e as *atividades de prestação*"⁽¹⁵⁾.

De conformidade com a fórmula tradicional, pela qual "a atividade privada não é jamais inteiramente livre, mas se exerce, necessariamente, no quadro jurídico fixado pelos poderes públicos"⁽¹⁶⁾, indicamos, a seguir, a autonomia da regulamentação administrativa e os processos modernos de intervenção.

1 — O procedimento via autoridade

Os Municípios, detentores de frações do *jus imperii*, possuem também a faculdade de intervenção em matéria de regulamentação de atividades privadas. É o seu poder de polícia que nos escapa à análise no momento.

É possível que, quando os Municípios regulamentam atividades privadas em suas competências tradicionais, "em vista de finalidade de

(15) CORAIL J. L., "Le juge administratif et la qualification des interventions de l'État dans le domaine de l'économie", in *Mélanges C. EISENMANN*, Ed. CUJAS, 1974, p. 317.

(16) CHEVALLIER J. e LOSCHAK D., *op. cit.*, p. 522.

natureza econômica, isto é, em vista de impor às relações econômicas alguma direção ou alguma orientação" (17), assegurem e executem serviços econômicos, portanto intervêm.

Nosso direito reserva aos Municípios o poder de propulsão, que consiste na faculdade de que dispõem para impulsionar o desenvolvimento local por medidas administrativas próprias (18).

Esse poder de propulsão (pode-se dizer também por participação, por direção e por indução(19)), é considerado atribuição nova, cujo fundamento constitucional repousa no art. 15, II, da Constituição federal, a respeito da organização dos serviços públicos municipais, assim como no art. 163, conforme demonstramos há pouco.

Agindo assim, os Municípios não estão editando *direito* material, limitativo de atividades lícitas dos administrados, sendo sua ação apenas suplementar da iniciativa privada.

Além do mais, a Constituição federal, garantindo a propriedade privada (art. 153, § 22), impõe uma condição essencialmente intervencionista à sua utilização e gozo (art. 160, III) pela *função social*, que ela — a propriedade — doravante representa.

É verdade que foi necessário decurso de algum tempo para a aplicação desse novo princípio. Não é menos verdade, porém, o alcance nos dias de hoje de sua aplicação.

A função municipal é tão ativa quanto permanente. Sua esfera de ação *ratione loci* surge de sua vocação geral de intervir.

Ora, ao *socialismo municipal*, difundido na França, responde o direito municipal brasileiro com a *municipalização* de atividades privadas. Há um exemplo destacável. Trata-se da atividade de loteamento sofrendo metamorfose verdadeira. Municípios, pois, que anteriormente, pelo seu poder de polícia, apenas permitiam o exercício dessa atividade, tomam-lhe agora a direção. É o que está já consagrado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Foi aberta, oficialmente, a porta nesse domínio (Rec. Ext. SP 82.300, Pleno, de 12-4-1978(20)).

(17) CORAIL J. L., *op. cit.*, Ed. Cujas, p. 318.

(18) MEIRELLES H. L., *op. cit.*, p. 577.

(19) GRAU E. R., *op. cit.*, pp. 73/74.

(20) Eis a advertência que o Ministro A. NEIDER fez na ocasião (fl. 759, dos autos): "Se o negócio imobiliário for aprovado pelo STF, nossos Prefeitos interioranos ficarão armados de um terrível instrumento de perseguição político-partidária, meio abusivo tão perigoso quanto negar-se o direito de desapropriar para o interesse público e, ainda mais, os desapropriamentos para urbanizar mediante incorporação imobiliária irão proliferar em verdadeira orgia oficial."

Decorre daí, evidentemente, que os Municípios, na organização nacional, cumprem novas funções — e funções econômicas, e, por outro lado, percebe-se que eles são realmente convocados para desempenhar papel tão novo quanto importante, cujas conseqüências, porém, à parte algumas contestações, se revelam indiscutivelmente cada vez mais úteis ao corpo social, consagrando-se, em suma, ampliação de suas funções.

2 — Os processos modernos de intervenção

Já que “toda intervenção do Poder Público, que se situa no domínio da administração clássica ou no domínio industrial e comercial, é suscetível de ter conseqüências de natureza econômica” (21), vemo-nos, hoje, na contingência, cada vez mais forte, de “readaptação interna dos corpos administrativos” (22), isto é, a escolha e a prática da política descentralizadora funcional.

Essa abertura parece mesmo enfraquecer o velho princípio liberal e colocar em dificuldades os princípios de igualdade e da livre concorrência, que, aliás, “correm o risco de ser fortemente atingidos desde que intervenham no mercado organismos públicos ou privados dotados de privilégios, inclusive investidos de monopólio” (23).

É a situação que se nos apresenta.

Depois dos Decretos-Leis n.ºs 200, de 25 de dezembro de 1967, e 900, de 29 de setembro de 1969, muitos Municípios criaram — e criam —, pessoas jurídicas, adotando seja a fórmula de sociedades de economia mista, seja a de empresas públicas. É, portanto, a descentralização funcional ou por serviços no campo intervencionista.

Essa técnica que, no início, identifica apenas o cuidado supletivo da atividade privada, permite, senão controlar, ao menos orientar o mercado. Tornam-se assim mais complicadas ainda as fronteiras entre as atividades públicas e as atividades privadas, assim como, por conseguinte, as fronteiras entre as atividades da administração municipal em seu conjunto e as atividades dos particulares diante do princípio da liberdade de iniciativa.

A gestão dessas atividades deve basear-se no princípio da eficiência. Ora este repousa “na idéia de que as prestações fornecidas se alteram e, se os usuários apresentam novas exigências, os serviços públicos devem

(21) CORAIL J. L., *op. cit.*, Ed. Cujas, p. 299.

(22) BENOIT F. P., *Le Droit Administratif Français*, Paris, Dalloz, 1968, p. 202.

(23) LOSCHAK D. *Les Problèmes Juridiques Posés par la Concurrence des Services Publics et des Activités Privées*, AJDA, maio de 1971, p. 262.

também atendê-las. Os serviços públicos são submetidos à lei do progresso, isto é, suas prestações devem, sem cessar, aumentar em qualidade (pela utilização de processos técnicos novos) como em quantidade” (24).

Além desses processos diretos — *descentralização por serviços* —, destacam-se outros métodos de participação dos Municípios no domínio econômico e social.

Veja-se o direito francês, em sua mais recente reforma, contemplada pela Lei nº 213, de 2 de março de 1982, relativa aos direitos e às liberdades dos Municípios. A lei reafirma, naturalmente, a primazia do Estado que tem a “responsabilidade da condução da política econômica e social, assim como da defesa do emprego”. Depois prevê que os Municípios têm o direito de intervir em matéria econômica e social, “respeitando os princípios da liberdade do comércio e da indústria e da igualdade de todos diante da lei, assim como as regras do “aménagement du territoire” definidas na lei do plano. Sob reservas, podem os Municípios conceder: ajudas financeiras diretas e indiretas nas condições previstas pela lei do plano; ajudas financeiras diretas e indiretas às empresas em dificuldade; ajudas também para a manutenção dos serviços necessários à satisfação das necessidades da população rural quando a “iniciativa privada falta ou é insuficiente”.

Decorre, portanto, da prescrição legal, a participação dos Municípios na atividade econômica. O Estado é o primeiro ator, o Município o segundo, mas os dois são atores, agindo de conformidade com as normas programáticas constitucionais de conteúdo econômico.

CONCLUSÕES

1) Impõe-se a constatação de que os Municípios, entidades descentralizadas, inseridos na Organização Nacional (Título I, Capítulo III, da Constituição federal) possuem também, embora em menor grau, poderes de intervenção na economia.

2) Seria conveniente, mesmo neste momento de pregação nacional visando a *desestatização* da economia, conservar o “Welfare state” municipal, diante das normas constitucionais de conteúdo econômico, como reforço também das funções municipais.

3) As experiências municipais de outros países, por exemplo, as da França, onde a intervenção municipal no domínio econômico é legalmente prevista, estão a demonstrar, de fato e de direito, a existência da democracia econômica local.

(24) CHEVALLIER J. e LOSCHAK D., *op. cit.*, p. 541.

Os serviços comuns metropolitanos e a autonomia municipal

JACKSON ROCHA GUIMARÃES

Professor da Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Minas Gerais e
Chefe da Assessoria Jurídica da Cia. de
Transportes Urbanos da Região Metropo-
litana de Belo Horizonte — METROBEL.

GUTEMBERG DA MOTA E SILVA

Mestrando em Direito Administrativo da
Universidade Federal de Minas Gerais e
Assessor Jurídico da Cia. de Transportes
Urbanos da Região Metropolitana
de Belo Horizonte — METROBEL.

SUMÁRIO

- I — Introdução
- II — As regiões metropolitanas
- III — Os serviços comuns metropolitanos
- IV — Autonomia municipal inviolada
- V — A solução mineira para o transporte e o sistema viário metropolitanos
- VI — Conclusões

I — Introdução

1. Toda realidade nova, seja em que área for, costuma gerar, de início, hesitações e perplexidades. No campo jurídico, a questão se acentua ainda mais, pois o direito é uma ciência social, e não exata.

Isto vem ocorrendo no Brasil desde o surgimento das regiões metropolitanas, fenômeno recente que ainda desafia a argúcia dos juristas pátrios. O grau de dificuldade cresce na medida em que o legislador constituinte, ao prever o estabelecimento das regiões, não criou mais um nível de governo, o metropolitano ou regional.

2. Questiona-se, vez por outra, se a criação de entidades metropolitanas, para a execução dos serviços comuns referidos no art. 164 da Carta Magna, lesaria ou não o princípio constitucional da autonomia dos Municípios. Não é incomum a defesa exacerbada do princípio, embora, segundo MIGUEL REALE, in “Regulamentação do Trânsito Urbano”, *Revista de Direito Público*, vol. 9, pág. 85, ele se preste a interpretações fluidas e impertinentes, dando-se desmedida extensão ao termo “peculiar interesse”, em detrimento de exigências de caráter regional ou mesmo nacional.

3. Por isso, são de suma importância — no momento em que se delinea um novo perfil federativo, a exigir revisões conceituais — decisões como a proferida pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo a controvertida questão da autonomia municipal. Realmente, ao emitir seu voto como Relator da Representação nº 1.048-PB, em que se levantou, sem êxito, a inconstitucionalidade dos arts. 164 e 165 da Constituição da Paraíba, limitadores do uso do solo dos Municípios de João Pessoa e Campina Grande, o Ministro DJACI FALCÃO, in *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 101, agosto de 1982, pág. 487, acentuou a necessidade de se dar “tratamento legislativo adequado a problemas comuns”. E acrescentou, na mesma página:

“... Com isso, não está ignorando a competência privativa no que tange ao peculiar interesse local, inclusive na capacidade de auto-administração do Município. A base constitucional da autonomia municipal há de ser interpretada com temperamentos, no que se refere ao chamado peculiar interesse.”

4. Em Minas Gerais, discute-se a competência da Companhia de Transportes Urbanos da Região Metropolitana de Belo Horizonte — METROBEL, para gerir o serviço de transportes e o sistema viário da mencionada região. Segundo os defensores intransigentes da autonomia municipal, tais atividades constituiriam serviços públicos locais, da alçada, portanto, de cada Município.

O objetivo do presente estudo é demonstrar que a METROBEL é competente para a execução dos citados serviços comuns metropolitanos e que sua atuação não fere a autonomia municipal.

II — As regiões metropolitanas

5. A rígida e inflexível interpretação desse princípio relega a plano secundário a nova realidade fática e jurídica resultante dos grandes conglomerados urbanos. Efetivamente, diante do fenômeno universal da concentração urbana, partiram os Estados para adoção de soluções globais dos seríssimos problemas daí decorrentes.

Surgiram assim as regiões metropolitanas de Paris, Los Angeles, São Francisco, Toronto, Londres, Nova Delhi, dentre outras.

6. No Brasil, o assunto é relativamente novo, embora na década de 1930 já se fizesse sentir a necessidade de agrupamento de Municípios para execução de serviços comuns. Assim, a Constituição de 1937 concebeu a união

de Municípios da mesma região com os objetivos definidos em seu art. 29, **verbis**:

“Art. 29 — Os Municípios da mesma região podem agrupar-se para a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns. O agrupamento, assim constituído, será dotado de personalidade jurídica limitada a seus fins.

Parágrafo único — Caberá aos Estados regular as condições em que tais agrupamentos poderão constituir-se, bem como a forma de sua administração.”

No entanto, tais agrupamentos não se constituíram, tornando-se letra morta a novidade constitucional.

7. Com o extraordinário surto de desenvolvimento experimentado pelo País a partir da década de 1950, sentiu o legislador constituinte que não poderia mais olvidar a nova realidade urbana brasileira e, por isso, introduziu a região metropolitana na Constituição de 1967 (art. 157, § 10). O texto constitucional resultou de emenda do Senador Eurico Rezende, que assim a justificou:

“As regiões metropolitanas constituem hoje em dia uma realidade urbanística que não pode ser desconhecida das administrações modernas, nem omitida no planejamento regional. Por regiões metropolitanas entendem-se aqueles Municípios que gravitam em torno da grande cidade, formando com esta uma unidade sócio-econômica, com recíprocas implicações nos seus serviços urbanos e interurbanos. **Assim sendo, tais serviços deixam de ser de exclusivo interesse local, por vinculados estarem a toda a comunidade metropolitana. Passam a constituir a tessitura intermunicipal daquelas localidades, e, por isso mesmo, devem ser planejados e executados em conjunto por uma administração unificada e autônoma, mantida por todos os Municípios da região, na proporção de seus recursos, e se estes forem insuficientes, hão de ser complementados pelo Estado e até mesmo pela União, porque os seus benefícios também se estendem aos governos estadual e federal. Eis por que a emenda propõe o reconhecimento constitucional dessa realidade, possibilitando a unificação dos serviços intermunicipais de regiões metropolitanas subvenção estadual e federal, se necessário, para o pleno atendimento da imensa população que se concentra nessas regiões. Nações civilizadas já adotaram essa técnica administrativa, com excelentes resultados, como é o caso de Toronto, Londres e Nova Delhi**” (os grifos são nossos).

8. PAULO SARASATE, citado por ARNOLDO WALD, in “As Áreas Metropolitanas”, *Rev. de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara*, pág. 152, informa que a emenda do Senador Eurico Rezende teria decorrido de estudo do Ministério do Planejamento, no qual se salientava a necessidade de uma planificação integral e integrada nas três áreas ad-

ministrativas: União, Estados e Municípios. SARASATE transcreve, entre outras, a seguinte conclusão do Ministério do Planejamento:

“Essas regiões serão formadas pelo conjunto de Municípios que gravitam em torno de uma grande cidade e têm interesses e problemas comuns. Diante dessa realidade urbanística, há necessidade da unificação de serviços públicos para melhor atendimento da região. **Tais serviços deixam de ser municipais para serem intermunicipais (de uma área unificada). Quanto aos serviços de caráter estritamente local, continuarão com os respectivos Municípios, mas os de natureza metropolitana seriam realizados e administrados em conjunto por um órgão superior.** Essa nova técnica de administração vem sendo adotada em vários países, nas suas áreas metropolitanas, como, por exemplo, na área metropolitana de Toronto, Londres, Paris, Nova Delhi e outras. Tais medidas já se tornam indispensáveis para as áreas metropolitanas de São Paulo (grande São Paulo e ABC), Santos e os Municípios litorâneos, Recife, Curitiba, Porto Alegre, **Belo Horizonte** e outras” (os grifos são nossos).

9. A Emenda Constitucional nº 1, que modificou profundamente a Carta de 1967, deu maior realce à região metropolitana, destinando-lhe um artigo autônomo:

“Art. 164 — A União, mediante lei complementar, poderá, para a realização de serviços comuns, estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, façam parte da mesma comunidade sócio-econômica.”

10. Em obediência ao comando da Constituição, o Congresso Nacional aprovou a Lei Complementar nº 14, de 8 de junho de 1973, criando as regiões metropolitanas de São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém e Fortaleza.

O art. 5º da Lei Complementar nº 14/73 dispôs:

“Art. 5º — Reputam-se de interesse metropolitano os seguintes serviços comuns aos Municípios que integram a região:

I — planejamento integrado do desenvolvimento econômico e social;

II — saneamento básico, notadamente abastecimento de água e rede de esgotos e serviço de limpeza pública;

III — uso de solo metropolitano;

IV — TRANSPORTES E SISTEMA VIÁRIO;

V — produção e distribuição de gás combustível canalizado;

VI — aproveitamento dos recursos hídricos e controle da poluição ambiental, na forma que dispuser a lei federal;

VII — outros serviços incluídos na área de competência do Conselho Deliberativo por lei federal” (o destaque é nosso).

Estabelece o parágrafo único do art. 3º da mesma lei que a unificação dos serviços comuns poderia ser feita pela concessão do serviço a entidade estadual, **pela constituição de empresa de âmbito metropolitano** ou por outros processos.

III — Os serviços comuns metropolitanos

11. Em face dos citados dispositivos legais, procurou a doutrina brasileira definir o alcance da expressão **serviços comuns metropolitanos**. Alguns doutrinadores, preocupados infundadamente com a preservação da autonomia municipal, viram a necessidade de separar etapas dos serviços comuns que continuariam a ser executadas isoladamente pelos Municípios metropolitanos.

12. Ora, se o objetivo da criação das regiões metropolitanas foi o de propiciar um tratamento integral e integrado dos complexos problemas das áreas conturbadas, seria contraditória e incompreensível a fixação de etapas dos serviços comuns, atribuindo umas à autoridade local e outras à metropolitana. De outro lado, seria difícil ou mesmo impossível estabelecer com precisão os limites dessas etapas, para fins de determinação de competência. Como ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, in **Elementos de Direito Administrativo**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, pág. 239, “além de toda interpretação possível restará, afinal, um campo nebuloso donde não há como desvendar um significado milimetricamente demarcado para os conceitos práticos”. A propósito, invoca magistral metáfora do jusfilósofo argentino GENARO CARRIÓ:

“Hay un foco de intensidad luminosa donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad circundante donde caen todos los casos en los que no se duda que no es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una zona de penumbra sin límites precisos. **Paradójicamente ella no empieza ni termina en ninguna parte, y sin embargo existe**” (destaque do autor).

13. O argumento dessa corrente doutrinária não pode de forma alguma prosperar, pois esbarra no texto do art. 5º da Lei Complementar nº 14/73, que não distinguiu etapas ou parcelas dos serviços comuns. E é regra básica de interpretação jurídica que, onde a lei não distingue, o intérprete também não deverá fazê-lo: **Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus**.

IV — Autonomia municipal inviolada

14. A execução dos serviços comuns de **transportes e sistema viário** por entidade metropolitana não fere de forma alguma o princípio da autonomia dos Municípios consagrado pela Constituição. Com efeito, ao mesmo tempo em que abriga esse princípio (art. 15), a Lei Maior estabelece a

possibilidade de criação, por lei complementar, das regiões metropolitanas para a execução dos serviços comuns (art. 164). Ao elencar os transportes e o sistema viário entre os serviços comuns, o art. 5º da Lei Complementar nº 14/73 fez com que tais atividades passassem da competência do Município para a alçada regional ou metropolitana.

15. Esta tese é apoiada pela maioria dos doutrinadores que versaram a matéria. O respeitado constitucionalista mineiro RAUL MACHADO HORTA, em conferência sobre o “Direito Constitucional Brasileiro e as Regiões Metropolitanas”, in **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, vol. 40, págs. 22/23, doutrina:

“Os serviços metropolitanos não são serviços públicos locais. Esses pertencem aos Municípios, por norma constitucional imperativa, dentro de sua autonomia administrativa (art. 15, II, b — Emenda Constitucional nº 1). Os serviços da região metropolitana são **serviços públicos regionais**, como a lei complementar os identificou na relação **não exaustiva dos serviços comuns**” (destaques do autor).

16. No mesmo sentido é a lição de EROS ROBERTO GRAU, in **Regiões Metropolitanas — Regime Jurídico**, José Bushatsky editor, São Paulo, 1974, pág. 133:

“De qualquer forma, cabe relembrar que a execução dos serviços e obras metropolitanos por aquela entidade (metropolitana) absolutamente não compromete o referido princípio (autonomia municipal), dado que, a partir do momento em que definidas tais atividades como funções metropolitanas, já não poderão mais ser entendidas como de **interesse local**, mas sim como de **interesse regional metropolitano**” (as intercalações são nossas e os destaques do autor).

17. TOSHIO MUKAY, in **O Regime Jurídico Municipal e as Regiões Metropolitanas**, Sugestões Literárias S.A., 1976, págs. 84 e 108, sustenta o mesmo ponto de vista:

“Observe-se que a autonomia municipal não é violada, o que significa dizer que aquela autonomia constitucionalmente referida ao interesse peculiar, sob o aspecto jurídico, é respeitada. De mais disso, o objetivo do dispositivo constitucional é permitir a realização de serviços de interesse comum, isto é, **de serviços que não são do interesse peculiar**, vale dizer, **preponderante de cada Município considerado isoladamente**, mas da comunidade sócio-econômica composta por eles. Nesse sentido é que se pode falar de **um interesse metropolitano, distinto do interesse peculiar do Município considerado isoladamente.**”

“Cabe observar que a lei complementar, ao elencar os serviços comuns considerados de interesse metropolitano, deu poderes expressos à entidade metropolitana para gerir tais assuntos e serviços em situação de **preponderância sobre os Municípios da Região**” (os grifos são nossos).

18. ALAÓR CAFFÉ ALVES, in **Planejamento Metropolitano e Autonomia Municipal no Direito Brasileiro**, José Bushatsky editor, São Paulo, 1981, pág. 165, observa:

“O fato é que, uma vez caracterizada a peculiaridade metropolitana de determinados serviços, através de lei federal, o Município não pode invocar a peculiaridade municipal, valendo dizer, por conseqüência, “que, na área do serviço comum, a atuação municipal terá de cingir-se, obrigatoriamente, ao interesse metropolitano”. A pena, para o descumprimento, será inequivocamente a de intervenção federal, com supedâneo no art. 1º, nº V, alínea c, da Constituição do Brasil.”

19. Analisando as regiões metropolitanas, in **Direito Administrativo Brasileiro**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, pág. 768, o eminente administrativista HELY LOPES MEIRELLES preleciona:

“Essa nova instituição, meramente administrativa, visa a suprir as deficiências técnicas e econômicas dos Municípios, diante do enorme custo e complexidade das obras e serviços públicos que, afetando toda uma área de densa concentração populacional como são as das metrópoles, deixam de ser de **peculiar interesse local** e passam a ser de **interesse regional**, justificando a sua transferência para uma administração mais alta, abrangente de toda a região metropolitana” (destaques do autor).

20. EURICO DE ANDRADE AZEVEDO, in **Revista de Direito Administrativo**, vol. 119, págs. 13 e 14, ensina:

“Os Municípios têm competência para os assuntos do seu peculiar interesse, isto é, assuntos de natureza local, em que o interesse das municipalidades prepondera sobre o interesse do Estado e da União. A **preponderância** do interesse, portanto, é a chave para determinar a competência da entidade estatal sobre um determinado assunto. Conseqüentemente, todo e qualquer assunto que, na região metropolitana, deixe de ser de interesse predominante de um Município para ser da região, passa a ser da competência do órgão estadual incumbido de provê-lo.

Por conseguinte, a criação da região metropolitana não importa na diminuição da autonomia municipal do ponto de vista formal: tudo quanto for do peculiar interesse do Município, isto é, do seu interesse predominante, continua no âmbito de sua competência. Mas é evidente que, quanto ao seu conteúdo, muitos assuntos que antes eram da competência do Município, passarão para a competência da autoridade metropolitana a ser exercida pelo Estado, embora com a participação dos próprios Municípios.

Assim, **desde que um Município seja integrado na região metropolitana** — e essa integração não é facultativa, pois depende única e exclusivamente da lei complementar federal —, **ele perde a competência em todos os assuntos considerados de interesse metropolitano**” (destaque do autor e grifos nossos).

21. Este entendimento é corroborado também por JOSÉ AFONSO DA SILVA, in **Direito Urbanístico Brasileiro**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, pág. 198:

“Assim, por exemplo — explicamos certa feita — se em um núcleo urbano isolado os serviços de transportes, sistema viário, saneamento básico, uso do solo, produção e distribuição de gás combustível canalizado, aproveitamento dos recursos hídricos e controle de poluição ambiental, planejamento integrado do desenvolvimento econômico e social, entre outros, caracterizam serviços locais de peculiar interesse municipal e não de ser prestados pelo respectivo Município, em uma área ou região metropolitana eles desbordam dessa caracterização, porque ultrapassam o interesse puramente local e municipal, e incluem-se entre o interesse comum a todos e, assim, não de conceituar-se como de **interesse metropolitano**” (destaque do autor).

22. Poder-se-ia argumentar que, por força do art. 44 da Lei Federal nº 5.108, de 21 de setembro de 1966 (Código Nacional de Trânsito), os Municípios seriam competentes para autorizar, permitir ou conceder serviços públicos de transportes coletivos locais. O argumento, entretanto, é de todo improcedente, pois a norma do Código Nacional de Trânsito foi revogada pela Lei Complementar nº 14/73, que descaracterizou como local o serviço público de transportes nas áreas metropolitanas (art. 5º, IV).

A propósito, GERALDO ATALIBA, in **Lei Complementar na Constituição**, Editora Revista dos Tribunais, 1971, págs. 27 e 29, mostra a supremacia da lei complementar sobre a ordinária:

“Na hierarquia das normas, a lei complementar sucede imediatamente à constitucional e precede às leis ordinárias e demais normas, sobrepondo-se a estas.

A lei complementar revoga e altera a ordinária, impondo em outros casos absoluto afeição desta àquela, pelo menos quanto ao espírito.”

Idêntido ponto de vista é manifestado por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, in **Instituições de Direito Civil**, vol. I, Forense, 1978, pág. 96:

“Hierarquicamente, a lei complementar sobrepõe-se à ordinária, de tal forma que a lei ordinária não pode revogar a complementar, **nem contrariar as suas disposições**” (o grifo é nosso).

23. Em Minas Gerais, seria admissível ainda defender-se a competência do Município para executar o serviço de transportes coletivos, tendo em vista o disposto no art. 172, § 2º, nº 4, da Lei Complementar estadual nº 3, de 28 de dezembro de 1972, que contém a Organização Municipal do Estado. Contudo, a própria Lei Complementar nº 3/72, em seu art. 219, retira dos Municípios integrantes da região metropolitana a competência para executarem isoladamente os serviços comuns que viessem a ser definidos em lei complementar federal:

“Art. 219 — Os serviços básicos de interesse comum dos Municípios que constituírem região metropolitana terão planejamem-

to, coordenação e execução integrados, na forma da lei complementar federal.”

Realmente, logo depois, a Lei Complementar nº 14/73 definiu TRANSPORTES E SISTEMA VIÁRIO como serviço comum metropolitano.

V — A solução mineira para o transporte e o sistema viário

24. Para cumprir o disposto no art. 164 da Constituição, o Estado de Minas Gerais editou a Lei nº 6.303, de 30 de abril de 1974, instituindo a autarquia Planejamento da Região Metropolitana de Belo Horizonte — PLAMBEL, com as atribuições de elaborar o Plano Metropolitano da Região de Belo Horizonte e controlar sua execução; elaborar estudos e programas de realização dos serviços de interesse metropolitano e controlar sua execução; coordenar a execução dos serviços comuns de interesse metropolitano empreendidos pelo Estado e Municípios; articular-se com órgãos e entidades federais visando à compatibilização de programas de interesse metropolitano.

25. A melhor doutrina aconselha a participação dos três níveis de governo na execução dos serviços comuns metropolitanos. ALAÔR CAFFÉ ALVES, in “Regime Jurídico do Planejamento Metropolitano e Autonomia Municipal”, *Revista SPAM*, pág. 24, afirma:

“Com raras exceções, as entidades setoriais executivas serão pessoas jurídicas da administração descentralizada, para as quais poderão concorrer associativa ou corporativamente as unidades governamentais envolvidas no processo do desenvolvimento metropolitano. Esse fato, portanto, propiciará igualmente uma forma de participação integradora no encaminhamento operacional dos serviços comuns metropolitanos.”

26. RAUL MACHADO HORTA (ob. cit., pág. 23) observa magistralmente:

“Na sua estrutura operacional, a região metropolitana requer, além dos órgãos internos de sua composição — Conselho Consultivo e Conselho Deliberativo — um órgão externo de execução dos serviços comuns — **empresa pública**, sociedade de economia mista ou autarquia — que deve ser previsto e criado na **legislação estadual**, para atingir o objetivo concreto da própria região metropolitana: **a realização dos serviços públicos regionais**. Concebo a região metropolitana como instrumento de convergência das relações intergovernamentais, ao nível da União, dos Estados e dos Municípios, figurando nesse contexto como a peça mais nova da fecunda experiência brasileira do federalismo cooperativo. Trata-se de instrumento de cooperação com finalidade constitucional definida, para alcançar, como determinou o constituinte na sua feliz inspiração originária, o desenvolvimento econômico e a justiça social, vale dizer, o bem-estar das populações situadas na mesma comunidade sócio-econômica, dentro do fim dominante da **Ordem Econômica e Social** na Constituição federal brasileira” (grifo nosso, destaques do autor).

27. O **federalismo cooperativo**, tão bem definido por RAUL MACHADO HORTA, é uma realidade que vem sendo captada pela melhor doutrina brasileira. Cite-se, por exemplo, outro respeitado publicista mineiro, o Professor PAULO NEVES DE CARVALHO, que, no encerramento do II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado em 1978 no Rio de Janeiro, conforme registram os **Anais** do certame, Imprensa Oficial do Estado do Rio de Janeiro, Niterói, 1978, pág. 840, observou com propriedade:

“Por força dos objetivos de desenvolvimento por que se empenha, com ênfase, a ação governamental, vai-se implantando novo estilo federativo, por cooperação, com forte presença da Administração Federal, nos Estados e Municípios, e profundas implicações na organização política tradicional da República.

Alterou-se, como é sabido, o conceito clássico, para ceder lugar a outro, fundado em sistema peculiar de inter-relacionamento de órbitas de poder, no qual o Poder Central detém a formulação das diretrizes e lhes controla a execução, buscando assegurar a plena racionalidade na aplicação dos meios a objetivos ou metas predeterminadas.

Na base do novo mecanismo, o planejamento institucional-administrativo, o físico-territorial, o social e o econômico, buscam desempenhar, compatibilizando-se nos diversos planos ou órbitas de Governo, relevante papel de integração.

(...) A regionalização administrativa, traduzida em superintendências de desenvolvimento, as **regiões metropolitanas** e as associações voluntárias de Municípios são formas ricas de aglutinação, racionalizadoras da utilização de esforços e recursos materiais do Governo” (o grifo é nosso).

28. Em consonância com essa nova ordem de idéias, o Estado de Minas Gerais adotou o critério de participação dos três níveis governamentais, constituindo, com base no parágrafo único do art. 3º da Lei Complementar nº 14/73, uma empresa pública para unificar os serviços comuns de transportes e sistema viário na Região Metropolitana de Belo Horizonte. Com efeito, a Lei estadual nº 7.275, de 28 de junho de 1978, autorizou o Poder Executivo a constituir a Companhia de Transportes Urbanos da Região Metropolitana de Belo Horizonte — METROBEL.

29. O art. 4º da Lei nº 7.275/78 estabelece que o Estado de Minas Gerais subscreveria 51% (cinquenta e um por cento) das ações da METROBEL e que do seu capital social poderiam participar a União, os Municípios da Região Metropolitana de Belo Horizonte e suas entidades de Administração Indireta.

E foi o que de fato aconteceu. A METROBEL foi constituída pelo Estado de Minas Gerais, Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais — DER/MG, União, através da Empresa Brasileira de Transportes Urbanos — EBTU e os 14 (catorze) Municípios da região, conforme consta de sua escritura pública de constituição, devidamente registrada na Junta Comercial

de Minas Gerais. A participação de cada Município foi devidamente autorizada pelas respectivas Câmaras Municipais, a saber:

- Belo Horizonte — Lei nº 3.123, de 6 de novembro de 1979;
- Betim — Lei nº 1.284, de 8 de outubro de 1979;
- Caeté — Lei nº 1.286, de 19 de outubro de 1979;
- Contagem — Lei nº 1.418, de 22 de janeiro de 1980;
- Ibirité — Lei nº 623, de 2 de outubro de 1979;
- Lagoa Santa — Lei nº 382, de 19 de novembro de 1979;
- Nova Lima — Lei nº 920, de 29 de novembro de 1979;
- Pedro Leopoldo — Lei nº 938, de 17 de agosto de 1979;
- Raposos — Lei nº 401, de 26 de outubro de 1979;
- Ribeirão das Neves — Lei nº 516, de 30 de agosto de 1979;
- Rio Acima — Lei nº 689, de 12 de novembro de 1979;
- Sabará — Lei nº 62, de 8 de outubro de 1979;
- Santa Luzia — Lei nº 852, de 19 de setembro de 1979;
- Vespasiano — Lei nº 926, de 29 de agosto de 1979.

Portanto, os 14 (catorze) Municípios da Região Metropolitana de Belo Horizonte vincularam-se à METROBEL para prestação de serviços comuns de transportes e sistema viário. Assim, como falar em lesão à autonomia desses Municípios, se todos eles manifestaram a sua vontade de integrar a empresa pública criada exatamente com tal objetivo?

Se não bastasse ser o Estado a entidade política competente para a organização e execução dos serviços comuns, seria no mínimo uma incoerência jurídica sustentar que a atividade da METROBEL macula a autonomia dos Municípios metropolitanos, já que todos dela participam.

VI — Conclusões

a) Os serviços públicos locais, não incluídos entre os serviços comuns metropolitanos definidos pelo art. 5º da Lei Complementar nº 14/73, são de competência dos Municípios.

b) Os serviços comuns metropolitanos, por extrapolarem o âmbito dos Municípios, deixaram de ser de interesse local e passaram a ser de interesse regional ou metropolitano.

c) Por serem regionais, os serviços comuns metropolitanos deverão ser planejados e executados pelos Estados.

d) Por determinação legal (art. 5º, IV, da Lei Complementar nº 14/73), transportes e sistema viário incluem-se entre os serviços comuns metropolitanos.

e) A Lei Complementar nº 14/73 não distinguiu etapas dos serviços comuns que ficariam a cargo dos Municípios; conseqüentemente, não tem apoio legal a interpretação de que certas etapas dos serviços comuns são da competência municipal.

f) Na Região Metropolitana de Belo Horizonte, por força do art. 164 da Constituição, da Lei Complementar nº 14/73 e da Lei estadual nº 7.275/78, a competência para o serviço comum de transportes e sistema viário é da Companhia de Transportes Urbanos da Região Metropolitana de Belo Horizonte — METROBEL.

Bibliografia

Anais do II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, Imprensa Oficial do Estado do Rio de Janeiro, Niterói, 1978.

ALVES, Aladôr Caffé — **Planejamento Metropolitano e Autonomia Municipal no Direito Brasileiro**. José Bushatsky Editor, São Paulo, 1981.

————— — “Regime Jurídico do Planejamento Metropolitano”, in **Revista SPAM**.

ALVIM, Rui Carlos Machado — “Autonomia Municipal e a Lei dos Mananciais”, in **Revista de Direito Público**, nº 47-48.

AZEVEDO, Eurico de Andrade — “Institucionalização das Regiões Metropolitanas”, in **Revista de Direito Administrativo**, nº 119.

CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos — “O Sistema de Transportes Urbanos na Região Metropolitana da Grande São Paulo”, in **Revista de Direito Público**, nº 49-50.

FERRAZ, Sérgio — “As Regiões Metropolitanas no Direito Brasileiro”, in **Revista de Direito Público**, nº 37-38.

GRAU, Eros Roberto — **Regiões Metropolitanas, Regime Jurídico**. José Bushatsky Editor, São Paulo, 1974.

————— — “Regiões Metropolitanas: Uma Necessária Revisão de Concepções”, in **Revista dos Tribunais**, vol. 521.

LIMA, Paulo B. de Araújo — “As Regiões Metropolitanas e seus Aspectos Institucionais”, in **Revista de Direito Administrativo**, nº 129.

MEIRELLES, Hely Lopes — **Direito Administrativo Brasileiro**. 8ª edição atualizada, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981.

————— — **Direito Municipal Brasileiro**. 3ª edição refundida, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977.

MUKAY, Toshio — **O Regime Jurídico Municipal e as Regiões Metropolitanas**. Sugestões Literárias, São Paulo, 1976.

PERDOMO, Jaime Vidal — “El Área Metropolitana de Bogotá”, in **Revista de Direito Público**, nº 49-50.

PEREIRA, Caio Mário da Silva — **Instituições de Direito Civil**. Vol. I, Forense, 1978.

REALE, Miguel — “Regulamentação do Trânsito Urbano”, in **Revista de Direito Público**, nº 9, 1969.

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS POLÍTICOS, edição da Universidade Federal de Minas Gerais, nº 40, jan./75.

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, edição do Supremo Tribunal Federal, vol. 101, ago./1982.

SÁ, Élide Lúcia Batista — “Região Metropolitana: Conceitos e Questões”, in **Revista SPAM**.

SILVA, Iris Araújo — **As Regiões Metropolitanas e a Autonomia Municipal**. Edições da Revista Brasileira de Estudos Políticos, Coleção Estudos Sociais e Políticos, nº 35, Belo Horizonte, 1981.

SILVA, José Afonso da — **Direito Urbanístico Brasileiro**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981.

VEDEL, Georges — **Derecho Administrativo**. Aguilar, Madrid, 1980.

WALD, Arnaldo — “As Áreas Metropolitanas”, in **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Estado da Guanabara, 1972.

Direito tributário atual

RUY BARBOSA NOGUEIRA

Presidente do Instituto Brasileiro de
Direito Tributário — USP

Ao completar quatrocentas reuniões de estudos semanais, realizadas às 5.^{as}-feiras, das 8 às 10 horas na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o Instituto Brasileiro de Direito Tributário, entidade complementar à Universidade, acaba de publicar e distribuir aos seus associados do Brasil e do exterior, cerca de mil exemplares do vol. 3º da coleção *Direito Tributário Atual*, contendo estudos sobre ICM, Isenções, Convênios, IOF, Balanços, Exercícios Financeiros, ORTNs, IR, Reforma Tributária, Empréstimo entre Empresas, Integração, Interpretação, encerrando-o com o trabalho *A vida e a procura dos valores*.

Quais as finalidades desses estudos teóricos e práticos dentro da Universidade?

A preocupação básica deste Instituto, já comprovada por tantos anos, é ampliar a intercomunicação e somar colaborações recíprocas. Assim como a Universidade não pode e não deve se isolar, também todos aqueles que, por suas habilitações e prática, estão capacitados a colaborar, de alguma forma no ensino, não podem se desobrigar omissivamente desde que a Universidade crie condições e os possa convocar.

Mas como organizar um sistema prático e funcional para obter essa integração e utilidades recíprocas?

Vejam os por que foi organizada e como está funcionando, *há mais de 14 anos*, a Mesa Semanal de Casos e Problemas Tributários.

A reunião de professores de várias Universidades, magistrados, procuradores, advogados, economistas, administradores, contabilistas, altos funcionários da Fazenda federal, estadual e municipal com os bacharéis que estão cursando as áreas de Mestrado e Doutorado em Direito Tributário Comparado na Faculdade de Direito da USP teve, como primeiro

desideratum da Cátedra, trazer para estes candidatos de pós-graduação, dentro da própria Faculdade, o manancial de conhecimentos teóricos e práticos dos diferentes setores do vasto campo em que se desdobram as funções e profissões dentro da fenomenologia e da problemática tributária.

Assim estes candidatos passariam, como passaram, a ter, além do ensino e orientação de seus professores, mais o laboratório de experiências, o banco de informações e os conhecimentos dos colaboradores, pois estes trazem numerosos casos e problemas concretos para os debates, estudos e conclusões.

A medida que estes estudos teórico-práticos foram sendo desenvolvidos, fomos observando não só que hoje tais reuniões constantes alcançaram a natureza de um *curso e simpósio-permanente* para todos que as vêm freqüentando, mas ainda que seu caráter facultativo não curricular ou compulsório vem contribuindo para aquilo que nosso Professor Enrico Tullio Liebman tanto valoriza e aconselha aos estudiosos, como caminho para a formação de Escola. Este mestre que retornou a Milão, aqui deixou a conhecida Escola Paulista de Processo.

Neste sentido de estudos dialogados também devemos lembrar-nos do genial comercialista Tullio Ascarelli, que igualmente lecionou nesta Faculdade e tanto se dedicou aos estudos jurídicos e às suas relações com a economia. Além de seu aluno no curso de bacharelado e de curso especial, tivemos a ventura de ser seu companheiro de escritório. Mais tarde escrevemos sobre a influência deste mestre no campo da ciência do direito tributário brasileiro (*Tullio Ascarelli e o Direito Tributário Brasileiro*, co-edição IBDT e editora Resenha Tributária, S. Paulo, 1979. Na Itália, publicado na revista *Diritto e Pratica Tributaria*, vol. LII, 1981, nº 3, sob o título: *Il Contributo di Tullio Ascarelli alla Formazione della Dottrina Giuridico-Tributaria del Brasile*", págs. 553 e segs. com *separata*).

Ainda nesta Faculdade, no campo do direito do trabalho, o Professor Cesarino Júnior já acrescentava ao seu método de ensino os trabalhos dialogados em seminários e julgamentos simulados e foi fundador do Instituto de Direito Social, como idealizador da Academia Paulista de Direito.

No último ano do curso curricular, a coroar os estudos jurídicos, o jusfilósofo Miguel Reale, dedicando-se ao mesmo tempo a seus alunos e a seus companheiros de estudos, fundou o Instituto Brasileiro de Filosofia, até hoje em plena atividade, o qual já alcançou notável relacionamento com o exterior.

As obras deste jusfilósofo, cada vez mais vertidas para outros idiomas e por edições renovadas, vêm sendo adotadas em Universidades estrangeiras, expandindo a cultura pátria e gratificando a Universidade de São Paulo, da qual, por dois mandatos completos, foi notável Reitor. Sem dúvida o foi, não só em razão de sua constante dedicação à Univer-

sidade, mas sobretudo em função desse sentido de exteriorização dentro do qual ele compreende a Universidade, a explica e nela se integra como exemplo de professor que continua a sê-lo, ainda quando a idade o aposenta, porque seus alunos continuam nas escolas do direito e da filosofia que foi capaz de edificar e de dignificar.

Mestre Reale não só formou escolas, mas dentro delas conseguiu chegar à sua concepção própria da teoria geral da tridimensionalidade do direito.

Em Dianóia (México, 1967, nº 13, págs. 371), Recaséns Siches, com sua competência e autoridade, apreciando as obras do grande professor brasileiro, atesta que:

“Miguel Reale é, sem dúvida, um dos jusfilósofos mais eminentes, não só na área ibero-americana, mas no mundo inteiro, em nossa época, por sua universalmente famosa *Filosofia do Direito*, já traduzida para o italiano.

Uma concepção tridimensional do direito já se encontra em obras de outros autores, publicadas anteriormente aos primeiros escritos de Reale sobre esse tema, e também em livros coetâneos às publicações de Reale, assim como em outras posteriores a elas. Mas, na minha opinião, a concepção tridimensional do direito obteve, nas páginas de Miguel Reale, uma expressão ao mesmo tempo mais fina, mais profunda e mais exaustiva.

Quanto a mim, incorporei ao meu próprio pensamento filosófico-jurídico, quase integralmente, a versão que Reale dá à sua doutrina tridimensional.”

Na versão italiana de seu *O Direito como Experiência*, publicado pela Editora Giuffrè, Milão, em 1973, sob o título *Il Diritto come Esperienza*, obra em que Reale expõe os desenvolvimentos de sua concepção tridimensional com base em elementos os mais vivos e atuais da cultura contemporânea, sociológica e antropológica além dos propriamente filosóficos, o jusfilósofo italiano, Domenico Coccopalmerio antepõe um ensaio com 76 páginas sobre as obras e concepção de Reale, advertindo logo que esta versão italiana, em razão da precisão e dos aprofundamentos nela dados por Reale, constitui uma segunda edição atualizada e completada da edição brasileira. De páginas 76 a 85 acresce uma “bibliografia sistematica degli scritti di e su Miguel Reale”.

Com esta citação, o que mais queremos ressaltar do ensaio de Coccopalmerio é que, como Recaséns Siches, aponta a concepção peculiar do mestre brasileiro, e a destaca como *A Fórmula Reale*, Esperienza giuridica e “Tridimensionalismo específico” (la’formula Reale’).

A referência que fizemos aos citados mestres da USP, em primeiro lugar o foi em razão do relacionamento que sempre tivemos com eles e, em segundo, por podermos deles falar na qualidade de aluno e, como aluno, fazer indagações sobre suas condutas.

Como explicar a extensão de ensino alcançada por tais mestres e como classificar suas atitudes?

Do ponto de vista ainda não filosófico, mas jurídico, é fácil uma explicação, tendo-se em vista que "jus et obligatio sunt correlata": partilham o tempo de sua intensionalidade de tal modo que, reservando seu tempo intencional enquanto "direito de estar só" para dedicá-lo aos livros que sabem escolher e que sabem escrever, dedicam a outra parte de seu tempo intencional à obrigação ou dever que se impuseram, ao ótimo da comunicação, do ensino, do diálogo e da publicação de suas obras. São professores-líderes.

Mas como qualificar a atitude assumida por mestres como esses que, ultrapassando as obrigações jurídico-contratuais, assumidas *interna corporis* com os estabelecimentos de ensino, chegam a criar escolas, concepções próprias e estender seu ensino no espaço e no tempo?

Esta não é obrigação decorrente da norma legal, nem por ela qualificada, mas antes da norma subjetiva do modo de ser, do ser na plenitude consciente do sentido de sua vida terrena, na busca dos valores, tanto assim que, superadas as exigências legais dos concursos, tais mestres passam a "professar" o ensino.

No trabalho sobre a interpretação do Fausto de Goethe, que o jusfilósofo tridimensionalista Wilhelm Sauer acrescenta à sua magnífica obra *Juristische Methodenlehre*, cujo trecho traduzimos e anexamos ao final do citado vol. 3º, é que encontramos as mais belas, edificantes e convincentes explicações e resposta, do ponto de vista filosófico, das condutas de professores exemplares. Vejamo-las.

Indignado com a ascensão da alma de Fausto, o diabo que só sabe pensar e agir "bidimensionalmente", supunha que, pela sua interpretação literal, fria e estanque do contrato, tinha *direito adquirido* sobre aquela alma; não podia compreender a salvação de Fausto; no entanto este a merecera, por ter pensado e agido "tridimensionalmente" na busca dos valores, alcançando o valor acima da própria vida; Deus que permite o contrato estava certo e não errara, nem podia ter errado em seu prognóstico valorativo, porque tinha a visão da "quadridimensionalidade": do fato, da norma, do valor humano e do valor divino. Por isso, como mandatários da Divindade, sentenciam os anjos, ao ascenderem com o imortal de Fausto:

"Quem sempre se esforçou, procurando progredir, pode ser salvo por nós."

E Sauer explicita:

"Somente um homem bom pode realizar algo positivo na *profissão de sua vida*, seja como artista, como pesquisador, como funcionário, como juiz, como professor e assim por diante."

Cabe, pois, aos alunos desses mestres se reunirem cada vez mais em torno das universidades, das escolas dos mestres, do instituto, para o

estudo e intercolaboração dentro de suas respectivas especializações. O IBDT nada mais é do que um abrigo universitário unindo todos os alunos de hoje e de ontem. É um instituto de pesquisas e de estudos capaz de reunir e unir companheiros de iguais inquietações.

Parafraseando Tsehkow, discípulo de Confúcio, no Diálogo 19.23:

“O muro do IBDT chega apenas aos ombros; pode-se olhar por cima e ver o que há dentro. Ao passo que a cerca dos grandes mestres tem muitas braças de altura. Só entrando pela porta se pode apreciar a riqueza do interior. Mas nem todos dão com a porta!”

A sabedoria dessa civilização milenar ressalta ainda a necessidade da perseverança no alcance dos objetivos: *o difícil não é criar, mas conservar* e se, no caso, essa porta é a busca da verdade no campo da ciência do direito, é preciso nos conscientizarmos da natureza problemática do direito, para não desanimarmos com percalços ou aparentes dificuldades.

Em meados do século XIX, Julius Hermann von Kirchmann — quando ainda não se podia falar de uma ciência do direito tal como veio sendo elaborada, porque o direito ainda não ultrapassava da exegese, interpretação, comparação e comentários — na célebre conferência de 1848, sob o título derrotista: *A Falta de Valor do Direito como Ciência* (Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft), arrolando aspectos negativos e críticos, chega ao anátema de que: “três palavras de alteração do legislador e toda uma biblioteca se transforma em papel inútil”, como se o direito fosse apenas legislação.

Entretanto, séculos após, Erik Wolf retoma o tema para colocá-lo nos devidos termos e traçar a compreensão da natureza dessa ciência humana, precisamente com o título que assim já a explica: *O Caráter Problemático e Necessário da Ciência do Direito* (Fragwürdigkeit und Notwendigkeit der Rechtswissenschaft).

Desta conferência ensaio-jurifilosófico de Erik Wolf, basta traduzirmos alguns trechos sobre as *atribuições* do direito como ciência:

“As *tarefas* da ciência do direito vão muito além do mero conhecimento das leis e da doutrina da interpretação jurídica. Seu conteúdo não é só o direito fixado em forma de lei, mas a totalidade do ordenamento social e econômico, cuja realidade se pode colher extrinsecamente nas instituições jurídicas e nas fontes do direito, como ainda nas relações e nas controvérsias jurídicas. O ordenamento jurídico como objeto de uma pesquisa científica tem ainda um conteúdo interno; este se pode encontrar no sentimento jurídico dos cidadãos, na sua obediência ao direito, no seu reconhecimento voluntário da totalidade do ordenamento e de suas partes.

Mesmo este sentimento jurídico interno, que felizmente é eficaz, mesmo independentemente de qualquer coação, é uma realidade social. O sentimento jurídico interno e o ordenamento jurídico externo são, na vida histórica dos diferentes povos, alguma coisa que se apresenta à primeira vista distinto, mas logo em seguida idêntico nos aspectos fundamentais e em muitas particularidades, alguma coisa que continuamente muda e se transforma.

Por isso a ciência do direito deve se ocupar tanto do direito historicamente passado quanto do direito vigente e do direito futuro; ela estuda e compara ordenamentos regionais e internacionais.

Além disso a ciência jurídica compreende e sistematiza a totalidade da vida jurídica, entendida como ordenamento da organização política, religiosa e social e como expressão da diferenciação sociológica em classes e grupos.

Enfim é necessária ainda uma maneira de proceder cientificamente obrigada, para que o ordenamento jurídico seja eficaz e possa ser defendido contra quem quer que o ofenda."

Portanto, a ciência do direito não se limita à lei e também a lei não destrói a biblioteca. Como ressalta Reale, o direito abrange a concreção tridimensional incidível do fato-norma-valor. Por isso mesmo o estudo jurídico ou científico do direito não só não se limita à legislação, mas tem de se estender ao universo do direito, exige o estudo teórico, aliado com o da técnica e da prática do direito (vide em nosso *Curso de Direito Tributário*, 5ª edição, Saraiva, São Paulo, 1980, a partir da pág. 21: Método de Ensino do Direito Tributário nas Faculdades de Direito).

Eis a razão de ser e eis a perseverança da Mesa de Debates dentro do direito tributário.

Dia 30 de junho de 1983 já alcançou sua quadringentésima (400ª) realização. É uma reunião e união dos que desejam se informar e prestar informações, aprender e ensinar por meio de diálogo: enfim chegar democraticamente a soluções com o concurso de opiniões que, dentro de uma especialização, se imponham pelo seu conteúdo de valor e pelo grau de convencimento que possam infundir através da técnica, da experiência e da ciência do direito tributário.

Para a continuidade e expansão dos estudos e da prestação de seus serviços o IBDT espera contar, cada vez mais, com o interesse e o apoio de seu associado.

Esta entidade foi idealizada, sobretudo, como órgão de congratamento dos tributaristas e sua união em torno de estudos que os aco-

munam por iguais inquietações. Se estes estudos são de interesse funcional ou profissional de uma categoria, também o são, de modo geral, da coletividade a que esta categoria tem o dever de servir em razão de sua habilitação. Se esta habilitação formalmente exige o diploma, substancialmente exige o constante estudo e atualização, no tempo e no espaço, à procura das melhores soluções.

Especialmente no campo problemático do direito, nem sempre é possível ao estudioso, isoladamente, descobrir a verdade ou formar sua convicção.

O Código de Processo Civil, no capítulo das provas, refere que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (art. 339). Isto é, quanto à “relação fática”, mas a dinâmica ou processo de conhecimento da relação de direito, especialmente no campo tributário que é sobremaneira múltiplo em categorias de normas e sob constantes modificações, vem exigindo, cada vez mais, essas intercomunicações de muitas sentinelas.

Se, de um modo geral, ninguém pode alegar a ignorância da lei e todos devem colaborar para o descobrimento da verdade, *a fortiori* os investidos dessas funções ou profissões. Assim sendo, a intercomunicação entre estes no sentido de maior expansão de informações e conhecimentos não é só um dever, mas uma espécie de “seguro contra riscos” no caminho do cipoal ou atual parafernália “fisco-tributária”. Neste sentido é que a reunião em Mesa de intercâmbio de informações e de conhecimentos vai se tornando cada vez mais uma instituição de confraternização de colegas, de garantia contra riscos e sobretudo de solidariedade na partilha de conhecimentos especializados.

Se estes trabalhos estão sendo efetivamente úteis a todos os componentes da Mesa, por que não ampliá-los e levá-los ao conhecimento de todos os associados, pedir-lhes que também colaborem na divulgação do que julgarem certo e, mais ainda, possibilitar a todos os demais interessados o conhecimento, apreciação ou possível utilização desses estudos?

Foi por isso que, após 12 anos de experiências com essa Mesa de debates de casos e problemas sempre atuais, atuantes e renovados, a Diretoria e o Conselho do IBDT — que desejam o comparecimento do maior número possível de seus associados — verificando a impossibilidade da presença dos que residem distante, deliberou a publicação desta série Direito Tributário Atual, cujos volumes 1 e 2 já foram editados com os casos ou problemas que despertaram maior interesse.

Dado o elevado custo das edições encadernadas, até aqui o IBDT tinha conseguido oferecer essa publicação aos associados, com 50% de desconto sobre os preços de livraria.

Entretanto, os objetivos da divulgação dos trabalhos apresentados à Mesa de debates precisam maior expansão.

São trabalhos sobre os principais assuntos que na atualidade estão preocupando os tributaristas; são trabalhos para colaborar na preparação da Reforma Tributária; são casos e problemas que estão em discussão nos tribunais; são, finalmente, questões sobre as quais muitos associados estão pesquisando ou estudando e que além de lhes poderem ser úteis, poderão motivar seus estudos e colaboração aos trabalhos em pauta, inclusive sobre projetos em preparação nos Ministérios ou em discussão parlamentar.

Assim sendo, o IBDT deseja que, automática e gratuitamente, todos os associados venham a receber esta publicação em seu endereço. Por isso reestudou a possibilidade de preparar em sua Secretaria o serviço destinado à impressão e, a partir deste vol. 3º, co-editar esta série de coletâneas, mais economicamente, com capa plastificada, para não só poder adquirir o número de exemplares suficiente para essa distribuição, mas também assumir as despesas de embalagem e remessa.

Deste modo, os demais interessados, *não associados*, poderão adquirir esta publicação pelo preço normal nas livrarias, enquanto o IBDT terá o prazer de oferecê-la a seu associado. Comparado com o preço de livraria, cada sócio poderá vir a receber mais do que o valor da sua contribuição anual, mas isto o IBDT agora já poderá fazê-lo graças à organização administradora e financeira que atingiu.

Com a prestação de mais este serviço, o IBDT espera estar correspondendo ao constante apoio e prestígio que lhe vem dando cada associado.

Não podemos deixar de ressaltar que, além da consideração que o IBDT vem recebendo de cada associado, os mais eminentes mestres nacionais e estrangeiros integrantes de seu quadro de sócios honorários também o vêm prestigiando, não só com a remessa de notáveis obras dentro do intercâmbio cultural para enriquecer a biblioteca especializada da Faculdade, mas ainda contribuindo com seus escritos para as publicações do IBDT.

Reconhecido por unanimidade do Conselho Universitário e pela Reitoria como entidade complementar à Universidade de São Paulo, o IBDT é dirigido por professores das áreas de direito tributário, de direito tributário aplicado, de legislação tributária e de direito tributário comparado do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da USP e de renomados especialistas.

Assim integrado na tradição e nas preocupações de ensino da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, seu objetivo é conseguir, cada vez mais, como entidade complementar, auxiliar o ensino, a pesquisa e a prestação de serviços à comunidade, finalidades estas que são as mais nobres e fundamentais da Universidade, para as quais não só os integrantes da Universidade devem colaborar, mas todos os demais habilitados e conscientes de suas responsabilidades para com os destinos da humanidade.

Por uma nova ordem monetária

LETACIO JANSEN

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

"Precisamos de uma reforma radical na legislação monetária internacional baseada em princípios positivos e conforme as mútuas relações atuais da indústria e comércio, a fim de bem corresponder à atividade industrial e à expansão econômica indefinida de nosso tempo (AMARO CAVALCANTI, Prólogo a *O Meio Circulante Nacional*, 1893).

"Até hoje não consegui entender por que os países instituem por lei um tipo de moeda nacional e depois se dedicam a desvalorizar essa moeda. Um criador que desvaloriza a sua criação não pode ser levado a sério, a menos que se recomende pelo agudo senso crítico, e chegue à conclusão de que criou algo errado. Nesse caso, porém, o razoável seria tornar sem efeito a moeda e inventar outra. Que outra? Estou cansado do cruzeiro, você não? Desvalorizar não é desmoralizar (CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE, "Mirante", caderno B do *Jornal do Brasil*, de 6-3-1982).

1. Assim como não existe um Estado internacional, não se pode falar numa moeda universal. As Constituições e as moedas são, ainda, fenômenos nacionais, que pressupõem uma ordem jurídica centralizada, em que o monopólio da coerção esteja nas mãos de um governo, que não existe internacionalmente.

O mais eficaz e avançado mecanismo monetário mundial que conhecemos foi o do padrão-ouro, cujo apogeu ocorreu no século XIX. Tratava-se, ainda assim, de um sistema monetário primitivo, estático, no bojo do qual as moedas tinham "valor" pelo seu conteúdo, e não pela forma segundo a qual eram produzidas. A tentativa de KEYNES de implantar, a partir de BRETTON WOODS, em 1944, uma ordem monetária dinâmica internacional, até o momento não se concretizou.

2. Problema diverso da moeda universal é o relativo à disciplina do emprego do dinheiro de um Estado no domínio territorial de validade de outro.

Do mesmo modo que as leis de um país, segundo as regras do direito internacional privado, podem ter vigência em outro país, a moeda estrangeira pode valer no Estado nacional, desde que respeitadas as normas do ordenamento jurídico e a soberania desse Estado.

Até a edição do Decreto nº 23.501, de 1933, as moedas estrangeiras tinham validade de dinheiro no Brasil, relativamente aos atos jurídicos aqui produzidos, sem que isso implicasse em ofensa à nossa ordem jurídica. Dizia o § 1º do art. 974 do Código Civil:

“É, porém, lícito às partes estipular que se efetue (o pagamento em dinheiro) em certa e determinada espécie de moeda nacional ou estrangeira.”

Segundo o regime do Código Civil, a moeda estrangeira tinha curso legal no Brasil, sendo-lhe assegurado poder liberatório pelo seu valor nominal. No caso de o devedor querer exonerar-se de uma obrigação expressa em outra unidade monetária, que não o mil-réis, ele tinha o poder jurídico de exhibir e transferir de mãos a moeda estrangeira correspondente a essa unidade, podendo (à sua opção, e não do credor, nos termos do § 2º do art. 974) converter em moeda nacional o valor nominal do crédito, ao câmbio oficial, e pagá-lo na quantidade de mil-réis assim apurada.

É fácil perceber que, sob esse regime, a moeda estrangeira, embora igualmente válida como “medida de valor” e como “meio de pagamento”, era muito mais empregada, na prática, na primeira função do que na última. As poucas pessoas e empresas que dispunham de ouro, ou de moeda estrangeira, preferiam (por força da “lei” de Gresham) entesourá-los, a liquidar, com eles, suas obrigações, optando por efetuar o pagamento dos seus débitos em mil-réis. Daí resultava que os contratos e os atos jurídicos em geral tendiam progressivamente a ser expressos em ouro ou em moeda estrangeira (utilizando-se as denominadas “cláusulas” ouro, valor-ouro, moeda estrangeira ou valor moeda estrangeira) e liquidados em mil-réis, exigindo, cada vez mais, a emissão de mil-réis, que perdiam, em consequência, eficácia como meio de pagamento (porque em quantidade desproporcional aos créditos expressos nessa unidade) e como medida de valor, uma vez que era preferida a expressão dos créditos em ouro ou em moeda estrangeira.

As deficiências do sistema do padrão-ouro resultaram na sua decadência, que ocorreu no princípio de nosso século, a qual, aliada à crise do marco alemão, do início, e à depressão americana do final da década de 20, despertou os nacionalismos monetários (que iriam desembocar na Segunda Grande Guerra), cujo principal reflexo no Brasil foi o Decreto nº 23.501, de 1933, que anulou as estipulações de pagamento em ouro, em moeda estrangeira “ou outro meio tendente a recusar ou restringir em seus efeitos o curso forçado do papel mil-réis”.

Após a vitória norte-americana na Segunda Guerra Mundial, na esteira do Plano Marshall, da doutrina da guerra-fria e da ideologia de segurança, os nacionalismos monetários foram sendo minados pelas doutrinas valoristas, dentre as quais a doutrina brasileira da correção monetária é a nossa ver a manifestação mais radical e exacerbada.

3. O valorismo "correção monetária", embora, como "cláusula econômica", tenha as mesmas finalidades das "cláusulas monetárias" (ouro, valor-ouro, moeda estrangeira e valor moeda estrangeira), delas se distingue não só por ser mais ampla do que uma simples cláusula (aplicando-se não apenas aos negócios jurídicos, como às sentenças, aos tributos, aos atos administrativos e à contabilidade das empresas), como por se apoiar no poder aquisitivo interno da moeda, e repousar na separação também interna das funções do dinheiro. Ao invés de ter como ponto de referência valores monetários externos, o valorismo pretende subordinar-se (e o faz, pelo menos aparentemente) a elementos econômicos e de política monetária internos.

A experiência desastrosa das cláusulas monetárias, que é relatada em excelente síntese nos consideranda do Decreto nº 23.501, de 1933, gerava imediata objeção às propostas de seu revigoramento.

Dizia o Ministro Francisco Campos nos referidos consideranda do Decreto nº 23.501, de 1933:

"Considerando que em quase todas as nações tem sido decretada a nulidade da cláusula ouro e de outros processos artificiais de pagamento que importem na repulsa ao meio circulante;

Considerando que, além dos países cujos sistemas monetários sofreram profundo abalo, pela desvalorização quase total de sua moeda fiduciária, a França, a Inglaterra e os Estados Unidos adotaram rigorosas medidas, entre as quais muitas das abaixo previstas, para evitar, ou sustar, a depreciação de sua moeda legal."

Diante da lembrança das lamentáveis conseqüências do emprego das cláusulas monetárias, temia-se falar de novo nelas, o que não ocorria com as cláusulas "econômicas" que, apresentando-se como uma novidade, eram mais facilmente assimiláveis.

Em artigo escrito pouco antes de março de 1964, sob o título "A Indexação dos Empréstimos Assistenciais", publicado na **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara**, volume 14, fl. 19, afirmava, a propósito, AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCAO:

"Variam, como se sabe, as chamadas cláusulas de defesa contra a instabilidade econômica. Tais cláusulas podem ser de duas espécies: de um lado, as cláusulas propriamente monetárias; de outro, as cláusulas meramente de valor. A diferença entre as primeiras e as últimas está em que aquelas dizem respeito aos instrumentos ou modo de pagamento, enquanto estas se referem à substância do débito."

Com base nessa distinção, assegurava AMILCAR FALCÃO que as cláusulas econômicas (ou de valor) eram válidas, e não ofenderiam o Decreto nº 23.501, de 1933.

É verdade que a tese defendida por FALCÃO já havia sido refutada, dez anos antes, pela doutrina francesa, como mostra JEAN NOIREL, no ensaio "L'influence de la dépréciation monétaire dans les contrats de droit privé", in *Études sous la Direction de Paul Durand*, Paris, 1961:

"Depuis plusieurs années, la doctrine estime que la distinction opérée par la jurisprudence, d'après les suggestions de M. Nogaro entre les clauses à caractère monétaire, nulles, et les causes à caractère économique, valables, est sans fondement sérieux. Exception faite des clauses de paiement effectif en denrées, qui ont réellement un caractère économique, toutes les clauses de garantie sont de même nature et tendent essentiellement à prémunir le créancier contre la dépréciation de la monnaie. Quelque soit l'indice de référence choisi, l'or, une monnaie étrangère, une marchandise, ou la moyenne d'un certain nombre de prix, il s'agit, toujours, de maintenir le pouvoir d'achat de la créance."

De nossa parte, embora por fundamentos diversos daqueles em que se baseia o artigo de AMILCAR FALCÃO, entendemos que o conceito de cláusula monetária é efetivamente diferente do de cláusula econômica, como já nos referimos acima.

No caso da cláusula monetária, trata-se da aplicação de uma norma monetária de um Estado estrangeiro no domínio de validade de uma ordem jurídica nacional, o que é possível, à luz do direito monetário internacional privado.

Do ponto de vista jurídico, as cláusulas monetárias não eram inválidas, passando, apenas, a sê-lo, obviamente, após a edição do Decreto nº 23.501, de 1933.

No caso das cláusulas econômicas, elas são, a nosso ver, inválidas desde o seu nascimento, ponto de vista que não é compartilhado pela maior parte da doutrina monetária estrangeira e, a fortiori, por motivos óbvios, pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

Com efeito, a maior parte da doutrina monetária não questionou, ainda, de modo frontal, a proposição de que o poder aquisitivo seja o "conteúdo de valor" da moeda, e o seu fundamento.

Além disso, na prática, as "cláusulas econômicas" têm sido utilizadas (como o foram, depois da 2ª Guerra, na França e na Itália) como meras cláusulas, isto é, nos contratos e limitadamente, nas sentenças judiciais, sem as proporções que assumiu a correção monetária do Brasil.

Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência equiparam as cláusulas de escala móvel às cláusulas monetárias (como vimos no trecho acima citado do ensaio de JEAN NOIREL) e partem do pressuposto de que a nulidade das cláusulas monetárias depende de determinação expressa da

lei. Por todas essas razões é que a doutrina estrangeira entende, em sua maioria (embora haja significativas exceções), que as cláusulas econômicas, quando não são proibidas, são lícitas.

4. Em nosso entender, porém, o conceito de “correção monetária” — de um padrão econômico interno, diferente da moeda legal, fundamentando a validade de alguns créditos numa única ordem monetária — é fruto de erro teórico e resulta da aceitação de duas premissas a nosso ver igualmente erradas, a saber:

a) a primeira, que a moeda conteria um valor (o seu poder aquisitivo) e que esse conteúdo de valor da moeda seria o seu fundamento;

b) a segunda, que podem ser destacadas as funções internas da moeda, de medida de valor e de meio de pagamento.

A noção de poder aquisitivo, formulada, pela primeira vez, pelo Bispo FLEETWOOD (in *Chronicon Pretiosum*) e que foi, a partir daí, assimilada pelos economistas e juristas (a começar, dentre esses últimos por SAVIGNY, influenciado por HOFFMANN) que estudaram a moeda (à exceção de KNAPP), deve ser muito útil para medir a eficácia da moeda, mas não pode ser considerada o fundamento de sua validade.

O poder aquisitivo — isto é, aquela quantidade de bens e serviços que pode ser comprada com uma certa quantidade de dinheiro num determinado momento — é, do ponto de vista de uma teoria jurídica da moeda, mera **questão de fato**.

É certo que, se as normas monetárias não tiverem qualquer poder de compra (isto é, não tiverem qualquer eficácia), elas perderão a sua validade, tal como ocorre com as leis absolutamente ineficazes. A esse respeito, diz Kelsen (*Teoria Pura do Direito*, p. 299):

“Uma ordem jurídica (e o mesmo, acrescentamos nós, ocorre com a ordem monetária) só pode ser considerada válida quando as suas normas, numa consideração global, são eficazes, quer dizer, são, de fato, observadas e aplicadas.”

A inflação, por exemplo, do ponto de vista de uma Teoria Jurídica da Moeda, é um caso de perda acentuada de eficácia da ordem monetária. Mas, apenas pelo fato de vários preços se elevarem de modo incontrolado (por ocorrer uma redução de eficácia), a ordem monetária não perde a sua validade. A ruptura só ocorre nas chamadas hiperinflações (como a alemã de 1924, por exemplo) em que a ordem monetária perde, globalmente, a sua eficácia, impondo-se, com isso, a substituição da moeda, como já aconteceu algumas vezes na história.

Diz Kelsen (*op. e loc. cit.*):

“A circunstância de uma norma isolada perder a sua eficácia não implica na perda de validade de toda a ordem, desde que as outras normas estejam sendo de fato observadas e aplicadas.”

O poder aquisitivo é, pois, em síntese, uma **condição**, mas não o fundamento de vigência de uma ordem monetária. Do fato de ser condição de

validade da moeda não se pode tirar a conclusão de ser o poder aquisitivo fundamento dessa validade.

É o que diz KELSEN (*op. cit.*, p. 31, nota 1):

“Concluir do fato de que apenas uma norma em certa medida eficaz é válida, que vigência e eficácia são idênticas, é o mesmo erro lógico que se comete quando, do pressuposto de que o “prazer”, e apenas o “prazer”, é “bom”, se conclui que o “bom” coincide com o “agradável” (prazer). MOOR (*op. cit.*, p. 10) chama a este erro lógico “falácia naturalística”.”

5. A idéia de um poder aquisitivo, ao mesmo tempo conteúdo e fundamento de validade da moeda, não passa, ademais, de uma adaptação do superado conceito de valor intrínseco.

Com efeito, segundo a doutrina do valor intrínseco, os metais eram considerados, ao mesmo tempo, o conteúdo e o fundamento do “valor” do dinheiro. E o sistema monetário concebido com base nessa idéia era um sistema estático, em que as normas valiam porque tinham determinado conteúdo, e não porque fossem produzidas de determinada forma.

O princípio do valor nominal, que, a partir do século XVI, permitiu a constituição de ordens monetárias nacionais dinâmicas, foi um passo histórico da maior importância, tendo propiciado um desenvolvimento econômico até então jamais experimentado, e dado lugar ao capitalismo moderno.

Esse ponto é acentuado, de modo peremptório, pelas três maiores autoridades mundiais em direito monetário, NUSSBAUM, ASCARELLI e MANN.

Segundo NUSSBAUM, a teoria da imutabilidade da soma numérica das obrigações pecuniárias, enunciada, de modo cabal, pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, nos denominados “Legal Tendes Cases” (“Derecho Monetário”, pp. 250 e segs.) vige naquele país.

Em *Studi Giuridici Sulla Moneta*, p. 64, diz ASCARELLI:

“Nonostante alcune divergenze può affermarsi che, nella legislazione, nella dottrina e nella giurisprudenza, è oggi correntemente accettato il principio del valore nominale della moneta, così come è riconosciuta la necessità fondamentale di questo principio.”

No mesmo sentido, escreve MANN, in *The Legal Aspect of Money*, p. 74:

“Although from time to time attempts have been made to replace nominalism by metallistic or valoristic doctrines it cannot be doubted that nominalism, without which “capitalism is economically inconceivable”, universally predominates.”

A ordem monetária nominalista tem, substancialmente, um caráter dinâmico, o que significa que a aplicação da moeda, sob essa ordem, é,

ao mesmo tempo, a criação da moeda. De acordo com o princípio do valor nominal, o dinheiro não precisa ter conteúdo para valer: e, com isso, o papel-moeda pôde se multiplicar, e os negócios não ficaram mais limitados à quantidade de ouro ou prata existente no mundo físico, ou entesourada pelos países mais ricos.

A doutrina do valor corrente (como a chamou SAVIGNY), segundo a qual o valor da moeda é o seu conteúdo de poder aquisitivo, **coisifica** o poder aquisitivo, que é pensado como um conteúdo material; e reedita, assim, por outros meios, o conceito de valor intrínseco, já superado no plano dos sistemas monetários nacionais (mas que sobreviveu, ainda, até o início do século 20, no campo do direito monetário internacional).

O fato de o poder aquisitivo poder expandir os seus limites materiais pelo desenvolvimento econômico (diferentemente do que ocorria com o valor intrínseco dos metais, que era restrito à quantidade de ouro existente no mundo físico) não desfigura o sistema monetário que nele se baseia como um sistema estático.

Para esclarecer esse ponto, devemos recorrer, mais uma vez, à lição de KELSEN (in **Teoria Pura**, cit., pp. 269 e 270):

“Segundo a natureza do fundamento de validade, podemos distinguir dois tipos diferentes de sistema de normas: um tipo estático e um tipo dinâmico. As normas de um ordenamento do primeiro tipo, quer dizer, a conduta dos indivíduos, por elas determinada, é considerada como devida (devendo ser) por força do seu conteúdo porque a sua validade pode ser reconduzida a uma norma, a cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular do geral.

O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou — o que significa o mesmo — uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental.”

6. A experiência brasileira, aliás, está tendo a vantagem de demonstrar, na prática, o equívoco de conceber-se o poder aquisitivo como valor (no sentido de conteúdo e fundamento) da moeda.

Todos nos lembramos da decisão do Ministro Delfim Netto de tabelar, em 1979, a correção monetária, independentemente da variação do poder aquisitivo, o que está sendo reeditado, agora, através do “expurgo na correção”. Diante de decisões políticas desse tipo, fica notório que, na realidade, a base das valorizações dos créditos não é o poder aquisitivo do cruzeiro, mas a vontade política dos governantes, expressa através de normas que têm na modificação dos números-índice um mero pretexto, mais ou menos confiável.

O processo, através do qual a correção monetária procura fazer (e diz que faz) do poder aquisitivo o fundamento do cruzeiro, consiste, por outro

lado, na edição de resoluções, primeiro do Conselho Nacional de Economia, depois dos Ministros da Fazenda e do Planejamento, fixando os preços periódicos das ORTNs. Tais resoluções são normas, e os preços das ORTNs não são outra coisa senão valores nominais. Já se vê que o poder aquisitivo, para fundamentar valores, deve converter-se em norma e, ao fazê-lo, torna-se um outro **quid**: ou seja, um valor nominal. Ainda aqui aplica-se a lição de KELSEN, para quem um elemento do plano do ser (do plano da realidade) não pode fundamentar uma norma do plano do dever-ser (da ordem jurídica).

ARTHUR NUSSBAUM, às pp. 424 do seu **Derecho Monetario**, critica, nos seguintes termos, uma experiência semelhante à nossa, que foi tentada nos EUA, em 1925, quatro anos antes da grande crise de 1929:

“El Profesor Irving Fisher, uno de los padrinos del patron tabular o indiciário (tabular standard) emprendió una experiencia notable en esta materia. En el año 1925 indujo a la Rand Cardex Company, de Buffalo, a emitir títulos en los que se obligaba al pago de “una suma de dinero que represente el actual poder adquisitivo de US\$ 1.000 con sus intereses al 7% anual pagaderos trimestralmente los días 1 de enero, 1 de abril, 1 de julio, 1 de octubre, mediante la entrega de una suma que en estas fechas sea igual en poder adquisitivo a 1,75% de dicho poder adquisitivo de US\$ 1.000, todo lo cual se basará en un número índice de los precios de las mercancías...” El número índice empleado fué el de los precios al por mayor (Wholesale Prices) del United States Bureau of Labor Statistics aplicado en las indicadas fechas, debiendo representar cada número índice el promedio trimestral. Algunos años después estos **index bonds** fueron reemplazados por títulos corrientes (ordinary bonds) y por acciones preferidas (preferred stock), a raíz de haberse fusionado (merged) la Rand Cardex con otra empresa. Desde entonces los **index bonds** desaparecieron del mercado de títulos norteamericanos.

A la luz de la experiencia la proclamación del “tabular standard” por parte de notables economistas constituyó una evidente aberración. El error no hubiera asumido proporciones tan grandes de haberse prestado a tiempo la debida atención a los alcances y consecuencias jurídicas del problema.”

Como se vê, o ancestral próximo da UPC e da ORTN o **index bond** da Rand Cardex dos Estados Unidos de 1925, foi, segundo NUSSBAUM, um erro de grandes proporções, no qual nós reincidimos em muito maior escala.

7. O segundo pressuposto da correção monetária é a imposição da separação das funções internas da moeda, de meio de pagamento e de medida de valor.

A invenção do artifício das cláusulas econômicas, como vimos, visou contornar as objeções que eram feitas às cláusulas monetárias, cuja nulidade fora decretada na década de 30. E uma das objeções era a de que,

ao impor a circulação de duas moedas (de dois meios de pagamento), incidia a "lei" de Gresham, isto é: a moeda má expulsava a moeda boa.

A doutrina da correção monetária pensou em escapar dos efeitos da "lei" de Gresham, impedindo, normativamente (através de um emaranhado de milhares de leis, decretos-leis, decretos, resoluções, portarias e outras normas de nível inferior, federais, estaduais e municipais), a circulação, como meio de pagamento, das novas "unidades de valor" (a UPC e a ORTN) para evitar o entesouramento do "dinheiro bom" pelos particulares. Ao invés da circulação simultânea de dois dinheiros, pensou-se em instituir a separação das funções internas do mesmo dinheiro, tendo curso a moeda emitida apenas como meio de pagamento.

Constitui, porém, grave engano admitir-se a imposição dessa separação das funções da moeda no plano interno de um Estado.

Uma coisa é destacar-se, para fins didáticos, ou de análise, as funções da moeda, de medida de valor e de meio de pagamento. Outro, completamente diferente, é se impor, legislativa e administrativamente, essa separação.

A doutrina da correção monetária, nesse passo, confundiu os conceitos de moeda nacional (de ordem monetária nacional) e de moeda estrangeira; de plano monetário interno e de plano monetário internacional e se abstraiu do que há de mais relevante na criação da moeda (mal vista, na época, porque lhe era atribuída a culpa da inflação) que é a emissão.

No plano internacional, não há emissão soberana de moedas. Há várias emissões, uma de cada um dos Estados que compõem a organização internacional.

Como os Estados fixam, para efeitos internos, o valor de câmbio das diversas moedas, mas não podem fixar esse valor no âmbito das ordens jurídicas que emitiram essas diversas moedas, quando circula num Estado o ouro ou a moeda estrangeira, tem-se a impressão (num dado momento, e de uma perspectiva interna) de que são destacáveis as funções do dinheiro. O que ocorre, porém, são duas soberanias atuando simultaneamente, uma medindo o valor da moeda (pela taxa de câmbio) e a outra emitindo o meio de pagamento.

Se faz sentido pensar no plano das relações de direito monetário internacional privado, não faz qualquer sentido no plano interno, onde há, apenas, uma ordem jurídica, e, conseqüentemente, uma única soberania e uma única moeda.

Há muitos séculos se sabe serem inseparáveis, e não apenas por razões materiais, as duas faces da mesma moeda, uma delas que contém a soma numérica, e a outra símbolo da autoridade que a emitiu.

Sem a chancela da autoridade, a soma numérica da moeda não tem significado monetário, sem a soma numérica, não há moeda.

Qual a função dessa soma numérica, acoplada ao símbolo da autoridade que emite a moeda?

Creemos já termos elementos suficientes para dar resposta, agora, a essa pergunta, que esclareça o significado da moeda.

A ordem monetária, como a ordem jurídica e qualquer outra ordem social, tem a função de obter uma determinada conduta por parte daquela pessoa que lhe é subordinada. Essa é a lição de KELSEN (*op. cit.*, p. 49):

“Vista de uma perspectiva sócio-psicológica, a função de qualquer ordem social consiste em obter uma determinada conduta por parte daquele que a esta ordem está subordinado, fazer com que essa pessoa omita determinadas ações, consideradas como socialmente prejudiciais e, pelo contrário, realize determinadas ações consideradas socialmente úteis.”

Assim como a lei e as regras morais, a moeda é instituída para regular o comportamento das pessoas que estão subordinadas a uma determinada ordem de valores, que tem na moeda a sua unidade, o seu fundamento.

O conteúdo da moeda é, assim, uma conduta humana, tal como ocorre com as normas de qualquer outra ordem social. Com efeito, a norma monetária, como a norma jurídica, como a norma moral, dizem todas respeito a uma conduta humana. Essa conduta é, pois, o conteúdo de tais normas, que a elas se refere.

A conduta humana que constitui o conteúdo das normas jurídicas e morais é descrita através de proposições: a norma monetária descreve essa conduta através de somas numéricas.

Além de se distinguir das outras normas sociais, por descrever em números uma conduta que as demais descrevem em palavras, a moeda difere dessas outras normas no seu processo de aplicação.

Comparando-se a aplicação da moeda com a aplicação das normas legais vê-se, por exemplo, que, ao invés de autoaplicar a lei (como o faz no exercício de sua função administrativa) ou de aplicá-la, por provocação, através do processo (como o faz no exercício de sua função jurisdicional) o Estado emite a moeda, em quantidades limitadas, de modo que as pessoas delas se apoplem, e apliquem-na diretamente, não só atribuindo significado monetário aos negócios e atos jurídicos em geral (como medida de valor) como transferindo-a de mãos (como meio de pagamento).

A transferência de mãos da moeda (quando não é o objeto dos negócios jurídicos de depósito ou de mútuo) tem o sentido de um processo de liquidação, e de execução, e de imposição efetiva de uma sanção. Todos esses significados estão contidos no simples e trivial gesto de transferência do dinheiro de mãos.

Destacar as funções internas da moeda equivale, pois, em última análise, a negar a aplicação ao dinheiro e desfigurar, por completo, a função da ordem monetária.

Por isso, da separação institucionalizada das funções internas da moeda resultou a “esquizofrenia” financeira a que se refere a Professora Maria da Conceição Tavares em tese com que concorreu à vaga de Professora Ti-

tular da Faculdade de Economia e Administração da UFRJ (Ciclo e Crise — O Movimento Recente da Industrialização Brasileira): resultou o iníquo caráter parcial da correção, de que trataremos a seguir.

8. Na tese intitulada "Financial and Economic Development of Brazil, 1952 — 1968 (1980, exemplar mimeografado, p. 358 e not. 1) diz A. C. SOCHACZEWSKI:

"Monetary correction as an indexation device can only be efficiently introduced (in relation to the above mentioned points) if it is **partial**, i. e., only for some sectors in the economy. In recent years, when monetary correction is much more generalized in all sectors, some economists argue that this would be the fundamental cause of persistent inflation, which had been fed back by the integral indexation of prices."

Entre 1964 e 1976 (como esclarece a Revista **Conjuntura Econômica**, de junho de 1976, p. 89, em estudo especial sobre a correção monetária) a unidade do nominalismo monetário foi sendo substituída por 12 (doze) índices diferentes, agrupáveis em pelo menos 4 (quatro) grandes categorias:

"Uma rápida análise da legislação brasileira — assinala a revista da Fundação Getúlio Vargas — permite identificar cerca de 12 (doze) diferentes tipos de coeficientes de correção monetária, reajustamento de valores e reavaliação de custos."

Essa variedade de índices tumultuava, sobretudo, a administração financeira, o que levou o governo a sancionar a Lei nº 6.423, de 17 de junho de 1977, que dispõe, no péssimo português de seu art. 1º, o seguinte:

"A correção, em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária da obrigação pecuniária somente poderá ter por base a variação nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional — ORTN."

Reduziu-se, com isso, a multiplicidade dos índices, sem prejuízo, porém, da manutenção do necessário caráter parcial da correção. Além de os salários ficarem expressamente fora do sistema da ORTN (art. 1º, § 1º, letra a, da Lei nº 6.423, de 1977), subsistiam inúmeros créditos (como os pecuniários privados e os judiciais, por exemplo) que não eram corrigidos.

A abertura política, com a conseqüente abolição dos atos institucionais, pela Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, deu lugar a pressões cada vez mais fortes para ampliar o âmbito de incidência das normas do sistema de valores paralelo. Era crescente o número de credores que queriam cambiar os seus cruzeiros pela "moeda" alternativa e passar para a esfera privilegiada dos valores em ORTN. Em 1979, a Lei n.º 6.708, de 30 de outubro, embora tendo a cautela de subordiná-la a índice diverso da ORTN (o INPC), previu a "correção automática" dos salários. Em 1981, a Lei nº 6.899 determinou a aplicação da correção monetária a obrigações pecuniárias e débitos oriundos de decisão judicial.

A generalização da correção monetária, como era, logicamente, de se esperar, dado o seu caráter necessariamente parcial, não deu certo. Na

tentativa de salvá-la, não restou ao governo senão cair na prática anterior, isto é, reimplantar o regime da multiplicidade dos índices, indexando mais, ao invés de desindexar.

9. Ainda aqui, portanto, a experiência brasileira da correção monetária está tendo utilidade para desmentir, na prática, as alegações de cunho visivelmente ideológico dos propagandistas da correção, especialmente as de que ela seria uma medida de justiça, e que ajudaria a combater, ou, pelo menos, possibilitar-nos-ia conviver com a inflação.

O caráter necessariamente parcial da correção gera uma situação de notória desigualdade, de iniquidade, e de injustiça, institucionalizando um sistema de dois pesos e de duas medidas, em que os mais prejudicados são aqueles que trabalham, ou pertencem às classes sociais menos favorecidas. Essa característica da correção é reconhecida cruamente por alguns de seus idealizadores, como MÁRIO HENRIQUE SIMONSEN, JULIAN CHACEL e ARNOLDO WALD, na obra *Investimentos Privados e Inflação. A Experiência Brasileira — A Correção Monetária*, edição APEC, 1974, p. 286:

“De um modo geral, a correção parece ter causado uma transferência nítida de renda em favor dos compradores dos títulos de crédito — Obrigações Reajustáveis, letras de câmbio etc. De fato, essa classe dos “rentiers”, até então prejudicada pela taxa real de juros, passou a contar com ganhos nominais claramente superiores à taxa de inflação. Verificou-se, do mesmo modo, uma transferência de renda em favor dos proprietários de imóveis, que passaram a cobrar alugueres corrigidos segundo a taxa de inflação. Igualmente as concessionárias de serviços de utilidade pública que passaram a ter as suas tarifas e a sua remuneração corrigidas de acordo com a alta interna de preços, foram beneficiadas no jogo redistributivo da correção monetária.

Quanto aos assalariados, tudo indica que foram eles a classe prejudicada nesse jogo redistributivo, pelo menos entre 1965 e 1967, quando os seus reajustes foram menos que proporcionais à alta interna dos preços.”

Essa situação de prejuízo dos assalariados, que melhorara com a abertura política (ver Lei nº 6.708, de 30 de outubro de 1979), regrediu drasticamente com os expurgos e o Decreto-Lei nº 2.045, de 13 de julho de 1983.

A proposta de indexação geral de todos os créditos, apresentados, ingenuamente (?) por alguns na linha de pensamento de SAVIGNY e de IRVING FISCHER, como solução definitiva de justiça monetária, não passa de uma falácia.

A correção, repetimos, é necessariamente parcial e iníqua. Se todos os valores nominais forem alterados, na mesma ocasião, e segundo os mesmos índices, embora se modifique a sua soma numérica, nenhum deles estará sendo, na verdade, corrigido, uma vez que a relação entre tais valores permanecerá inalterada, e estar-se-á, apenas, substituindo uma relação fixa entre vários pontos estáticos por uma outra, igualmente fixa, entre vários pontos móveis, sem alteração, portanto, da relação.

Outra concepção falsa, durante muito tempo alardeada pelos ideólogos da correção e agora desmentida pelos fatos, é a de que a correção monetária combateria, ou, pelo menos, permitiria uma convivência com a inflação.

A inflação, como já acentuado, consiste, do ponto de vista jurídico, numa redução de eficácia da moeda e das normas monetárias. Ora a correção monetária, ao valorizar certos créditos (exigindo maior quantidade de moedas para liquidá-los), agrava essa perda de eficácia. Inflação e correção monetária são, pois, duas forças que caminham no mesmo sentido, de agravamento da perda da eficácia da ordem monetária, e não em sentidos contrários.

Não se diga que, no início de sua aplicação, a correção monetária reduziu a inflação e permitiu um crescimento da economia, só deixando de produzir esses efeitos quando passou a ser mal empregada.

Toda medida artificial, em qualquer campo, e, especialmente, na área do meio circulante, aparenta produzir, no início, bons resultados. As sanções da "lei de Gresham" costumam a ser percebidas. A valorização alemã da década de 20 foi saudada, no princípio, por muitos, como uma invenção maravilhosa. O Reichsgericht (segundo NUSSBAUM, in *op. cit.*, p. 306) chegou a qualificar a sua doutrina bombasticamente de "direito revolucionário de emergência".

Escreve NUSSBAUM:

"En un momento de inconciente autorrevelación, el Reichsgericht calificó a su nova doctrina de "derecho revolucionario de emergencia". Una característica claramente irracional, alimentada por corrientes políticas ocultas, surgió a la luz en el movimiento global por la "valorización", especialmente por parte de sus sostenedores más ruidosos. Hasta el propio tribunal olvidó a tal extremo la posición que ocupaba que llegó a decir que la sentencia de una corte de Dinamarca cuyo cumplimiento denegó se hallaba fundada 'en razones inmorales y presentaba un argumento moralmente inicuo' por la única razón de no haber concedido la 'valorización' a un acreedor hipotecario alemán, cuyo derecho real estaba constituido sobre un inmueble en Dinamarca que antes había pertenecido a la jurisdicción territorial alemana. Ésto era, en realidad, una manifestación judicial del 'desequilibrio' descrito por el profesor ROBBINS, y una funesta desviación de un gran derecho y una gran tradición."

Na Itália, a doutrina das dívidas de valor fez extraordinário sucesso no início, sendo aplicada com grande entusiasmo nos primeiros anos posteriores ao término da 2ª Grande Guerra, até que seus efeitos começaram a se mostrar desastrosos, provocando uma autocrítica do próprio ASCARELLI (in *Studi Giuridici Sulla Moneta*, p. 320) nos seguintes termos:

"Alla contraposizione di debiti di valore (che sono prevalentemente "ex legge" e nei quali l'exclusionone del principio nominalistico si armonizza con la considerazione che il creditore non ha

assunto il rischio dell'oscillazione della moneta) e debiti pecuniari, si tende a sostituire quella di considerazione valoristica o nominalistica dei diversi debiti pecuniari."

Na França, após ter sido muito empregada, a cláusula de escala móvel passou a se constituir num problema monetário gravíssimo, fazendo com que os seus próprios defensores a renegassem, o que culminou com a decretação de sua nulidade, como uma das primeiras medidas do General De Gaulle, depois que assumiu, em 21 de dezembro de 1958, a Presidência da Comunidade Francesa e da V República, nos seguintes termos (artigo 79 da Ordenança nº 58-1374, de 30 de dezembro de 1958, com a nova redação do artigo 14 da Ordenança nº 59-246, de 4 de fevereiro de 1959):

1. Sont abrogées toutes dispositions générales de nature législative ou réglementaire tendant à l'indexation automatique des prix des biens ou des services. Dans chaque cas particulier, les conditions d'application de cette abrogation seront fixées par décret contresigné par le Ministre de Finances et des Affaires Économiques et les Ministres intéressés.

2. Demeurent toutefois en vigueur les dispositions de l'article 31, X, a, du Code du Travail, relative à l'indexation du salaire minimum garanti.

3. Dans les nouvelles dispositions statutaires ou conventionnelles, sauf lorsqu'elles concernent des dettes d'aliments, sont interdites toutes clauses prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum interprofessionnel garanti, sur le niveau général des prix ou des salaires, ou sur des prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention, ou avec l'activité de l'une des parties. Dans les dispositions statutaires ou conventionnelles en cours, les clauses prévoyant de telles inindexations cessent de produire effet au-delà du niveau atteint lors de la dernière revalorisation antérieure au 31 décembre 1958 lorsque ces dispositions concernent directement ou indirectement des obligations réciproques à exécution successive."

Aqui no Brasil um dos maiores propugnadores da correção, o economista Otávio Gouveia de Bulhões, ex-Ministro da Fazenda do 1º governo posterior a 1964, já exorcizou sua criatura, propondo, de público, a abolição da correção monetária.

A inflação brasileira, antes da correção monetária, nunca chegara aos níveis agora atingidos, o que é a demonstração concreta de que o artifício valorístico não só não acaba, como não permite conviver com a inflação.

O exemplo da França de De Gaulle, editando uma lei revogadora das normas que prescrevem ou autorizam a correção monetária (que, no Brasil, apenas dos níveis de lei, decreto-lei e decretos federais são da ordem de 200), poderia ser por nós seguido, embora, a nosso ver, não seja indispensável uma lei nesse sentido, face a invalidade de origem da correção, que poderia ser decretada pelos Tribunais, independentemente de lei.

10. Há duas hipóteses em que a Constituição autoriza a valorização de créditos.

1 — No art. 163, que faculta a intervenção no domínio econômico... “mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.”

2 — No art. 165, I, que assegura aos trabalhadores “salário mínimo, capaz de satisfazer as suas necessidades normais e as de sua família.”

Fora desses casos (salário mínimo, e intervenção, por lei especial, no domínio econômico), que poderiam ser acrescidos da possibilidade expressa de atualizar pensões alimentícias, não se pode cogitar da valorização de créditos, mesmo caso a caso, e por lei especial.

Convém notar que as 200 normas federais de nível de lei e decreto que sustentam as correções limitam-se, na maioria das vezes, a autorizar a correção, delegando a órgãos e autoridades de nível hierárquico inferior a competência para editar normas que fixem índices de valorização.

Não são as leis, portanto, que valorizam, diretamente, caso a caso, certas classes de crédito: elas delegam poderes aos Ministros do Planejamento e da Fazenda, para disciplinar o padrão de valores paralelo, e, ao fazerem isso, ofendem o art. 8º, IX, da Constituição, que atribui competência à União para emitir (uma única) moeda (isto é, uma unidade, e não uma pluralidade de medidas de valor).

O sistema de atualização automática dos contratos, das sentenças, da contabilidade das empresas, dos tributos, das multas e das somas numéricas de atos administrativos ofende, por outro lado, o art. 153, § 3º, da Constituição federal, que impõe o respeito pela lei, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido (ou situação jurídica definitivamente constituída): a modificação periódica dos valores dos atos jurídicos, através da vinculação automática desses valores às variações do poder aquisitivo interno da moeda declaradas por meio de resoluções do governo implica num sistema permanente de atos jurídicos imperfeitos, de coisas não julgadas, de situações jurídicas indefinidas, e de desigualdades perante a lei. No tocante aos tributos, a correção monetária ofende, ainda, o art. 153, § 2º, da Constituição.

Nem na Alemanha, da década de 20, que ostentava, até 1964, o título de campeã das valorizações de créditos (que deram no que deram), chegou-se a um ponto tão exagerado como ao que nos levou a irresponsável doutrina brasileira de correção monetária. Como assinala NUSSBAUM (in *op. cit.*, p. 298), a *aufwertung*

“nunca pretendeu estabelecer uma relação automática e direta da unidade monetária com o preço do ouro, com as moedas estrangeiras, ou com o poder aquisitivo interno da moeda; apenas buscou

distribuir, entre devedor e credor, as perdas originadas pela depreciação, substituindo um montante nominal por outro (isto é, um maior)".

O Reichsgericht, prossegue NUSSBAUM (op. e loc. cit.),

"conseqüente com a sua doutrina, instou junto aos tribunais inferiores para que se cingissem ao ponto de vista de que a "valorização não era um conceito jurídico definido" — Kein rechtlich bestimmter Begriff" — de modo que o Juiz devia pronunciar-se levando exclusivamente em consideração as circunstâncias e peculiaridades do caso e demais fatos suscetíveis de verificação."

11. A cisão da ordem monetária, imposta pela subordinação de certos créditos ao padrão poder aquisitivo e pela separação compulsória das funções da moeda, repercute na ordem jurídica violando a Constituição, afetando a unidade do Estado e ofendendo a soberania nacional.

Em decorrência da pulverização da ordem monetária, uma das parcelas que resulta dessa cisão passa a constituir em apêndice da ordem monetária de um Estado estrangeiro (como no caso da ORTN com cláusula cambial, por exemplo). As outras irão flutuar ao bel-prazer das conveniências deste ou daquele grupo de interesses, sem que o governo ou a sociedade civil exerçam, sobre eles, qualquer controle.

A aplicação da doutrina da correção monetária acarreta, em suma, uma perda de eficácia da ordem monetária, com reflexos desastrosos sobre a validade da moeda nacional. Perdendo a nação a fé e a confiança em sua unidade monetária, instituindo-se o sistema iníquo de duas ou mais moedas, e ficando claro, a partir de determinado momento, que o poder aquisitivo é mero pretexto para a valorização de certos créditos, a moeda nacional deixa de ser adotada como medida de valor, passando esse papel a ser desempenhado pela moeda estrangeira, com a conseqüência grave de perda da própria identidade nacional.

Todos esses problemas se agravam com situação desfavorável da balança comercial e de pagamentos, com o crescimento permanente da dívida externa (ocasionado, em grande parte, pelo injurídico sistema dos juros flutuantes), com o desenfreado aumento da dívida pública interna, para fins monetários, e pela confusão e insegurança gerados pela edição de decretos-leis sobre os quais a sociedade não exerce controle prévio.

Essas diversas questões devem ser resolvidas, através de um novo pacto político, que admita a incorporação à nação de grandes parcelas do povo brasileiro até hoje marginalizadas. Sua solução contudo, passa, necessariamente, pela abolição da correção monetária, requisito preliminar para a reorganização de ordem monetária, e para que se possa equacionar e propor saídas para a crise brasileira.

A reunificação e normalização monetárias — que dependem da extinção da correção (da qual estamos cansados e não do cruzeiro, como pareceu ao poeta Drummond) — são, por sua vez, uma condição prévia para a implantação, estável, de um Estado de Direito em nosso País.

Da licitude da inclusão da cláusula de correção cambial nas operações de arrendamento mercantil

ARNOLDO WALD

Professor da Faculdade de Direito da
Universidade do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

- I — *Da natureza do contrato de leasing*
- II — *As sociedades de arrendamento mercantil são instituições financeiras*
- III — *Das operações em moeda estrangeira*
 - a) *A evolução legislativa e os textos legais vigentes*
 - b) *Correção cambial e correção monetária*
- IV — *O regime jurídico dos contratos de repasse*
- V — *Da vigência e interpretação da Resolução nº 351*
- VI — *Os fundamentos de um acórdão divergente*

I — *Da natureza do contrato de leasing*

A elaboração por que passou o negócio jurídico hoje denominado arrendamento mercantil tem a sua origem moderna no *leasing* industrial ou operacional, que já existia desde a segunda década deste século. Com efeito, como já tive oportunidade de observar ⁽¹⁾ a partir de 1920, algumas indústrias norte-americanas implantaram o *leasing* operacional, tornando-se *manufactures lessors* com a finalidade de assegurar um melhor escoamento aos seus produtos, alugando-os e fornecendo aos locatários uma prestação de serviços, a fim de conservar as máquinas alugadas, substituindo-as, eventualmente, por outras mais modernas, quando se tornassem obsoletas ou ultrapassadas, por modelos mais recentes.

(1) ARNOLDO WALD, "Histórico e desenvolvimento do *leasing*", in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Cia. Editora Forense, vol. 250, abr./jun. 1975, pág. 14.

O *leasing operacional*, assim concebido, é contrato de locação e de promessa de venda do bem locado, com duas figuras na relação jurídica: o locador, promitente vendedor, que é o industrial produtor do bem, e o locatário, titular da opção de compra, e que se utilizará do bem locado, no exercício da sua atividade econômica. Nesse negócio jurídico, não há intervenção de nenhum intermediário, eis que a operação envolve apenas o produtor e o consumidor, sem interferência de um financiador.

Conquanto possa considerar-se na gênese do *leasing*, na verdade o impropriamente chamado *leasing industrial* não passa ou de uma simples locação (*renting*) combinada com opção de compra e, eventualmente, com um pacto de reposição de material mais moderno, ou de *locação-serviço*, em que o locador assume completamente as obrigações de assistência técnica e transporte, além do ônus do seguro (2).

Na nova construção negocial, surgiu a figura do intermediário, primeiro do corretor de *leasing*, depois da própria instituição bancária, que passou a financiar a operação, seja diretamente (*bankers lessors*), seja através de subsidiárias (*bankers leasing corporation*).

Escrevendo sobre este último estágio da elaboração técnica do *leasing*, com suporte nas investigações de EL MOKHTAR BEY e SERGE ROLIN, concluímos no citado estudo:

“Finalmente, surgiu o *leasing* bancário ou *financeiro*, quando a função de intermediário passou a ser exercida pelos bancos, que complementaram ou substituíram a atividade dos antigos corretores pelas sociedades de crédito ao consumidor ou *sales finance companies*. Passou-se, assim, do *leasing industrial* ou operacional ao *leasing financeiro*, forma mais complexa, requintada e fecunda, que domina o mundo há cerca de 20 anos” (3).

E analisando o contrato, ainda em 1975, acrescentamos que:

“Já se definiu o *leasing* como uma locação a médio prazo de bens de equipamento e essa definição foi julgada inadequada, restritiva e insuficiente.

Efetivamente, como vimos, o *leasing* é uma locação, mas não é apenas uma locação, pois há, no caso, a *simbiose do contrato locativo com uma operação de financiamento* e, eventualmente, com uma opção para renovação do contrato ou para aquisição do bem pelo preço residual, ou seja, o preço de venda inicial acrescido do custo financeiro, descontadas as prestações locativas anteriormente pagas.

Acresce que existe uma conjugação no *leasing* entre a compra da mercadoria pela empresa financeira e a locação feita ao locatário. A compra foi feita com a finalidade de oferecer a cliente determinado o bem em locação. Assim, os dois contratos formam uma estrutura

(2) FABIO KONDER COMPARATO, “Contrato de *leasing*”, *Revista Forense*, vol. 250 cit., pág. 9, nº 9.

(3) ARNOLDO WALD, “Histórico e desenvolvimento do *leasing*”, cit.

única complexa e a jurisprudência os considera como contratos conexos com repercussões recíprocas.

Finalmente, não se trata, na hipótese, de simples locação de coisas. Na realidade, os aluguéis são mais altos que os existentes na locação comum, pois visam garantir, em prazo contratual determinado, a amortização do preço do equipamento acrescido dos custos administrativos e financeiros e do lucro da companhia de *leasing*.

Por outro lado, os riscos do bem alugado correm exclusivamente por conta do locatário, afastando-se outros princípios que regem a locação de coisas. *Tal posição se explica por ser ele, locador, um simples financiador, que adquiriu o equipamento desejado pelo locatário de acordo com as indicações do mesmo*" (4).

Qualificando o *leasing* puro, pode-se enquadrá-lo na categoria dos negócios complexos, eis que nele ocorrem relações jurídicas diversas, com um conjunto de obrigações que delas normalmente defluem, ou seja, promessa de locação e de venda, locação de coisas, e, eventualmente, venda definitiva.

Assim, há uma promessa de locação quando a arrendadora se obriga a adquirir a coisa e alugá-la à arrendatária; uma locação perfeita quando o bem é entregue à arrendatária; uma promessa de venda porque a arrendadora dá à arrendatária uma opção para compra da coisa, ao tempo final da locação, por um preço prefixado.

Subjetivamente, destacam-se as três personagens envolvidas na operação: o arrendatário que indica a coisa desejada; o industrial ou o comerciante que a tem para vender; o intermediário, o arrendador ou empresa de *leasing*, que compra para arrendar e prometer vender.

Uma variante do *leasing* é o *leaseback* ou de retorno, em que o futuro arrendatário é o dono da coisa e a vende ao arrendador para, em seguida, recebê-la em locação, sem perda da posse, mas com modificação do seu título. Também nessa modalidade, o arrendatário tem opção para readquirir o bem. A sua diferença do *leasing* comum é que, no plano subjetivo, são duas apenas as figuras diretamente envolvidas e o caráter eminentemente financeiro da operação se torna mais ostensivo. Situações análogas ainda mais sofisticadas similares ao *leasing* têm surgido recentemente com a operação de *sale and sale back*, na qual o atual proprietário dos bens os aliena, mediante pagamento à vista, a uma instituição que, no mesmo ato, os revende a prazo ao vendedor originário, que se transforma, assim, em comprador.

O *leasing* não operacional e o *leaseback* são, evidentemente, operações financeiras, pois nelas intervindo uma empresa que se dedica, habitual e profissionalmente, a adquirir bens produzidos por outros, para prover o mercado geral e atender à demanda de quem deles necessita, realiza a mesma uma atividade típica de banco, ou melhor, para usar a terminologia consagrada no direito brasileiro, de instituição financeira, entregando, ao cliente, recursos sob a forma do direito ao uso e à eventual compra de equipamentos ou outros bens dos quais ele necessita.

(4) *Revista Forense*, nº 250, cit., pág. 31.

A pesquisa do conteúdo econômico do negócio jurídico de *leasing* revela que o intermediário que adquire o bem, de terceiro ou do futuro arrendatário, para alugá-lo e prometer vendê-lo, está, na verdade, *financiando* a empresa arrendatária e garantindo-se com a conservação da propriedade da coisa.

No *leaseback*, principalmente, salta aos olhos o financiamento do capital de giro da arrendatária, como percebeu FRAN MARTINS (5), afirmando:

“Destina-se essa operação às empresas que, tendo grande parte do seu ativo imobilizado, desejam desafogar, desfazendo-se de uma parcela desse ativo *para utilizar o produto da venda como capital de giro.*”

A operação de *leasing* pode, perfeitamente, ser definida como uma espécie nova de financiamento de uso ou aquisição de equipamentos da empresa financiada, que a doutrina sempre considerou como sendo uma “operação de banco”, conforme a lição, entre outros, de JEAN ESCARRA (6).

Neste sentido, escreve FRAN MARTINS (7) que:

“O *leasing* é considerado uma *operação financeira*, pois nele há um financiamento da arrendadora ao arrendatário. Por tal razão, *costuma ser a operação incluída entre as operações bancárias.*”

FÁBIO KONDER COMPARATO (8) vê, no *leasing*

“um investimento amortizável com os próprios lucros que ele propicia, e que permite ao empresário conservar em seu poder os bens de equipamentos unicamente durante o período em que sua rentabilidade é elevada.”

Esse investimento, continua o jurista paulista, somente é possível através do *financiamento* que o

“empresário pede a uma *instituição financeira* especializada”

e que consiste em fazer o investimento, isto é, adquirir a coisa para uso do financiado.

J. A. PENALVA SANTOS, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e estudioso da matéria, conquanto vislumbre no *leasing* um contrato composto de outros, dá ênfase ao *financiamento* ou à *abertura de crédito*:

“É o *leasing* um contrato complexo, nominado, consensual, sinalagmático, *composto de um financiamento ou uma abertura de crédito* e o arrendamento de bens móveis ou imóveis, com cláusula de opção que a sociedade arrendadora irrevogavelmente dá à arrendatária para:

(5) *Contratos e Obrigações Comerciais*, Rio, Ed. Forense, 5ª edição, pág. 552.

(6) *Cours de Droit Commercial*, Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme), Paris, 1952, págs. 999 a 1.001 e nº 1.417.

(7) *Obra citada*, pág. 555.

(8) *Obra citada*, in *Revista Forense*, vol. 250 cit., pág. 7.

a) continuar o arrendamento; b) resilir o arrendamento; c) adquirir o bem arrendado pelo valor residual" (9).

C. J. DE ASSIS RIBEIRO, na sua monografia "*Leasing, fator de produtividade*", considera a mecânica operacional do *leasing* sob vários aspectos, inclusive quanto à organização e funcionamento das sociedades dele incumbidas, que operam em ambiente altamente especializado

"quer drenando os recursos da rede de crédito, quer exercendo funções financeiras e funções econômico-sociais que interessam ao mercado de bens, quer estabelecendo os cadastros especializados, quer fixando tipos de garantias efetivas"(10).

Trata-se, evidentemente, de funções que configuram a operação financeira de modo inequívoco.

B. GARCIA HILÁRIO (11) caracteriza a operação financeira na relação entre a sociedade arrendadora e o usuário:

"Para realização do leasing financeiro, que é o mais usual no mundo dos negócios dessa natureza, concorrem três partes, quais sejam: o fabricante do bem, a sociedade de "leasing" que é a financiadora e o usuário, que é o financiador."

MAURO GRINBERG, ainda que em conseqüência de posição objetiva, à luz da Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974, assevera:

"Mas, sendo o "leasing" uma atividade financeira, só pode ser praticada por instituições creditícias, sendo devido o Imposto sobre Operações Financeiras, de acordo com o que dispõe o art. 1º da Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966" (12).

Sem fazer uma afirmação enfática, FERNANDO DE VASCONCELLOS COELHO (13) prefigura como operação financeira o *leasing*, no seguinte trecho do seu estudo sobre "Leasing, ICM e Imposto de Transmissão":

"Concebido para atendimento de determinadas exigências ou necessidades da vida econômica no após-guerra — com a função de permitir às empresas a utilização permanente de equipamentos de tecnologia avançada, sem desembolso imediato ou a curto prazo e sem aumento do índice de imobilização: como alternativa para a compra de bens ou como substituto da obtenção de empréstimo — o "leasing" financeiro não se ajusta rigorosamente a qualquer esquema técnico unitário consagrado anteriormente pelo "direito privado."

O aspecto financeiro do contrato de *leasing* também foi salientado pelos demais estudiosos da matéria, como o Professor J. C. DE SAMPAIO LACERDA, O

(9) "*Leasing*" in *Revista Forense*, vol. 250 cit., pág. 47.

(10) "*Reflexões sobre o contrato de leasing*", in *Revista Forense*, vol. 250 cit., pág. 61.

(11) "*Contrato de leasing*", in *Revista Forense*, vol. 250 cit., pág. 70.

(12) "*Conseqüências da caracterização do leasing como operação financeira*" in *Revista Forense*, vol. 250 cit., pág. 100.

(13) "*Leasing, ICM e Imposto de Transmissão*", in *Revista Forense*, vol. 250 cit., pág. 106.

Professor LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, o Professor WALDIRIO BULGARELLI, o Professor MAURO BRANDÃO LOPES, o Professor JOSÉ WILSON NOGUEIRA DE QUEIROZ e outros (14).

Para a jurisprudência, a matéria já era pacífica, como se verifica pela sentença pioneira do eminente magistrado, Professor PAULO RESTIFFE NETO, de 16 de junho de 1973, devidamente confirmada, em 15 de fevereiro de 1974, por unanimidade, pela Egrégia Primeira Câmara Cível do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Na mencionada decisão ficou evidenciado que a operação de *leasing* era financeira (15).

As opiniões em contrário, negando ao *leasing* o caráter de operação financeira, foram manifestadas antes do advento da Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974, por ARY OSWALDO MATTOS FILHO(16) e LUIZ MÉLEGA(17). A razão apresentada por ambos foi a de não aparecer no arrendamento mercantil nenhuma das três fases em que se desdobra a atividade financeira, nos termos do artigo 17 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964: a coleta, a intermediação e a aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros. E acrescentaram que inexistia lei caracterizando a operação como sendo financeira.

Na verdade, porém, a terceira fase é muito nítida no *leasing*, quando a sociedade arrendadora aplica dinheiro na compra da coisa de que vai servir-se o usuário. E hoje, em face do que dispõem os artigos 13 e 16 da Resolução nº 351, do Banco Central do Brasil, nenhuma dúvida pode pairar quanto à intermediação das sociedades especializadas no mercado de crédito, seja aplicando dinheiro tomado no exterior, seja operando com capitais de terceiros, até 15 vezes o montante do seu capital integralizado.

Assim, não têm razão as conclusões a que, no passado, já então em flagrante minoria, chegaram aqueles ilustres escritores, podendo afirmar-se haver, hoje, um consenso na doutrina sobre o caráter financeiro da operação de *leasing*.

(14) J. C. DE SAMPAIO LACERDA, "Considerações acerca do *leasing* e sua aplicação no campo do direito aeronáutico", *Revista de Direito Mercantil*, vol. 5, pág. 129; LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEAES, "O *leasing* é uma operação financeira", in *Revista de Direito Comercial*, vol. 35, págs. 11 e seguintes; WALDIRIO BULGARELLI, *Contratos Mercantis*, São Paulo, Atlas, 1979, págs. 333 e seguintes; MAURO BRANDÃO LOPES, "Natureza jurídica do *leasing*", in *Revista de Direito Mercantil*, vol. 14, págs. 35 e seguintes; JOSÉ WILSON NOGUEIRA DE QUEIROZ, *Teoria e prática do "leasing"*, edição da Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1974, pág. 43; ROBERTO PROCÓPIO DE LIMA NETTO, "A operação do *lease*", in *Revista do BNDE*, nº 2, págs. 93 e seguintes; JOSÉ AUGUSTO DELGADO, *A caracterização do "leasing" e seus efeitos jurídicos*, Dissertação, Natal, 1979, pág. 49.

(15) A sentença e o acórdão se encontram publicados na *Revista dos Tribunais*, nº 468, pág. 154, e, ainda em BULGARELLI, obra citada, págs. 440 e seguintes. A sentença invoca o nosso entendimento na matéria ao esclarecer que "o *leasing* traduz, com efeito, como assinala ARNOLDO WALD, basicamente uma operação financeira (RT 415/11)..."

(16) "Problemas nas operações de *leasing*", in *O Estado de S. Paulo*, edição de 15-8-71.

(17) LUIZ MÉLEGA, "Aspectos fiscais do *leasing*", in *Revista Forense*, vol. 250, cit., págs. 89-90, nº 2.1.

Essa caracterização do arrendamento mercantil ensejou, na maioria dos países, uma denominação do instituto na qual se encontram o substantivo *crédito* ou o adjetivo *financeiro*, ambos vinculados a uma forma específica de locação. Assim, os anglo-americanos tratam de *financial lease* e de *hire-purchase*, os franceses de *crédit-bail* (crédito-locação), os italianos de *prestito locativo*, da *locazione finanziaria* ou de *finanziamento di locazione*, os belgas de *location-financement*, os portugueses de locação financeira, e os alemães da *Mietfinanzierung*.

Esse consenso existe também na doutrina estrangeira, como se pode constatar em PAUL BIBOT ("Trois années de leasing", in Suplemento *Agefi*, Bruxelas, 26 de outubro de 1964, pág. 77), F. WARNANT e SERGE ROLIN que o cita (*Le leasing—nouvelle technique de financement*, Éditions Gerard & Cie., Verviers, Bélgica, 1970, pág. 10); JEAN DEGAND (*Financement de l'Équipement*); GIORGIO FOSSATI (*Il Leasing, Moderna Tecnica di Finanziamento alle Imprese*, Milão, 1973); JOSÉ MARIA MARTIN OVIEDO (*El Leasing ante el Derecho Español*, Editorial De Derecho Financiero, Madrid, pág. 29); DANIELE CREMIEUX ISRAEL (*Leasing et crédit-bail mobiliers*, Paris, Dalloz, 1975, pág. 14); ANTONINO PORTARE (*Il leasing*, Etas Kompass, Milão, 1967, pág. 13); J. CALAIS AULOY ("*Le contrat de leasing*", in *Nouvelles Techniques Contractuelles*, Librairies Techniques, Paris, 1972, pág. 137); MARIO GIOVANOLI (*Le crédit-bail en Europe*, Librairies Techniques, Paris, 1980, pág. 368); JACQUES COILLOT (*Leasing ou crédit-bail*, 2ª edição, Paris, J. Delmas & Cie., 1969, pág. 123); DIOGO PAREDES LEITE DE CAMPOS (*A locação financeira na ótica do utente*, separata da *Revista da Ordem dos Advogados* (de Portugal), ano 43, maio-setembro 1983); MAURICE LAURÉ ("*L'apport du crédit-bail aux techniques financières*", in *Revista Banque*, nº 364, julho-agosto 1977, pág. 797).

A síntese da posição doutrinária que encontramos em todos os países que conhecem o *leasing* é no sentido de assemelhá-lo ao empréstimo, considerando-o como uma operação de crédito garantido pelo direito de propriedade adquirido pelo credor. Afirmou-se, pois, que:

"Indépendamment de leurs tendances doctrinales, les nombreux auteurs qui ont examiné le crédit-bail l'ont caractérisé par des formules telles que "*crédit... garanti par la propriété des biens laissés à l'utilisateur*" ou "*opération de crédit... le droit de propriété jouant le rôle d'une sûreté réelle*", ou encore "*crédit... garanti par une sûreté réelle, consistant dans la propriété du bien même qui est financé*". Il n'est guère contesté, en effet, que le *leasing* — sur le plan économique du moins — remplit la fonction (a) d'un crédit affecté au financement d'un bien précis, (b) garanti par la propriété du bien financé (c) sans dépossession de l'utilisateur du bien financé par le crédit" (18).

Se nos detivemos, tão longamente, na caracterização do *leasing* foi pelo fato de considerá-la importante e até essencial para poder considerar a empresa de arrendamento mercantil como instituição financeira, pelo fato de se dedicar à realização de operações de crédito, embora formalizadas sob a forma de aquisição de bens para o fim de arrendamento mercantil. Firmada essa pri-

(18) MARIO GIOVANOLI, ob. cit., nº 463, pág. 369.

meira premissa, passaremos, agora, à análise do regime jurídico das empresas de *leasing*.

II — As sociedades de arrendamento mercantil são instituições financeiras

Até o advento da Lei nº 6.099, de 12-9-1974, organizaram-se no País, com liberdade, empresas arrendadoras de bens, especializadas na realização de operações de *leasing*. O referido diploma legal, cujo escopo declarado é o de disciplinar o tratamento tributário do arrendamento mercantil, foi alargado, pois, além de definir o negócio jurídico (parágrafo único do art. 1º e art. 9º), para os fins nele previstos, estabeleceu, relativamente às empresas arrendadoras, uma legitimação negocial, sujeitando-as ao controle e fiscalização do Banco Central do Brasil, *ipsis verbis*:

“Art. 2º —

§ 2º — Somente farão jus ao tratamento previsto nesta Lei as operações realizadas ou por empresas arrendadoras que fizerem dessa operação o objeto principal de sua atividade ou que centralizarem tais operações em departamento especializado com escrituração própria.”

.....

“Art. 7º — Todas as operações de arrendamento mercantil subordinam-se ao controle e fiscalização do Banco Central do Brasil, segundo normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, a elas aplicando-se, no que couber, as disposições da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e legislação posterior relativa ao Sistema Financeiro Nacional.”

“Art. 23 — Fica o Conselho Monetário Nacional autorizado a:

a) baixar normas que visem estabelecer mecanismos reguladores das atividades previstas nesta Lei, inclusive excluir modalidades de operações do tratamento nela previsto; b) enumerar restritivamente os bens que não poderão ser objeto de arrendamento mercantil, tendo em vista a política econômico-financeira do País.”

Verifica-se, assim, pelos trechos da lei acima referidos que as operações de *leasing* são consideradas como sendo de natureza financeira e as empresas de arrendamento mercantil passaram, em virtude da Lei nº 6.099, a estar subordinadas ao controle e fiscalização do Banco Central e às normas da Lei nº 4.595 e à regulamentação a ser baixada pelo Conselho Monetário Nacional. Ora, a Lei nº 4.595 trata exclusivamente do Sistema Financeiro Nacional, dispondo, conforme se verifica, no seu título, sobre “as instituições monetárias, bancárias e creditícias”. Ao Conselho Monetário Nacional cabe, por sua vez, a missão de disciplinar o crédito, regulamentando todas as operações das instituições financeiras. Não há, assim, dúvida que, superadas todas as discussões anteriormente existentes, a Lei nº 6.099 caracterizou as empresas de arrendamento mercantil como instituições financeiras.

Posteriormente foi baixada a Resolução nº 351, do Conselho Monetário Nacional, que dispõe sobre as operações de arrendamento mercantil, estabelecendo em relação às mesmas que:

“Art. 2º — Depende de autorização do Banco Central o funcionamento das pessoas jurídicas de que trata o artigo anterior (empresas de arrendamento mercantil).

Art. 3º — As pessoas jurídicas referidas no art. 1º deverão constituir-se sob a forma de sociedades anônimas e a elas se aplicarão, no que couber, as mesmas condições estabelecidas para o funcionamento de instituições financeiras na Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e legislação posterior relativa ao Sistema Financeiro Nacional, devendo constar obrigatoriamente em sua denominação social a expressão “Arrendamento Mercantil.”

Por sua vez, em seguida, a Circular nº 397, do Banco Central, de 19-10-1978, esclareceu taxativamente que:

1 — A sociedade de arrendamento mercantil é pessoa jurídica constituída sob a forma de sociedade anônima, cujo funcionamento depende de prévia e expressa autorização do Banco Central, aplicando-se, no que couber, as mesmas condições estabelecidas para instituições financeiras.

6 — A sociedade de arrendamento mercantil integra, como entidade auxiliar, o Sistema Financeiro Nacional e é regida:

- a) pelas normas legais;
- b) pelas normas regulamentares baixadas pelo Banco Central, com base em deliberações do Conselho Monetário Nacional;
- c) pelas normas regulamentares baixadas pelo Banco Central, com base em suas atribuições legais;
- d) pelos seus estatutos.”

A legislação fiscal admitiu, por sua vez, que o arrendamento mercantil, não obstante revestindo a forma jurídica de contrato de uma locação *sui generis* (19), é, na sua substância, empréstimo com garantia do bem arrendado.

Assim, considerando a natureza financeira do *leasing*, atividade que constitui o objetivo principal das arrendadoras e que, por si só, já as qualificaria como instituições financeiras, e a lei e a regulamentação do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil que expressamente as equiparam às demais empresas financeiras, a doutrina, sem uma só voz discordante, jamais contrôverteu quanto à natureza das sociedades arrendadoras.

Aplicam-se às sociedades de arrendamento mercantil as considerações que fizemos, quando caracterizamos as Corretoras de Valores Mobiliários como ins-

(19) Portaria do Ministério da Fazenda nº 376-E/76. Quanto ao caráter de empréstimo do *leaseback*, houve pronunciamento da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional em 16-9-1982, que foi publicado no *Diário Oficial* da União, de 10-12-1982, pág. 23.062.

tituições financeiras, fazendo a adequada distinção entre estas e os estabelecimentos bancários (20). Efetivamente, enquanto os bancos necessariamente recebem depósitos do público, as instituições financeiras desenvolvem outras funções no mercado creditício, exercendo a intermediação nos negócios financeiros, sob as suas mais variadas formas. Há, aliás, incontestável analogia funcional entre as empresas de *leasing* e as sociedades de crédito e financiamento (financeiras), que, na realidade, atuam paralelamente, mas com instrumentos jurídicos diferentes.

Aliás, a considerar o conceito de instituição financeira, consubstanciado no art. 17 da Lei nº 4.595/64, as sociedades arrendadoras, só pelo fato de aplicarem recursos próprios no financiamento dos investimentos das arrendatárias, poderiam e deveriam reputar-se instituições financeiras.

Na realidade, o banco moderno não se restringe a recolher as economias monetárias dos que lhas confiam, para emprestá-las através do mútuo de dinheiro, como ocorria no passado.

Atualmente, o conceito de banco foi substituído ou complementado pelo de *instituição financeira*, ou até de conglomerado financeiro, cuja *função no mercado é o exercício do crédito* sob as suas novas e sofisticadas formas, das quais o recebimento de depósitos em dinheiro e sua aplicação é uma das mais antigas, mas não a única (21).

E portanto, o exercício *técnico* e profissional *do crédito*, que tanto pode ser de dinheiro quanto de outra natureza (o de assinatura, por exemplo, através do aceite cambial ou do aval), que caracteriza a instituição financeira, a *empresa* e o *estabelecimento de crédito*, hoje intensamente empolgado pelos chamados *serviços bancários*.

Numa lúcida visão desta questão, G. FERRI (22), após advertir para as *mais variadas formas*, pelas quais, no exercício da atividade bancária, *se promove o recolhimento e a aplicação das economias*, reconhece, ao analisar o estatuto da empresa bancária:

“Questo statuto speciale dell'impresa bancaria ha portato la dottrina amministrativistica più recente a considerare l'impresa bancaria, anche quando strutturalmente sia una organizzazione privata, come una impresa esercente un pubblico servizio e cioè in definitiva strumento dell'azione della pubblica amministrazione e della sua politica economica. . .

Si tratta di una concezione che pone in discussione le basi stesse sulle quali la nozione di impresa bancaria era impostata, e che determina una svolta decisiva rispetto alle posizioni tradizionali: *la nozione di impresa bancaria* non sarebbe infatti in funzione della natura del fenomeno sostanziale che realizza, ma *sarebbe in funzione di un ato formale, l'iscrizione nell'albo previsto nell'art. 29 della legge speciale*,

(20) ARNOLDO WALD, “A caracterização da corretora como instituição financeira e seu regime legal”, in *Revista de Direito Mercantil*, nº 36, págs. 11 e seguintes.

(21) ARNOLDO WALD, “O papel pioneiro do direito bancário”, in *Revista de Direito Mercantil*, vol. 27, págs. 14 e seguintes.

(22) G. FERRI, *Manuale di Diritto Commerciale*, 5ª edição, Torino, 1977, págs. 91 e 92.

che si aggiungerebbe e in un certo senso si sovrapporrebbe a quello oggettivo e che sarebbe necessario, comme atto di ammissione, perché il soggetto entri a far parte dell'ordinamento sezionale del credito e divenga destinatario delle norme che ne son proprie e dei provvedimenti degli apparati in esso funzionanti."

A noção de *empresa de crédito* ou de *instituição financeira*, em consequência, há de ser vista não somente em face da natureza do fenômeno substancial que realiza, mas, também, do ato formal do seu registro como tal, da sua admissão como entidade que passa a fazer parte de determinado setor, da função creditícia, que a torna destinatária das normas que lhe são próprias.

As diferentes formas de crédito é que determinam a criação e o reconhecimento, pelo Estado, de diversas instituições financeiras, umas destinadas a operar em todos os setores, outras em alguns apenas. Por isso, além do Banco Central do Brasil, do Banco do Brasil S.A., do BNDES, constituem o Sistema Financeiro Nacional as demais instituições financeiras públicas e privadas (Lei nº 4.595/64, art. 1º). Dentre estas (sociedades de crédito, financiamento e investimentos, fundos de investimentos, bancos de investimentos, sociedades de crédito imobiliário, cooperativas de crédito, associações de poupança e empréstimo, bolsas de valores, empresas corretoras, empresas distribuidoras) estão as sociedades arrendadoras previstas pela Lei nº 6.099/74 e nela regulamentadas.

As sociedades arrendadoras regulamentadas pela Lei nº 6.099/74 e pela Resolução nº 351 do Banco Central do Brasil são, pois, instituições financeiras sob qualquer dos prismas por que, hoje, podem ser analisadas: o substancial ou material e o formal ou legal.

Quanto ao primeiro, destinam-se elas ao exercício de uma função econômica do crédito e à colocação de capitais, pois o *leasing* é uma operação financeira que consiste na simbiose da locação, do financiamento e da venda.

Com efeito, com capitais próprios e de terceiros (arts. 13 e 16 da Resolução nº 351), portanto, como "intermediárias do crédito", para usar expressão de ALFREDO ROCCO no esforço de conceituar as operações bancárias⁽²³⁾, as sociedades arrendadoras operam a provisão do mercado de investimento das empresas, dispensando-as de se descapitalizarem para disporem dos elementos necessários aos fins a que se propõem.

Não emprestam dinheiro, é verdade, mas é como se o fizessem, tendo em vista a causa do negócio. As companhias de crédito, financiamento e investimentos também não emprestam dinheiro, mas aceite ou crédito⁽²⁴⁾ e ninguém lhes pode negar a natureza de instituição financeira.

Em notável artigo doutrinário, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES mostrou, de forma irresponsável, ser o *leasing* uma operação financeira, cujo exercício, por conseguinte, configura a instituição financeira:

"A função econômica perseguida pelo contrato de *leasing*, e que lhe imprime caráter específico, modelando-lhe a estrutura, é a de

(23) ALFREDO ROCCO, *Princípios de Direito Comercial*, tradução do Prof. CABRAL DE MONCADA, São Paulo, Saraiva e Cia., Editores, 1931, pág. 174, nº 45.

(24) ORLANDO GOMES, *Alienação Fiduciária em Garantia*, pág. 10.

prover o arrendatário, ou *lessee*, dos recursos financeiros de giro necessários, que, de outra maneira, permaneceriam imobilizados em bens de produção. Assim sendo, quando realizadas em série, numa atividade funcionalmente coordenada em nível de empresa especializada, adquire o caráter de operação financeira.

.....

De resto, a empresa de *leasing*, que nem ocasionalmente é uma *azienda* industrial fabricante de bens, não presta nenhum dos serviços colaterais, de garantia e manutenção, via de regra prestados pelos vendedores e locadores. Nem limita as suas operações a linhas determinadas de produtos, já que pode ter por objeto o arrendamento de todo e qualquer bem móvel ou imóvel necessário ao desenvolvimento da atividade locatária, sendo irrelevantes, para ela, as características do bem infungível locado. *O que é específico, e singulariza a operação de "leasing", é a liberação de recursos financeiros fungíveis para a azienda locatária, sob a forma de bens de produção locado, qualquer que seja, e é com essa motivação que a empresa arrendatária procura a operadora de "leasing".* Nesse sentido, o *leasing*, como adverte ARNOLDO WALD, é "*basicamente uma operação financeira, que consiste na simbiose da locação, do financiamento e da venda*".

Dir-se-á que essa mesma finalidade seria atingida caso o bem fosse adquirido a prazo e nem por isso a venda configuraria uma operação financeira? Mas, por certo, sob o prisma econômico, a venda a prazo, efetuada diretamente pelo produtor ou comerciante, consubstancia também uma forma de financiamento, aliás, a mais comum, que se exprime pelo crédito comercial ou mercantil. Do ponto de vista jurídico, porém, *só haverá "operação financeira" quando ocorrer a mediação de uma empresa orientada entre a oferta e a aplicação de recursos pecuniários* (art. 17 da lei bancária atrás comentado). Na verdade essa venda a prazo poderá dar origem a uma operação financeira, caso ocorra a interveniência de uma instituição financeira, como de resto é useiro nas vendas a prazo e a prestação. *A entidade financeira representa, portanto, o pressuposto jurídico subjetivo de toda operação financeira.* Na espécie, como enfatiza o Prof. ARNOLDO WALD, "*as empresas de "leasing são, na realidade, instituições financeiras, nos precisos termos do art. 17 da Lei nº 4.595, de 31-12-64", pois intercedem na oferta e aplicação de recursos financeiros*" (25).

Além disso, o ilustre jurista já havia abordado o contraste aparentemente existente na Lei nº 6.099/74 e na Resolução nº 351, entre instituições financeiras e sociedades arrendadoras, para sustentar a assimilação de ambas nos seguintes termos:

"Poder-se-ia ainda objetar que a Lei nº 6.099/74, ao regular o "tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil", excluiu as empresas arrendadoras dessa caracterização, visto que só reputou privativas das instituições financeiras as operações de *lease-*

(25) LUIZ GASTAO PAES DE BARROS LEAES, artigo citado, publicado na revista de *Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. 35, págs. 21 a 24.

back (arrendamentos contratados com o próprio vendedor do bem), que *a contrario sensu*, nos levaria a deduzir que as empresas arrendadoras que realizam outras modalidades de *leasing* são empresas não financeiras. Ademais, ao mandar aplicar a elas, *apenas no que couber*, as condições estabelecidas para o funcionamento das instituições financeiras, o texto legal nos induziria a afastá-las do rol das instituições financeiras. Se essa foi a intenção do legislador, ele não logrou êxito, pois, ao submetê-las ao controle e à fiscalização do Banco Central (Lei nº 6.099/74, art. 7º; Res./BCB1351/75, arts. 2º e 3º; Circular BCB-279/75, *passim*), implicitamente está admitindo essa assimilação, e apenas a afasta na específica esfera fiscal. Pois não é demais lembrar que o Código Tributário Nacional (art. 110) judiciosamente enfatiza que a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, de direito comum, senão nos exclusivos limites do campo fiscal” (26).

A este último aspecto, acrescenta a observação de que a lei reservou a *determinadas instituições financeiras*, especialmente *bancos*, a legitimação para operar em *leaseback*, por compreender-se nele, principalmente, uma operação de *crédito de dinheiro*, que é a essência do negócio bancário. Isto não quer dizer, porém, que financeira não seja a operação das sociedades arrendadoras e elas próprias não devam ser enquadradas como instituições dessa natureza.

Por outro lado, basta a leitura da Lei nº 6.099/74 e da Resolução nº 351 para verificar que as sociedades arrendadoras, como as demais instituições financeiras, estão sujeitas a rigorosos controles do Estado, seja na constituição da empresa, seja no desenvolvimento das suas atividades (criação e início de atividade subordinadas a autorização estatal, vigilância permanente dos órgãos fiscalizadores do mercado de crédito, aprovação dos seus administradores e das mudanças estatutárias, forma de sociedade anônima, capital mínimo e prazo de integralização, controle técnico e jurídico das operações etc.), isto em decorrência da sua equiparação àquelas entidades. Vale dizer, portanto, que o Estado reconhece às sociedades arrendadoras a condição de instituições financeiras. Inscreve-as, como tais, nos seus registros.

Ainda é preciso ponderar que, em todos os países nos quais as empresas de *leasing* foram submetidas à fiscalização do Banco Central, foi-lhes atribuída a condição de instituição financeira.

Assim, na França, a Lei de 2-7-1966, que definiu o arrendamento mercantil, naquele país, submeteu as empresas de *leasing* à legislação geral referente ao crédito e determinou que as mesmas, para continuarem a funcionar, obtivessem, das autoridades competentes, o estatuto de instituição financeira (*établissement financier*) (27). De acordo com a referida legislação, as sociedades de *leasing*, que utilizam recursos do público, são consideradas como bancos e as demais como instituições financeiras de caráter não bancário (28).

(26) LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEAES, artigo citado, pág. 24.

(27) JACQUES COILLOT, obra citada, pág. 297.

(28) RENÉ RODIERE et JEAN LOUIS RIVES-LANGE, *Droit bancaire*, Paris, Dalloz, 1973, nº 330, pág. 385.

Na Argentina, existe legislação idêntica, de acordo com a qual somente os bancos e as companhias de financiamento podem “dar en locación bienes adquiridos con tal objeto”, sendo assim as empresas de *leasing* consideradas como entidades financeiras (29).

Foi suscitada, finalmente, a questão de saber se as sociedades arrendadoras podem ou não corrigir, pela variação cambial, as prestações devidas pelas arrendatárias.

A Resolução nº 351, de 17-11-75, do Banco Central do Brasil, resultante do *poder normativo* que tem o Conselho Monetário Nacional na disciplina do mercado financeiro, dispõe nos seus arts. 13 e 14 que:

“As sociedades arrendadoras constituídas na forma deste Regulamento e as instituições financeiras autorizadas à prática das operações de arrendamento mercantil previstas no art. 12 poderão contratar diretamente empréstimos no exterior, com vistas à obtenção de recursos para aquisição de bens destinados a arrendamento.

Art. 14 – O equivalente em cruzeiros aos recursos ingressados no País na forma do artigo anterior, enquanto não aplicado na aquisição de bens destinados a arrendamento, deverá ser entregue, pela sociedade arrendadora ao Banco Central, para fins de constituição de depósitos remunerados do empréstimo, em nome da referida sociedade.”

Em consequência, no art. 8º, estatuí que do contrato de *leasing* deverá constar, obrigatoriamente, sob pena de nulidade:

“e) o critério para reajuste do valor da contraprestação, se acordado, admitida a transferência à arrendatária da variação cambial, no caso de bens adquiridos com recursos de empréstimos em moeda estrangeira.”

Existe, pois, disposição regulamentar específica de acordo com a qual as empresas de arrendamento mercantil podem levantar, no mercado internacional, recursos em moeda estrangeira e repassá-los para os seus clientes, mediante a compra de bens em moeda estrangeira e a fixação do valor locativo com a cláusula de correção cambial. Cabe, agora, verificar se essa regulamentação das autoridades monetárias encontra o devido embasamento, sendo legítima e válida dentro do sistema jurídico vigente.

III – Das operações em moeda estrangeira

A) A evolução legislativa e os textos legais vigentes

Permitidas, inicialmente, pelo art. 947 do Código Civil, as operações em moeda estrangeira foram expressamente vedadas pelo Decreto nº 23.501, de 27-11-1933, que, seguindo o exemplo da Joint Resolution dos Estados Unidos e da jurisprudência francesa, declarou nula qualquer estipulação de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira. A jurisprudência e a legislação posterior

(29) ALFREDO C. RODRIGUEZ, *Técnica y organización bancarias*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1980, pág. 307.

(Lei nº 28, de 15-2-1935, e Decreto-Lei nº 6.650, de 29-6-1944) explicitaram que a vedação não se aplicava aos contratos internacionais ⁽³⁰⁾ então definidos como sendo aqueles que ensejam um fluxo e refluxo, ou, ainda, uma dupla transferência de bens e/ou de capitais através das fronteiras.

O reconhecimento da validade da cláusula de pagamento em moeda estrangeira nos contratos internacionais decorreu de imperativo categórico da economia mundial, pois como já se salientou, na época, “a admitir que o decreto visasse proibir quaisquer dívidas em moeda estrangeira, ter-se-ia, na realidade, proibido o comércio do Brasil com qualquer outra nação” ⁽³¹⁾.

Posteriormente foram baixados, além de outros menos relevantes, os Decretos-Leis nºs 316, de 13-3-1967, e 857, de 11-9-1969, este atualmente em vigor, que, mantendo a vedação da cláusula ouro e de pagamento em moeda estrangeira, excluiu, todavia, da proibição, os contratos de importação e exportação de mercadorias, os de financiamento e outros nos quais estivesse evidenciado um elemento internacional, assim como todos os casos de repasse interno das operações já referidas.

Entendeu o legislador que o contrato era considerado internacional ou em virtude do seu *objeto*, ou em decorrência das *partes* que dele participavam, ou seja, dos sujeitos da relação jurídica, quando uma delas fosse domiciliada ou residente no exterior.

Assim, no caso de financiamento externo, a validade da cláusula de pagamento em moeda estrangeira tinha dois fundamentos: o fato do dinheiro ter sido remetido do exterior para o Brasil e o de ser o mutuante pessoa domiciliada fora do Brasil.

Por outro lado, estabeleceu o decreto-lei que todas as formas de repasse de recursos internacionais não deveriam estar sujeitas à proibição de pagamento em moeda estrangeira. Assim, esclarecem os incisos IV e V do art. 2º do Decreto-Lei nº 857, que:

“Não se aplicam as disposições do artigo anterior (que veda o pagamento em moeda estrangeira):

I —

IV — aos empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, excetuados os contratos de locação de imóveis situados no território nacional;

V — aos contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das obrigações referidas no item anterior, ainda que ambas as partes contratantes sejam pessoas residentes ou domiciliadas no País.”

Podemos, pois, afirmar que os contratos internacionais tiveram a sua conceituação ampliada para abranger as operações objetivamente internacionais

(30) **ARNOLDO WALD**, *A cláusula de escala móvel*, São Paulo, Max Limonad Ed., 1956, págs. 52 e 56 seguintes.

(31) **HAROLDO VALLADÃO**, “Dívidas em moeda estrangeira e cláusula ouro”, in *Revista Jurídica* da Faculdade Nacional de Direito, vol. 7, págs. 88-89.

(exportações, importação, financiamento e garantias de exportações, compra e venda de câmbio), as subjetivamente internacionais (nos quais uma das partes é residente ou domiciliada no exterior) e, finalmente, os contratos internacionais por acessoriedade (abrangentes da cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação dos contratos objetiva ou subjetivamente internacionais). Os contratos internacionais por acessoriedade ou equiparação legal são os contratos internos derivados de contratos internacionais⁽³²⁾.

Assim, as operações de repasse entre a instituição financeira nacional, que recebeu recursos externos, e o seu cliente passaram a se enquadrar entre os contratos internacionais derivados ou por acessoriedade, nos precisos termos do art. 2º, inciso V, do Decreto-Lei nº 857.

A leitura do decreto-lei leva a entender que somente é admissível a correção cambial do crédito interno quando decorrente da cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das obrigações oriundas dos contratos de empréstimos e outros, pressupondo, pois, sempre um repasse de obrigações assumidas no campo internacional. Mas, na realidade, o espírito e a vontade do legislador pretendiam ampliar o conceito de repasse para dar-lhe um conteúdo não apenas jurídico, mas, também, econômico. O decreto-lei disse menos do que queria, *minus quam voluit*. O que pretendia era institucionalizar a correção cambial em todas as hipóteses nas quais houvesse repasse dos recursos externos, mesmo sem repasse de obrigações. Desde que a operação interna fosse economicamente vinculada ao financiamento externo, a correção era admissível, quer houvesse cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das obrigações, quer não ocorressem tais hipóteses, mas outras fórmulas jurídicas. Assim, a enumeração do inciso V deve ser considerada exemplificativa e não taxativa e a vinculação entre o contrato externo e o interno pode revestir formas distintas das especificamente previstas pelo legislador. Neste sentido, é que tem sido a interpretação tanto das autoridades monetárias como dos próprios tribunais, especialmente no que se refere às operações previstas na Resolução nº 63 do Conselho Monetário Nacional e na regulamentação subsequente, como em seguida verificaremos.

Essa ampliação do conceito de contrato internacional por acessão ou derivação tem antecedentes no direito comparado e se explica pela definição que foi dada pela Corte de Cassação francesa, quando entendeu que:

“O caráter internacional de uma transação não depende necessariamente do domicílio das partes, nem do lugar do pagamento, mas da sua natureza e de todos os elementos que podem ser levados em conta para imprimir à transferência de fundos um caráter que ultrapassa o campo da economia nacional”⁽³³⁾.

Na realidade, a legislação brasileira, ao permitir a *dolarização* da nossa economia, pretendeu assegurar a cláusula de correção cambial em relação a todas as operações que se originavam da entrada de recursos estrangeiros no País, enquanto fossem sujeitos a um repagamento que finalmente deveria ocorrer em moeda estrangeira. Daí, o critério mais econômico do que jurídico que

(32) CHACEL, SIMONSEN e WALD, *Correção Monetária*, Rio, Apec, 1970, pág. 25, e ALBERTO XAVIER e outros, *Estudos Jurídicos sobre Investimento Internacional*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1980, pág. 18.

(33) Ap. ARNOLDO WALD, *A cláusula de escala móvel*, nº 26, pág. 53.

acabou sendo adotado pela interpretação já agora consagrada do Decreto-Lei nº 857 e da regulamentação das autoridades monetárias que a ele se refere.

Essa interpretação econômica e realista é importante para que se possa definir e justificar o repasse do financiamento externo para as operações de *leasing*, reconhecendo-se que a diversidade de instrumentos jurídicos não impede o reconhecimento da existência de um repasse dos recursos externos no sentido econômico.

B) *Correção cambial e correção monetária*

Com o advento do Decreto-Lei nº 857, a sistemática do direito vigente passou a ser a seguinte: vedação das chamadas cláusulas monetárias ou de correção cambial, que só são admitidas nos contratos internacionais e nos seus repasses ou em virtude de legislação especial, e plena liberdade de convenção no tocante às chamadas cláusulas não monetárias, também denominadas cláusulas de escala móvel ou cláusulas índices ou, de modo mais genérico, cláusulas de correção monetária. Sintetizando, poderíamos dizer que generalizou-se a correção monetária, mantendo-se o caráter excepcional da correção cambial nos contratos internos que só a poderiam utilizar nos casos de utilização ou repasse de recursos externos.

Essa posição já era por nós defendida em 1956 quando, em tese sobre a cláusula escala móvel, entendemos que não havia como confundir as cláusulas de correção monetária baseadas no custo de vida, com as cláusulas monetárias ou de correção cambial, que se vinculavam com o ouro — então ainda considerado como lastro monetário — e as divisas estrangeiras.

Tivemos o ensejo de escrever, naquela época, que:

“Podemos distinguir, assim, as cláusulas de escala móvel, por um lado, das cláusulas de pagamento efetivo em mercadorias e, por outro, das cláusulas ouro ou divisas estrangeiras e valor-ouro e valor divisa estrangeira. Nestas, a referência é feita a um dos elementos que definem o valor da moeda nacional. Efetivamente, a moeda nacional só pode ser definida por elementos internacionais que fixam o seu valor cambial: o ouro e as divisas estrangeiras. É esta estabilidade no campo internacional que a lei pretende assegurar ao padrão monetário. As cláusulas de escala móvel, ao contrário, se reportam ao poder aquisitivo da moeda, noção essencialmente subjetiva, que nunca foi definida legalmente e cuja estabilidade a lei não pode assegurar” (34).

Com o decorrer do tempo, a jurisprudência e a doutrina, baseadas na liberdade de contratar, institucionalizaram a correção monetária, considerando que ela independe de qualquer previsão legal, podendo decorrer da vontade das partes ou da natureza do débito (dívida de valor), consagrando, assim, o Supremo Tribunal Federal, a correção monetária contratual e a chamada doutrina das dívidas de valor, antes que a Lei nº 6.099 viesse a aplicá-la em todos os casos de mora (35).

(34) ARNOLDO WALD, *A cláusula de escala móvel*, pág. 86.

(35) ARNOLDO WALD, “A correção monetária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 524, pág. 26.

Enquanto generalizava-se a correção monetária, considerando-se como explicitantes todos os textos legislativos que dela tratavam, passou a haver um movimento no sentido da restrição da liberdade das partes na escolha dos índices, a fim de evitar a realimentação (feedback) inflacionária. Num primeiro momento, foi vedada a utilização do salário mínimo como base de reajustamento nos termos da Lei nº 6.205, de 29-4-1975, mantidas, tão-somente, algumas exceções. Pouco depois, veio a Lei nº 6.423, de 17-6-1977, que estabeleceu como base predominante, para não dizer única, dos reajustes a ORTN. A nova legislação só excluiu a incidência dessa norma no tocante aos reajustamentos salariais e da previdência social e às correções contratualmente prefixadas nas operações de instituições financeiras (36).

É importante salientar que o comando legal, que consta na Lei nº 6.423, se destina, tão-somente, aos contratos internos, pois trata exclusivamente da correção monetária e não cogita da correção cambial. Essa posição do legislador está evidenciada no § 3º do art. 1º da lei, que tem a seguinte redação:

“Considerar-se-á de nenhum efeito a *estipulação*, na vigência desta Lei, de *correção monetária com base em índice diverso da variação nominal da ORTN*.”

Fica, assim, evidenciado que o legislador só tratou da correção monetária nos contratos internos, não tendo pretendido afetar, em qualquer uma das suas disposições, o Decreto-Lei nº 857, que regulamentou a correção cambial, ou seja, o pagamento em moeda estrangeira ou de acordo com o seu valor.

Podemos até entender que, regendo a Lei nº 6.423 os contratos internos em geral, enquanto o Decreto-Lei nº 857 se referiu, tão-somente, aos contratos internacionais, estamos diante do caso de uma lei geral e de outra especial ou, até, de duas leis especiais, aplicando-se o art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, cujo teor é o seguinte:

“A lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.”

Cabe, aliás, salientar que o Poder Judiciário tem interpretado restritivamente a Lei nº 6.423, não a fazendo incidir nas sentenças judiciais, por entender que ela não pretendeu alcançar as dívidas de valor (37).

A distinção entre as áreas próprias das cláusulas de correção cambial e correção monetária, que já defendemos em 1956, tem sido consagrada na melhor doutrina, que tem reconhecido, na Lei nº 6.423, um fator de homogeneiza-

(36) ARNOLDO WALD, “Da evolução da legislação sobre correção monetária”, in *Digesto Econômico*, nº 278, pág. 17.

(37) Neste sentido, o acórdão da Egrégia 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, do qual foi relator o ilustre Desembargador Pedro Américo, na Apelação Cível nº 853, in *Revista dos Tribunais*, vol. 258, pág. 259. Idêntica é a orientação do Colendo Supremo Tribunal Federal nos acórdãos referentes aos Recursos Extraordinários nºs 89.569 e 85.354, citados em nosso artigo no *Digesto Econômico*, vol. 278, pág. 23.

ção monetária das prestações pecuniárias nos contratos internos, sem qualquer reflexo sobre os contratos internacionais (principais ou por acessão) que continuam rígidos, na sua totalidade, pelo Decreto-Lei nº 857.

Neste sentido, escreve ALBERTO XAVIER, que:

“Pode ainda suscitar-se a questão de saber se a Lei nº 6.423 terá ou não o alcance — mais radical — de excluir a validade de outras cláusulas de atualização mesmo no que tange aos contratos internacionais. Sendo este o alcance de tal diploma, estaria revogado o Decreto-Lei nº 857 e deitada por terra a distinção entre contratos internos e internacionais.

Somos firmemente contrários a semelhante entendimento.

Salta à vista que a *ratio legis* da Lei nº 6.423 esteve na homogeneização do critério de medição da desvalorização da moeda, evitando a proliferação de metros diversos para medir uma realidade só. Ora, tal razão de ser apenas é relevante no âmbito dos “contratos internos”, pois é dentro deles que se poderiam gerar situações de desigualdade geradoras de distorções iníquas. Mas já semelhante *ratio* não pode atingir os contratos internacionais por natureza (objetivamente ou subjetivamente) ou por acessoriedade, pois neles se introduz um elemento de estraneidade que justifica uma eventual quebra de homogeneidade e a escolha de um metro com elemento de estraneidade também.

Ademais — e o argumento prende-se ainda ao espírito do preceito — existem interesses relevantes na contratação internacional que devem ser acautelados pela adoção de uma medida de valores geralmente aceita ou neutra (cláusula-ouro, dólar etc.), pelas várias partes ou ordenamentos envolvidos e que se poderiam ter por desprotegidos pela adoção de um critério exclusivamente respeitante a um dos interesses nacionais em presença. *É a própria natureza da vida econômica internacional que impõe — como pedra basilar do sistema contratual — a distinção entre contratos internos e internacionais, permitindo quanto a estes a estipulação de cláusulas monetárias que, pelo seu caráter também internacional, lhes sejam adequadas.* Como lucidamente observa PELAYO HORE, “todo o contrato internacional é forçosamente um contrato em moeda estrangeira para uma das partes e, por conseguinte, não haveria contratação internacional se não se permitisse esta forma de pagamento”.

Isto mesmo — que deriva do espírito — se concretiza na própria letra da lei. Com efeito, esta reporta-se à “correção monetária”, disciplinando os vários “índices” por que esta se pode calcular. Ora, correção monetária é um conceito que entre nós ganhou o significado preciso de medida da desvalorização “interna” da moeda, expressa em termos de poder aquisitivo, ou seja, o inverso do nível geral de preços. Contrapõe-se assim ao de “correção cambial” (ou paridade cambial), que exprime a desvalorização “externa” da moeda, expressa em termos de outras

divisas estrangeiras ou da divisa ou metal padrão do sistema monetário internacional” (38).

Idêntica é a posição de MAURO BRANDÃO LOPES, em excelente monografia sobre débitos em moeda estrangeira, na qual salienta:

“Resta considerar a possível relevância que para a questão deste estudo possa ter a Lei nº 6.423, de 17-6-1977, que (com as exceções taxativamente enumeradas) estabelece a variação nominal de Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN, como base necessária da correção monetária de obrigação pecuniária.

Ora, é desde logo evidente, à simples leitura do texto legal aludido, que ele é totalmente irrelevante neste estudo, que trata da licitude da cambial em moeda estrangeira. De coisas diversas tratam aquela lei e este estudo: a primeira, na forma do enunciado de seu § 2º, tem que ver com “índices e critérios de correção monetária”, no caso de obrigação pecuniária; o último tem que ver com a própria obrigação pecuniária (que sucede ser em moeda estrangeira), sem cuidar de sua correção.”

.....
“A mencionada Lei nº 6.423/77 é irrelevante neste estudo” (39).

Na realidade, as mesmas razões que impossibilitaram a aplicação, no passado, do Decreto nº 23.501 às operações internacionais, sob pena de impedir o comércio do Brasil com os demais países do mundo, estão a comprovar que a Lei nº 6.423 não podia e não pretendeu alcançar as relações de caráter internacional ou delas decorrentes.

Assim sendo, a interpretação literal, lógica, histórica e sistemática leva a concluir que continuam em vigor, sem qualquer modificação, as disposições do Decreto-Lei nº 857 aplicáveis aos contratos internacionais, por natureza ou por acessão, sem que tenham sido afetados, direta ou indiretamente, pela Lei nº 6.423, que não tratou da matéria, pois se limitou a reger os contratos internos, entre os quais não se encontram os de repasse de contratos internacionais.

IV – O Regime Jurídico dos Contratos de Repasse

As operações de repasse de financiamentos previstas pelo Decreto-Lei nº 857 no seu art. 2º, inciso V, foram admitidas expressamente pelo Conselho Monetário Nacional em relação às operações de *leasing*, conforme verificamos pelos arts. 13 e 14 da Resolução nº 351 já acima transcritos.

No detalhamento das operações das sociedades de arrendamento mercantil, o Banco Central fixou os seguintes princípios que encontramos na Circular nº 397, de 19 de outubro de 1978, que revogou as anteriores:

“a) Normas Operacionais

Disposições Preliminares

(38) ALBERTO XAVIER, obra citada, pág. 437.

(39) MAURO BRANDÃO LOPES, *Cambial em moeda estrangeira*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978, págs. 82 e 84.

1 – Para efeito deste título, as operações da sociedade de arrendamento mercantil são grupadas da seguinte forma:

a) *passivas* – assim entendidas aquelas que representam exigibilidade para as sociedades de arrendamento mercantil, proporcionando-lhes, para atender às suas funções:

I – *recursos do exterior*;

II –

III –

IV –

b) *ativas* – aquelas em que a sociedade de arrendamento mercantil atua tanto na aplicação de recursos próprios como de terceiros, fundamentalmente em operações de arrendamento mercantil.

2 – Somente podem ser objeto de arrendamento mercantil os bens de produção estrangeira que o Conselho Monetário Nacional enumerar.”

“b) Operações Ativas

1 – O contrato de arrendamento mercantil é formalizado por instrumento público ou particular, devendo nele constar, obrigatoriamente, no mínimo, as especificações abaixo relacionadas, sob pena de nulidade.

a)

b) o valor das contraprestações a que a empresa arrendatária fica sujeita e a forma de seu pagamento por períodos determinados, não superiores a um semestre;

c)

d)

e) o critério para reajuste do valor da contraprestação, se acordado, admitida a transferência à empresa arrendatária da variação cambial, no caso de bem adquirido com recursos de empréstimos em moeda estrangeira;

.....”

“c) Operações Passivas

1 – A sociedade de arrendamento mercantil pode operar com recursos de terceiros provenientes de:

a) instituições financeiras oficiais;

b) *empréstimos contratados diretamente no exterior*;

c) créditos e empréstimos de coligadas;

d) refinanciamento ou cessões de direitos creditórios de operações de arrendamento mercantil.

.....”

“d) Empréstimos Externos

1 — A sociedade de arrendamento mercantil, constituída na forma deste Título, pode contratar, diretamente, empréstimo no exterior, com vistas à obtenção de recursos para aquisição de bens destinados a arrendamento.

.....”
Examinando, pois, o disposto no Decreto-Lei nº 857, na Resolução nº 351 e na Circular nº 397, não há dúvida que a lei e a regulamentação previram, expressamente, a realização de operações de repasse em moeda estrangeira pelas sociedades de arrendamento mercantil, do mesmo modo que anteriormente o fizeram em relação aos financiamentos bancários, nos termos da Resolução nº 63.

É incontestável que as operações de repasse, previstas para as companhias de *leasing*, não diferem, basicamente, das realizadas pelos bancos, nos termos da Resolução nº 63, do Conselho Monetário Nacional, de 18 de fevereiro de 1966, que só não previu o arrendamento mercantil, por ser ele, então, inexistente, tanto no direito brasileiro, como na nossa prática bancária.

Já vimos que o Decreto-Lei nº 855/69 considerou como contratos internacionais derivados ou por acessão os decorrentes da cessão, transferência, assunção ou modificação das obrigações estabelecidas em contratos objetiva ou subjetivamente internacionais, salientando que atendendo à finalidade econômica da legislação, a interpretação administrativa e judicial fixou-se no sentido de admitir a cláusula de pagamento de acordo com o valor da moeda estrangeira, não somente nos casos de transferência das obrigações internacionais, como, também, naqueles em que não foram transferidas as obrigações, mas sim os recursos recebidos do exterior, conforme se verifica pela legislação regulamentar bancária, que tratou da matéria, utilizando a expressão “repasse” que tem natureza e conceituação econômica, sendo, todavia, juridicamente ambígua (40).

Efetivamente, já antes do Decreto-Lei nº 857, a Resolução nº 18, do Conselho Monetário Nacional, de 18 de fevereiro de 1966, que definiu as operações a serem realizadas pelos bancos de investimentos, referiu-se, no seu item XXXVII, à possibilidade de contratação, pelas instituições financeiras brasileiras, de empréstimos no exterior, para serem repassados a empresas no Brasil (item XXXVII, *caput*). Em seguida, no mesmo item, esclarece a mencionada Resolução que:

“Os bancos de investimento ou de desenvolvimento poderão repassar os recursos provenientes da conversão, em moeda estrangeira, dos empréstimos previstos neste item, quando registrados no Banco Central (art. 15, § 5º, da Lei nº 4.864, de 29-11-1965), obrigando-se o mutuário a respectiva liquidação mediante cláusula de paridade cambial.”

(40) Neste sentido manifestou-se PONTES DE MIRANDA para quem a expressão “repasse” é de terminologia de caixas, e não de negócio jurídico, pois não há negócio jurídico de repasse. Acrescenta o eminente privativista que “quem repassa põe noutro lugar o que passou em algum lugar”. *Tratado de Direito Privado*, tomo LII, Rio, Borsoi, 1966, § 5.449.2, pág. 204.

A operação foi definida mais minuciosamente na Resolução nº 63, de 21 de agosto de 1967, esclarecendo que as instituições financeiras brasileiras ficavam autorizadas a contratar, diretamente, empréstimos externos destinados ao repasse a empresas sediadas no País. Ficou claro, na Resolução nº 63, que a operação internacional seria realizada pela instituição brasileira, que se tornaria devedora em moeda estrangeira, mediante certificado de registro de empréstimo a ser fornecido pelo Banco Central, ocorrendo o repasse dos recursos provenientes da conversão, em moeda nacional, em favor de empresas organizadas no Brasil, “obrigando-se o mutuário à respectiva liquidação, mediante cláusula de paridade cambial”.

Ao lado dos repasses de créditos internacionais realizados na forma da Resolução nº 63 e regulamentação posterior, existem, na legislação brasileira, outras formas de repasse de recursos públicos, que se regem por outras normas legais e regulamentares, como ocorre em relação aos recursos do BNH e do BNDES por exemplo. Diante dessa multiplicidade de situações jurídicas, em relação às quais se utiliza a mesma expressão econômica — *repasse* —, a melhor doutrina teve o ensejo de salientar que:

“o repasse não possui caracterização jurídica pacífica não tendo merecido, por outro lado, até agora, maior interesse dos juristas nacionais...”

Acrescente-se que a operação de repasse não se realiza sempre com a mesma forma, o que, certamente, dificulta uma visão mais nítida de seus aspectos jurídicos” (41).

Em parecer, que demos em 1975, fizemos a distinção entre as operações bancárias de *repasse livre* e as de *repasse vinculado*. Esclarecemos que, no primeiro caso, ocorriam duas operações independentes “a primeira realizada entre o banco (estrangeiro) que fornece os recursos e o agente repassador (instituição financeira brasileira) e a segunda entre o repassador e o beneficiário final”, enquanto, na segunda hipótese (*repasse vinculado*), “a operação é uma pois os recursos já são fornecidos ao agente financeiro para serem repassados a um cliente determinado, previamente aprovado, e para um fim específico” (42).

A melhor doutrina adotou a tese que defendíamos, admitindo a diferença entre o repasse livre, no qual há necessariamente dois contratos, cuja vinculação decorre da utilização sucessiva dos mesmos recursos recebidos em moeda estrangeira (43), e o repasse vinculado ou específico que se caracteriza como contrato complexo ou misto (44).

(41) É esta a opinião do Professor COELHO DE SOUZA, em recente e brilhante parecer sobre a matéria.

(42) ARNOLDO WALD, *Estudos e Pareceres de Direito Comercial*, 2ª série, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1979, pág. 241.

(43) ALBERTO XAVIER, *Direito tributário e empresarial — Pareceres*, Rio, Forense, 1982, pág. 482.

(44) NUNO DE MELLO RODRIGUES LEAL, “Do *del credere* fidejussório como garantia prestada pelos Bancos de Desenvolvimento”, artigo publicado na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 36, pág. 482.

Na realidade, já era essa a posição de PONTES DE MIRANDA, no seu *Tratado de Direito Privado*, no qual entendia serem os contratos autônomos quando a operação internacional não fizera a indicação do mutuário final. Efetivamente, escreveu a respeito, o eminente e saudoso juriconsulto, que:

“Também pode ocorrer que não tenha havido qualquer pré-contrato e a operação com a empresa estabelecida no estrangeiro seja para financiamento no Brasil, com observância dos pressupostos legais e voluntários para eficácia da destinação (e.g., manifestação por parte do Banco Central), sem que se haja entrado em designação da empresa, estabelecida no Brasil, que há de ser a outorgada. Uma vez respeitadas as exigências legais e voluntárias, inclusive estatutária do banco de investimento, a destinação é suficiente, a despeito da falta da atribuição subjetiva.

.....

Se nada se estipulou no negócio jurídico entre o banco de investimento e a empresa sediada no estrangeiro, há os dois negócios jurídicos — entre o banco de investimento e a empresa estrangeira e entre ele e a empresa estabelecida no Brasil — e nenhuma relação jurídica se irradiou de qualquer dos dois (ou mais) negócios jurídicos, que ligue a empresa estabelecida no Brasil à empresa com sede no estrangeiro” (45).

Não há, pois, no caso, uma cessão de crédito e de débito ou de posição contratual, como pretende o ilustre Professor MAURO BRANDÃO LOPES na sua excelente monografia sobre *Cambial em moeda estrangeira* (46), pois tal cessão só é admissível com concordância do credor (47), como também não ocorre uma delegação, pela qual a empresa beneficiária final do mútuo teria assumido a obrigação da instituição financeira brasileira perante o banco estrangeiro, porque também a delegação necessita de autorização do outro contratante (credor) (48).

Não há dúvida que uma parte da doutrina tem visto, no contrato de repasse, um mandato ou uma forma de comissão mercantil com a garantia *del credere* ou até uma assunção de débito não prevista na legislação vigente, mas admissível como contrato atípico do qual já cogita o projeto de Código Civil. Tal entendimento pode levar à adoção da tese monista, que considera como constituindo uma única operação o financiamento internacional e o repasse interno, o que é aceitável em alguns casos de repasse vinculado, mas

(45) PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Rio, Borsoli, 1966, tomo LII, § 5.449, pág. 202.

(46) MAURO BRANDÃO LOPES, *Cambial em moeda estrangeira*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1978, pág. 61.

(47) Sobre a cessão de débito e de posição contratual, já nos manifestamos no *Curso de Direito Civil — Obrigações e Contratos*, 5ª edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1979, págs. 126-127. Veja-se, ainda, LUIZ ROLDÃO FREITAS GOMES, *Da assunção de dívida e sua estrutura negocial*, Editora Liber Juris Ltda., Rio de Janeiro, 1982, pág. 443.

(48) ARNOLDO WALD, obra e loc. citados, e ORLANDO GOMES, *Escritos menores*, São Paulo, Saraiva, 1981, pág. 174.

não nos convence na hipótese de repasse livre, como é o que costuma ocorrer no caso das sociedades de arrendamento mercantil. No *leasing* com aquisição dos bens com recursos externos, existem dois contratos distintos e com características próprias, embora vinculados um ao outro pelo fato de derivar o segundo do primeiro, numa relação de verdadeira subcontratação. O primeiro contrato é em moeda estrangeira entre a instituição financeira sediada no exterior e a empresa brasileira de arrendamento mercantil. O segundo é em moeda nacional, com cláusula de correção cambial, entre a sociedade de *leasing* e o seu cliente. No contrato objetiva e subjetivamente internacional as obrigações, os prazos e as garantias, assim como as cláusulas de vencimento antecipado podem ser — e normalmente são — distintas daqueles pactuados na operação interna derivada, ou seja, no contrato internacional por acessoriedade, decorrente do repasse, que também podemos considerar como subcontrato. O raciocínio é o mesmo, no caso das operações realizadas na forma da Resolução nº 63 e das regidas pela Resolução nº 351, que não divergem umas das outras na sua estrutura básica, embora sejam distintas na sua aparência.

Efetivamente, a Circular nº 180, de 29 de maio de 1972, esclarece no seu item VIII que:

“O repasse do contravalor em moeda nacional a que se refere o item III da Resolução nº 63, de 21 de agosto de 1967, poderá, em relação a cada operação de empréstimo contratado no exterior, ser feito a uma ou mais empresas e a prazos inferiores aos da operação externa.”

Assim sendo, os dois contratos — o internacional e o interno — somente têm uma vinculação econômica, mas não jurídica, tanto assim que, salvo acordo entre as partes, o credor estrangeiro não pode cobrar o débito da empresa brasileira, que é a mutuária final, e esta não tem legitimidade para fazer o pagamento direto ao banqueiro estrangeiro, com o qual nenhuma relação jurídica tem. Finalmente, a um contrato internacional podem corresponder vários repasses.

Tanto inexistente relação entre o banqueiro estrangeiro e o beneficiário final da operação que, desde a Circular nº 230, de 28 de agosto de 1974, a legislação autoriza a instituição financeira nacional a depositar os valores recebidos, no Banco Central, em vez de efetuar o repasse, recebendo a correção cambial e os juros convencionados.

Assim, a doutrina pode sintetizar a análise jurídica da operação, esclarecendo que:

“o chamado contrato de repasse de empréstimo — nomen juris inadequado para a espécie — se trava entre duas partes, o banco repassador, denominado financiador, de um lado, e, do outro, a sociedade necessitada do financiamento, qualificada como financiada, à qual é repassado, não o empréstimo, mas determinada soma que lhe corresponde, como recurso de terceiro. O banqueiro do exterior não é credor da empresa financiada, mas, sim, do banco financiador. A obrigação de pagar o empréstimo não é uma obrigação com pluralidade de devedores, nem disjuntiva, nem solidária” (40).

(40) ORLANDO GOMES, obra citada, pág. 173.

Não há dúvida quanto à legitimidade das operações realizadas na forma prevista nas Resoluções n.ºs 63 e 351, pois o próprio Supremo Tribunal Federal já teve o ensejo de reconhecer a sua licitude, com base no Decreto-Lei n.º 857 e na regulamentação e praxes bancárias, como se verifica pelas decisões proferidas pela Egrégia Primeira Turma, nos acórdãos referentes aos Recursos Extraordinários de n.ºs 93.302 e 93.763-3, respectivamente.

No Recurso Extraordinário n.º 93.203, julgado em 10 de fevereiro de 1981, o Ministro Soares Muñoz, no seu relatório salientou que:

“Como apropriadamente discorreu o *decisum* atacado, “o mútuo com garantia hipotecária realizado entre as partes, mediante repasse de moeda estrangeira, revela-se operação usual na atividade do mercado financeiro nacional, aparecendo como credor originário agente estrangeiro, sob controle dos bancos de investimentos do país do devedor, autorizados em operar tal repasse, conforme expressa autorização do art. 2.º, incisos IV e V do Decreto-Lei n.º 857/69, consubstanciada pela Resolução n.º 63, do Banco Central do Brasil.”

No seu voto, o eminente magistrado, concluiu que:

“Examinados os autos, verifiquei o acerto do acórdão recorrido e do despacho denegatório do recurso. É que à espécie, ao contrário do sustentado pelo recorrente, não incide o art. 1.º do Decreto-Lei n.º 857, de 11 de setembro de 1969, e, sim, as ressalvas previstas no art. 2.º, IV e V, do mesmo diploma legal. E isso está devidamente demonstrado no acórdão, em trecho reproduzido no despacho transcrito no relatório” (50).

Posição idêntica foi tomada pela Egrégia Turma no Recurso Extraordinário n.º 93.763-3, do qual foi relator o eminente Ministro Rafael Mayer e cuja ementa é a seguinte:

“Mútuo. Moeda estrangeira. Empréstimo ao exterior. Dec.-Lei n.º 857/69, art. 2.º, III e IV (aplicação). Inexiste nulidade em contrato de empréstimo com pagamento estipulado em moeda estrangeira, dado que a espécie se subsume dentre hipóteses contempladas no art. 2.º do Dec.-Lei n.º 857/69. Recurso Extraordinário não conhecido” (51).

Os embargos interpostos no referido processo não foram admitidos, por despacho, contra o qual os interessados agravaram, tendo ensejado decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, em 13 de agosto de 1981, na qual o Excelso Pretório reiterou o seu entendimento, no sentido da validade do repasse de recursos em moeda estrangeira entre instituição financeira brasileira e o seu cliente, na forma do Dec.-Lei n.º 857/69 e das Resoluções do Banco Central” (52).

Verificamos, assim, que, de acordo com a jurisprudência mansa e pacífica do Supremo Tribunal Federal, admite-se o repasse de recursos externos, mesmo

(50) *Revista Trimestral de Jurisprudência* (do STF), vol. 101, págs. 765-766.

(51) *Revista dos Tribunais*, vol. 552, pág. 265.

(52) *Revista Trimestral de Jurisprudência* do Supremo Tribunal Federal, vol. 99, pág. 1.371. No mesmo sentido, a decisão da Primeira Turma no RE n.º 94.331, julgado em 29-7-82, in *RTJ*, 102/110, do qual foi relator o eminente Ministro Alfredo Buzaid.

quando não há repasse das obrigações, ou seja, quando o contrato internacional não é propriamente cedido ou assumido por terceiro, em virtude de contrato interno, havendo simplesmente um subcontrato nacional, pelo qual se transferem não as obrigações, mas simplesmente os recursos decorrentes do contrato internacional.

O subcontrato, que pode ser total ou parcial, reveste, em regra, a natureza do contrato principal, mas é possível que haja variação entre o conteúdo de ambos. Assim, a doutrina lembra que o locatário, em vez de sublocar o imóvel, pode dar em comodato parte do mesmo, ensejando um comodato, que não deixará de ter o caráter de subcontrato em relação à locação⁽⁵³⁾. Do mesmo modo, o fato de se verificar, na área internacional, um mútuo, não impede que os respectivos recursos sejam utilizados para compra de um bem e que a empresa nacional de arrendamento mercantil contrate com o seu cliente um *leasing*, passando a receber as prestações do mencionado contrato.

O que caracteriza o subcontrato é a existência da acessoriedade, pois, se não existisse o contrato principal, não poderia ter ocorrido a subcontratação. Ora, no caso do *leasing* com a utilização de recursos em moeda estrangeira para a aquisição do bem, estamos diante de um verdadeiro subcontrato que, como o contrato principal, admite o pagamento em moeda nacional, de acordo com o câmbio da moeda estrangeira no dia da efetiva liquidação de cada uma das prestações.

No caso do arrendamento mercantil, a transferência de recursos em moeda estrangeira é autorizada expressamente pela lei (Decreto-Lei nº 857, art. 2º, inciso V), pela Resolução nº 351 e pela Circular nº 397/78, tratando-se de um repasse livre de recursos e não de obrigações, repasse no sentido econômico e não na acepção jurídica, pois a hipótese é, em nosso entender, como já vimos, de subcontratação total ou parcial de natureza diferente da existente no contrato principal. Efetivamente, o contrato internacional é de mútuo, enquanto o subcontrato interno é de *leasing*, o que, todavia, não impede a subcontratação, pois há, em ambos os casos, a utilização dos mesmos recursos, que na sua origem, são externos.

V — Da vigência e interpretação da Resolução nº 351

Nos contratos de *leasing* posteriores à Lei nº 6.423/77, o critério de correção nela consagrado também não se lhes aplica, quando a sociedade arrendadora tiver adquirido o bem com empréstimo contraído em moeda estrangeira, por incidir, nesse caso, a exceção do art. 8º, letra e, da Resolução nº 351, do Banco Central do Brasil, por vários motivos que, doravante, serão abordados.

Em primeiro lugar, não se trata de correção monetária, mas de *repasso do preço*, que foi pago com recurso obtido em moeda estrangeira. Na verdade, o que se transfere à arrendatária, na satisfação do preço, é a variação cambial, o que a lei expressamente permite e a Resolução consagra.

(53) INOCENCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 3.ª edição, Lisboa, Coimbra Editora Ltda., 1965, págs. 371 e seguintes.

É preciso não esquecer que a contraprestação da empresa arrendatária não é apenas o aluguel, mas é, principalmente, *pagamento parcelado do preço* do bem representado por uma parcela das prestações e pelo valor residual.

Por isso, a Resolução nº 351 não falou em correção, mas em *transferência à arrendatária da variação cambial*, sem o que a instituição financeira ficaria na insuportável situação de ter de resgatar a dívida oriunda da operação passiva em moeda forte, de custo internacional, e de ver satisfeito o crédito, decorrente da operação ativa, em moeda de custo apenas interno, sujeita a constante desvalorização, certo que, neste momento, a correção da dívida, em cruzeiros, pela aplicação do índice interno de correção monetária (ORTN), não cobre a diferença do *valor do preço*, resultante da variação cambial.

Se se trata de pagamento do preço, é evidente que a dívida em moeda estrangeira, contraída pela arrendadora em benefício da arrendatária, pode ser a esta *transferida*, por não incidir na proibição do art. 1º do Decreto-Lei nº 857, de 11-9-69, *ex vi* do disposto no seu art. 2º, incisos IV e V, já referidos e acima transcritos.

Dentro desta perspectiva, já vimos que as duas situações (pagamento do preço devido em moeda estrangeira e correção monetária) são inconfundíveis, a cada uma delas se aplicando a proposição jurídica que deve ter aplicação.

Desse modo, a situação não passaria, no plano regulamentar (Resolução nº 351), de uma especialização, para as sociedades arrendadoras, no setor do mercado de crédito que lhes foi reservado, como instituições financeiras que são, da faculdade que, no setor dos bancos, já se assegurara, de repassar, a empresas organizadas no País, empréstimos externos, para financiamento de capital fixo ou de giro.

Ainda, porém, que, simplesmente *ad argumentandum*, se considere como correção a "transferência da variação cambial" prevista no art. 8º, letra e, da Resolução nº 351, não a atingiu a disposição posterior da Lei nº 6.423/77 (art. 1º *caput*).

Efetivamente, o comando consubstanciado na Resolução é *lei* no sentido material, tendo em vista o disposto no art. 4º, incisos V e VI, da Lei nº 4.595/64.

Neste sentido, GASTON JÉZE mostra que, substancialmente, não há diferença entre lei, decreto-lei, regulamento, ordem, instrução, circulares ministeriais expedidas no uso do poder regulamentar, desde que qualquer desses atos estabeleça uma situação jurídica geral, impessoal e objetiva:

"Toda manifestación de voluntad que en el ejercicio de un poder legal crea e organiza una situación jurídica general, impersonal, objetiva, es una *ley*, un acto legislativo. Poco importa la calidad del autor, ni las formas del acto, ni el procedimiento seguido para realizar-lo" (54).

(54) GASTON JÉZE, *Los principios generales del derecho administrativo*, tradução da 2ª edição francesa de CARLOS GARCIA OVIEDO, Editorial Reus S.A., vol. I, págs. 49 e seguintes.

Aliás, no concernente à função normativa do Conselho Monetário Nacional, o Supremo Tribunal Federal já teve ensejo de reconhecer a validade das normas por ele criadas em virtude de delegação legislativa, para disciplinar o mercado financeiro, como, por exemplo, ao validar aquelas que liberaram os custos financeiros dos empréstimos bancários, excluídos dos limites máximos estabelecidos na Lei de Usura.

Como lei que é, a norma do art. 8º, letra e, da Resolução nº 351, não foi revogada pela Lei nº 6.423/77, nem expressa, nem tacitamente, pois, conforme ensina CLÓVIS BEVILÁQUA:

“A lei posterior revoga a anterior, expressamente, quando assim o declara, ou tacitamente, quando há incompatibilidade entre as respectivas disposições. Mas, se a segunda lei é especial, isto é, se dispõe para um caso particular, ou para um determinado instituto, entende-se que apenas abriu uma exceção à regra geral. Também, se as leis especiais regulam um instituto ou uma relação particular, é princípio de direito que a lei geral posterior lhe permite a continuação, quando não a revoga, explícita ou implicitamente, porque a regra divergente já existia e, se devesse desaparecer, di-lo-ia, claramente, a lei nova, ou disporia de modo a contrariá-la, regulando o mesmo assunto” (55).

Como é evidente, a Lei nº 6.423/77 dispõe sobre correção monetária nas relações internas, ao passo que, admitido esse caráter à Resolução nº 351 (art. 8º, letra e), a correção monetária nela prevista, se assim for considerada *ad argumentandum* a cláusula de paridade cambial, é especial, abrangendo somente o caso previsto que envolve uma relação internacional, de empréstimo estrangeiro, e uma instituição financeira brasileira, ou seja, a sociedade arrendadora, situações de fato cuja regulamentação está confiada ao Conselho Monetário Nacional (Lei nº 4.595/64, art. 4º, incisos V e VI).

O reconhecimento da subsistência da norma da Resolução nº 351, em face da Lei nº 6.423/77, deflui, inclusive, da previsão de tratamento tributário especial às sociedades arrendadoras, autorizando-as a “diferir, na determinação do lucro real, a parcela da *variação cambial* ativa que exceder o limite da variação do valor da ORTN no mesmo período correspondente à variação cambial passiva que tenha sido deferida”, conforme Portaria do Ministério da Fazenda nº 1.014, de 27-12-79 (DOU, de 28-12-79), que é posterior à entrada em vigor da Lei nº 6.423.

Ainda que não existisse a letra e do art. 8º da Resolução nº 351, às operações das arrendadoras não se aplicaria a limitação do art. 1º da Lei nº 6.423/77, por força da exceção da letra e do seu § 1º, que dispõe:

.....
§ 1º – O disposto neste artigo não se aplica:
.....

c) às correções contratualmente prefixadas nas operações de instituições financeiras.”

(55) CLÓVIS BEVILÁQUA, *Código Civil Comentado*, 8ª ed., Rio, Livraria Francisco Alves, 1949, vol. I, pág. 107.

Se as arrendadoras são instituições financeiras, como se demonstrou, é-lhes permitido adotar critérios diferentes de correção, sobretudo quando suas aplicações no mercado interno resultam de operações passivas no mercado internacional, o que justifica a adoção do critério da correção cambial.

Não resiste à crítica a afirmação de que correção *prefixada* no texto legal seria somente a que tivesse o seu valor ou percentual precisamente estabelecido, isto é, a taxa certa, aritmeticamente fixada. Não há dúvida que, como acentuou o Desembargador Paulo Pinto, em declaração de voto, a correção com base na variação cambial é “correção prefixada, pois estabelecido, bem ou mal, seu critério” (56).

GERALDO DE CAMARGO VIDICAL (57), ao examinar os contratos que instrumentalizam operações de correção monetária prefixada e mediante referência a índices de verificação futura, reconhece que:

“Para as operações mediante repasse de recursos obtidos no exterior, prevalece, em regra, como sistema de referência, a relação de câmbio entre a moeda em que foi obtido o empréstimo no exterior e a moeda em que se contratou o repasse interno.”

Não há, assim, dúvida quanto à interpretação que deve ser dada à Resolução nº 351 dentro do sistema jurídico atualmente vigente no País.

VI – Os fundamentos de um acórdão divergente

Não obstante a clareza meridiana da situação jurídica dos contratos de repasse das sociedades de arrendamento mercantil, decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entendeu que descabia a correção cambial em operação de *leasing*. Trata-se do acórdão da Apelação nº 21.783, que foi julgado, em 20-4-82, pela Egrégia 6ª Câmara Cível, com voto vencido do eminente Desembargador Basileu Ribeiro Filho, e que foi confirmado em grau de embargos pelo 1º Grupo de Câmaras Cíveis, em 16-12-82, com declaração de voto do Desembargador Paulo Pinto e voto vencido do Desembargador Doreste Baptista (58). Denegado o recurso extraordinário, não foi dado andamento ao agravo e a arguição de relevância não foi conhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Cabe examinar, inicialmente, os fundamentos das decisões proferidas na Apelação e nos Embargos, que, aliás, não foram idênticos. No julgamento da Apelação, a Câmara, por maioria, entendeu que a Lei nº 6.423 devia prevalecer sobre a Resolução nº 351 e que a sociedade de arrendamento mercantil, diante das informações prestadas pelo Banco Central, não devia ser considerada como instituição financeira.

(56) Declaração de voto no acórdão referente aos Embargos à Apelação Cível nº 21.783, do qual tratamos em seguida.

(57) “A correção monetária nos contratos bancários”, in *A correção monetária no direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1983, pág. 301.

(58) O acórdão da Apelação nº 21.783 foi publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. 686, pág. 185.

É a seguinte a ementa do acórdão:

“Envolvendo a Lei nº 6.423, de 17 de junho de 1977, matéria de ordem pública, de caráter imperativo, *não é possível deixar de reconhecer* a sua aplicação, para o fim de considerar-se a correção monetária sujeita à variação nominal da ORTN, e não conforme às variações do dólar, uma vez que, ainda quando se pretendam aplicar outros princípios, cláusulas contratuais ou oriundas de correspondência entre as partes, textos legais ou instruções normativas, não se compreende na exceção contemplada no referido diploma legal a *credora, ora apelada*, provido o recurso da devedora, por maioria, para julgarem-se procedentes as ações de consignação intentadas pela Apelante.”

No texto da decisão, verifica-se que a informação prestada, no processo, pelo Banco Central deixou perplexos os julgadores, por não ter esclarecido, de modo inequívoco, que as empresas de arrendamento mercantil são instituições financeiras. Conseqüentemente, julgou a Câmara que não podia ter havido estipulação de correção cambial, *ex vi* do disposto na Lei nº 6.423, que foi considerada como norma geral e de ordem pública. É relevante o fundamento da decisão que encontramos no trecho seguinte do voto do relator Desembargador Bezerra Câmara:

“Pergunta-se: a credora, ora apelada é instituição financeira? Para tal efeito, isto é, para o feito compreendido na lei citada? Enquadra-se no sistema a que se refere a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964?”

Expressamente, de maneira categórica, foram contemplados como tais — o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central da República, o Banco do Brasil S.A., o Banco do Desenvolvimento Econômico, demais instituições públicas ou particulares.

O ofício de 13 de julho de 1981, do Banco Central, dá e tira. *Diz que as sociedades de arrendamento mercantil não se enquadram expressamente*. Isso está claro. Mas, lá vem um *no entanto*, de tanto agrado, de uso quase imprescindível nas legislações antigas e modernas, desde os textos romanos com o seu *nisi*, até o *cependant, toutefois* dos franceses, como as locuções *es se denn ou demunesechtet* dos alemães, em que se fala da Resolução nº 351, de 17 de novembro de 1975, e do art. 18, este da Lei nº 4.595, de 1964. Não obstante o acatamento devido à autoridade informante, entende a maioria que tal artigo — art. 18 — não tem o alcance pretendido, para o fim de considerar-se a apelada entre as exceções previstas no art. 1º, § 1º, alínea c, da Lei nº 6.423, citada. Ao contrário, *tem pertinência, à matéria, a Lei nº 6.423, preceito de ordem pública, de caráter imperativo, mas como regra geral.*”

O voto vencido, proferido na Câmara pelo Desembargador Basileu Ribeiro Filho, comprova a caracterização da empresa de *leasing* como instituição finan-

ceira e entende que, nessa qualidade, pode livremente convencionar com o arrendatário o pagamento dos aluguéis com correção cambial.

No julgamento dos embargos, o 1º Grupo de Câmaras Cíveis entendeu que a empresa de *leasing* era instituição financeira, mas que não se tratava, na hipótese, de correção monetária prefixada e que cabia à arrendadora fazer a prova de que os bens adquiridos o foram com recursos em moeda estrangeira, especialmente por não constar tal circunstância do contrato.

É a seguinte a ementa do acórdão dos embargos:

“Correção monetária. A exceção do art. 1º, § 1º, letra *c* da Lei nº 6.423/77 restringe-se à correção prefixada mediante estimação dos índices, não significando que as instituições financeiras estejam desobrigadas de utilizar a variação nominal das ORTNs para as correções pós-fixadas. Obrigação vinculada ao valor do dólar norte-americano, nos termos da Resolução nº 351/75, do Banco Central. Necessidade de provar a origem dos recursos empregados. O ônus de provar fato não mencionado expressamente no contrato compete a quem o alega.”

No texto do acórdão, no voto vencedor do Desembargador Arruda Guerreiro, encontramos os seguintes fundamentos:

“Mas nem mesmo as instituições financeiras podem contratar, livremente, índice de correção monetária diverso do resultante da variação do valor nominal das ORTNs.

A exceção se refere, apenas, à hipótese de “correção prefixada”, ou seja, a operações devidamente autorizadas e regulamentadas nas quais a correção monetária é estimada, no momento da assinatura do contrato, tendo em vista a data de seu vencimento. Essa situação é diversa da correção monetária com base na variação cambial, que é tipo de correção pós-fixada, quer dizer, correção cujos índices não têm valor numérico conhecido no momento da assinatura do contrato.

Pretende a embargante, todavia, que a cláusula discutida, na hipótese dos autos, teria respaldo no art. 8º, letra *e*, da Resolução, nº 351, de 1975, do Banco Central, que permite às empresas de arrendamento mercantil repassar a variação cambial no caso de bens adquiridos mediante empréstimos contraídos no exterior.

De fato, a permissão existe, não obstante a Lei nº 6.423/77, e se destina a regular casos de obrigação de pagamento em moeda estrangeira, com base no Decreto-Lei nº 857/69.

Mas o ônus de provar que os bens arrendados foram adquiridos mediante empréstimos contraídos no exterior era, evidentemente, da embargante, desde que essa circunstância não consta dos instrumentos assinados pela embargada. Essa prova não foi feita e a questão não está preclusa, uma vez que a divergência a ser apreciada nestes em-

bargos diz respeito às conclusões, não aos fundamentos dos votos proferidos.”

Verifica-se, pois, que, para a maioria dos Desembargadores, o que ocorreu foi a falta de prova de ter havido utilização de recursos em moeda estrangeira, razão pela qual somente seria cabível a correção monetária e não a cambial.

Houve declaração de voto vencedor do Desembargador Paulo Pinto, que manteve, em parte, o entendimento do acórdão da Câmara, para considerar as companhias de arrendamento mercantil como não sendo instituições financeiras em sentido estrito, e foi apresentado voto vencido pelo Desembargador Doreste Baptista, reiterando as afirmações contidas no voto anteriormente proferido, na Câmara, pelo Desembargador Basileu Ribeiro Filho, dando ênfase à contradição da tese adotada pela maioria e abordando interessantes aspectos de direito processual. O voto vencido salientou que:

“Em síntese, a douta maioria entendeu:

PRIMEIRO, que, “na verdade, por força do art. 7º da Lei nº 6.099/74, as empresas de arrendamento mercantil são equiparadas às instituições financeiras, gozando, portanto, dos privilégios destas” (fl. 538);

SEGUNDO, “de fato” — em face da Resolução nº 351/75, do Banco Central — “a permissão existe, não obstante a Lei nº 6.423/77, e se destina a regular casos de obrigação de pagamento em moeda estrangeira, com base no Decreto-Lei nº 857/77” (fl. 539).

Entretanto — raciocinou a douta maioria —, como a embargante “não provou os requisitos do art. 8º, letra e, da Resolução nº 351/75, do Banco Central, e, em se tratando de correção monetária pós-fixada, não se aplica a exceção do art. 1º, § 1º, letra a, da Lei nº 6.423/77 (fls. 539-40).

“Data venia”, não cabia, à ré-embargante, fazer prova de fato estranho ao contraditório. De outro lado, a cláusula de reajuste pela variação cambial, tinha (e, também para a douta maioria, tem) sua eficácia assegurada pela Resolução nº 351/75, sobre cuja subsistência já não mais se questiona.

Por tudo isso, pode-se concluir que exigir, da ré-embargante, a prova dos requisitos do art. 8º e do ato baixado pelo Banco Central é acolher alegação extemporânea, desde que somente apresentada nas razões do recurso. Numa palavra: fora das lindes do contraditório. É, *data venia*, sancionar, contra os princípios, a mudança da causa de pedir.

A admitir a licitude e a temporaneidade da arguição, a prova de que os bens foram adquiridos com empréstimo do exterior (prova reclamada da apelada), teria de vir, necessariamente, com as contra-

razões de apelação... , solução que ninguém, seriamente, se abalancharia sustentar.

O equívoco — *data maxima venia* — na aplicação de regra de direito procedimental (*error in procedendo*) conduz a outro, de direito material (*error in iudicando*), pois nisso importará a decisão da doughty maioria, ao afirmar que a ré-embargante não fez prova de fato estranho ao contraditório e tardiamente apresentado. Com assim estabelecer, a R. decisão majoritária terminou por sufragar, para o negócio jurídico onde o conflito espocou, interpretação que se não afinaria com o direito monetário aplicável. Noutras palavras: contravindo, embora, regra de direito processual, o R. aresto, *ultima ratio*, terminou por negar aplicação a outra, de direito monetário, qual a do art. 8º, letra e, da Resolução nº 351/75, do Banco Central, que exprime o Regulamento baixado pelo Conselho Monetário Nacional para execução da Lei nº 6.099, de 12-9-74, sabido que a esse Conselho compete “formular a política da moeda e do crédito” e ao Banco Central “cumprir e fazer cumprir as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional” (Lei nº 4.595, de 31-12-64, arts. 2º e 9º).

O tema envolve, como se pode facilmente perceber, interpretação e aplicação de direito federal, de irrecusável importância. Sua discussão certamente não se esgotará nos limites da jurisdição estadual.

Parece-me, ao revés, que — nesta zona cinza que aqui se delinea — há sério risco de intromissão indébita de um Poder na área de atribuição de outro, no sentido e na medida em que uma decisão judicial possa, eventualmente, conflitar com determinado norte imprimido, no uso de faculdade legítima, por outro Poder (no caso, federal), a que toca, constitucionalmente, a direção das finanças do País.”

Examinando o acórdão no seu conjunto, verifica-se que, no fundo, a razão básica e final de decidir foi a ausência de vinculação expressa da operação interna de repasse ao financiamento em moeda estrangeira, que lhe deu origem, ou seja, entre o subcontrato e o contrato. Neste sentido, cabe lembrar que, nas operações da Resolução nº 63, os bancos costumam fazer a adequada vinculação explícita entre a operação interna e a operação internacional, o que se justifica até para fins de controle. Embora não fosse indispensável, mas sendo útil, a fim de evitar riscos de decisões controvertidas, o mesmo poderia ser feito no tocante às operações de *leasing*. Na falta de facilidade para adotar uma solução deste tipo, poderia o contrato consignar que a operação é realizada mediante compra de bens em moeda estrangeira e que o arrendatário tem ciência do fato, o que evitaria discussões, como a que ocorreu no processo acima referido. Essa cláusula poderia tornar-se usual nos contratos de *leasing* em moeda estrangeira, do mesmo modo que as cláusulas bancárias pelas quais o cliente reconhece a exatidão do valor creditado ou debitado em sua conta corrente. A inclusão da cláusula, se não resolver todos os problemas que podem surgir em juízo, teria, no mínimo, o condão de estabelecer uma presunção nesse sentido, invertendo o ônus da prova e resolvendo, assim, uma das questões fundamentais que deu ensejo às decisões proferidas nos acórdãos acima referidos.

Não se trata de providência necessária, pois, como salienta o Professor DIÓGENES SETTI SOBRINHO, em excelente estudo sobre a matéria, a simples menção à regulamentação existente seria suficiente, pois:

“Não tem, diante das razões supra, maior relevância a existência ou não de cláusula no instrumento pactual de origem que preveja o repasse ou admita a cessão, reconheça ou aceite o cessionário. A simples menção da Resolução nº 63, como elemento normativo básico, pelo creditor estrangeiro pressupõe tal requisito.”

O entendimento do eminente Consultor Jurídico do Banco Central, que se refere às operações da Resolução nº 63, se aplica, perfeitamente, aos casos de arrendamento mercantil, com a invocação do Decreto-Lei nº 857 e da Resolução nº 351, mas, de qualquer modo, é relevante que haja no contrato um elemento que comprove a sua caracterização como contrato internacional por acessoriedade.

O importante, na análise que fizemos dos acordãos, é a fixação dos pontos que ensejaram o litígio e merecem reflexão para que se obtenham soluções práticas e adequadas e que são os seguintes:

a) a caracterização das empresas de arrendamento mercantil como instituições financeiras para os fins do Decreto-Lei nº 857 e da Lei nº 6.423;

b) a não-aplicação da Lei nº 6.423 às operações financeiras internacionais e ao repasse das mesmas, mediante contratos internos;

c) o entendimento de ser ou não ser a cláusula de correção cambial uma forma de correção prefixada para os fins do art. 1º, § 1.º, alínea c, da Lei nº 6.423.

Entendemos já ter comprovado, exaustivamente, que as empresas de arrendamento mercantil são instituições financeiras, sendo pouco relevante a distinção feita, no ofício do Banco Central invocado no acordão, entre as instituições financeiras previstas e regulamentadas na Lei nº 4.595 e as demais consideradas como tais, em virtude de equiparação legal e regulamentar. Embora a conceituação da empresa de *leasing*, como instituição financeira tenha, finalmente, prevalecido na decisão dos embargos, é importante superar as eventuais dúvidas ou ambigüidades que ainda possam existir na matéria.

Também parece-nos importante que haja maior clareza na regulamentação do repasse de recursos pelas sociedades de arrendamento mercantil, fazendo-se a necessária distinção entre as áreas pertinentes à correção cambial e à correção monetária, esclarecendo-se que a dívida em moeda estrangeira não é indexada, pois atende ao princípio do valor nominal na moeda convencionada. Não se tratando, na hipótese, de correção monetária, é evidente a não-incidência de todas as disposições da Lei nº 6.423, sendo, pois, despicienda a discussão quanto à *exegese* do seu art. 1º, § 1.º, alínea c.

A relativa ausência de bibliografia especializada em direito brasileiro e a falta da adequada informação no tocante às normas regulamentares e à sua siste-

mática explicam as dúvidas e controvérsias suscitadas em relação ao repasse de recursos externos, embora entendamos que, colocadas adequadamente as questões, encontram uma solução satisfatória na legislação vigente. A necessidade básica de segurança que deve existir nas relações entre as instituições financeiras, inclusive as empresas de arrendamento mercantil, e os seus clientes justifica e recomenda, todavia, um posicionamento incontroverso das autoridades monetárias, a fim de evitar interpretações que possam levar a perigosas divergências jurisprudenciais, ameaçando, assim, o bom funcionamento do sistema financeiro.

Em conclusão, entendemos que:

1º) a operação de *leasing* prevista e regulamentada na legislação brasileira é operação financeira privativa de instituições financeiras;

2º) as sociedades de arrendamento mercantil são instituições financeiras e integram o sistema financeiro nacional, nos precisos termos da Lei nº 6.099, da Resolução nº 351, do Conselho Monetário Nacional, e da Circular nº 397, do Banco Central;

3º) as operações de *leasing* podem ser realizadas com correção cambial quando decorrentes de repasse de recursos externos, ou seja, quando ocorre compra de bens adquiridos com recursos em moeda estrangeira, aplicando-se o Decreto-Lei nº 857 e as normas da Resolução nº 351;

4º) a operação de repasse com correção cambial realizada pela empresa de arrendamento mercantil é análoga à efetuada pelos Bancos, nos termos da Resolução nº 63/67, e regulamentação subsequente do Conselho Monetário Nacional, cuja legalidade foi reconhecida por jurisprudência mansa e pacífica, inclusive do Supremo Tribunal Federal;

5º) os contratos internos, nos quais ocorre o repasse, sob qualquer forma, de recursos externos, são considerados contratos internacionais derivados ou por acessão e estão sujeitos às disposições do Decreto-Lei nº 857;

6º) a Lei nº 6.423/77 trata dos contratos internos não decorrentes de repasse e da correção monetária e não se aplica aos contratos internacionais, nos quais pode ser validamente estipulada a correção cambial;

7º) não há qualquer interferência ou incidência das normas referentes à correção monetária (inclusive a Lei nº 6.423/77), nos casos de correção cambial, que se regem, exclusivamente, pelo Decreto-Lei nº 857/69 e, no tocante ao arrendamento mercantil, pela Resolução nº 351 do Conselho Monetário Nacional;

8º) a Lei nº 6.423/77 não revogou, nem modificou o disposto no Decreto-Lei nº 857 e na Resolução nº 351, no tocante ao repasse dos recursos externos nos casos de arrendamento mercantil;

9º) a existência de repasse de recursos externos ou de compra de bens com recursos externos é presumida quando tal situação consta dos contratos de arrendamento mercantil.

As penas no sistema dos projetos de reforma

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Titular de Direito Penal —
Membro das comissões de redação dos
projetos de reforma da parte geral do
Código Penal e da Lei de Execução
Penal — Membro da Associação Inter-
nacional de Direito Penal e da Socie-
dade Mexicana de Criminologia

SUMÁRIO

1. A necessidade e a importância da pena criminal
2. A inviolabilidade da vida humana e a proibição da pena de morte
3. O repúdio às penas perpétuas
4. Princípios do sistema projetado
5. A execução descontínua da pena de prisão
6. Distinção prática entre reclusão e detenção
7. A interação entre os textos de direito penal e do direito de execução penal
8. Os regimes de execução
9. A determinação do regime inicial do cumprimento da pena
10. As progressões e as regressões
11. Elementos de tratamento, princípios e regras da execução e o estatuto jurídico do condenado
12. O cumprimento da pena em regime aberto

Conferência pronunciada em Goiânia (29-5-1984) a convite da seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

13. **As penas restritivas de direitos**
14. **A prestação de serviços à comunidade**
15. **As interdições temporárias de direitos**
16. **A limitação de fim de semana**
17. **As alternativas para a pena de prisão**
18. **As penas patrimoniais no anteprojeto de reforma da parte geral do Código Penal**
19. **A pena de multa**
20. **A aplicação da multa nos delitos culposos**
21. **A conversão de multa em detenção**
22. **Os movimentos de reforma**

1. O sistema de penas projetado para o reordenamento positivo brasileiro arranca de duas premissas fundamentais e interacionadas: a **necessidade** e a **importância**.

A pena criminal é **necessária**, como resposta jurídica adequada às condutas humanas que ofendem valores, bens e interesses de relevo do patrimônio do homem e da comunidade; e é também **importante**, na medida em que se constitui em instrumento de defesa social principalmente quando se questiona a eficácia das reações penais de fundo institucional frente à escalada da criminalidade violenta ocorrente nos grandes e nervosos centros urbanos.

2. Compreendendo que a vida humana é o valor de maior expressão entre os bens jurídicos, como síntese da aventura do homem — feita de natureza e espírito, de tempo e de história —, o Estado tem o dever supremo de a proteger, não somente contra as ofensas oriundas da ação dos indivíduos, como também do próprio poder que representa. Quando o Estado declara a inviolabilidade da vida humana e, ao mesmo tempo, comina a pena de morte, revela uma insuperável contradição.

3. Igualmente atentatória à dignidade humana é a pena de prisão perpétua — como são atentatórias todas as penas permanentes — posto que excede a medida da proporcionalidade entre a culpa e a retribuição, como característica necessária de todas as reações penais.

A prisão perpétua rejeita o objetivo de reinserção social do delinqüente, que é fundamental numa concepção geral preventiva integrada e que se ligue a uma **pena de culpa**, mas cuja execução deva se orientar num sentido predominante de socialização conforme atualíssimas tendências doutrinárias ⁽¹⁾ e os sistemas positivos mais modernos. A este

(1) FIGUEIREDO DIAS, *Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro*, Lisboa, 1983, p. 22.

propósito, a vigente Constituição da Espanha (1978), como síntese das aspirações coletivas interpretadas em assembléia nacional constituinte e representando um Estado pluralista, social e democrático de direito, proclamou que "las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados" (art. 25, nº 2).

O novo Código Penal português, sancionado em 23 de setembro de 1982 (Dec.-Lei nº 400), muito representativo das atuais concepções políticas e institucionais decorrentes do processo de abertura após a queda do regime ditatorial de Salazar, também consagra o objetivo finalístico da pena. Declara o artigo 71º, reservado para o critério de escolha da sanção:

"Se ao crime forem aplicáveis pena privativa ou pena não privativa da liberdade, deve o tribunal dar preferência fundamentada à segunda, sempre que ela se mostre suficiente para promover a recuperação social do delinqüente e satisfaça as exigências de reprovação e de prevenção do crime."

4. O sistema projetado para a reforma das leis penais do Brasil não pactua com a pena de morte e a pena de prisão perpétua que negam aprioristicamente o valor do homem como esperança de redenção e fazem da reação criminal um instrumento de terror e expiação.

5. A pena privativa da liberdade proposta pelo projeto de lei que altera a parte geral do Código Penal (2) tem como primária virtude a demonstração de que a sua execução deve ser descontínua.

É notório que um grande inconveniente revelado presentemente no quadro das medidas privativas de liberdade consiste na **execução segregadora** em oposição à **execução socializadora**, conforme denúncias reiteradas não somente em nosso País (3) como também no exterior (4).

Nos termos do projeto, as penas privativas de liberdade — cujo limite máximo é conservado em 30 anos (art. 75) — são traduzidas pela reclusão e pela detenção, modalidades cuja natureza e execução diversificadas procuram responder à gravidade dos delitos e à condição de seus autores. Rejeitou-se, portanto, a tendência muito viva e antiga em se fundirem

(2) O anteprojeto foi divulgado no Diário Oficial, de 11 de março de 1981 (p. 4.782), para receber sugestões. O projeto, que tomou o número 1.656, foi publicado com a Mensagem Presidencial nº 241, de 29 de junho de 1983 (DO, de 1.º de julho de 1983), e a redação final foi aprovada pela Câmara dos Deputados em 15 de março de 1984 (DCN pp. 362 e ss.). Atualmente o diploma se encontra no Senado. NR: O projeto deu origem à Lei nº 7.209, de 11-7-84, que "altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7-12-40 — Código Penal, e dá outras providências" (DO de 13-7-84).

(3) Cf. o Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a promover o levantamento da situação penitenciária no País (DCN, supl. ao nº 61, de 4-6-1976, pp. 2 e ss.); Relatório do Grupo de Trabalho instituído pelo Ministério da Justiça através da Portaria nº 689, de 11-7-1979, em **Criminalidade e Violência**, Brasília, 1980, pp. 135 e ss.; AUGUSTO THOMPSON, **A questão penitenciária**, Petrópolis, 1976, pp. 19 e ss.; RENÉ ARIEL DOTTI, **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**, Curitiba, 1980, pp. 52 e ss.

(4) HILDE KAUFMANN, **Principios para la Reforma de la Ejecución Penal**, Buenos Aires, 1977, pp. 54 e ss.

numa só espécie as sanções privativas de liberdade⁽⁵⁾ frente à consideração de que uma concepção monística da perda da liberdade não corresponderia às variadas situações de ilicitude e da conduta humana.

6. E a primeira diferença prática que se propõe está no estabelecimento dos **regimes de execução**: enquanto a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto, a pena de detenção deve ser cumprida em regime semi-aberto ou aberto, salvo a hipótese de regressão a regime fechado.

7. A necessidade de se promover uma execução individualizada e também socializadora das penas em geral, inclusive as restritivas de direitos e a pecuniária, conduz à interligação entre os diplomas penal e de execução penal posto que é no território da aplicação concreta das reações criminais que o sistema atual revela a sua **face oculta** de insegurança jurídica, de inquietação social e de negação dos direitos e das garantias individuais. Assim sendo, os dispositivos propostos para a parte geral do Código Penal devem ser relacionados com os textos do projeto de Lei de Execução Penal⁽⁶⁾ para a melhor compreensão de sua natureza, do seu valor e do seu funcionamento.

Com efeito, somente será possível visualizar a perspectiva material do sistema das penas e das medidas de segurança desde que a aplicação concreta dos princípios e das regras constantes do Código Penal seja garantida pela legislação de execução, tanto no que concerne às disposições federais como também às normas do direito local que passaram a exercer importante papel com o advento da Lei nº 6.416/77.

8. O projeto prevê a execução de penas privativas de liberdade através dos regimes **fechado, semi-aberto e aberto**. Para o primeiro serão encaminhados, desde o início da execução, os condenados à reclusão por mais de oito anos e também os reincidentes independentemente da quantidade da pena⁽⁷⁾.

A penitenciária é o estabelecimento de segurança máxima ou média, previsto para o cumprimento da pena de reclusão em regime fechado.

Aos condenados primários à pena de reclusão superior a quatro e não excedente a oito anos será destinado o regime semi-aberto, tendo como estabelecimentos de execução as colônias agrícolas, industriais ou similares.

(5) A propósito das tendências em instituir a **pena unitária** de privação da liberdade, RENÉ ARIEL DOTTI, *ob. cit.*, pp. 279/280. Os recentes códigos penais da Alemanha Ocidental (parte geral de 1970, § 38) e de Portugal (1982, art. 40) adotaram a **prisão** como única pena privativa de liberdade. Assim também o fez o Código Penal Tipo para a América Latina (1963/1971, art. 42).

(6) O anteprojeto foi divulgado no *Diário Oficial*, de 23 de julho de 1981, para receber sugestões. O projeto, que tomou o número 1.657, foi divulgado com a Mensagem Presidencial nº 242, de 29 de junho de 1983 (DO de 1.º-7-1983), e aprovado pela Câmara dos Deputados em 28 de março de 1984. O diploma está sendo remetido ao Senado ao tempo de redação do presente trabalho. NR: O projeto deu origem à Lei nº 7.210, de 11-7-84, que "institui a **Lei de Execução Penal**" (DO de 13-7-84).

(7) Reserva-se a possibilidade de concessão do **sursis** ao condenado que não seja reincidente em crime doloso, atendidos os demais requisitos do art. 77 do P. de CP.

Finalmente, aos primários condenados à pena de reclusão inferior ou igual a quatro anos se reservará o regime aberto exeqüível em casa do albergado ou outro estabelecimento que for adequado à natureza e às peculiaridades de tal regime (P. de CP, art. 33 e §§; P. de LEP, arts. 86 e ss.).

O regimes semi-aberto e aberto são destinados para os casos de detenção. Excepcionalmente, porém, admite-se a transferência para o regime mais grave (fechado em relação ao semi-aberto e semi-aberto em relação ao aberto) ocorrendo qualquer hipótese de reversão⁽⁸⁾.

9. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á no momento da aplicação judicial (arts. 33, § 3º, e 59, III).

No sistema projetado, o juiz, "atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I — as penas aplicáveis dentre as cominadas; II — a quantidade da pena aplicável, dentro dos limites previstos; III — o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV — a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível" (art. 59).

A maior liberdade judicial na escolha da medida da pena e na sua quantidade; na determinação do regime inicial (fechado, semi-aberto ou aberto) e na substituição da pena privativa de liberdade (por uma restritiva de direitos ou pela multa) abre ao magistrado possibilidades fecundas para, efetivamente, individualizar a resposta penal à natureza e às características do fato como também às condições do autor.

10. O sentido dinâmico da execução é destacado pelas progressões e regressões, de modo a retirar o imobilismo que caracteriza atualmente o cumprimento da pena privativa de liberdade. O juiz da condenação impõe o regime inicial, mas caberá ao juiz da execução determinar as etapas de progressão, com a transferência para regime menos rigoroso, em decisão motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico (P. de LEP, art. 111 e parágrafo único).

(8) O art. 117 do projeto de Lei de Execução Penal dispõe que "a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I — praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; II — sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime. § 1.º — O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta. § 2.º — Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido, previamente, o condenado". Para evitar arbtrios incompatíveis com o princípio da legalidade, o art. 49 do projeto de Lei de Execução Penal relaciona, exaustivamente, os casos de falta grave praticada pelo condenado à pena privativa de liberdade: I — incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; II — fugir; III — possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; IV — provocar acidente de trabalho; V — descumprir, no regime aberto, as condições impostas; VI — inobservar os deveres previstos no art. 38, incisos II e V (obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva se relacionar; execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas). O disposto no artigo transcrito aplica-se, no que couber, ao preso provisório.

Dispondo que "as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado" (art. 33, § 2º), o projeto se coloca em harmonia com os princípios fundamentais para a boa reforma penal e penitenciária.

Execução progressiva em atenção ao **mérito do condenado** (9) implica em execução individualizadora, a qual pressupõe a **classificação** como seu corolário lógico.

O art. 30 do Código Penal de 1940, reformado pela Lei nº 6.416/77, dispõe que "o período inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade consiste na observação do recluso, sujeito ou não a isolamento celular, por tempo não superior a três meses, com atividades que permitam completar o conhecimento de sua personalidade".

Somente após trinta e seis anos de vigência do Código Penal foi instituído o preceito que ordena a individualização da pena durante o procedimento executivo. Antes disso, o princípio estava somente declarado na Constituição e na Lei nº 3.274, de 2 de outubro de 1957, dispondo sobre **normas gerais** do regime penitenciário.

O projeto não repetiu o texto constante do art. 30 do Código Penal. Mas considera regra obrigatória do regime fechado a submissão do condenado ao exame criminológico, no início do cumprimento da pena, visando à classificação para individualizar a execução (art. 34) (10).

A propósito deste ângulo do problema, a **exposição de motivos** ao projeto de Lei de Execução Penal dispõe que "a classificação dos condenados é requisito fundamental para demarcar o início da execução científica das penas privativas de liberdade e da medida de segurança detentiva. Além de constituir a efetivação de antiga norma geral do regime penitenciário, a classificação é o desdobramento lógico do princípio da **personalidade da pena**, inserido entre os direitos e as garantias individuais. A exigência dogmática da **proporcionalidade da pena** está igualmente atendida no processo de classificação, de modo que a cada sentenciado, conhecida a sua personalidade e analisado o fato cometido, corresponda o tratamento penitenciário adequado" (nº 26).

Mas a própria **exposição de motivos** adverte que reduzir-se-ia a "mera falácia o princípio da individualização da pena, com todas as proclamações otimistas sobre a recuperação social, se não for efetuado o

(9) Porém, só o **mérito do condenado** não é requisito suficiente para a progressão do regime (do mais rigoroso para o menos rigoroso). É preciso, também, o cumprimento de, pelo menos, um sexto da pena no regime anterior (P. de LEP, art. 111).

(10) Segundo a redação original do projeto, o exame criminológico não era obrigatório para os internos do regime semi-aberto (art. 35). Levaram-se em consideração, para a diversidade de tratamento, as condições próprias a cada tipo legal de ilicitude e a gravidade dos fatos correspondentes, justificando-se investigação mais ou menos aprofundada da personalidade. Também as dificuldades humanas e materiais inerentes à realização de tal perícia recomendavam a sua não-obrigatoriedade para os destinados ao regime semi-aberto. Mas, na discussão do projeto na Câmara dos Deputados, o exame criminológico passou a ser também compulsório para os presos em regime semi-aberto (art. 35).

exame de personalidade no início da execução, como fator determinante do tipo de tratamento penal, e se não forem registradas as mutações de comportamento ocorridas no itinerário da execução" (art. 27).

A classificação dos condenados é uma providência científica indisponível à boa execução da pena, razão pela qual o procedimento respectivo é devidamente disciplinado no projeto de Lei de Execução Penal, tendo à frente a Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento. A Comissão será presidida pelo diretor da unidade e composta, no mínimo, por dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social (arts. 5º e ss.).

11. A melhor regulamentação para o trabalho e os demais **elementos de tratamento** (instrução; atividades culturais, recreativas e esportivas; os contatos com o mundo externo e especialmente com a família) com a distribuição racional do tempo de ocupação e de isolamento durante o repouso noturno (para os internos do regime fechado), constituem-se em regras de grande alcance para socializar o procedimento de execução, retirando-o do caos em que atualmente se encontra.

A permissão para o trabalho externo é medida que atende os interesses da Administração e do presidiário, concedendo-se tanto no regime fechado como no semi-aberto.

Completam-se tais regras de cumprimento da pena em regimes fechado e semi-aberto, com a previsão de liberdades, de direitos e de deveres que procuram atenuar os formidáveis contrastes entre a vida prisional e a vida livre.

Assim, a proclamação do **princípio de legalidade** garantindo ao preso todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade; o respeito à sua integridade física e moral como dever imposto a todas as autoridades; a remuneração pelo trabalho com os benefícios da Previdência Social; o regime especial para mulheres, observando-se os deveres e os direitos inerentes à sua condição pessoal; o repertório detalhado dos deveres e direitos fundamentais, bem como a regulamentação da matéria da disciplina (previsão das faltas, das sanções e recompensas, da aplicação das sanções e do procedimento disciplinar); a cautelosa e eqüitativa previsão em torno das autorizações de saída (permissão de saída e saída temporária), a remição de parte da pena pelo trabalho, enfim, um universo no qual gravitam os interesses fundamentais da defesa social e do condenado, num sistema de amparo social que se deve projetar em todos os quadrantes da execução para cobrir lacunas e omissões que ao longo dos séculos abrem margem ao exercício autoritário do poder administrativo.

Ao lado de tais aspectos existem muitos outros que devem ser consagrados legislativamente, como pretende fazer o projeto da Lei de Execução Penal: a natureza, a classificação e as linhas básicas de arquitetura dos estabelecimentos; a descrição e a distribuição de competências e atribuições dos órgãos de execução; os tipos de regime com suas progressões e re-

gressões; o pessoal administrativo e a participação da sociedade através do Conselho da Comunidade ⁽¹¹⁾).

12. As penas privativas de liberdade podem ser também cumpridas em regime aberto.

Dispõe o art. 36 do projeto de reforma da parte geral do Código Penal que o regime aberto se funda na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado.

A execução da prisão aberta se fará em casa do albergado ou estabelecimento adequado, permitindo-se ao sentenciado o exercício de atividades fora do estabelecimento (trabalho, freqüência a cursos ou qualquer outra forma de ocupação desde que autorizada). O recolhimento será obrigatório no período noturno e nos dias de folga.

Assim como ocorre nas demais formas de execução da pena privativa de liberdade, admite-se a reversão para regime mais rigoroso se o condenado praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada (P. de CP, art. 36 e §§. P. de LEP, arts. 112 e ss.).

A modalidade do regime aberto constitui forma de execução parcial da pena em **meio livre** ⁽¹²⁾, caracterizando uma das espécies da **prisão descontínua**. Nesta modalidade de execução, o condenado se recolhe uma parte do dia (ou da noite) ao estabelecimento penal. Tal período é variável e poderá recair também em noites ou dias de fim de semana ⁽¹³⁾.

Mas o regime aberto não se poderá transformar — pela ausência de regulação de seus pressupostos e requisitos ou de estabelecimentos apropriados — em negação sistemática da execução das penas curtas de **prisão aberta**, assim como vem ocorrendo na atualidade pelo manifesto desinteresse do Estado em manter ou construir as casas do albergado e unidades similares. Daí por que as previsões específicas do projeto da Lei de Execução Penal, em seus artigos 92 e seguintes e 112 e seguintes.

(11) Em cada Comarca deverá haver um Conselho da Comunidade, composto, no mínimo, por um representante da associação comercial ou industrial, um advogado indicado pela Seção da Ordem dos Advogados do Brasil e um assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais. Incumbe ao Conselho da Comunidade: visitar os estabelecimentos penais, entrevistar presos, apresentar relatórios mensais ao Juízo da Execução e ao Conselho Penitenciário e diligenciar pela obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento (P. de LEP, arts. 79 e 80).

(12) Uma das maneiras de se promover a desinstitucionalização é caracterizada pelo **tratamento em meio livre** (cf. PLAWSKI, *Droit Pénitentiaire*, Lille, s/d, pp. 233 e ss.). Por **desinstitucionalização** se deve compreender a adoção de métodos e de meios que constituam formas de reação ao delito diversas do cumprimento da pena em instituições penais como os presídios, os institutos de reeducação ou ensino profissional, as colônias agrícolas que conservam aspectos de prisionalização etc.

(13) Na Dinamarca, por ocasião do Seminário de Klarskovgard (1977), os seus participantes aprovaram a **prisão de fim de semana** como alternativa à prisão contínua e como um meio eficaz de sanção dirigido para uma categoria especial de delinquentes e para delitos de pequena gravidade (cf. JORGEN LANGKILDE, "Alternatives to Incarceration", artigo publicado em *International Summaries*, EUA, 1978, v. 2, pp. 183 e ss.). Experiências com a prisão ou arresto de fim de semana têm sido feitas há algum tempo na Inglaterra (1948), na Alemanha Ocidental (1953) e na Bélgica (1963). O recente projeto do Código Penal espanhol (1980) consagrou o arresto de fim de semana — com a duração mínima de um fim de semana e máxima de vinte e quatro — ao lado da prisão cominada entre os limites de seis meses a vinte anos (excepcionalmente, vinte e cinco anos) (arts. 38, 39 e 42). Em Portugal o seu novo Código Penal também adotou o instituto da prisão de fim de semana como espécie de prisão por dias livres. O limite máximo é estabelecido em 15 períodos. Cada período tem a duração mínima de 36 horas e máxima de 48, equivalente a 4 dias de prisão contínua (art. 44).

13. As **penas restritivas de direitos** constituem-se na grande inovação do projeto. Consistem elas na prestação de serviços gratuitos à comunidade, na interdição temporária de direitos e na limitação de fim de semana (14).

O espaço ocupado por estas modalidades de sanção veio substituir com grandes vantagens a categoria das chamadas **penas acessórias**.

Em trabalho editado ao final do ano de 1980 (15), procuramos demonstrar a inconveniência da manutenção do sistema positivo das penas acessórias, conservadas ao longo dos anos sob o carisma da prevenção, notadamente da prevenção especial.

Além da insegura natureza jurídica das penas acessórias, que para muitos autores se confundem com as medidas de segurança e proteção (16), elas também não admitem a individualização (salvo quanto à maioria das interdições de direitos) que constitui não somente a garantia da personalidade da pena moderna, como também a flexibilidade inerente às exigências da culpa do autor e às mutantes circunstâncias do fato (17). Tanto a perda de função pública, como a publicação de sentença e a incapacidade permanente para o exercício de certos direitos, não permitem a individualização; aplicam-se invariavelmente de sujeito para sujeito e independentemente do colorido do evento.

As penas restritivas de direitos são, ao contrário das chamadas **acessórias**, sanções autônomas. Seu caráter predominante é o de substitutivo das penas privativas de liberdade e são aplicadas independentemente de cominação na parte especial quando a pena privativa de liberdade foi fixada pelo juiz em quantidade inferior a um ano, se o crime for doloso ou em qualquer quantidade, se o crime for culposo. A duração das penas restritivas de direitos é a mesma da pena de privação da liberdade substituída.

Mas, além da quantidade da pena e da natureza do delito, as penas restritivas dependem, para a sua imposição, de outros requisitos: **a)** que o réu não seja reincidente; **b)** que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e circunstâncias indicarem que tal substituição seja suficiente. Nas infrações

(14) No anteprojeto da reforma da parte geral do Código Penal, a terceira modalidade das penas restritivas de direitos consistia no **aprendizado compulsório**, ou seja, na frequência obrigatória a curso ou ciclo de palestras, no qual o condenado por crime culposo viesse a adquirir conhecimentos necessários para evitar a ocorrência de nova infração e a estimular o dever social de cuidado (art. 48). Com os trabalhos de revisão, o **aprendizado compulsório** foi substituído pela pena de limitação de fim de semana.

(15) BASES E ALTERNATIVAS PARA O SISTEMA DE PENAS, cit., pp. 362 e ss. O anteprojeto de reforma da parte geral do Código Penal, editado em meados de 1981, suprimiu as penas acessórias como categoria de sanções.

(16) Assim, por exemplo, COSTA E SILVA, *Código Penal*, São Paulo, 1943, v. I, p. 341.

(17) A respeito da falta de individualização das penas acessórias, VICENTE CERNICCHIARO, "Penas acessórias", em *Ciência Penal*, n.º 2, de 1979, p. 49; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, parte geral, Milão, 1975, p. 582.

culposas, a pena privativa de liberdade aplicada, igual ou superior a um ano, pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos mais a multa ou por duas penas restritivas de direitos, executadas simultaneamente (P. de CP, arts. 43 e ss. e 54).

Como lembra a **exposição de motivos**, "para dotar de força coativa o cumprimento da pena restritiva de direitos, previu-se a conversão desta modalidade de sanção em privativa de liberdade, pelo tempo da pena aplicada, se injustificadamente descumprida a restrição imposta. A conversão, doutra parte, far-se-á se ocorrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa" (nº 41) (art. 45).

Discorrendo a propósito das sanções ora propostas, REALE JUNIOR salienta que "não se quis, no anteprojeto, inovar pelo gosto da novidade, nem se descuidou do sistema penal brasileiro para introduzir, como corpos estranhos, soluções distantes de nossa realidade. A vivência da Administração da Justiça Criminal revela que, ao se pretender evitar a execução da pena privativa de liberdade, tão-só por intermédio do benefício do **sursis**, cria-se profundo descrédito para com o direito penal. A suspensão da pena tem garantido o direito a um primeiro delito, cuja principal consequência reside em ter o condenado de esperar o tempo passar" (18).

14. A **prestação de serviços à comunidade** consiste na atribuição de tarefas gratuitas junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres. Os programas, nos quais tal pena deve ser cumprida, tanto poderão ser oficiais ou comunitários. As tarefas serão atribuídas segundo as aptidões do condenado e devem ser cumpridas durante oito horas semanais (aos sábados, domingos, feriados ou dias úteis) de maneira a não prejudicar a jornada normal de trabalho do condenado (P. de CP, art. 46).

Atualíssimos sistemas positivos estão adotando essa medida não institucional como o Código português (art. 60º), e as experiências na Polônia com o Código Penal de 1969, na Hungria, na Romênia e na Inglaterra, a partir de 1972, convencem da oportunidade social da prestação de trabalho como pena alternativa da prisão, de evidente caráter pedagógico e ressocializador.

Como bem adverte a **exposição de motivos** do Código de Portugal, essa e outras formas de reação penal não detentivas devem funcionar como medidas de substituição e não podem ser vistas "como formas de clemência legislativa, mas como autênticas medidas de tratamento bem definido, com uma variedade de regimes aptos a dar adequada resposta a problemas específicos de certas zonas da delinqüência" (nº 7).

O trabalho prestado deve ser gratuito, "pois do contrário não seria pena. Não se trata de trabalho escravo, pois há uma restrição de liberdade ao invés da privação da liberdade. . . A prestação de serviços é uma

(18) "Penas restritivas" em *Clôncia Penal*, São Paulo, n.º 1, de 1981, pp. 75/78.

pena, não um emprego. É um ônus, não uma fonte de vencimentos, a não ser que se queira, impensadamente, pelo gosto da crítica, descuidar da dignidade do direito penal” (19).

A flexibilidade da medida no curso da execução, quando o juiz, motivadamente, poderá alterar a forma de cumprimento, ajustando às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário (P. de LEP, art. 147), confere inequívoco sentido dinâmico à sanção e elimina os inconvenientes da massificação tão freqüentes na imposição arbitrária de condições como ocorre com o **sursis**.

As cuidadosas previsões legais acerca da atuação e do controle judicial, bem como os ônus impostos à entidade beneficiada com a prestação dos serviços (P. de LEP, arts. 148/149), constituem mecanismos necessários para a fiel execução e a correta eficácia dessa importante modalidade de reação criminal.

15. As interdições temporárias de direitos consistem: **a)** na proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; **b)** na proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; e **c)** da suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.

As duas primeiras modalidades de sanção aplicam-se para todos os delitos cometidos no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que se comprovar a violação dos deveres inerentes. Quanto à última espécie, aplica-se nos delitos culposos de trânsito (P. de CP, arts. 47, 56 e 57).

As penas de interdição **temporária** de direitos (o projeto não admite as penas perpétuas) constituem medidas penais de amplo espectro no combate a particulares formas de delinqüência, para as quais não se exige a severidade mas a certeza e a eficácia da punição. Elas atendem às exigências da personalidade, da humanidade e da proporcionalidade, que devem ser propriedades de todas as sanções criminais. Afinal, não seria possível “combater” uma vasta gama de ilícitos, somente com duas frentes principais de reação (prisão e multa). Como ilustração, deve-se referir que o **Alternativ-Entwurf eines Strafrechtsbuches** (AR — 1969) introduziu na Alemanha Ocidental a proibição de dirigir entre as penas principais e não mais como sanção acessória, como fazia o projeto de 1962.

No sistema do projeto brasileiro, caberá ao juiz da execução comunicar à autoridade competente a pena imposta, com a intimação ao condenado (P. de LEP, art. 153). O descumprimento da medida configurará o delito contra a Administração da Justiça, previsto no artigo 359 do Código Penal.

(19) MIGUEL REALE JUNIOR, op. cit., p. 77.

16. **A limitação de fim de semana**, que não se confunde com a prisão de fim de semana admitida por sistemas atuais⁽²⁰⁾, é uma restrição à liberdade de locomoção. Consiste ela na obrigação imposta ao condenado de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa do albergado ou outro estabelecimento adequado. Durante a permanência, poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas (P. de CP, art. 48 e parágrafo único).

Também nesta modalidade de pena, a sua efetividade dependerá dos poderes de vigilância do magistrado encarregado da execução e dos deveres atribuídos à direção do estabelecimento, a qual deverá encaminhar, mensalmente, ao juízo da execução um relatório e comunicará, a qualquer tempo, a ausência ou falta disciplinar do condenado (P. de LEP, arts. 150/152).

17. Como já dissemos alhures, as alternativas para o sistema de penas (de prisão) constituem meios, métodos e formas de reação ao delito que atuam em todos os momentos do dinamismo penal. Através da **cominação**, quando o ordenamento positivo consagra novas modalidades de sanção; da **aplicação**, quando ao juiz se oferecem opções para a melhor escolha e medição da pena; e da **execução**, quando os regimes dispõem de condições formais e materiais que atendam aos objetivos gizados pelas várias medidas de prevenção e repressão da criminalidade.

“Mas não se trata de um simples processo de substituição, assim como se pretendesse mudar o curso do sistema, abolindo algumas penas e introduzindo outras sem que a este fenômeno se apresentassem as necessárias justificativas. Alternar não é somente a **escolha** como também um **processo racional** de escolha. Daí então ser possível falar-se de uma orientação filosófica e política subjacente aos mecanismos de alternativas que, portanto, reverterá numa doutrina jurídica”⁽²¹⁾.

18. O anteprojeto de reforma da parte geral do Código Penal contemplava duas espécies de penas patrimoniais: a **multa penitenciária** e a **multa reparatória** (arts. 49 e 53). A primeira se dirigia à satisfação do interesse coletivo (a quantia fixada na sentença se destinaria ao fundo *penitenciário*), enquanto a segunda visava à satisfação do pagamento, mediante depósito judicial, em favor da vítima ou seus sucessores, de quantia calculada à base de dias-multa, sempre que do ilícito resultasse prejuízo material.

Na revisão do anteprojeto eliminou-se a multa-reparatória não obstante as fortes tendências atuais em considerar o fenômeno da **vitimidade** (ao lado da conexa **criminalidade**) como um retorno aos períodos em que as idéias de **reparação** e **punição** tinham uma raiz comum a ponto de se consumirem reciprocamente. Assim foi até o momento em que passou a vigorar o monopólio do Estado sobre o chamado **jus puniendi**,

(20) Cf. a nota n.º 13.

(21) RENÉ ARIEL DOTTI, *Bases*, cit., pp. 407/408.

abandonando-se a vítima às contingências, insuficiências e ônus do processo civil em busca da indenização (22).

19. A pena de **multa** prevista pelo projeto consiste no pagamento ao fundo penitenciário de quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. O mínimo é estabelecido em dez e o máximo em trezentos e sessenta dias-multa. O valor do dia-multa será fixado pelo Juiz, não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário (P. de CP, art. 49 e § 1º).

O dispositivo teve como fonte próxima o art. 44 e parágrafos do Código Penal de 1969/1973, além do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65, art. 286 e §§) e da chamada **lei antitóxicos** (Lei nº 6.368/76, art. 38 e §§).

Para enfrentar o problema da inflação — não resolvido pela Lei nº 6.416/77, que mandou multiplicar os valores pecuniários do Código de 1940, pela escala 1:2.000 (art. 4º) — o projeto adotou o critério da flutuação de valores financeiros, determinando que a multa é calculada em dias. Assim também se orienta o Código Penal português (art. 46º).

Mas além da quantidade variável do cálculo (embora a sentença precise o número de dias-multa), o projeto também prevê a atualização do valor da multa no momento da execução, através dos índices de correção monetária (§ 2º, art. 49) (23).

O reajuste do montante da sanção pecuniária no momento da execução não caracteriza ofensa ao princípio da reserva legal, posto que a pena, concretamente, foi fixada em atenção ao momento da prática do delito (quantidade de dias-multa e a referência salarial do tempo do fato).

Procura-se, dessa forma, tornar a pena patrimonial compatível com as exigências de prevenção e de retribuição, ambas corroídas pelo fenómeno preocupante da desvalorização da moeda brasileira.

20. Importante inovação no quadro da multa consiste em se permitir a sua aplicação nos crimes culposos e também nos delitos dolosos, independentemente de cominação na parte especial. Em relação aos crimes dolosos, a multa substitutiva é admissível quando a pena privativa de liberdade aplicada não exceder a seis meses, o réu não for reincidente e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias, indicarem que a substituição seja suficiente.

21. O não-pagamento da multa é conversível em detenção, apenas na hipótese de o condenado solvente deixar de pagá-la ou frustrar a sua

(22) A propósito da reparação do delito como exigência de ordem pública, COSTA ANDRADE, A *Vítima e o Problema Criminal*, Coimbra, 1980, p. 244.

(23) O critério adotado pela Lei n.º 6.368, de 21-10-1976, não obstante prever a atualização monetária (segundo o coeficiente referido no parágrafo único do art. 2.º da Lei n.º 6.205, de 29-4-1975), revelou-se insuficiente, pois prevê o montante do dia-multa em quantias fixas: mínimo de Cr\$ 25,00 (vinte e cinco cruzeiros) e máximo de Cr\$ 250,00 (duzentos e cinquenta cruzeiros).

execução (P. de CP, art. 51). O projeto não admite a prisão de alguém pela situação de pobreza como ocorria em relação ao devedor reincidente ⁽²⁴⁾.

Com efeito, dispõe (ainda) o art. 38, primeira parte, do Código Penal: "A multa converte-se em detenção, quando o condenado reincidente deixa de pagá-la". Este texto deve ser considerado como revogado na esteira das decisões do Supremo Tribunal Federal no **Habeas Corpus** nº 54.982 e do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, no **Habeas Corpus** nº 77.428 ⁽²⁵⁾. Para a doutrina, a primeira parte do art. 38 do Código Penal foi revogada pela Lei nº 6.416/77, que deu nova redação ao item II do art. 689 do Código de Processo Penal. Em consequência, a reincidência não interfere na conversão da pena de multa em detenção ⁽²⁶⁾.

22. O movimento tendente a reformar o sistema penal positivo ingressa no seu vigésimo-primeiro ano a partir da publicação e dos debates do anteprojeto Néelson Hungria (1963).

Durante esse tempo de viagem, Goiânia foi o cenário de três importantes eventos, além de outros acontecimentos culturais vertidos para a revisão dos textos de direito penal e ciências afins. Refiro-me à famosa **Moção de Goiânia I** (1973), ao **Seminário sobre a Reforma Penal** e à seguida aprovação da **Moção de Goiânia II** (1981), documentados através de edição da **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás**, por iniciativa do ilustre e sensível Mestre LICÍNIO LEAL BARBOSA ⁽²⁷⁾.

Antes da existência dos anteprojetos, durante o período em que foram debatidos e agora que se converteram em projetos, a capital goiana tem sido, neste generoso e quente Brasil-Central, um significativo plenário, um ponto de convergência e um roteiro seguro no desbravamento dos novos rumos para as leis criminais de nosso País. Lembrando a imagem de "andarilho romântico", tão bem ajustada à pessoa e a obra de Oscar Leal, segundo a escultura histórica de Ático Vilas Boas da Mota ⁽²⁸⁾, o penalista é também um caminhante diuturno entre o fato e o direito, principalmente quando a nação, o povo e o governo se reúnem para o imenso e desafiador compromisso de revisar as estruturas e as formas do sistema criminal.

(24) A respeito do tema da Inconstitucionalidade da prisão por insuficiência econômica (além de sua desumanidade), ver AFONSO DE MELO, *A Conversão da Multa em Prisão*, Porto, 1980.

(25) Em DJU, de 2-6-1978, p. 3.929, e RT 510/356.

(26) CELSO DELMANTO, *Código Penal Anotado* (5.ª ed.), São Paulo, 1984, p. 42. Para o mesmo autor, o parágrafo único do art. 39 do Código Penal, embora não suprimido pela Lei nº 6.416/77, deve ser tido como revogado (STF, HC 54.982, DJU, 2-6-1978, p. 3.929, e TACrSP, no HC 77.428, em RT 510/356) (ob. cit., p. 43).

(27) A Revista publica os *Anais do Seminário* realizado de 16 a 19 de junho de 1981 sob o patrocínio da UFG e do Governo do Estado, e foi editada em homenagem ao Professor BENJAMIM MORAES (v. 5, n.º 1/2, jan.-dez. 1981).

(28) *Viagem às Terras Goyanas*, de OSCAR LEAL, apresentação de ÁTICO VILAS BOAS DA MOTA, Goiânia, ed. da UFG, 1980.

Contravenções penais

Necessidade de uma reformulação.

Descriminalização. Penalização.

Transformação dos ilícitos contravencionais
em ilícitos administrativos policiais

GILBERTO PASSOS DE FRETTAS

Promotor de Justiça

1. A proteção dos bens e interesses relevantes, como um dos fins do Estado, está estreitamente ligada ao direito penal. Este tem por escopo, através de normas e sanções, proteger os bens jurídicos mais importantes, como a vida, a saúde, a integridade corporal, o patrimônio, a família, o meio ambiente etc. Essa proteção, como é evidente, não deve ocorrer somente quando violada a norma legal. A fim de evitar o dano ou a lesão, deve o Estado agir preventivamente.

Para prevenir o mal maior, segundo preleciona o Professor MANOEL PEDRO PIMENTEL, "o legislador estabeleceu um conjunto de normas destinado a cercear as condutas que, sem se apresentarem ainda lesivas ou ofensivas, trazem em si a potencialidade de ofender ou de lesar, constituindo-se em manifestações de estado perigoso" (1).

A esse conjunto de normas, conforme ainda ensina o festejado penalista, "deu-se o nome de contravenções, e a sua tipificação em leis de caráter punitivo visa cercear-lhe o desenvolvimento, evitando o dano ou a lesão que inevitavelmente aconteceriam se chegassem ao seu pleno desdobramento, ofendendo ou lesando os bens e interesses jurídicos mais relevantes" (2).

(1) *Contravenções Penais*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 2.

(2) Ob. e p. cit.

Dentro do nosso ordenamento jurídico essas normas em parte foram codificadas, constituindo a Lei das Contravenções Penais, enquanto outras, em grande número, encontram-se em leis esparsas (3).

Em face da relevância de referidas normas, desnecessárias quaisquer considerações a respeito, visto que se constituem num dos mais eficazes meios de prevenção da criminalidade.

2. Todavia, diante do crescente aumento da violência e do crime, com uma sensível sobrecarga nos sistemas policial, judiciário e carcerário, e em face das formalidades exigidas pelo processo contravencional, a violação das figuras contravencionais não tem sido objeto de uma melhor e eficiente apuração.

Nos dias de hoje, diante de um crime e de uma contravenção, há uma tendência natural para que a atividade policial ou judiciária se ocupe do primeiro.

Conseqüentemente, vêm os ilícitos contravencionais sofrendo um sensível processo de descriminalização (4), circunstância que nos leva à tomada de uma posição.

Está na hora de se adotar um modelo mais adequado às exigências atuais. Um sistema que, ao mesmo tempo que alivie e reduza a carga imposta às autoridades policiais, judiciárias e do Ministério Público, não deixe impunes aqueles que violem normas de proteção dos bens e interesses relevantes.

O momento impõe a adoção de um sistema dotado de procedimento bastante simples, sem formalismos, com sanções pecuniárias ou de ordem patrimonial, como apreensão de objetos, interdição de estabelecimentos etc., que seriam aplicadas de imediato.

Liberar-se-ia, assim, a Polícia, o Judiciário e o Ministério Público para dirigirem suas atividades aos delitos mais graves e que mais de

(3) Decreto-Lei nº 3.688, de 3-10-41 (Lei das Contravenções Penais); Lei nº 1.390, de 3-7-51 (Preconceito de raça ou de cor); Lei nº 1.521, de 26-12-51 (Crimes contra a economia popular); Lei nº 4.494, de 25-11-64 (Regula as locações urbanas); Lei nº 4.591, de 16-12-64 (Dispõe sobre o condomínio); Lei nº 4.771, de 15-9-65 (Código Florestal); Lei nº 5.197, de 3-1-67 (Dispõe sobre a proteção à fauna); Lei nº 5.473, de 9-7-68 (Regula o provimento de cargos); Lei nº 5.553, de 6-12-68 (Dispõe sobre a apresentação e uso de documentos de identificação pessoal).

(4) Segundo LUIS RODRIGUES MANZANERA e NELSON PIZZOTTI MENDES, "Há casos em que a polícia, por múltiplas causas (excesso de trabalho, situações políticas), nega-se a intervir, prender ou perseguir, dando lugar a uma descriminalização de fato". ("O Enfoque Criminológico da Descriminalização". Artigo in *Justitia*, volume nº 96, p. 163).

perto vêm atingindo a sociedade, concorrendo, ainda, para o alívio do sistema carcerário.

3. O modelo mais adequado ao nosso sistema seria a transformação dos ilícitos contravencionais em ilícitos administrativos policiais.

Seria a retirada das contravenções penais do campo do direito penal.

Alguns países, como Portugal, Itália e as duas Alemanhas, ao se defrontarem com problemas idênticos ao que hoje enfrentamos, houveram por bem adotar tal medida.

Ao sustentar a necessidade da adoção de um sistema distinto do direito penal, denominado “contraordenações”, afirmou o legislador português que:

“Ordenamento que permita libertar este ramo de direito das infrações que prestam homenagem a dogmatismos morais ultrapassados e desajustados no quadro de sociedades democráticas e plurais, bem como do número inflacionário dos comandos normativos da Administração, cuja desobediência se não reveste de ressonância moral característica do direito penal. E que permita, outrossim, reservar a intervenção do direito penal para tutela dos valores ético-sociais fundamentais e salvaguardar a sua plena disponibilidade para retribuir e prevenir com eficácia a onda crescente de criminalidade, nomeadamente da criminalidade violenta” (5).

No mesmo sentido a motivação constante do projeto de lei italiano, que despenalizou algumas figuras contravencionais, quando afirma que:

“Per fronteggiare questa situazione e, in particolare, per restituire una maggiore funzionalità e snellezza alla giustizia penale e per attribuire nuovamente efficacia alla repressione delle infrazioni previste dalle leggi penali speciali l'unico rimedio di sicura ed immediata operatività é la depenalizzazione legale di quelle contravenzioni che hanno minore rilevanza giuridica e sociale” (6).

Como se vê, a descriminalização, por sua forma de despenalização, não importa na supressão ou legalização do ilícito contravencional. Ele tão-somente perde o seu caráter penal. Sua violação continua sujeita a

(5) Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 232, de 2-7-79.

(6) *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, vol. 18, 1975, p. 3.

uma sanção, só que de outra natureza e aplicada mediante outro procedimento (7).

4. A adoção deste instituto teria como resultado imediato a descentralização de toda atividade fiscalizadora e julgadora, atribuindo-se tal competência a outros órgãos da Administração Pública (8).

A consequência seria não só a diminuição dos serviços policiais e judiciários, como a imediata aplicação de sanção ao infrator. O cumprimento da lei seria exigido e a sua violação prontamente punida. Nos dias de hoje, de nada valem as leis contravencionais, pois não há qualquer punição para aqueles que as violam. Isto só leva à desmoralização e ao desprestígio do Poder Público.

Ao contrário do que hoje ocorre, quando o processo contravencional exige um certo número de formalidades (9), o ilícito administrativo policial seria apurado de forma sumária, com uma solução imediata.

Este procedimento tramitaria perante a autoridade administrativa local, com ampla possibilidade de defesa e com recurso para a autoridade imediatamente superior, possibilitando-se, sempre, o recurso ao Judiciário (10).

Quanto às figuras contravencionais de maior interesse e que não se enquadrassem perfeitamente no campo de atuação de outros órgãos públicos, permaneceriam no âmbito de atribuições da Polícia Judiciária, mas também sujeitas ao procedimento administrativo apontado.

É de se notar, ainda, que a nossa legislação já admite a aplicação por parte de autoridades administrativas ou seus representantes, mediante processo bastante sumário, de sanções de ordem pecuniária bem mais elevadas e rigorosas do que as previstas na lei contravencional (11).

(7) Despenalização, segundo RAFFAELE BERTONI e outros, "si riferisce ai casi di degradazione di figure criminose in illeciti di diversa natura (per lo più amministrativa)". (In *Depenalizzazione e Illecito Amministrativo*. Milano, Giuffrè Editore, 1982, p. 3).

(8) Por exemplo, os ilícitos previstos nos arts. 22 (internação irregular em estabelecimento psiquiátrico) e 23 (indevida custódia de doente mental) seriam da competência do órgão que cuidasse da saúde; as figuras descritas nos arts. 29 (desabamento), 30 (perigo de desabamento) e 42 (perturbação do trabalho ou sossego alheos), do Município.

(9) V. art. 531 do Código de Processo Penal.

(10) V. art. 153, § 4º, da Constituição federal.

(11) Enquanto a multa por infração do art. 32 da Lei de Contravenções Penais vai de Cr\$ 400,00 a Cr\$ 4.000,00, a multa pela mesma infração, prevista no Código Nacional de Trânsito, aplicada por um policial de trânsito, no momento da infração, é muito superior e permite a apreensão do veículo.

5. Entretanto, antes de se proceder à transformação de determinados ilícitos contravencionais em ilícitos administrativos policiais, há que se efetuar um expurgo na Lei das Contravenções Penais e nas leis esparsas, retirando-se-lhes algumas figuras. Uma deverão ser suprimidas e outras remetidas para o Código Penal.

No primeiro caso, estaríamos diante da *ab-rogação*. Esta forma de descriminalização, no dizer de LUÍS RODRIGUES MANZANERA e NELSON PIZZOTTI MENDES, consiste na abolição da norma que dava caráter criminal a determinada conduta" (12).

Consoante preleciona o Professor MIGUEL REALE JUNIOR, "a mudança dos valores predominantes na vida social exige a descriminalização. Novas crenças e modos de ser tornam dezarrazoadas certas incriminações que se apresentam conflitantes com os padrões de comportamento ora vigentes" (13).

De fato, várias figuras contravencionais já sofreram ou vêm sofrendo um processo de descriminalização.

Algumas delas, como as previstas nos arts. 20 (anúncio de meio abortivo ou anticoncepcional), 24 (instrumento de emprego usual na prática de furto), 25 (posse não justificada de instrumento usual na prática de furto), 26 (violação de lugar ou objeto), 39 (associação secreta), 44 (imitação de moeda para propaganda) e 52 (loteria estrangeira), estão totalmente superadas e inadequadas à época que vivemos.

Outras, como as descritas nos arts. 59 (vadiagem), 60 (mendicância) e 62 (embriaguez), mais refletem um problema social, a ser amparado pelo Estado, do que uma situação que coloque em perigo a sociedade. Os vadios, os mendigos, os ébrios merecem tratamento e não punição (14).

Num exame mais aprofundado e que foge ao objetivo deste trabalho, outras infrações poderiam ser apontadas.

6. No que diz respeito à penalização de certos ilícitos contravencionais, faz-se mister observar, inicialmente, que alguns tipos, como os pre-

(12) Artigo citado.

(13) *Novos Rumos do Sistema Criminal*. Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 213.

(14) Para RICARDO LEVENE: "Pero no basta declarar punibles como contravenciones ciertas formas de conducta, como sea la vacancia, la ebridad, la mendicidad, si faltan los establecimientos adecuados, que permitan llevar a cabo la terapia del trabajo, que para muchos es la única aplicable a toxicómanos, vagabundos, alcoholistas etc" (*Introducción al Derecho Contravencional*. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1968, p. 72).

vistos nos arts. 57 (publicidade de sorteio) e 70 (violação do privilégio postal), já foram penalizados. O primeiro, pelo art. 17, parágrafo único, da Lei nº 5.250, de 9-2-67 (Lei de Imprensa); e o segundo, pela Lei nº 6.538, de 22-6-1978 (Dispõe sobre os Serviços Postais).

Numa análise bastante superficial, poderíamos apontar desde logo, como passíveis de penalização, as figuras dos arts. 19 (porte de arma) e 34 (direção perigosa de veículos na via pública), ambas da Lei das Contravenções Penais.

No que tange ao porte de arma, não restam dúvidas, conforme afirma NILO BATISTA, que o ilícito estaria melhor situado no Código Penal, "entre os crimes de perigo para a vida ou a saúde" (15).

Quanto a direção perigosa de veículos, segundo preleciona JOSÉ FREDERICO MARQUES, "infração de tanta gravidade deveria merecer norma especial que a qualificasse como *crime* e em que a punição fosse bem rigorosa" (16).

No mesmo sentido, a lição do já citado NILO BATISTA, para o qual, "se o Código Penal de 1969 houvesse entrado em vigor, com os delitos de regra de trânsito (arts. 287 e 288), tal contravenção não se apresentaria nos números que examinamos. Seja pelo modelo do Código de 1969, (isto é, pela via do perigo comum), seja pela reformulação do tipo básico de perigo para a vida ou a saúde (art. 132, CP), o assunto pode ser tratado de modo incomparavelmente mais sério e eficaz, dentro do Código Penal" (17).

7. Em resumo e concluindo, temos que o momento exige a tomada de uma posição, com a adoção de novas medidas, principalmente aquelas que ao mesmo tempo que liberem a Polícia Judiciária, o Ministério Público e o Judiciário para atuar apenas nos casos mais graves, não deixe impune os infratores de normas que tenham por objeto coibir condutas que possam causar ofensas ou lesões.

A descriminalização das contravenções penais, transformando-as em ilícitos administrativos policiais, apurados sumariamente, mediante procedimento especial e punidas com sanções administrativas, como multa, apreensão e perda de objetos, interdição de estabelecimentos etc., seria, a nosso ver, a medida mais adequada ao momento.

(15) "Contravenções Penais". Parecer in *Revista de Direito Penal*, vol. 29, p. 277.

(16) *Tratado de Direito Penal*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1961, v. IV, p. 274.

(17) Ob. e p. citis.

Administração da justiça e responsabilidade civil

LUIZ FABIANO CORRÊA
Juiz de Direito em São Paulo

SUMÁRIO

- I — INTRODUÇÃO
- II — RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO
- III — RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL
 - a) Do Juiz
 - b) Dos Jurados
 - c) Do Representante do Ministério Público
 - d) Dos Auxiliares permanentes ou eventuais da Justiça
 - e) Das Testemunhas
 - f) Das Partes
 - g) Dos Advogados e da Ordem dos Advogados do Brasil
- CONCLUSÃO

I — INTRODUÇÃO

A justiça é um valor absoluto, que, em sua plenitude, ao lado de outros valores absolutos, só em Deus se encontra. O belo, o bom, o verdadeiro e o justo absolutos só nele estão realizados e podem realizar-se. Mas o ser humano também os busca e essa tarefa interminável da humanidade, no sentido de realizar os valores absolutos, espelha a sua caminhada para Deus. Feito à imagem e semelhança do seu Criador, o ser humano tem por Ele a profunda atração, que marca a admirável trajetória da criação do "alfa" para o "ômega"⁽¹⁾. É certo que o homem jamais atingirá a perfeição em nenhum dos sobreditos valores, mas deve procurá-los e tende naturalmente a aproximar-se o mais possível de todos e de cada um deles. Assim, busca a justiça, até como condição necessária à sua própria feli-

(1) TEILLARD DE CHARDIN, *O Fenômeno Humano*.

cidade: "Felizes os famintos e sedentos de justiça, porque serão saciados" (Mt. V, 6). Ou, como disse BERTHOLD BRECHT, "a justiça é o pão dos pobres".

E o meio pelo qual o homem procura atingir a justiça é o direito. Se este não a tiver por meta, como um valor absoluto, não passará de uma farsa, de vez que a justiça, como harmonia das tendências humanas de valor no âmbito da convivência social, é a lei fundamental do bem comum (2).

Quanto ao direito, não vem ao caso, aqui, defini-lo, para estabelecer-lhe o exato conceito. Trata-se, de resto, de tarefa difícilíssima, que, por milênios, tem desafiado a argúcia e a pertinácia de juristas e pensadores de todas as eras, sem que jamais se tenha chegado a uma conclusão definitiva e satisfatória a tal respeito (3).

É fora de dúvida, porém, que ele está intimamente ligado aos fatos da vida humana. O homem é um "animal social" e o direito, regulando o relacionamento dele com os seus semelhantes, é condição indispensável à própria sobrevivência das sociedades humanas.

Normalmente, na grande maioria dos casos, o direito se realiza de per si, pelas mais variadas razões: imposição da consciência individual; interesse; medo das conseqüências adversas, decorrentes de um comportamento que lhe seja contrário; e muitas outras. As normas jurídicas são, pois, em geral, obedecidas espontaneamente. Entretanto é igualmente verdadeiro que, não obstante a regra seja essa, a exceção também ocorre. Vez por outra, aqui ou acolá, sempre aparece alguém que transgride as regras do direito. Se isso acontece, verifica-se um rompimento do equilíbrio social e a sociedade se vê na contingência de reagir, para restabelecê-lo, a fim de que não venha, ela própria, a desagregar-se.

II — RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Primitivamente isso se fazia de indivíduo para indivíduo, de um grupo em relação ao outro, vingando-se pessoalmente o ofendido do ofensor, ou pondo-se em luta o clã daquele contra o deste. Tal solução, porém, bem cedo se mostrou perigosa e desinteressante, pelo risco do **bellum omnium contra omnes**, fatal para a sobrevivência do agrupamento social. Foram assim as próprias necessidades da convivência pacífica dos homens que levaram ao estabelecimento de órgãos munidos de autoridade pública, para resolverem suas contendas.

Sem quaisquer regras que lhes dirigisse a conduta, guiados apenas pela intuição e pela experiência, eram os próprios monarcas que, no alvorecer das civilizações, ministravam a justiça, às vezes com muita propriedade e perspicácia, como o sábio rei Salomão, outras vezes atabalhoadamente, como aquele rei de Portugal, que saía pelas ruas de Lisboa, de relho em punho, castigando por suas próprias mãos, sem mais formalidades, quem

(2) JÜRGEN BAUMANN, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, pág. 4.

(3) Cfr. H. L. A. HART, *The Concept of Law*.

entendesse que deveria ser justificado (4). Só mais tarde surgiram órgãos judicantes especializados, restritos à administração da justiça. O iluminismo do século XVIII e especialmente a célebre teoria da tripartição dos poderes, de Montesquieu, cujos ideais foram a chama que aqueceu e iluminou as Revoluções americana e francesa, ensejaram o surgimento do Estado de Direito, em que a Magistratura, inteira e definitivamente desligada de quaisquer outras funções governamentais, passou a constituir o Poder Judiciário, independente e soberano. Antes disso, nem na própria Inglaterra, cujo regime político o próprio MONTESQUIEU tanto admirava, os juizes eram realmente independentes. A mesma *equity*, tão admirada e decantada, teve a sua origem na interferência direta do rei na administração da justiça. Muitas vezes os juizes ordinários não ousavam romper as rígidas regras do *common law*, que se foram cristalizando, através dos precedentes judiciais, desde os remotos tempos do rei Henrique II, tal o respeito e o condicionamento que elas lhes impunham. Resultava daí que, em certos casos, a parte acabava sendo vítima de brutal injustiça e, para repará-la, apelava diretamente para o rei ou para o seu Conselho. Tais petições eram entregues ao chanceler, que, primitivamente, era um clérigo, "The Keeper of the King's Conscience". Formou-se, então, um sistema que, de simples recomendações do chanceler ao Conselho, evoluiu para decisões dele próprio e, dessa maneira, acabou formando-se um corpo de normas substantivas diferentes do direito ordinário do país, baseadas na razão e na consciência (5).

De qualquer forma, porém, esteja nas mãos de juizes subordinados ao rei ou ao chefe de Estado ou de magistrados independentes e soberanos, já há milênios que a administração da justiça vem constituindo um serviço público. Daí decorre ser o Estado, mormente o Estado de Direito, responsável por que seja ela bem administrada, porquanto, segundo o entendimento de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, "a idéia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito" (6).

A responsabilidade do Estado pela boa administração da justiça deve, pois — insiste-se —, fundar-se nesse princípio geral. Aliás, no Brasil, longe da velha regra de que "le roi ne peut mal faire" ou "the King can do no wrong", da qual só há pouco se despeçou o direito inglês e que os norte-americanos ainda relutam em abandonar, o princípio da responsabilidade civil do Estado alcançou apreciável evolução. Na Constituição do Império e na primeira Constituição republicana, o dano causado pelos agentes do Estado, no exercício de suas funções, ficava a cargo deles, se tivesse agido

(4) OLIVEIRA MARTINS, *História de Portugal*.

(5) Esse sistema foi sarcasticamente criticado por um escritor do século XVII, JOHN SELDEN, com a seguinte observação (apud JOHN FARRAR, *Introduction to Legal Method*, pág. 56): "Equity is a roguish thing, for law we have a measure, know what to trust to. Equity is accordind to the conscience of him that is Chancellor, and as it is larger or narrower so is equity. It is all one as if they should make the standard for the measure we call a foot to be the Chancellor's foot; what an uncertain measure would this be; one Chancellor has a long foot, another a short foot, a third an indifferent foot; it is the same thing in the Chancellor's conscience."

(6) CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO — *Atos Administrativos e Direitos dos Administrados*, Cap. V, págs. 121/seqs.

culposamente. Pelas normas constitucionais, a vítima ficava, pois, à mercê da problemática solvência do funcionário, o que na prática equivalia, as mais das vezes, a deixá-la sem indenização alguma. Entretanto, talvez por isso mesmo, ilustres juristas, entre os quais avultavam RUI BARBOSA e AMARO CAVALCANTI, já sustentavam o princípio da responsabilidade civil do Estado. Sobreveio o art. 15 do Código Civil que estabeleceu a responsabilidade solidária do Estado pelos atos danosos, imputáveis aos seus agentes, a título de culpa. O princípio foi consagrado pela Constituição de 1934 e mantido pela Carta de 1937. A Constituição de 1946 foi mais além: abandonou o pressuposto da culpa para tornar o Poder Público responsável pelos danos decorrentes de sua atividade. Adotou, pois, o princípio da **responsabilidade objetiva**, que foi mantido pela Constituição de 1967 e pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Responsável é, portanto, basicamente o Estado. Terá ele contudo ação regressiva contra o funcionário que tenha agido culposamente (*lato sensu, isto é, com dolo ou culpa*).

Questiona-se apenas se o ofendido tem ação contra o próprio funcionário. Sustenta que não na tem HELY LOPES MEIRELLES ⁽⁷⁾, afirmando que “o funcionário não pode ser obrigado a integrar a ação que a vítima intenta contra a Administração, mas pode intervir como assistente da Administração”. Reputa inclusive inaplicável à espécie a regra do art. 70, nº III, do Código de Processo Civil, que dispõe sobre a denunciação da lide a quem o contrato ou a lei obrigarem a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do vencido na demanda ⁽⁸⁾. Para ele, pois, em ocorrendo a hipótese prevista no parágrafo único do art. 107 do vigente diploma constitucional, o Estado, condenado a indenizar a vítima, poderia promover ação regressiva contra o funcionário faltoso, na forma da legislação específica. Divergem, porém, dessa opinião, entre outros, PONTES DE MIRANDA ⁽⁹⁾ e CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. Para este, o art. 107 e seu parágrafo único “não tem caráter defensivo do funcionário perante terceiro”. Sua finalidade é “proteger o administrado, oferecendo-lhe um patrimônio solvente e a possibilidade de responsabilidade objetiva em muitos casos”. Ao mesmo tempo possibilita ao Estado recobrar do funcionário faltoso o que desembolsou por culpa deste. O que se visou com esses dispositivos foi proteger o administrado e resguardar, na medida do possível, os interesses do erário, sem qualquer intuito de acobertar o agente público ⁽¹⁰⁾.

Entretanto, quando se trata de dano ocasionado pela má administração da justiça, a questão toma feições próprias, embora, no fundo, seja também esta uma **culpa de serviço** ou **falta de serviço** (*faute de service*) como outras que ocorrem, quando um serviço público, que deveria funcionar não funciona, ou funciona mal ou atrasado. Existe certa hesitação em admitir, como regra geral e irrestrita, a responsabilidade do Estado em casos dessa natureza. “No que respeita às funções públicas suscetíveis de gerarem compromisso estatal por danos, seu marco superiormente avançado é a

(7) *Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 611.

(8) *Ibidem*.

(9) *Comentários à Constituição de 1967, com a E. C. n.º 1, de 1969*, tomo V, págs. 641/seqs.

(10) *Loc. cit.*

responsabilidade por atos legislativos — o que já sucede, em alguns casos, nos tempos hodiernos. Aceita-se, ainda, embora muito estritamente, responsabilidade por atos jurisdicionais” (11). É, pois, nítida a relutância em aceitar a responsabilidade civil do Estado por estes últimos, não obstante já a preconizassem PEDRO LESSA e outros e, mais modernamente, MÁRIO GUIMARÃES(12), PONTES DE MIRANDA(13) e ALFREDO BUZAID(14), além de AGUIAR DIAS, TEMÍSTOCLES CAVALCANTI e OTÁVIO DE BARROS. Para isso conferem esses autores um sentido amplo à palavra **funcionário**, fazendo-a compreensiva também dos juízes (15).

Todavia o próprio MARIO GUIMARÃES (16) cita uma decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que:

“Não é a União civilmente responsável pelas decisões, contenciosas ou administrativas, proferidas pelo Poder Judiciário, porque este não é representante ou preposto dela, mas um dos órgãos da soberania nacional.”

Mais recentemente voltou o Excelso Pretório a reafirmar o mesmo princípio, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 70.121-MG, relatado pelo Ministro DJACI FALCÃO(17). Cuidava-se de uma ação movida por um comerciante do interior de Minas Gerais, que fora preso preventivamente, por emissão de cheques sem fundos. Depois de interrogá-lo, o juiz reteve consigo os autos por dois anos e nove meses, a despeito das reiteradas cobranças do promotor público da Comarca. Ao cabo de mais de três anos de cárcere, o preso acabou sendo absolvido, a requerimento do próprio representante do Ministério Público. Moveu, então, uma ação de indenização contra o Estado, alegando que, com a sua longa e injusta prisão, o seu negócio pereceu, deixando-o completamente arruinado. Sucumbiu, porém, em todas as instâncias, sob os mais variados fundamentos, entre os quais o de que ele teria feito a greve do encarceramento, porque não usou de recurso algum para livrar-se dele, apesar de lhe ter sido possível obtê-lo até por **habeas corpus**. Este aventou que poderia tê-lo postulado inclusive o próprio representante do Ministério Público. Afirmou-se também que ele já estava mal de vida, quando foi preso, tanto assim que a causa de sua prisão fora a emissão de cheques sem fundos. Quando foi à Corte Suprema, lá também não logrou sucesso, pois que, contra os votos dos Mi-

(11) *Idem, ibidem.*

(12) MÁRIO GUIMARÃES, *O Juiz e a Função Jurisdicional*, cap. XVII, págs. 299/secs.

(13) *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo II, págs. 394/secs.

(14) “Da Responsabilidade do Juiz”, in *Revista de Processo*, n.º 9, ano 3 (jan./mar. de 1978), págs. 15/secs.

(15) Para PONTES DE MIRANDA (loc. cit.): “A responsabilidade do Estado pode existir, ainda que não exista a responsabilidade do juiz. O Estado responde pelo fato da lesão ao direito, por funcionários públicos, ainda que não tenha havido culpa desses; a ação regressiva do Estado é que depende da culpa do funcionário público.” Percebe-se, pois, que o saudoso jurista admitia, sem rebuços, a equiparação do juiz aos demais funcionários públicos, para efeito de responsabilidade civil do Estado. JOSÉ FREDERICO MARQUES também considera o juiz um servidor do Estado, com a ressalva, porém, de que se trata de um funcionário *sul generis* (*Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, págs. 117/secs., n.º 231 — Dos poderes do juiz).

(16) *Loc. cit.*

(17) *RTJ*, vol. 64, págs. 689/secs. Não só pela riqueza dos seus fundamentos, mas também pelo seu calor humano, merece ser transcrito o brilhante voto do Ministro ALIOMAR BALEEIRO (v. no final deste artigo).

nistros BILAC PINTO e ALIOMAR BALEEIRO, entendeu aquela Corte que a responsabilidade seria pessoal do juiz, cuja atividade não se confunde com a dos demais funcionários públicos.

Note-se que, explícita e literalmente, no julgado referido por MARIO GUIMARÃES, e, de maneira implícita, neste outro, o princípio da soberania foi admitido como excludente da responsabilidade civil do Estado. Entretanto, para DUEZ, citado pelo próprio MARIO GUIMARÃES⁽¹⁸⁾, esse argumento não merece consideração, porquanto, segundo DUGUIT, se a soberania é uma realidade,

“elle ne se manifeste pas d’une manière plus intense dans l’acte juridictionnel que dans l’acte administratif, et si elle ne s’oppose pas à la responsabilité de l’Etat administrateur, il n’y a pas de raison qu’elle s’oppose à la responsabilité de l’Etat juge.”

A mesma relutância em admitir a responsabilidade do Estado por deficiência dos serviços judiciários percebe-se ainda em outro arresto do Supremo Tribunal Federal. Uma queixa crime, por delito de imprensa, foi movida na Comarca de Caxias do Sul, cujo juiz se deu por impedido. O juiz de Cachoeira do Sul, designado para officiar no feito, não pôde imprimir-lhe a necessária celeridade, por acúmulo de serviços, e a ação penal acabou prescrita. O querelante, então, acionou o Estado, para haver a reparação do prejuízo que daí lhe proveio. Os Ministros ALIOMAR BALEEIRO e ADALÍCIO NOGUEIRA reconheceram a obrigação de o Estado reparar o dano, por não ter aparelhado os seus serviços judiciários de molde a assegurar-lhes a necessária presteza. Entretanto, para os Ministros PEDRO CHAVES e VILAS BOAS, a causa da prescrição teriam sido os prazos prescricionais propositadamente curtos da Lei de Imprensa. A ação acabou sendo julgada improcedente, mercê do voto de desempate do Ministro Hermes Lima, o qual considerou que o querelante também teria contribuído para a prescrição, por ter dado causa ao adiamento de uma audiência e ter permitido que o processo tivesse ficado sem andamento por dois meses, à espera de preparo de um recurso, o qual, embora fosse de incumbência da parte contrária, ele próprio poderia ter efetuado, para acelerar a marcha do feito⁽¹⁹⁾.

O que transparece desses julgados é a preocupação, mais de índole política do que jurídica, de não facilitar o estabelecimento de precedentes de responsabilidade civil do Estado pela morosidade da nossa emperrada máquina judiciária, cuja regra é o mau funcionamento⁽²⁰⁾. O pulular de ações dessa espécie, se bem sucedidas, poderia acarretar para o erário sobrecarga tamanha, que este talvez não estivesse em condições de suportar. Em tais situações os tribunais, especialmente as Cortes Supremas, embora busquem no campo do direito as razões de decidir, costumam, na verdade, às vezes, com grande proveito para o bem-comum, outras vezes desas-

(18) Loc. cit.

(19) Rev. For. 220, págs. 105/segs.

(20) Aliás, esse “privilégio” não é só nosso. São frequentes as queixas contra o mesmo mal na imprensa e na literatura de países até mesmo altamente desenvolvidos, como os Estados Unidos e a Alemanha.

tradamente, tomar posições nitidamente políticas (21). Por isso, se andam certos ou não os nossos tribunais em resistir ao reconhecimento da "faute de service" nas falhas dos nossos serviços judiciários, especialmente nas que decorrem da sua morosidade, só o tempo dirá.

Há, porém, em nossa legislação, pelo menos um caso em que, por expressa disposição legal, se reconhece a responsabilidade civil do Estado por erro judiciário. É a regra do art. 630 do Código de Processo Penal, que a estabelece para o caso de absolvição do réu em processo de revisão criminal. Pode ele pleiteá-la do próprio tribunal da revisão ou em ação à parte (22).

Exclui-a, porém, a lei em dois casos: no de o próprio réu ter contribuído para a sua condenação, especialmente confessando crime que não cometeu, ou ocultando provas que possui, e no caso de ação penal privada. No primeiro deles a solução é, em princípio, justa. A condenação teria sido imposta ao réu por culpa dele próprio. Dessa maneira, teria sido ele e não o Estado o causador do dano. Segundo CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, o que há então não é, deveras, nem mesmo uma excludente da responsabilidade do Estado; é a própria inexistência desta, por falta do nexo de causalidade(23). Todavia parece mister que tenha havido efetiva culpa do réu na sua condenação, especialmente que a confissão tenha sido livre, espontânea e consciente, nunca, porém, forçada, extorquida ou irreal, seja porque obtida mediante violência ou ameaças, quer das autoridades policiais, quer das judiciárias, seja porque do termo de interrogatório constaram fatos que ele realmente não confessou. A ocultação de provas, por sua vez, poderá ser feita pelo fato de o acusado, mormente em se tratando de pessoa de poucas luzes, desconhecer-lhe a relevância. Tal circunstância não deveria prejudicar-lhe o direito ao ressarcimento, especialmente se não lhe foi assegurada a ampla defesa, que lhe é constitucionalmente garantida.

No que respeita à ação penal privada, a exclusão da responsabilidade do Estado já não assemelha encontrar justificativa plausível. Se é certo que nesses casos a iniciativa processual é de quem se diz vítima, o processo, contudo, não deixa de ser público, não deixa de ser um ato do Estado. É através de seus órgãos que se procede à apuração dos fatos, é o juiz, que, como órgão estatal, impõe a condenação, e a execução da pena, é o próprio Estado que a realiza. A exceção se mostra, pois, até mesmo inconstitucional, já frente ao citado art. 107, já perante o princípio da isonomia, consagrado pelo art. 153, porquanto não existe dissemelhança de situações, com relevância bastante para justificar a disparidade de tratamentos. Suponha-se, por exemplo, que dois indivíduos tenham sido injustamente condenados e

(21) Assim, nos primórdios do século XIX, as cortes inglesas, para não prejudicar o florescente desenvolvimento industrial do país, negavam indenização por acidentes do trabalho. De suma infelicidade, porém, foi a Suprema Corte norte-americana, ao proclamar a escravatura uma "instituição sacrosanta". Se o não tivesse feito, talvez tivesse poupado à nação os horrores da terrível Guerra de Secessão, que tantos prejuízos em vidas humanas e materiais lhe custou" (cfr. EDGAR BODENHEIMER, *Clôncia do Direito*, passim).

(22) EDUARDO ESPINOLA FILHO, *Código de Processo Penal Brasileiro Comentado*, vol. VI, págs. 387/seqs.

(23) Loc. cit.

tenham cumprido pena de igual duração por crime de estupro. A um, porém, a condenação foi imposta mediante ação penal privada, porque a pseudo-vítima tinha recursos para movê-la; mas o outro foi denunciado pelo Ministério Público, mediante representação da *soi-disant* ofendida, que se apresentava como pobre. Haveria razão plausível, só por isso, para que um fosse indenizado e outro, não? Em qualquer caso a solução justa seria a responsabilidade solidária de quem contribuiu para a condenação injusta e a possibilidade de ação regressiva, da parte do Estado, nunca, porém, a exclusão da responsabilidade deste.

Para PEDRO LESSA e outros, seria igualmente possível a indenização pelo Estado em caso de ação rescisória, consoante informa MARIO GUIMARAES, o qual contudo, deles discorda, dizendo que não há equiparar uma e outra hipótese, a saber a revisão criminal e a ação rescisória. Esta seria coisa das partes, na qual o Estado só excepcionalmente intervém; a outra seria de interesse público e os processos intentados pelo Ministério Público (24). Teria razão o antigo e preclaro Ministro do Supremo Hribunal Federal? Não haveria, tanto em um como em outro caso, um dano injustamente causado à vítima, por ato do Poder Público, na sua função de ministrar a justiça?

III — RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL

A) Do Juiz

Dispõe o art. 133 do Código de Processo Civil de 1973:

“Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I — no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II — recusar, omitir, ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Parágrafo único — Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no nº II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.”

Colocadas em um código de processo, essas disposições se revelam indistintamente heterotópicas. Por isso como observa PONTES DE MIRANDA (25):

“No fundo, o direito processual, sem o confessar, fracassa nos seus intuitos de resolver o problema, fora do direito civil.”

O Código de Processo Penal silenciou sobre a responsabilidade civil do juiz, cuidando apenas de sua responsabilidade administrativa, ao dispor, em

(24) Loc. cit. Nos Estados Unidos também é admitida a indenização por erros judiciários em questões criminais; em questões civis, porém, ainda predomina a tradição do “self help” (cfr. JEROME FRANK, *Courts on Trial*, pág. 96).

(25) *Comentários ao Código de Processo Civil*, loc. cit.

seu art. 801, como dispunha o art. 24 do Código de Processo Civil de 1939, que, em excedendo os prazos de decidir, perderiam os juizes os vencimentos correspondentes aos dias excedidos, os quais seriam outrossim descontados em dobro, no cômputo do tempo para efeito de promoção e aposentadoria.

No que toca à perda dos vencimentos, controverteram-se os doutores sobre a constitucionalidade da aludida regra. Considerou-a inconstitucional EDUARDO ESPÍNOLA FILHO⁽²⁶⁾, por entender que feria o princípio da irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados. De parecer contrário, porém, MÁRIO GUIMARÃES, para quem a remuneração é contraprestação pelo serviço prestado e não poderia o juiz reclamar pagamento por serviço que não prestou. Não haveria assim afronta ao princípio constitucional, que teria outra finalidade: a de proteger os juizes contra os abusos dos outros poderes⁽²⁷⁾.

Sem embargo do silêncio da lei processual penal, seria, porém, fora de dúvida que o juiz do crime deveria responder da mesma forma que o do cível, pelos danos causados a outrem, que, no exercício de suas funções, lhe fossem imputáveis. Entretanto, atualmente, quer a matéria relacionada com a responsabilidade administrativa dos magistrados, quer a referente à sua responsabilidade civil, está regulada pela Lei Orgânica da Magistratura. Sendo esta lei especial, derogou as disposições contidas nos Códigos de Processo que são leis gerais. Atualmente, pois, os juizes estão sujeitos tão-só às penalidades previstas no Capítulo II da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, entre as quais não se incluem os descontos de vencimentos e de tempo de serviço.

No que toca à responsabilidade civil, o art. 49 da LOM, cujo teor é quase o mesmo do art. 133 do Código de Processo Civil de 1973, abrange tanto a magistratura criminal como a civil, ou a trabalhista ou qualquer outra.

A responsabilidade civil desta última foi magistralmente analisada pelo Professor ALFREDO BUZUID⁽²⁸⁾. Depois de tecer considerações sobre a responsabilidade civil do Estado, pelos atos dos três Poderes, observou ele que as razões que as legitimam não são as mesmas para todos e o seu fundamento varia, consoante a natureza do ato e a autoridade que o pratica.

A seguir passou o ilustre mestre a descrever a evolução histórica da matéria. a partir do direito romano, com suas cominações proferidas contra o juiz "qui litem suam fecerit", passando pelos textos do direito medieval, e fazendo referência inclusive ao duelo judicial, que somente São Luís, Rei de França, veio a suprimir. Consistia este no direito de o vencido na causa desafiar o juiz para a luta e, se o batesse, a decisão era considerada nula, porque se entendia que dessa forma se manifestara a vontade de Deus. Discorreu, ao depois, sobre o direito que vige atualmente em outros países sobre a matéria e, por fim, interpretou com muita propriedade o art. 133

(26) *Op. cit.*, vol. VIII, n.º 1.621, págs. 517/seqs.

(27) *Op. cit.*

(28) *Loc. cit.*

do Código de Processo Civil de 1973, ora substituído pelo art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura, como acima foi dito (29).

Em síntese, a responsabilidade pessoal do juiz, por atos de seu ofício, só pode basear-se no dolo, na fraude e na culpa. O texto da lei brasileira corresponde, em linhas gerais, ao da italiana, e, sobre a sua exegese, há divergência entre os doutores, tanto aqui como lá, especialmente no que toca aos termos **dolo** ou **fraude**. CARNELUTTI teria por "supérflua a palavra fraude, porque o dolo é suficiente para caracterizar a antijuridicidade da conduto e ensejar a responsabilidade". UGO ROCCO entende irrelevante essa crítica, porque "se é verdade que todo ato fraudulento é doloso, nem sempre um ato doloso é fraudulento", diz CELSO AGRÍCOLA BARBI, manifestando a sua preferência pelo ponto de vista de CARNELUTTI (30). O Professor ALFREDO BUZUID, porém, está com ROCCO, dando a entender, em seu trabalho, que o termo **dolo**, usado no texto legal, não tem o sentido amplo de ato de má fé, praticado com o fito de lesar alguém. Teria apenas o significado estrito, com que o emprega o Código Civil, para designar o vício do ato jurídico que alguém pratica, induzido pelos ardis de que outra pessoa lança mão, para captar-lhe a vontade. Já a **fraude** não teria influência sobre a vontade do lesado. Sua característica seria, sob a aparência de comportamento regular, a violação de uma obrigação preexistente ou a frustração de uma determinação legal, com prejuízo para outrem (31). Não haveria, portanto, redundância em usar o texto as palavras **dolo** ou **fraude**, porquanto as utiliza com sentidos diversos. Aceito esse entendimento, que é o que mais se coaduna com a boa hermenêutica, posto que não se pode conceber nos textos legais palavras inúteis, manifestações ociosas, expressões redundantes (32), ter-se-ia que age com dolo, por exemplo, o juiz que, ao promover a conciliação das partes, como determina a lei, ardilosamente induz uma delas a anuir em um acordo que lhe seja sobremodo desvantajoso, fazendo-a crer que não estaria levando qualquer prejuízo. De outro lado, porém, se ele suprimir peças do processo ou de qualquer forma alterar a prova dos autos, estará obrando não com dolo, mas com fraude (33).

A recusa, omissão ou retardamento da prática de ato de ofício, **sem justo motivo**, dá ensejo à responsabilidade do juiz por culpa. É óbvio que o juiz não está obrigado a deferir tudo o que a parte lhe requer. Pode deixar de atendê-la, provisória ou definitivamente, se assim lhe parecer de direito. Nesse sentido, entretanto, deve proferir despacho nos autos, fundamentando-o, quando for o caso. Por sua vez o retardamento pode justificar-se

(29) A diferença de redação entre os mencionados dispositivos está apenas em que se substituiu o termo juiz por **magistrado**, tanto na cabeça como no parágrafo, e neste, mudou-se o advérbio **só** para **somente**. A pouca relevância da mudança de redação estaria, pois, em referir-se o texto da LOM a **magistrado** e não a **juiz**. Apesar do emprego comum de um vocábulo pelo outro, nem por isso seriam ambos sinônimos perfeitos. **Juiz** concerne à função e **magistrado** à autoridade, como tratamento honorífico e respeitoso, abrangendo inclusive pessoas que ocupam cargos de destaque na administração pública. De consequente nem todo magistrado seria juiz, assim como nem todo juiz seria magistrado (cf. MÁRIO GUIMARÃES, *op. cit.*).

(30) **Comentários ao Código de Processo Civil**, I vol., págs. 540/segs.

(31) *Loc. cit.*

(32) CARLOS MAXIMILIANO, **Hermenêutica e Interpretação do Direito**.

(33) Sobre a fraude da lei é conhecida a sentença de PAULO: "Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; In fraudem vero, qui salvis verbis legis, sententiam eius circumvenit" (Dig. I, 3, 29).

por motivos vários, como o acúmulo de serviço, a complexidade da causa ou o afastamento temporário do juiz, entre outros.

Em suma, a responsabilidade civil do juiz só terá lugar, quando da parte deste tiver havido inescusável violação de seus deveres funcionais e daí houver resultado prejuízo para alguém, mas apenas nos estritos termos do art. 49 da LOM. E em face dessa norma específica, retrocede a norma geral do art. 159 do Código Civil que lhes não é aplicável⁽³⁴⁾.

Poderia aquele que, tendo meios para obstar à execução de um ato judicial que lhe seja danoso e não os utiliza, demandar perdas e danos? O direito alemão tem regra expressa a esse respeito. O parágrafo 839 do BGB, que dispõe sobre a responsabilidade civil dos funcionários públicos, preceitua que, se um funcionário violar o seu dever funcional, na decisão de uma causa, ele só será civilmente responsável, se a sua conduta configurar também um ilícito penal. Acrescenta ainda que ele não incorre no dever de reparar o dano, se o lesado, por dolo ou culpa, deixar de fazer uso dos meios de direito que lhe possibilitariam evitar o prejuízo⁽³⁵⁾. Disposições congêneres, não as há na lei brasileira, muito embora o dolo, a fraude e até mesmo a culpa, que engendram a responsabilidade civil, possam estar insertas no contexto de um comportamento penalmente típico, como estelionato, concussão, corrupção passiva, violência arbitrária, prevaricação etc. Se, contudo, não é indispensável, entre nós, a tipicidade penal, para que o juiz se torne civilmente responsável, a outra regra, isto é, a de que a omissão dolosa ou culposa de quem poderia opor-se pelos meios de direito, ao ato lesivo dele, poderia afastar-lhe a responsabilidade civil, parece existir, mesmo à míngua de preceito expresso a tal respeito. A inércia do lesado importaria em verdadeiro consentimento, ensejando aplicação da parêmia "volenti non fit iniuria", ou, quando não, pelo menos daqueloutra "dormientibus non succurrit ius".

B) Dos Jurados

Os jurados são juízes de fato e os seus vereditos devem ser acolhidos, ainda que contrariem as provas dos autos. Podem ser, portanto, notória e iniludivelmente injustos, causando graves prejuízos, seja ao réu, seja à vítima. Não parece, porém, fácil responsabilizá-los por isso, sem afrontar o princípio da soberania do Júri. Todavia, dispõe o art. 438 do Código de Processo Penal que eles serão responsáveis criminalmente, nos mesmos termos em que o são os juízes de ofício, por concussão, corrupção ou prevaricação (Código Penal, arts. 316, 317, §§ 1º e 2º, e 319). Se, portanto, forem condenados por algum desses crimes, será indubitosa a sua obrigação de indenizar o prejudicado, mesmo porque esta se impõe até como efeito da sentença condenatória penal (Código Penal, art. 74, nº I).

C) Do Representante do Ministério Público

É fato sabido que a administração da justiça não se opera por atos exclusivos do juiz. Para ter lugar reclama normalmente a formação de um

(34) MÁRIO GUIMARÃES, loc. cit.

(35) Cfr. HANS J. WOLFF, *Verwaltungsrecht* I, § 64, I, pág. 443.

processo, cuja estrutura mínima é sempre a de um **actum trium personarum**, uma das quais pode ser o próprio Estado, agindo por seus procuradores ou pelo órgão do Ministério Público. O art. 85 do Código de Processo Civil preceitua que este será civilmente responsável, quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude. Sobre esses dois tipos aplicam-se-lhes as mesmas regras concernentes ao juiz.

Estaria, porém, o órgão do Ministério Público isento de responder por simples culpa, já que o Código, em relação a ele, silenciou a tal respeito, diversamente do que fez, no que toca ao juiz. E em se tratando de processo penal? Não há razão para dúvida, não se podendo de forma alguma negar a responsabilidade civil dele, em qualquer caso, se tiver agido culposamente. Funcionário público que é, bastaria para fundamentá-la o parágrafo único do art. 107 do diploma constitucional em vigor.

D) Dos Auxiliares permanentes ou eventuais da Justiça

Para que possa funcionar, o aparelho judiciário necessita de uma infraestrutura humana vasta e complexa, precisando o juiz de inúmeros auxiliares permanentes ou eventuais: escrivães, escreventes, meirinhos, porteiros, peritos e outros. Todos esses têm as suas funções e co-respectivos deveres definidos nas leis do processo e em outras que lhe são pertinentes. O descumprimento de suas obrigações, desde que injustificável, pode acarretar-lhes, a par de outras sanções, a responsabilidade pelos prejuízos que disso eventualmente venham a decorrer para alguém.

E) Das Testemunhas

A testemunha é elemento fundamental para administração da justiça. Não raro é exclusivamente do seu depoimento que depende a apuração dos fatos sobre que se controverte em juízo e conseqüentemente a decisão da causa. Se falta com o seu dever de depor ou de dizer a verdade, pode causar prejuízo gravíssimo, cuja reparação obviamente lhe incumbe.

F) Das Partes

Como já se disse acima, o processo, meio pelo qual se propicia a justiça, é um **actum trium personarum**, destinado a compor os conflitos de interesses das partes, que nele devem intervir juntamente com o juiz. A sua finalidade é a justa aplicação do direito, com fundamento na verdade dos fatos. Na prática, porém, é visto e vivido como uma guerra implacável, em que as partes, muitas vezes, se armam verdadeiras tocaias, procurando cada uma ser mais esperta do que a outra. Procurando vencer a todo custo, usam para isso, sem o menor escrúpulo, de quaisquer meios. Essa situação é muito bem retratada por JEROME FRANK, que a expõe de maneira ao mesmo tempo pinturesca e realista, chegando a comparar o processo moderno às antigas ordálias. O combate dialético que se trava nos tribunais seria uma espécie de prélio sublimado, de batalha privada. Essa opinião, sustenta o citado autor, não é só dele próprio. Tê-la-ia tido também o juiz francês De la Grasserie, em 1906, para quem o processo moderno seria

uma outra espécie de guerra, uma guerra mímica. Menciona outrossim FRANK uma obra publicada, em 1946, sob os auspícios da "American Bar Association", por LEONARD MOORE, um bem sucedido e experiente advogado, que começa o seu trabalho com a seguinte afirmação:

"Litigation resembles warfare. Opposing counsel are charged with the responsibility of so conducting their campaign that ultimate victory will result."

E prossegue no mesmo linguajar bélico, falando em escaramuças e batalhas em táticas e estratagemas, em descobrir a posição do inimigo, em dirigir-lhe um cerrado ataque, para destruir-lhe a oposição⁽³⁶⁾.

Não é este, porém, o espírito que deveria presidir ao processo brasileiro. Preconiza o nosso Código de Processo Civil o princípio da lealdade processual e chega ao ponto de responsabilizar por perdas e danos o litigante de má fé (arts. 16/secs.). Condena também, como atentatórios à dignidade da justiça, os atos do devedor destinados a frustrar a execução (art. 600). O dano processual é reprovado ainda em outros dispositivos, como os arts. 811 e 881. Em síntese, é imperativo legal que também as partes colaborem para que a justiça seja bem administrada, incorrendo em responsabilidade civil, caso não o façam.

Demais, a partir de 1965, foi introduzido em nossa legislação processual civil o chamado **princípio da sucumbência**, mantido pelo art. 20 do atual Código de Processo Civil, em razão do qual a parte que for vencida no processo deve pagar, além das respectivas despesas, os honorários do advogado da parte contrária. Tal encargo suportará o vencido, mesmo que haja procedido da forma mais incensurável, tanto no correr do processo como antes dele. Trata-se, pois, de pura responsabilidade objetiva, para a qual não vem em socorro qualquer razão de ordem social. Ao contrário, parece conflitar abertamente com o princípio da autonomia do processo.

G) Dos advogados e da Ordem dos Advogados do Brasil

Consoante expressamente dispõe o art. 68 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, no seu ministério privado, o advogado presta serviço público, constituindo com os juizes e membros do Ministério Público, elemento indispensável à administração da justiça. Para tanto, sem embargo das prerrogativas que lhe assegura, o estatuto também lhe fixa deveres, entre os quais o de indenizar prontamente o prejuízo que causar por negligência, erro ou dolo. Está assim explícita, no texto legal, a responsabilidade civil do advogado que, no exercício do seu mister, causar prejuízo a alguém.

Situações embaraçosas, porém, têm sido, pelo menos no Estado de São Paulo, as relacionadas com a assistência judiciária aos necessitados e com a defesa penal dos réus que não têm advogado.

Por preceito constitucional, será concedida aos necessitados assistência judiciária, na forma da lei. da matéria cuida ma Lei federal nº 1.060, de

(36) Courts on Trial, cap. II, sugestivamente intitulado "Fights and Rights".

5 de fevereiro de 1950, com modificações posteriores, e o próprio Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei federal nº 4.215/63). Esclarece PONTES DE MIRANDA ⁽³⁷⁾ que a assistência judiciária não se confunde com o benefício da justiça gratuita. Este compreende apenas a dispensa provisória do pagamento das despesas processuais, ao passo que aquela tem, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. Um é instituto de direito pré-processual, a outra de direito administrativo.

No que toca ao acusado indefeso, preceitua o art. 263 do Código de Processo Penal, que, se não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz. Essa norma é basilar, em face da garantia constitucional da ampla defesa.

Em muitas comarcas do Interior, porém, os advogados, com o apoio da sua Ordem, têm sistematicamente recusado a nomeação para prestar tais serviços. **Data venia**, em que pese a lhes terem dado razão, nos **obiter dicta**, alguns julgados ⁽³⁸⁾, certos em sua conclusão, mas pouco felizes na sua fundamentação, não parece que lhes assiste tal direito. O próprio Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil estabelece-lhes o dever de prestar gratuitamente serviços profissionais aos necessitados, no sentido da lei, quando nomeados pela Assistência Judiciária, pela Ordem ou pelo Juízo (art. 87, nº XI). O pretexto de que a Constituição federal veda o serviço gratuito não lhes pode servir de escusa. Esse dispositivo se destina a resguardar apenas o trabalhador assalariado. Se dele pudessem socorrer-se os advogados, para não cumprir o dever legal de prestar assistência aos necessitados ou para não assumir o patrocínio de acusados indefesos, também o poderiam os jurados, as testemunhas da parte que não tem recurso para indenizar-lhes o dia perdido para prestar depoimento, os peritos, quando a parte fosse carente de recursos para garantir-lhes os honorários, os mesários e escrutinadores convocados para servir gratuitamente à Justiça Eleitoral e tantos outros. Como acentua JEROME FRANK, o pobre, quando se vê às voltas com a Justiça, fica em situação tão desvantajosa perante quem tem recursos para movimentá-la, que o princípio da igualdade de todos perante a lei acaba francamente comprometido ⁽³⁹⁾. Ora, o primeiro dever do advogado é defender a ordem jurídica e a Constituição da República, pugnando pela boa aplicação das leis e rápida administração da Justiça e contribuindo para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas. E a primeira e mais importante das garantias constitucionais do indivíduo é o princípio da igualdade perante a lei. Não tem cabimento, pois, que o advogado deixe, a pretexto de forçar o Estado a organizar os seus serviços de assistência judiciária, de cumprir os seus deveres.

Não se pretende aqui que os advogados se acomodem e deixem de insurgir-se contra uma situação injusta, que é a de o Estado simplesmente omitir-se em organizar os seus serviços de assistência judiciária. O que

(37) *Op. cit.*, tomo VI, pág. 642.

(38) Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, vol. 48, págs. 191/seg; vol. 50, págs. 173/174.

(39) "That is not true justice, democratic justice. This defect in our judicial system makes a mockery of 'equality before the law', which should be one of the first principles of a democracy. That equality, in such instances, depends on a person's financial condition" (*op. cit.*, pág. 95). Essa amarga observação do autor a respeito do que se passa com a Justiça norte-americana infelizmente é válida também para a nossa.

se critica é o modo por que estão agindo. Ser-lhes-ia moral e até mesmo economicamente muito mais vantajoso, se prestassem assistência judiciária gratuita aos pobres, se tomassem o patrocínio dos réus indefesos, desempenhando com toda exatidão e consciência essas tarefas, e depois cobrassem do Estado, a quem cumpre indubitavelmente o encargo de custeá-las, com os respectivos honorários, consoante lhos arbitrassem os juizes das causas, como manda a lei. Aliás é o que foi sugerido em um dos acórdãos em favor de leigo que o juiz se vê na contingência de nomear para defender o acusado, na forma do art. 267 do Código de Processo Penal, por não aceitarem o encargo os advogados da comarca. Por que não teria o mesmo direito o advogado que assumisse a defesa?

Por outro lado, sendo defendido por um leigo, o acusado corre o risco de ser prejudicado. O advogado que, contrariando o seu dever, deixou de defendê-lo, não incorreria na obrigação civil de indenizá-lo? E a Ordem dos Advogados do Brasil, que incentivou esse comportamento, não seria co-responsável pela obrigação, nos termos do art. 1.518 do Código Civil?

CONCLUSÃO

Como observa RENÉ SAVATIER⁽⁴⁰⁾, a falta, donde, salvo as exceções de responsabilidade objetiva, decorre a obrigação de indenizar é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se ele o conhece efetivamente e deliberadamente o viola, há delito civil, ou, em matéria de contrato, dolo contratual.

Esse dever violado pode ser um **dever legal**, quer dizer, imposto por um texto legal.

A administração da justiça é um processo complexo, que envolve deveres plúrimos, de ordem até mesmo constitucional. a começar pelo do 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 descumpre o seu dever e com isso causa algum dano a alguém, está sem dúvida obrigado a indenizar o lesado.

A N E X O (*)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 70.121-MG

(Tribunal Pleno)

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Djaci Falcão.

Recorrente: Júlio Batista da Silva. Recorrido: Estado de Minas Gerais.

No acórdão objeto do recurso extraordinário ficou acentuado que o Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos expressamente declarados em lei, porquanto a administração da Justiça é um dos privilégios da soberania. Assim, pela demora da decisão de uma causa

(40) *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Civil Français*, págs. 7/seg.

(*) *Revista Trimestral de Jurisprudência* — Supremo Tribunal Federal, vol. 64, junho de 1973, págs. 688 e segs.

responde civilmente o juiz, quando incorrer em dolo ou fraude, ou ainda sem justo motivo recusar, omitir ou retardar medidas que deve ordenar de ofício ou a requerimento da parte (art. 121 do C. Pr. Civ.). Além disso, na espécie não se trata de responsabilidade civil decorrente de revisão criminal (art. 630 e seus parágrafos do C. Pr. Penal).

Impõe-se a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público quando funcionário seu, no exercício das suas atribuições ou a pretexto de exercê-las, cause dano a outrem. A pessoa jurídica responsável pela reparação é assegurada a ação regressiva contra o funcionário, se houve culpa de sua parte.

In casu, não se caracteriza negativa de vigência da regra do art. 15 do C. Civ., nem tampouco ofensa ao princípio do art. 105 da Lei Magna. Aferição de matéria de prova (Súmula 279).

Recurso extraordinário não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plena, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, não conhecer do recurso, contra os votos dos Srs. Ministros Relator, Bilac Pinto e Adalício Nogueira.

Brasília, 13 de outubro de 1971. — **Aliomar Baleeiro**, Presidente — **Djaci Falcão**, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO (...)

VOTO

O Sr. **Ministro Aliomar Baleeiro** (Relator): — 1. Sentença e acórdãos contrários ao Recorrente reconhecem de modo expresso os fatos em que ele assenta sua pretensão: a retenção ilegal do processo por juiz desidioso, durante 2 anos e 9 meses, estando preso o denunciado, que, por lei, não poderia permanecer no cárcere senão por 81 a 90 dias no máximo, sem concluir-se a instrução, vindo a ser absolvido a pedido do próprio Ministério Público.

Na singela inicial, o Recorrente deixa bem claro que não reclama nada pelo fato de ter sido denunciado e preso, para afinal ser absolvido, mas sim pela culpa do juiz negligente no cumprimento de seus deveres e na violação da lei, que não se compraz com a detenção preventiva além do prazo máximo nela previsto.

II. O primeiro fundamento do recurso repousa no art. 105, da Constituição federal de 1967: "As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros". O caso ocorreu sob o regime da CF de 1946, que continha norma igual no art. 194.

Entende o Recorrente que os magistrados, nesse dispositivo, a exemplo do que ocorre noutros diplomas, como o Código Penal, estão abrangidos no conceito genérico de "funcionários".

Ainda se socorre do Código Civil:

"Art. 15 — As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores de dano."

Ambos os dispositivos transcritos partem do mesmo princípio — o da regressividade e não o da solidariedade.

Responsável é a pessoa de direito público pela falta de seus agentes em serviço ou por extensão deste, resguardado seu direito de regresso contra os mesmos, se pessoalmente culpados. Claro que pode haver falta anônima do serviço, por fato inerente a este, objetivamente considerado, sem culpa específica do agente público.

De início, admito a tese do Recorrente: "funcionários", no art. 105 da CF de 1967, ou 194 da CF de 1946, são os mesmos "representantes" do art. 15 do Código Civil, inclusive os Órgãos e agentes dos três Poderes, e não apenas aqueles que as leis antigas chamavam de "empregados públicos" da Administração.

"Critério estritamente objetivo e, portanto, mais largo, exige que se considerem funcionários públicos no art. 194 todos os que praticarem atos, ou incorrerem em omissão, no exercício de função pública, sem se dever entrar, sequer, na apuração da legalidade ou ilegalidade da investidura" — adverte PONTES DE MIRANDA (**Comentários à CF 1946**, VI, p. 370).

Assim, a meu ver, o art. 105 da CF de 1967 abarca em sua aplicação os órgãos e agentes do Estado, como os chefes do Poder Executivo, os Ministros e Secretários de Estado, os Prefeitos, ainda que não sejam funcionários no sentido do direito administrativo. E, com maior razão, também os juizes, como agentes do Estado para a função jurisdicional deste, que os coloca sob regime especial de garantias no interesse de tal função. Esse regime especial e a natureza específica de sua atividade não lhes tiram o caráter de funcionários, **lato sensu**.

O art. 15 do Código Civil, usando da expressão genérica de "representantes", refere-se a todos os instrumentos jurídicos e técnicos das pessoas de direito público, e, a meu entender, não comporta distinções, que ele não fez.

A história do instituto da responsabilidade civil pode ser escrita como a história da sua contínua e progressiva ampliação, desde a responsabilidade pela culpa à responsabilidade sem culpa, desde o princípio **the King does not wrong** até a responsabilidade do Estado por todos os seus agentes. E, já em nossos dias, avança o assunto dessa melhoria ética e jurídica ao reduto mais defendido contra ela — a responsabilidade do Estado pelas leis injustamente danosas às situações individuais legítimas.

Casos como os destes autos não podem ser aferidos pelos votos dos gloriosos magistrados das gerações anteriores, que nos precederam nesta Corte há cerca de meio século, quando ainda vacilava o espírito jurídico contra os privilégios da irresponsabilidade do Estado pelos atos dolosos ou culposos de seus agentes em serviço. Isso era concebível no regime da Constituição de 1824, ou talvez na de 1891, cujo art. 82 deixava a responsabilidade "estritamente" aos funcionários insolventes e impecuniosos, como escárnio às vítimas dos fatos lesivos produzidos pelo serviço público ou pela culpa do Estado **in vigilando** ou **in eligendo**.

Aliás, a despeito da letra daquele art. 82 da CF de 1891, o Supremo Tribunal Federal, há 60 anos pelo menos, condenava o Estado por faltas atribuíveis a seus funcionários em serviço (Ac. 1.926, de 12-7-11; 1.973, de 25-5-12; 2.098 e 2.251, de 10 e 21-5-13. No mesmo sentido, C. MAXIMILIANO, **Coment.**, id. de 1929, nº 475, p. 837).

Hoje, ou melhor, desde 1946, a regra não pode ser posta em dúvida, nem sofrer restrições, que não existem no art. 194 da CF de 1946 ou 105, da CF de 1967.

Não me parece, pois, exata, com a devida vênia, a assertiva do em. Des. Natal Campos, o revisor, à fl. 138, de "que o Estado não pode ser responsabilizado no presente caso. A responsabilidade pelos prejuízos alegados pelo A., se existe, é pessoal, exclusivamente do juiz Oscar Junqueira Lopes."

Não. Pelo menos depois do art. 194, da CF de 1946, essa responsabilidade ou não existe ou é também de Minas Gerais, que escolheu o juiz inadequado e por seus órgãos competentes não o vigiou, nem tomou as providências cabíveis, inclusive o **habeas corpus** por iniciativa de seu Ministério Público.

III. A r. sentença de fl. 106 pretende ter apoio no v. acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 21-6-66, no RE-32.518-RS, vencidos o em. Ministro Adalício Nogueira e eu (RTJ, 39/190 ou RF, 220/105). Sua ementa resume a tese ali vitoriosa e que não se opõe à do Recorrente.

"1. Ação criminal privada. Demora no seu andamento.

2. A atividade jurisdicional do Estado, manifestação de sua soberania, só pode gerar a responsabilidade civil quando efetuada com culpa, em detrimento dos preceitos legais reguladores da espécie."

Naquele feito, o eg. Tribunal do Rio Grande do Sul entendera não ter havido culpa do juiz, que deixou prescrever processo de injúrias impressas, pois que estava assoberbado de trabalho com os encargos acumulados de duas comarcas durante longo período. Os votos vitoriosos dos em. Ministros V. Boas e P. Chaves e Hermes Lima foram infensos ao reconhecimento da responsabilidade objetiva, do Estado do Rio Grande do Sul, por "falta inerente ao serviço público", segundo o direito administrativo, defendida em brilhante voto do Ministro A. Nogueira e que eu também espousei.

No caso destes autos, não se trata da culpa por fato do serviço público, independentemente de culpa do agente ou representante do Estado. Aqui, temos culpa escancarada, escandalosa e incontestável do juiz, reconhecida pela sentença e pelo v. acórdão. Culpa por negligência e ilegalidade, e que justificou a remessa dos autos à Corregedoria, para ajustar contas com o magistrado deslembado de seus deveres e dos mandamentos da lei, senão até da caridade.

IV. **Data venia**, o v. acórdão equivocou-se ao armar-se das lições de WALINE. Este, como o li e entendi, não sufraga a solução do eg. Tribunal de Minas Gerais.

Como é bastante sabido, a maior parte dos casos de responsabilidade do Estado, na França, recai na competência do contencioso administrativo. O Conselho do Estado, órgão jurisdicional administrativo, decide de indenizações pedidas em consequência de atos ou fatos dos serviços públicos, o que lhe tem permitido construir, em decisões memoráveis à margem do Código de Napoleão, uma teoria da responsabilidade sob a égide do direito administrativo.

Alguns casos, entretanto, são conhecidos pelos magistrados do Poder Judiciário. Entre eles, exatamente o da responsabilidade pelo dolo ou culpa grave dos juizes em suas funções.

Vamos pela mão do próprio WALINE:

"Responsabilité de l'État du fait des services judiciaires, 1.361 — Cette question ne concerne pas le Droit Administratif, puisque, par hypothèse, il s'agit de services non administratifs. Mais, traditionnellement, en l'annexe aux études de Droit Administratif."

"Sans aller jusqu'à des hypothèses aussi extrêmes, qui ne sont cependant pas inimaginables, il peut y avoir eu des détentions préventives abusivement prolongées ..."

"Or, le principe traditionnel et constant, sauf exceptions, est l'irresponsabilité de l'État pour le mauvais fonctionnement du service de la justice" (**Droit Admin.**, 1959, n° 1.361, pp. 771-2).

Depois de mostrar a iniquidade desse princípio, WALINE cita uma das exceções por lei expressa:

"D'autre part, depuis la loi du 7 février 1933 renforçant les garanties de la liberté individuelle, la responsabilité personnelle des magistrats peut être

reconnue dans le cas de dol, fraude, concussion, mais également, et ceci est moins théorique, en cas de faute lourde professionnelle.

Dans le cas où le magistrat aurait pu être pris à partie c'est-à-dire notamment dans le cas de faute lourde professionnelle, l'État est civilement responsable des condamnations prononcées contre ces magistrats; la victime a ainsi toujours un répondant solvable. L'État peut exercer un recours contre le magistrat.

Naturellement, de telles actions, qui mettent en jeu la responsabilité des magistrats pour mauvais fonctionnement des services judiciaires sont de la compétence exclusive des tribunaux judiciaires: 31 mai 1935, Pollet, p. 642" (WALINE, *ob. cit.*, n° 1.362, pp. 772-3).

Ainda o mesmo festejado escritor, em monografia especial sobre os abusos dos juízes, acentua:

"L'excès de pouvoirs ne consiste pas nécessairement en une extension arbitraire de ses attributions par le juge, ou en une faute grossière par laquelle il s'affranchit des règles fondamentales qu'il a le devoir d'observer dans l'exercice de ses fonctions. Il y a en effet une irrégularité plus grave encore que de mal juger, c'est de ne pas juger du tout, de se refuser à exercer sa fonction, de dénier la justice aux plaideurs ou à la société elle-même. Aussi le déni de justice a-t-il été considéré, au cours de caractérisées de l'excès de pouvoir" (WALINE, *Notion Jurid. de l'Excès de Pouvoirs — L'Excès de pouvoirs du Juge — 1926*, p. 184).

Corroborava-o outro administrativista contemporâneo de igual mérito:

"La prise à partie est une procédure particulière prévue par les articles 505 et suivi, du Code de Procédure Civile, qui permet de mettre en cause la responsabilité des magistrats et officiers de police judiciaire aux cas où ceux-ci se sont rendus coupables de dol, concussion, déni de justice ou faute lourde professionnelle. Cette procédure aboutit également à la mise en jeu de la responsabilité de l'État car, aux cas de condamnation du magistrat, la loi du 7 février 1833 substitue automatiquement la responsabilité de l'État à celle du magistrat condamné" (LAUBADÈRE, *Droit Admin.*, 1957, n° 993, p. 494).

Não ensinam outra coisa os civilistas franceses contemporâneos de prol. Por ex., H. MAZEAUD e L. MASEAUD (*Traité Respons. Civile*, 4ª ed., 1947, I, n° 520, p. 494 ou na edição Mazeaud — ANDRÉ TUNC, tomo III, v. I, n° 2.006-3) ou SAVATIER (*Traité Respons. Civile*, 1951, tomo I, n° 228, p. 290, e tomo II, n° 718, p. 306). Ou ainda LALOU que, depois de repetir a lição dos autores já citados, acrescenta:

"La faute lourde au sens du nouvel art. 505-1° C. Pr. Civ. n'implique pas nécessairement un manquement intentionnel ou même inexcusable au devoir professionnel; il suffit que le juge ait commis une négligence particulièrement grave (Riom, 23 mars 1938, D. P. 1938-2-93, Gaz. Trib. 28-4-1938, et les conclusions de M. l'Avocat Général André Rous).

Pour cette raison, la prise à partie peut avoir lieu même pour erreur de droit, pourvu que cette erreur n'ait pas été comise dans le jugement lui-même et qu'elle soit si grossière qu'un magistrat normalement soucieux de ses fonctions ne l'aurait pas comise (même arrêt)" (LALOU, *Tr. Resp. Civ.*, 1949, n° 1.415, p. 809).

Do mesmo modo, ensinam os processualistas franceses, como se vê em *Juris-Classeurs de Procédure Civile*, sobre o art. 505 do C. Pr. Civ., notadamente n°s 96, 97, 98, 64 a 67, 78, 79-bis etc.

Coincide com o Cód. Proc. francês o da Itália, no art. 55, 1°:

"...il giudice è civilmente responsabile soltanto: 1) quando nell'esercizio delle sua funzioni è imputabile di dolo, frode o concussionione; 2) quando senza

giusto motivo rifiuta, omette o ritarda di provvedere sulle domande delle parti e, in generale, di compiere un atto del suo ministero."

Mas essa disposição não previu a responsabilidade solidária do Estado, como o fez a lei francesa de 7-2-33, de sorte que alguns comentadores a excluem. Assim se pronunciaram ROCCO, SALVATORE SATTA e SERGIO COSTA. Este, porém, adverte:

"Tuttavia, vedasi Alessi in Foro Pad., 1957, I, 348, il quale, nel sostenere che l'attività colposa dell'ufficiale giudiziario determina una responsabilità dello Stato, in forza del rapporto organico, sembra sostenere eguale tesi anche per il giudice" (COSTA, **Responsabilità del giudice**, vb. no **Novissimo Digesto Ital.**, 1957, XV, p. 702-3).

Note-se o comentário do professor colombiano H. D. ECHANDIA:

"Por lo general, los autores de derecho administrativo aceptan esta responsabilidad del Estado. Duguít considera que si bien el acto jurisdiccional es una emanación de la soberanía del Estado, "ella no se manifiesta de una manera más intensa en el acto jurisdiccional que en el acto administrativo", y no hay razón para excluirla del primero. De la misma opinión es PHILIPPE ARDANT, y también BIELSA. Los autores brasileños siguen esta moderna doctrina, como observa MARIO GUIMARÃES, para quien reconocer la indemnización en ciertos casos es una medida de justicia, porque si existe un servicio público organizado por la colectividad, y falla, el perjuicio que por ese motivo se cause a alguien no tiene por qué sufrirlo la víctima, y es natural que sea repartido entre toda la colectividad, siempre que con ello no se atente contra la cosa juzgada" (**Derecho Procesal Civil**, 1966, p. 349).

V. Creio que essa digressão pelo direito comparado guarda pertinência com o direito pátrio e, conseqüentemente, com o caso dos autos.

O C. Pr. Civ., no art. 121, declara civilmente responsável o juiz quando incorrer em dolo ou fraude, ou quando, sem justo motivo, recusar, omitir ou retardar providências que deve ordenar **ex officio** ou a requerimento da parte.

Por outro lado, o juiz é "sempre" obrigado a consignar nos autos os motivos da demora na conclusão da instrução criminal (C. Pr. Pen., art. 402).

E os prazos para os seus atos, quando não especificados de outro modo, estão previstos no art. 800 do C. Pr. Pen. Por motivo justo, poderá excedê-los apenas até igual tempo (art. 800, § 2º). E fica sujeito à pena da perda dos vencimentos por tantos dias quantos os do excesso (art. 801 do C. Pr. Penal).

Merece menção o parecer da Procuradoria-Geral do Estado, nestes autos, à fl. 66, pelo Subprocurador, que, quando Promotor, pediu a absolvição:

"A responsabilidade do Estado não advém somente de **erro judiciário**, mas também de **negligência judiciária**. Negligentes foram aqueles funcionários que deixaram o Autor preso ilegalmente: o processo penal deveria estar concluído dentro de **81 dias** e o foi depois de **3 anos**, estando o então réu preso por decreto judicial."

O art. 194 da CF de 1946 (art. 105, da CF 1967) tem o mesmo efeito da lei francesa de 7-2-33: o de estabelecer a responsabilidade do Estado, com a diferença de que, na França, ela é solidária e, no Brasil, direta, com regresso contra o agente público. Nem se diga que o Recorrente fez a "greve do cárcere", defendendo-se mal, como se um pobre diabo num fim-de-mundo tivesse modos eficazes para chamar ao dever um juiz insensível à lei e até à piedade cristã.

VI. Por essas razões suficientes — e que não são todas —, conheço do recurso e dou-lhe provimento, a fim de julgar a ação procedente, liquidando-se as perdas e danos na execução."

O Ministério Público e a proteção ao meio ambiente

Providências judiciais ao alcance da Instituição,
para defesa dos recursos naturais,
da paisagem e do equilíbrio ecológico

PEDRO ROBERTO DECOMAIN

Promotor de Justiça Substituto, em
exercício na Comarca de Joinville,
Santa Catarina.

SUMÁRIO

1. Introdução. O Ministério Público como órgão de defesa, em Juízo, dos interesses indisponíveis da sociedade. O interesse na preservação da qualidade do meio ambiente.
2. O alcance da regra contida na parte final do § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. As possibilidades de atuação do Ministério Público, ao abrigo desse dispositivo legal.
3. Exemplificação dos instrumentos processuais passíveis de emprego pelo Ministério Público, em defesa da qualidade do ambiente, com supedâneo na mencionada regra.
4. Conclusões.

1. A Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981, erigiu o Ministério Público em instituição essencial ao exercício da função jurisdicional do Estado, incumbida de realizar, perante o Poder Judiciário, a defesa dos interesses indisponíveis da sociedade, além de exigir o fiel cumprimento da Constituição e das leis.

Outorgou-lhe a mencionada lei, para o desempenho dessa sua tarefa, através de seu art. 2º, inciso III, a legitimidade para promover a ação civil pública, em todos os casos previstos em lei.

Ao Ministério Público incumbe, portanto, a tarefa de defender, perante o Poder Judiciário, todos aqueles interesses inerentes à própria preservação da sociedade. Fá-lo-á não apenas promovendo a ação penal pública, no intuito de reprimir a criminalidade, pugnando perante a Justiça Criminal pela punição dos responsáveis pela prática de ilícitos penais, como também exercendo a ação pública de natureza cível, em todas aquelas hipóteses nas quais a lei lhe outorgue legitimidade para tanto.

Dentre essas hipóteses, uma merece especial destaque.

O § 1º do art. 14 da Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, atribuiu efetivamente ao Ministério Público da União e dos Estados competência para intentar ação de responsabilidade civil, além da criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Regra muito bem posta, embora anterior à Lei Complementar nº 40, mas já imbuída do mesmo espírito, porque a preservação do meio ambiente e dos recursos naturais de todas as espécies constitui um daqueles interesses indisponíveis de toda a coletividade pelos quais cabe ao Ministério Público velar, como defensor da sociedade encarada como um todo, recorrendo para tanto ao Poder Judiciário, sempre que preciso.

Sem dúvida é reconhecido universalmente que a preservação do equilíbrio ecológico e da pureza do meio ambiente é indispensável à sobrevivência e ao aprimoramento do homem.

Afirmam-no não apenas naturalistas, biólogos e outros estudiosos da vida, como também, com idêntica ênfase, administradores públicos, juristas e legisladores, independentemente de convicções e regimes políticos.

Assim é que, por exemplo, a recente Constituição iugoslava, de 21 de fevereiro de 1974, em seu art. 87, erigiu a proteção do meio ambiente e dos recursos da natureza em dever de todo cidadão e de todas as organizações sócio-políticas nacionais, determinando que

“Os trabalhadores e os cidadãos, as organizações de trabalho associado, as comunidades sócio-políticas, as comunidades locais e outras organizações e comunidades autogestionárias têm o direito e o dever de assegurar as condições necessárias para salvar e promover os valores naturais do ambiente e os valores criados pelo trabalho, bem como o direito e o dever de prevenir e eliminar as conseqüências prejudiciais da poluição do ar, do solo, das águas, dos cursos de água e do mar, dos ruídos e de qualquer outra coisa que ameace estes valores ou ponha em perigo a vida e a saúde dos homens.”

Não menos significativa é a regra contida no art. 66 da Constituição da República Portuguesa, promulgada em 2 de abril de 1976, que também merece ser transcrita.

Diz o mencionado artigo que

“1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.

2. Incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e por apelo a iniciativas populares:

- a) prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão;
- b) ordenar o espaço territorial de forma a construir paisagens biologicamente equilibradas;
- c) criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico e artístico;
- d) promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica.”

Finalmente, na Constituição da Confederação Suíça também é prevista a proteção do meio ambiente, determinando a sexta alínea do seu art. 24, que incumbe aos cantões a proteção da natureza e da paisagem, cabendo à Confederação, a teor da quarta alínea do mesmo artigo, legislar para a proteção das águas subterrâneas e da superfície contra a poluição.

2. Conhecida a relevância atribuída por todos os povos à proteção de seus recursos naturais de todas as espécies, bem como do equilíbrio ecológico e das paisagens, cumpre indagar qual é, entre nós, o real alcance dessa regra contida no § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938/81, que legitima o Ministério Público a promover “ação de responsabilidade civil” pelo dano ecológico.

Acha-se a instituição legitimada pelo dispositivo legal em apreço, apenas a agir depois de acontecida a indevida agressão ao meio ambiente, vale dizer, depois de consumado o dano, para que este seja reparado pelo seu causador, repondo-se as coisas, tanto quanto possível, em seu estado anterior?

Ou pode também empregar todos os instrumentos processuais adequados a prevenir esse dano?

Penso, sinceramente, que a segunda hipótese é a correta.

A intenção do legislador e o próprio sentido da lei são mais amplos que o seu texto.

Trata-se, caracteristicamente, de uma hipótese em que o legislador, como a própria lei, "minus dixit quam voluit".

O conteúdo da regra em questão é mais amplo do que se poderia crer a uma simples análise puramente gramatical do texto legislativo em exame.

Esse dispositivo legal merece interpretação sistemática, que conduzirá à conclusão de que seu sentido é mais amplo do que aquele à primeira vista evidenciado pelas palavras atrás das quais se oculta.

Examinado à luz do art. 1º da Lei Complementar nº 40/81, percebe-se que o § 1º do art. 14 da Lei n.º 6.938/81 traz em seu bojo, na verdade, legitimação do Ministério Público para promover, em Juízo, todas as medidas previstas pela legislação processual em vigor, não só para reparação do dano ecológico, como também — e principalmente — para a sua prevenção, evitando que ocorra, ou para impor a cessação daquele que, com caráter de continuidade, já venha acontecendo.

Outra não pode ser a exegese da mencionada norma legal.

Se o Ministério Público tem o dever de realizar a defesa, perante o Poder Judiciário, dos interesses indisponíveis da sociedade e está legitimado a promover a ação de "responsabilidade civil" por dano ecológico, forçoso é concluir, conjugando as duas regras, que está ele autorizado pela lei a utilizar-se de todos os instrumentos processuais existentes na legislação em vigor, no intuito não só de obter a reparação, como também no de prevenir a ocorrência do dano e de impedir o agravamento daquele que já esteja acontecendo, impondo-lhe a cessação.

Entender o contrário seria o mesmo que contradizer a função institucional básica do Ministério Público, de defensor, perante o Judiciário, dos interesses indisponíveis da sociedade. O interesse maior a ser defendido está na preservação dos recursos naturais e do equilíbrio da natureza, não na reparação de eventuais violações a esses interesses. O que importa, nessa matéria, é prevenir o dano, ou fazer cessar aquele que continuamente vem sendo imposto à natureza. A reparação pura e simples, sempre posterior, não corresponde ao anseio maior da sociedade, que é ver o equilíbrio da ecologia a salvo de qualquer ataque.

Ademais, vislumbrem-se aquelas hipóteses em que o dano ecológico já consumado seja virtualmente irreparável, ou aquelas em que suas conseqüências já não admitam mais retrocesso, e se perceberá que é forçosa a conclusão a que chegamos.

Vale a pena exemplificar.

A prestigiosa **Folha de S. Paulo**, no editorial de sua edição de 27-10-83, noticiava que denúncias apresentadas no 16º Congresso Brasileiro de He-

matologia, que se estava realizando em São Paulo, davam conta de que numerosos medicamentos, além de produtos comuns de uso doméstico, como acetona, solventes de tinta e **defensivos agrícolas** (destacamos o último item, pela amplitude do seu uso), utilizados em larga escala no Brasil, podem provocar grave modalidade de leucemia, geralmente fatal, sem que as autoridades sanitárias tomem providências a respeito.

Não só essa denúncia, como muitas outras, originárias, algumas, inclusive, aqui de Joinville, têm retratado o uso indiscriminado, excessivo e perigoso de agrotóxicos em nosso País, causador de acentuados malefícios à natureza e à própria saúde humana.

Outro exemplo, ainda mais aterrador, foi trazido pelo ilustre e respeitado JOSÉ DE AGUIAR DIAS, em artigo publicado na revista jurídica **Themis**, editada pelo Centro Acadêmico Hugo Simas, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, sob o título "Responsabilidade Civil no Plano Ecológico".

Notícia ali o conhecido autor, que na Bahia o Centro de Tecnologia e Saneamento revelara que os índices de contaminação por mercúrio na baía de Todos os Santos, resultantes de despejos industriais, se aproximavam dos registrados na baía de Minamata, no Japão, em que morreram, entre 1953 e 1960, 100 pessoas e duas mil ficaram inutilizadas pela chamada "doença do gato", com convulsões, cegueira, loucura e desarticulação motora.

A catástrofe de derramamento de mercúrio em Minamata e as suas terríveis conseqüências são bem conhecidas e devem permanecer bem vivas na memória da espécie humana, para que não se repitam.

Vidas humanas perdidas não podem ser repostas e é de se perguntar, então, se haverá bom senso em legitimar o Ministério Público apenas para exigir em Juízo a reparação pelo dano à ecologia. Muitos desses danos são irreparáveis e a prevenção da sua ocorrência é a única forma de evitar a catástrofe que representam. Há que preveni-los, para que não se lamentem mais tarde.

Não resta dúvida de que tanto a União quanto os Estados e Municípios incluíram em seus quadros administrativos órgãos destinados a realizar essa tarefa, mas nela o Ministério Público tem reservado para si também um papel de relevo.

Tem ele a tarefa de, utilizando-se de todos os meios processuais adequados, tomar as medidas judiciais destinadas a impedir a ocorrência do dano à natureza, bem como destinadas a fazer cessar prontamente aquele que já esteja acontecendo.

Sua legitimação para a iniciativa de acionar a máquina judiciária nesse sentido decorre precisamente do § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938/81, combinado com o art. 1º da Lei Complementar nº 40, do mesmo ano.

Se é verdade que a expressão “responsabilidade civil” tem sido tradicionalmente empregada como dever de reparar o dano decorrente de ato ilícito, também não é menos verdade que, pelos fundamentos expostos, na mencionada norma legal não pode ela ser limitada a esse seu sentido usual.

A intenção do legislador, creio, e o conteúdo da lei, foram e são o de aparelhar o Ministério Público com os instrumentos necessários para agir em Juízo prevenindo e fazendo cessar o dano ecológico, e não apenas exigindo a sua reparação.

Em suma, por força da combinação do § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938/81, com o art. 1º da Lei Complementar nº 40/81, se conclui que o Ministério Público pode agir, como legítimo representante de toda a sociedade, exigindo judicialmente a reparação do dano ecológico. Mas pode e deve também pleitear, junto ao Poder Judiciário, a tomada de todas as medidas hábeis a evitar que esse dano ocorra, bem como a pôr fim àquele que já esteja acontecendo.

3. Alcançada essa conclusão, resta ainda examinar quais podem ser esses instrumentos processuais de que o Ministério Público pode e deve lançar mão, com o objetivo de impedir agressões à natureza, ou de fazer cessar aquelas que já tenham tido início e se estejam prolongando continuamente ao longo do tempo.

Para isso, não é demais ressaltar, inicialmente, que o controle da poluição ambiental enquadra-se, como leciona HELY LOPES MEIRELLES, no poder de polícia administrativa de todas as entidades estatais — União, Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal — competindo a cada uma delas atuar nos limites de seu território e de sua competência (**Direito Administrativo Brasileiro** — 8ª ed., 1982, pág. 551).

No exercício desse poder, as autoridades administrativas competentes desempenham atividades que implicam em restrição, limitação ou disciplina de direitos, interesses ou liberdades individuais, regulando também a prática de certos atos, ou ordenando a abstenção de outros, dando assim proteção a interesses maiores, coletivos, concernentes à segurança, à higiene, à ordem, à disciplina da produção e do mercado além de outros, cuja preservação é imperiosa, para a manutenção e o aprimoramento da sociedade humana e que não podem ficar à mercê de desmandos de quaisquer particulares.

Mas esse poder de polícia não é exercido ao arrepio da lei, existindo textos legislativos e regulamentares, além de outros atos normativos gerais emanados da própria administração pública, estabelecendo o modo e os limites do exercício desse poder.

No âmbito federal existe com essa finalidade a própria Lei nº 6.938, de 1981, a qual já várias vezes invocamos, dispondo ela sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e apli-

cação, além de trazer outras providências. Além desse diploma legal existem outros, voltados para áreas específicas da preservação dos recursos naturais e do equilíbrio ecológico, como acontece, por exemplo, com o Decreto-Lei nº 1.413, de 1975, que dispõe sobre o controle da poluição industrial e atribui, com exclusividade, ao Poder Executivo federal o fechamento de indústrias poluidoras consideradas de alto interesse do desenvolvimento e da segurança do País. Além desses dois textos, cabe mencionar ainda o Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10-7-1934), o Código Florestal (Lei nº 4.737, de 15-7-1965) e a legislação de proteção à fauna (Lei nº 5.197, de 3-1-1967) e à pesca (Decreto-Lei nº 221, de 28-2-1967), além de outros diplomas legais, regulamentares e administrativos.

Mas os Estados também podem ter a sua legislação a respeito.

Em Santa Catarina a matéria é tratada em termos gerais pela Lei nº 5.793, de 15 de outubro de 1980 (DO de 22-10-80, regulamentada através do Decreto nº 14.250, de 5 de junho de 1981 (DO de 9-6-81).

Toda essa legislação, quer federal, quer estadual, quer municipal, estabelece, dentre outras regras, limitações ao exercício de atividades poluentes, impondo determinados deveres a quantos desempenhem atividades potencialmente danosas ao meio ambiente, os quais redundam ora em obrigações de fazer, ora em obrigações de não fazer.

A par dessas obrigações, as leis e regulamentos de proteção ao meio ambiente criam também sistemas de fiscalização do respectivo cumprimento, sendo de igual previstas inúmeras penalidades para os seus violadores.

Assim é que o Decreto catarinense nº 14.250/81 institui, exemplificativamente, entre as obrigações de fazer, a de toda empresa tratar seu esgoto sanitário, quando não houver sistema público de coleta, transporte, tratamento e deposição final de esgotos (art. 10), ou a de adotar sistemas de controle de poluição do ar, baseados na melhor tecnologia prática disponível, mediante prévia autorização do órgão público competente, sempre que o próprio regulamento não estabeleça padrões (limites máximos) de emissão de substâncias poluentes (art. 32 e seu parágrafo único. Esses padrões de emissão para determinadas substâncias constam do art. 31, § 1º, do decreto).

Entre as obrigações de não fazer, já no art. 8º o decreto estabelece a proibição de lançamento, direto ou indireto, em corpos de água, de qualquer resíduo sólido, assim como do vinhoto proveniente de usinas de açúcar e destilarias de álcool. Isso para preservação da qualidade das águas do Estado.

No que diz respeito à preservação da pureza do ar, é possível exemplificar com a proibição do lançamento na atmosfera de substâncias odoríferas em quantidades que possam ser percebidas fora da área de propriedade da fonte emissora, sendo essas emissões de substâncias poluentes avaliadas por agentes credenciados pelo órgão administrativo competente,

de acordo com limites fixados para determinadas substâncias, em tabela constante do parágrafo único do art. 31 do próprio regulamento.

Finalmente, exemplo de proteção ao solo pode ser encontrado no art. 21 do regulamento, que estabelece que este somente poderá ser utilizado para destino final de resíduos de qualquer natureza, desde que sua deposição seja feita de forma adequada, estabelecida em projetos específicos, ficando vedada a simples descarga ou depósito, seja em propriedade pública ou particular.

A par dessas obrigações, tanto de fazer, quanto de não fazer, exemplificativamente enumeradas, outras existem no regulamento, o qual além disso, também estabelece, como não poderia deixar de ser, um sistema de fiscalização do cumprimento desses deveres comissivos ou omissivos que impõe, ressaltando que constitui infração a eles toda ação ou omissão voluntária ou involuntária, que importe em inobservância de preceitos estabelecidos ou disciplinados por lei, pelo próprio regulamento ou por ato administrativo de caráter normativo, expedidos pelas autoridades públicas com o objetivo de proteger a qualidade do meio ambiente (art. 86 do regulamento).

As penalidades administrativas para o descumprimento dessas obrigações vão desde a advertência e multa, até a interdição do estabelecimento infrator e ao embargo de obra ou construção que venha sendo realizada em desacordo com as normas de proteção ao meio ambiente (art. 92 do regulamento).

Muito embora as autoridades administrativas da área estejam aparelhadas para fazer cumprir administrativamente as normas legais e regulamentares inerentes à preservação do meio ambiente, nem sempre as armas de que dispõem para tanto, quer preventivas (autorizações prévias de funcionamento de determinadas atividades, exigências de instalação de determinados aparelhos, aferição de índices de poluição de certas atividades), quer repressivas (fiscalização e aplicação de penalidades administrativas), são suficientes a conduzir os infratores à observância efetiva, posteriormente, dos preceitos protetores violados. Recentemente, para que se tenha uma idéia disso, tivemos notícia, aliás veiculada em todo o país pela televisão, de que uma empresa vem realizando desmatamento ilegal na ilha de Superagüi, situada na baía de Paranaguá, no litoral paranaense, sem dar a menor atenção às multas superiores a oito milhões de cruzeiros que já lhe foram aplicadas pelo IBDF.

Em situações que tais, somente quem detenha efetivo poder de coerção material poderá remediar tais abusos. Tal poder detém-no, na atualidade, o Poder Judiciário, que pode conduzir o infrator ao cumprimento da obrigação violada.

Mas a máquina judiciária não pode tomar a iniciativa de assim agir. Necessário se torna que lhe seja dado o impulso inicial, para que passe a movimentar-se, na busca de solução para o problema. Essa será, na matéria,

então, a tarefa do Ministério Público. Movimentar o Poder Judiciário, para que sejam tomadas as providências cabíveis, destinadas não só a que o dano já causado obtenha a indispensável reparação, como também a que aquele que seja iminente venha a ser evitado, e que aquele que se vem prolongando ao longo do tempo seja feito cessar.

Mesmo, contudo, que não ocorra a total e completa inobservância da sanção administrativa imposta, já pode agir o Ministério Público. Sua atuação pode ser paralela à das autoridades administrativas, como lhe pode ser posterior e até mesmo prévia, servindo, inclusive, a suprir-lhe a omissão.

Em verdade, existindo uma obrigação de fazer, necessária à proteção da natureza, mas ainda não cumprida pelo sujeito passivo, ou uma obrigação de não fazer na iminência de ser violada, ou mesmo já sendo descumprida, poderá o Ministério Público intentar a ação judicial destinada a obter a condenação do infrator ao adimplemento dessa obrigação, ou à cessação da atividade violadora da obrigação omissiva.

Certamente não é possível enumerar aprioristicamente todos os casos concretos em que o Ministério Público poderá assim agir, ficando a decisão a respeito da medida mais adequada para cada situação condicionada à prudente avaliação das respectivas circunstâncias, mas é possível apresentar, desde logo, quando menos, alguns exemplos das providências judiciais ao alcance da instituição.

Imagine-se de início a hipótese, bem simples, em que uma determinada empresa seja recalitrante em instalar equipamentos destinados a reduzir a níveis aceitáveis seus lançamentos de fumaça no ar atmosférico, depois de ter recebido notificação da parte da autoridade competente para fazê-lo.

Ficará sujeita, em decorrência, às sanções administrativas previstas em lei ou regulamento e que poderão chegar, em Santa Catarina, à própria interdição do estabelecimento, até que a determinação seja cumprida.

A par da aplicação dessas penalidades pela administração pública, porém, pode e deve o Ministério Público intentar ação judicial contra a empresa faltosa pleiteando sua condenação ao cumprimento dessa sua obrigação de fazer, nos termos da notificação administrativa.

Se a condenação chegar a acontecer e não for voluntariamente cumprida pela empresa, terá início um processo de execução de título judicial e, como se trata de obrigação de fazer, seguirá o rito estabelecido pelos arts. 632 e seguintes do Código de Processo Civil.

Como tal obrigação não tem caráter personalíssimo, eis que não precisa ser cumprida necessariamente pela própria empresa, podendo a instalação dos equipamentos em suas dependências ser realizada por terceiros, às suas custas, tem-se que a execução poderá acontecer nos termos do art. 634 do CPC: se o fato (a instalação dos equipamentos) puder ser prestado por terceiro, é lícito ao juiz, a requerimento do credor, decidir que aquele o realize, à custa do devedor.

Então, caso a empresa condenada a instalar o equipamento antipolvente e citada para fazê-lo no prazo fixado na sentença, ainda assim não cumpra essa determinação, o juiz, na forma do § 1º do art. 634 do CPC e a requerimento do credor, que é toda a sociedade, representada pelo Ministério Público, nomeará um perito, que avaliará o custo dessa instalação, sendo em seguida expedido edital de concorrência pública, para coleta de propostas de eventuais interessados na execução do serviço.

Dessa concorrência pública pode e deve participar o órgão administrativo encarregado da proteção dos recursos naturais e do meio ambiente, que no caso catarinense é a Fundação de Amparo e Tecnologia do Meio Ambiente, a FATMA, apresentando a sua proposta para instalação dos equipamentos.

Se for a única licitante, ser-lhe-á adjudicada a realização da obra, respeitada sempre a avaliação feita pelo perito.

Porém, mesmo que haja outro licitante com melhor oferta, ainda assim a própria entidade administrativa pode ser chamada a realizar a instalação do equipamento, se tal for reputado conveniente no caso concreto.

É que, a teor do art. 637 do CPC, se o credor quiser executar ou mandar que se executem, sob sua direção e vigilância, as obras e trabalhos necessários à prestação do fato, terá preferência, em igualdade de condições de oferta com o terceiro.

Respeitada a melhor proposta do terceiro, para que o devedor executado não sofra ônus superior ao indispensável à realização dos trabalhos, poderá a credora — a sociedade, no caso em tela, representada no processo pelo Ministério Público — requerer que sejam eles realizados pelo órgão administrativo competente, como a FATMA, em Santa Catarina.

Instalados os equipamentos e apuradas as despesas para tanto havidas, o processo terá seguimento como execução por quantia certa, sendo o devedor citado novamente, desta vez para pagar o montante dispendido com as instalações — respeitadas sempre, conforme o caso, a avaliação do perito ou a melhor proposta do terceiro — seguindo-se a penhora, caso necessária, e todos os demais trâmites do procedimento próprio.

Tudo isso — vale deixar bem claro — por iniciativa do Ministério Público, que é o legítimo detentor do direito de ação — tanto da condenatória quanto daquela de execução — e sem prejuízo das penalidades administrativas cabíveis.

Uma eventual objeção à utilidade da propositura de uma ação dessa natureza pelo Ministério Público, baseada no argumento de que o prazo de tramitação desses processos pode ser demasiado longo, o que lhes poderia diminuir a eficácia como medidas de proteção ao meio ambiente, diante da

possível maior celeridade na aplicação das medidas administrativas com o mesmo propósito, não merece acolhida. E isso principalmente porque a maioria das providências administrativas, como acontece com as penalidades às infrações às normas legais e regulamentares da matéria, não têm o condão de coagir materialmente o devedor a cumprir a obrigação de fazer, a não descumprir aquela de não fazer, ou a fazer cessar o seu descumprimento, se este já estiver acontecendo.

Uma condenação judicial a agir ou a abster-se, muito pelo contrário, é passível, em inúmeros casos, como o desse primeiro exemplo, de execução coercitiva, obtendo-se, sem prejuízo das penalidades administrativas, o efetivo cumprimento da obrigação de fazer, ou a cessação das atividades violadoras de uma obrigação de abster-se.

Isso ficará ainda mais claro no exemplo seguinte, em que a ação de reparação do dano à ecologia virá de envolta com uma ação condenatória destinada a impedir futuras violações de uma obrigação de não fazer e ainda com uma medida cautelar inominada.

Trata-se do caso, linhas atrás referido, do desmatamento em larga escala e ilegal, na ilha de Superagüi, na baía de Paranaguá.

As vultosas multas que já foram impostas à empresa florestal responsável por ele e que já alcançaram mais de oito milhões de cruzeiros, não foram o bastante para fazê-la parar. Os gordos lucros que o abate ilegal das florestas da ilha certamente lhe está proporcionando tornam quase insignificantes essas penas pecuniárias, que passam a ser consideradas apenas como custo adicional do negócio.

No entanto, é imperioso fazer cessar tais atividades predatórias, para que a flora da ilha não seja irremediavelmente comprometida. Além disso, é preciso também que o dano causado seja reparado, pelo replantio de pelo menos tantas árvores quantas foram ilicitamente abatidas, de preferência no mesmo local e da mesma espécie.

Refiro-me a esse caso — convém esclarecer — em decorrência de sua gravidade e divulgação nacional. Mas situação semelhante pode acontecer em Santa Catarina. Para que assim se conclua, basta atentar para as reservas de madeira que o Estado felizmente ainda possui e cuja exploração indiscriminada e sem reposição adequada precisa ser evitada (o desmatamento excessivo foi considerado até como uma das causas das catastróficas enchentes de julho de 83). Ademais, o art. 45 do Decreto estadual nº 14.250, de 1981, proíbe o corte raso da floresta e também a exploração de pedreiras e outras atividades que degradem os recursos naturais e a paisagem, nas áreas adjacentes a parques estaduais, estações ecológicas ou reservas biológicas e a rodovias cênicas, fazendo idêntica proibição no tocante às ilhas (art. 48).

Quais seriam, então, num caso como esse, as medidas a serem tomadas pelo Ministério Público, para que desmatamentos indiscriminados e ilegais,

como o do nosso exemplo, sejam feitos cessar em tempo de não acarretarem conseqüências ainda maiores e talvez até irreparáveis para o equilíbrio ecológico da região atingida?

Como as multas administrativas já aplicadas se mostraram inócuas à consecução desse objetivo, creio que pode o Ministério Público utilizar-se da faculdade concedida ao Poder Judiciário pelo art. 798 do CPC.

Mencionado dispositivo legal prevê que, além dos procedimentos cautelares específicos, regulados pelo próprio Código, poderá o juiz determinar todas aquelas medidas provisórias que julgar adequadas, sempre que houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Com base nele, requererá o Ministério Público então que, até ulitimação de posterior demanda destinada a solucionar a questão, seja a empresa faltosa proibida de executar quaisquer trabalhos de extração de madeira, por qualquer forma ou meio que seja, na área onde até então o vinha fazendo ilegalmente.

Se a proibição, decretada *ad cautelam*, for violada, poderá ser empregada força policial, para impedir que dirigentes ou prepostos da ré continuem a executar tal atividade.

Os pressupostos para concessão dessa medida estão presentes no caso em tela, sem a menor sombra de dúvida. O primeiro deles é o justo receio de dano grave e de difícil reparação. Realmente, se a empresa do nosso exemplo não for proibida — com apelo à força policial, se necessário — de continuar a derrubada ilícita da floresta no local, tudo leva a crer que prosseguirá nessa atividade, mesmo durante a tramitação do processo principal, destinado a solucionar o litígio. Com isso, causaria ainda maior dano à floresta, cuja reparação completa demandará longo período de tempo, pois somente poderá ser havida por definitivamente consumada quando novas árvores, do mesmo porte das derrubadas, voltarem a vicejar no local.

O *fumus boni juris*, ou seja, a convicção de que, segundo as circunstâncias do caso, o requerente da medida cautelar inominada é mesmo aquele ao lado de quem se acha o direito, também estará presente na hipótese. Afinal, os autos de infração oriundos da autoridade administrativa, aplicando as multas sucessivas e vultosas pela violação das normas legais e regulamentares de proteção à floresta, tornam patente e indiscutível a ilicitude do procedimento da ré, cuja continuidade a medida cautelar visa impedir.

Tal providência acautelatória, concedida em procedimento preparatório, terá, como manda o art. 806, combinado com o art. 808, I, ambos do CPC, eficácia pelo prazo de trinta dias, contado de sua efetivação, durante o qual deverá ser intentada a ação principal, qualquer que seja a sua natureza, a ela conexas e motivadora da sua concessão.

Essa ação, no caso em tela, terá caráter condenatório e envolverá dois pedidos: o primeiro, de que a empresa faitosa seja condenada a abster-se, de futuro, de realizar na área qualquer desmatamento em discordância com as exigências e proibições contidas nos diplomas legais reguladores da matéria e o segundo, o de que seja condenada também a reparar o dano já causado à paisagem e aos recursos florestais da região, o que importará, nesse caso, quer me parecer, em sua condenação a replantar no local tantas árvores da mesma espécie, quantas houver extraído em desobediência às normas legais e regulamentares pertinentes. Tal implicará em obrigação de fazer, ou seja, de reflorestar o local com as mesmas espécies vegetais antes indevidamente extraídas e na mesma quantidade, tarefa que não precisará ser necessariamente realizada pela própria empresa a tal condenada, podendo a execução acontecer como em nosso primeiro exemplo, ou seja, o replantio poderá ser feito por terceiro, às custas da empresa a tal condenada, na forma dos arts. 634 e seguintes do CPC.

Com procedimentos dessa natureza, vale dizer, pela conjugação da medida cautelar inominada de interdição do local à empresa faltosa, com a ação condenatória exposta, alcança-se triplo objetivo: fazer cessar a atividade ilícita, degradadora dos recursos naturais do local; impedir que ela volte a ter início no futuro e obter a reparação do dano até aquele momento já consumado.

Esse é mais um exemplo de como pode o Ministério Público agir em Juízo, em defesa dos recursos naturais, da paisagem e do equilíbrio ecológico, pleiteando não só a reparação do dano que já lhes houver sido imposto indevidamente, como também a cessação da atividade prejudicial ao meio ambiente que ainda esteja em curso e procurando ainda impedir o seu reinício.

Finalmente, para encerramento dessa série de exemplos, os arts. 287 e 644 do Código de Processo Civil trazem ainda mais um instrumento processual de que o Ministério Público poderá lançar mão, no afã de obter a cessação de um dano ilegal e continuamente imposto ao meio ambiente.

Abrigam esses dispositivos legais a conhecida ação cominatória, estatuindo o primeiro deles que, se o credor pedir a condenação do réu a **abster-se da prática de algum ato** (grifo nosso), a tolerar alguma atividade ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença.

O art. 644, por seu turno, já incluído entre os dispositivos que regulam o processo de execução, faculta ao credor, se a obrigação consistir em fazer ou não fazer, pedir que o devedor seja condenado a pagar uma pena pecuniária por dia de atraso no seu cumprimento, contado o prazo da data estabelecida pelo juiz.

NELSON NASCIMENTO DIZ, em artigo publicado na **RT** nº 461, págs. 27/30, manifestou entendimento no sentido de que a ação cominatória, em caso de obrigação de não fazer, somente seria cabível se esta ainda não tivesse sido violada. Caso contrário, restaria ao prejudicado apenas o direito de pedir o desfazimento ou requerer indenização.

Penso, no entanto, que nem sempre será assim. A ação cominatória também pode ser intentada naqueles casos em que, por exemplo, uma determinada indústria vem lançando continuamente substâncias tóxicas em um curso de água, advindo daí conseqüências graves para a respectiva fauna e flora.

Estará desta forma violando dispositivos regulamentares de proteção ao meio ambiente e fazendo-o não de maneira eventual, mas contínua e uniformemente ao longo do tempo. Terá ela, em decorrência, não apenas a obrigação de reparar o dano já causado, mas também a de suspender imediatamente o lançamento dessas substâncias tóxicas às águas, abstenendo-se de continuar a fazê-lo no futuro.

Qual a providência judicial adequada, então, para compeli-la a tanto?

Acredito que seria exatamente a ação cominatória.

Encontra ela, inclusive para uma situação como essa, nítido apoio nos arts. 287 e 644 do Código de Processo Civil.

A indústria em questão tem o dever de abster-se do lançamento à água dessas substâncias tóxicas, o qual vem, no entanto, continuamente violando.

Poderá ser contra ela intentada ação cominatória, requerendo o Ministério Público, seu autor, que seja condenada a abster-se, futuramente, de assim proceder, e ainda que lhe seja cominada uma pena pecuniária, a cujo pagamento ficará sujeita durante todo o período de tempo compreendido entre a data fixada pelo juiz, a partir da qual deverá cessar a atividade poluente, e a data em que ficar comprovada a sua efetiva cessação.

A indústria será condenada a pôr termo, a partir de uma determinada data, fixada pelo juiz tendo em conta as peculiaridades do caso, a essa indevida atividade poluente. Enquanto não o fizer, ficará, então, obrigada ao pagamento dessa pena pecuniária diária. Em liquidação de sentença será apurado o número de dias de demora no cumprimento da condenação, o qual, multiplicado por essa pena, resultará no total a ser pago pela empresa.

É possível, sem dúvida, que nessa matéria surjam dificuldades inerentes à prova, especialmente àquela da continuidade dos derramamentos ilícitos de substâncias tóxicas e à do número de dias excedidos à data em que deveriam ter eles cessado por força da decisão judicial, para efeito do cálculo do montante a cujo pagamento a indústria tenha ficado obrigada por não haver cumprido a sentença no prazo fixado.

Esses percalços probatórios, no entanto, não devem desestimular o Ministério Público na propositura dessas ações.

Aliás, de qualquer sorte, em toda essa matéria é de grande utilidade, penso, a conjugação dos esforços da instituição com aqueles do órgão administrativo encarregado do controle da poluição e da preservação do meio ambiente, como a FATMA, no caso catarinense.

Ela poderá fornecer ao Ministério Público informações preciosas sobre aqueles infratores da legislação protetiva, contra quem seja necessária a propositura de medidas judiciais, ante a eventual ineficácia das meramente administrativas, trazendo também elementos probatórios indispensáveis ao sucesso dessas demandas. Fornecerá ela o necessário assessoramento especializado ao Ministério Público, podendo seus agentes inclusive funcionar como assistentes técnicos da instituição, na elaboração de eventuais perícias. Por fim, naquelas hipóteses de danos ocasionais e não continuados ao meio ambiente, poderá ela fornecer inúmeros subsídios para a ação de reparação de dano.

Por essas razões, seria de grande valia a elaboração de um convênio entre o Ministério Público (que goza, por força de lei, de autonomia administrativa e financeira) com a FATMA, para que ambos passem a atuar em conjunto, o que poderá facilitar grandemente ao primeiro o desempenho da sua função de protetor, em Juízo, dos interesses indisponíveis da sociedade, entre eles o da preservação do meio ambiente e dos recursos naturais, propondo com maior eficácia todas as medidas judiciais cabíveis, para obter a reparação do dano ecológico já consumado e também para prevenir a ocorrência daquele que é eminente ou para fazer cessar aquele que esteja acontecendo de forma continuada.

4. Concluídas essas ponderações, é chegada a oportunidade de traçar as conclusões da precedente exposição:

1 — O Ministério Público é, por força do art. 1º da Lei Complementar nº 40, de 1981, instituição permanente e essencial ao desempenho da função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe a defesa, perante o Poder Judiciário, dos interesses indisponíveis da sociedade.

2 — Para tanto, acha-se legitimado, pelo art. 2º, inciso III, da mesma lei complementar, não só a promover a ação penal pública, como também a ação pública de natureza cível, em todos aqueles casos previstos em lei.

3 — Dentre esses casos, figura aquele previsto pelo § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938, de 1981, que permitiu ao Ministério Público intentar ação de responsabilidade civil, além da criminal, por danos causados ao meio ambiente.

4 — Por outro lado, entre os interesses indisponíveis da sociedade, pelos quais cabe ao Ministério Público velar, realizando-lhes a defesa em

Juízo, assume posição de relevo a preservação dos recursos naturais, das paisagens e do equilíbrio ecológico, cuja preservação é indispensável à sobrevivência e ao aprimoramento do ser humano.

5 — Nessa matéria, no entanto, mais importante do que a reparação do dano já causado é a sua prevenção e a imediata cessação daquele que já venha continuamente acontecendo.

6 — Em assim sendo, como mais importante que a reparação é a prevenção da ocorrência do dano ecológico, e considerando que o Ministério Público deve defender em Juízo os interesses indisponíveis da sociedade, entre eles a preservação do meio ambiente e dos recursos naturais, acha-se a instituição legitimada não apenas para pleitear em Juízo a reparação do dano ecológico, mas também para empregar todas as medidas judiciais cabíveis para evitar a sua ocorrência ou para pôr termo àquele que continuamente esteja tendo lugar.

7 — Isso porque, combinando-se o art. 1º da Lei Complementar nº 40/81 com o § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938, do mesmo ano, se conclui que a expressão “ação de responsabilidade civil” pelo dano ecológico merece interpretação extensiva, abrangendo a legitimação para propor todas as medidas judiciais destinadas às finalidades já apontadas, ou seja, à prevenção ou à cessação do dano ecológico.

8 — Dentre essas medidas é possível enumerar algumas, a título de exemplo, embora não seja possível indicar, *a priori*, qual a providência cabível em cada caso concreto, o que somente pode ser apurado a partir da avaliação das circunstâncias desse caso.

9 — Entre essas medidas incluem-se, por exemplo, ações destinadas a obter a condenação ao cumprimento de obrigação de fazer, imposta ao particular por lei ou regulamento, em defesa do meio ambiente, ou a obter a sua condenação à cessação de atividades violadoras de obrigação de não fazer, imposta com a mesma finalidade. Também figuram entre essas providências judiciais as medidas cautelares, reguladas pelo CPC ou inominadas, eventualmente recomendadas pelo caso concreto, para imediata cessação do dano iterativamente causado ao meio ambiente. Por fim, também a ação cominatória pode ser útil instrumento judicial de defesa do equilíbrio ecológico e dos recursos naturais, em determinados casos concretos.

10 — Para maior eficácia dessas medidas judiciais e facilitação da prova a ser produzida, é útil que o Ministério Público mantenha, no caso catarinense, convênio com a FATMA, que lhe poderá fornecer o necessário assessoramento técnico, além de lhe poder propiciar informações sobre os casos de dano, eventual ou continuado, ao meio ambiente, podendo o Ministério Público então avaliar da necessidade ou não da propositura de alguma medida judicial, apurando também, em caso positivo, qual seja, além de poder dar início à persecução penal de eventuais infratores da lei penal na matéria.

As obras de arte aplicada no direito brasileiro

ANTÔNIO CHAVES

Professor da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo. Presiden-
te do Instituto Interamericano de Di-
reito Autoral (IIDA). Membro do
Conselho Nacional de Direito Autoral.

SUMÁRIO

1. *As obras de arte aplicada, ou desenhos industriais, gozam de dupla proteção*
2. *Importância crescente do "design"*
3. *O fato de uma obra de arte ser reproduzida por processos industriais não lhe retira o caráter artístico*
4. *Condições que revelam o caráter ilícito da reprodução*
5. *Duração da proteção*

1. *As obras de arte aplicada, ou desenhos e modelos industriais, gozam de dupla proteção*

As obras de arte aplicada estão expressamente incluídas no âmbito da proteção da Convenção de Berna pelo art. 2.º, alínea 1, especificando a alínea 7:

“Os países da União reservam-se a faculdade de determinar, nas legislações nacionais, o âmbito de aplicação das leis referentes às obras de arte aplicada e aos desenhos e modelos industriais, assim como as condições de proteção de tais obras,

desenhos e modelos, levando em conta as disposições do art. 7.º, alínea 4 da presente Convenção. Para as obras protegidas exclusivamente como desenhos e modelos no país de origem não pode ser reclamada, nos outros países unionistas, senão a proteção especial concedida aos desenhos e modelos nesses países; entretanto, se tal proteção especial não é concedida nesse país, estas obras serão protegidas como obras artísticas.”

No âmbito interno protege-as o art. 6.º, XI, da Lei brasileira número 5.988, de 14-12-1973, sob condição, porém, de que “seu valor artístico possa dissociar-se do caráter industrial do objeto a que estiver sobreposto”.

A terminologia não é muito feliz, mas dá a entender que o objeto de arte aplicada deve ter algum valor artístico para que possa gozar da proteção do direito de autor.

Se passarmos para o âmbito da propriedade industrial, verificaremos que o respectivo Código, Lei nº 5.772, de 21-12-1971, abriga apenas as patentes de modelos ou desenhos industriais, bem como os modelos de utilidade, invenções e marcas, através de patentes ou modelos de utilidade.

Mas enquanto o direito de autor independe de qualquer formalidade, facultando apenas o art. 17 da Lei n.º 5.988: “para segurança de seus direitos”, possa o autor da obra intelectual registrá-la, conforme sua natureza, na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional do Cinema, ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia”, e exigindo o art. 53 que a cessão total ou parcial dos direitos de autor seja sempre feita por escrito, presumindo-a onerosa, devendo, para valer perante terceiro, ser averbada à margem daquele registro, o desenho industrial, assim como a invenção e modelo de utilidade, terão assegurado o direito, para garantia da propriedade e uso exclusivo, mediante patente, nas condições estabelecidas pelo artigo 5.º do Código de Propriedade Industrial, e dando as definições no art. 11, em que se considera:

“1. modelo industrial toda forma plástica que possa servir de tipo de fabricação de um produto industrial e ainda se caracterize por nova configuração ornamental;

2. desenho industrial toda disposição ou conjunto novo de linhas ou cores que, com fim industrial ou comercial, possa ser aplicado à ornamentação de um produto, por qualquer meio manual, mecânico ou químico, singelo ou combinado, e no

Art. 12 — Para os efeitos deste Código, considera-se ainda modelo ou desenho industrial aquele que, mesmo composto de

elementos conhecidos, realize combinações originais, dando aos respectivos objetos aspecto geral com características próprias.”

Acompanhando a opinião mais recente da doutrina, define DAVID RANGEL MEDINA o *desenho industrial* como “uma disposição de linhas ou de cores que representam imagens que produzem um efeito decorativo original. É um efeito de ornamentação que dá aos objetos um caráter novo e específico.

Em troca, o *modelo industrial* ou forma plástica está constituído por uma maquete, por um modelado, por uma escultura. Desenho e modelo dão aos objetos um caráter novo e específico.

Mas enquanto que o desenho ou arte gráfica opera sobre uma superfície, o modelo ou forma plástica atua no espaço”.

“Advertising posters, designed, painted and colored” — preleciona STEPHEN P. LADAS, *The International Protection of Literary and Artistic Property*, New York, Macmillan, 1938, vol. I, pág. 224) — “are also artistic works when they embody intellectual creation.”

Cita jurisprudência italiana reconhecendo que a adaptação de trabalhos artísticos à publicidade é um fenômeno moderno que aumenta em importância com o desenvolvimento do gosto estético do povo, para concluir:

“Since the intrinsic nature of these works is artistic, their use or purpose is immaterial.”

JOÃO DA GAMA CERQUEIRA (*Tratado da Propriedade Industrial*, Rio, Forense, 1946, vol. I) observa, à pág. 292, que a lei protege os desenhos e modelos industriais, concedendo aos seus autores um *privilégio* temporário, que lhes assegura o direito de usar, gozar e dispor de sua obra, bem como o de explorá-la, comercial e industrialmente, de modo exclusivo:

“Assegurando o direito ao uso exclusivo do desenho ou modelo, a lei, em consequência, faculta aos titulares do privilégio os meios de tornarem efetivo o seu direito, impondo penas aos contrafactores e a obrigação de ressarcir os prejuízos que causarem.”

Acrescenta, pouco adiante:

“Os autores de desenhos e modelos industriais equiparam-se ao inventor, ao escritor, ao artista; e seu direito possui a mesma natureza e fundamento que os demais direitos de autor, sendo uma propriedade fundada no direito natural.”

Lembra que, já entre os povos da antigüidade, as artes decorativas ou de ornamentação se manifestavam em forma caracteristicamente

artística e na criação de objetos destituídos de utilidade material, e acentua que “até os tempos modernos, porém, não se pode, com bons fundamentos, discriminar a *arte industrial* da *arte* propriamente dita”.

A proteção aos modelos e desenhos industriais, ao contrário de significar uma diminuição, procura uma proteção mais eficaz de que gozariam os autores à sombra da lei sobre a propriedade artística.

Justifica tal proteção especial, pois “assimilar às obras de arte pura todos os desenhos e modelos industriais, porque, de raro em raro, surgem entre eles alguns que se podem considerar realmente artísticos e aos quais ninguém recusaria a proteção legal, como obra de arte”, não lhe parece razoável solução do problema, pois muito maior é o número dos casos em que os desenhos e modelos são destituídos do cunho das verdadeiras obras de arte, a que seriam assimilados sem razão plausível.

“Sob o ponto de vista da proteção dos direitos do autor, nenhum prejuízo resulta da distinção entre as obras de arte e os desenhos e modelos, para submetê-los a regimes diferentes, pois, nos casos excepcionais a que nos referimos, o autor terá sempre ou a proteção das leis sobre a propriedade artística, ou das leis sobre os desenhos e modelos industriais, de acordo com os interesses que tiver em vista resguardar e proteger, ou, ainda, em certos casos, a dupla proteção dessas leis.

O importante é que o artista, como o industrial, saibam com que proteção poderão contar para a defesa de seus direitos e interesses.

A reprodução de uma obra de arte por processos industriais ou a sua aplicação à indústria não a desnaturam, não lhe tiram o caráter artístico.”

HERMANO DUVAL (*Violação dos Direitos Autorais*, Rio, Borsoi, 1968) consigna, às págs. 208-209, não importar o meio de reprodução:

“Do desenho à figura e desta ao objeto que a materializa não há senão um passo que a lei veda transpor sem o consentimento do desenhista (art. 656, do Código Civil); procede, portanto, a repressão da transformação de figuras conhecidas e protegidas (Branca de Neve e os Sete Anões, Marinheiro Popeye, Betty Boop, Camundongo Mickey, Pato Donald etc.) em cartões, brinquedos, estatuetas, bombons e chocolates.”

2. *Importância crescente do “design”*

Na luta cada vez mais acirrada, não apenas pela conquista do mercado interno entre as empresas industriais, como, principalmente, no âmbito internacional, isto é, no setor da exportação para a conquista e a manutenção dos centros de comércio do mundo inteiro, além da qualidade, avulta a importância da aparência.

Desde automóveis, bombas de gasolina, postes de iluminação e luminárias em geral, até artigos de toalete, eletrodomésticos, aparelhos de jantar e de cozinha, a aparência agradável é a melhor recomendação para a venda.

A medida que a indústria foi se valendo dos “designers”, percebeu que a contribuição dos mesmos ia muito além de simplesmente melhorar a forma externa de um produto: linhas singelas não só o mantêm atualizado, como facilitam e racionalizam sua produção, eliminando desperdícios, facilitando a embalagem e o transporte, conquistando espaços no armazenamento.

Em matéria de exportação, é muito desigual a luta que sofremos com países que zelam da aparência, como o Japão, a Itália, a Dinamarca.

Nossos produtos não são “brasileiros”, isto é, originais, dotados de características próprias, diferentes dos produtos elaborados em qualquer outra parte do mundo.

“Fabricamos geladeiras, automóveis, telefones, equipamentos domésticos, tecidos, roupas, sapatos.

No entanto” — teve oportunidade de aduzir ALOISIO MAGALHÃES — “nenhum desses produtos poderia ser considerado brasileiro, apenas são produtos fabricados no Brasil; se não são simplesmente copiados, pelo menos pertencem ao mesmo tipo de comportamento: mimetizados do chamado estilo internacional.”

Percorrendo as prateleiras dos nossos supermercados nada encontram os visitantes alienígenas que possam adquirir como criação característica da região ou mesmo do país.

3. *O fato de uma obra de arte ser reproduzida por processos industriais não lhe tira o caráter artístico*

Em *Os arquitetos e proteção do “design”* (RT Informa, 2ª quinzena de junho de 1975, págs. 24-28), encarece NEWTON SILVEIRA que o que qualifica os desenhos e modelos industriais é o caráter supérfluo de seu efeito artístico, que é primordial na obra de arte, na consonância da boa doutrina e do que dispõe a lei sobre direitos autorais, quando considera obra intelectual protegida aquela em que possa dissociar-se o seu valor artístico do caráter industrial do objeto.

A posição dos que alegam que a obra artística não encontra proteção no campo da indústria interpreta incorretamente a legislação estrangeira, que estabelece exatamente o contrário, como o decreto italiano

de 1940 que, em seu art. 5º, determina a proteção aos modelos e desenhos industriais dispondo que a estes não se aplicam as disposições sobre direito de autor.

“Evidentemente, porque, quando se tratar de obra artística, se *aplicarão* as disposições sobre direito de autor, como estabelece a lei italiana de 1925, que em seu art. 1º relaciona como obras protegidas “as obras de arte aplicada à indústria”.

O mesmo ocorre na Espanha, onde o decreto real de 1929 esclarece que se concede a proteção aos modelos e desenhos independentemente dos direitos que possam corresponder-lhes no conceito de propriedade intelectual.”

Demonstra ser, no mesmo sentido, nosso direito positivo: quando se tratar de modelo ou desenho industrial, simplesmente, a proteção é a do Código da Propriedade Industrial; quando se tratar de obra artística, a proteção é de direito de autor e abrange qualquer aproveitamento da obra não autorizado como dispõem os arts. 29 e 30 da Lei nº 5.988.

Entre outras hipóteses, não admite como privilegiáveis (o art. 13 da Lei nº 5.772) “as obras de escultura, arquitetura, pintura, gravura, esmalte, bordados, fotografias e quaisquer outros modelos ou desenhos de caráter puramente artístico”.

Chega-se, assim, à conclusão de serem as obras de arte aplicada em geral, incluindo as histórias em quadrinhos, em princípio, tuteladas pela Lei nº 5.988, sem prejuízo de que, nas suas adaptações comerciais ou industriais, possam agasalhar-se também sob a proteção do Código de Propriedade Industrial, obedecidas as suas exigências.

Na verdade, a situação é semelhante à de um quadro, de uma obra de escultura ou de cerâmica, protegidas pela assinatura; forma, modelos, cores, linhas, estilo, padrões, não podem ser copiados ou imitados servilmente para fins econômicos, sob pena de violação do direito de autor: mais do que plágio, verdadeira contrafação, sujeitando os transgressores a todas as conseqüências previstas nas leis penal e civil.

EDMUNDO PIZARRO DAVILA (*Los Bienes y Derechos Intelectuales*, Lima, Editorial Arica, sem data, tomo I, pág. 90) sustenta a preeminência dos direitos de autor sobre os direitos industriais, demonstrando que o fabuloso progresso da ciência e da indústria originaram a aplicação e multiplicação de objetos e utensílios, que, ao lado de sua finalidade prática e utilitária, têm a qualidade e beleza da criação artística, concluindo:

“Frente a la tendencia legislativa universal de separar lo *bello y lo ornamental*, la ley peruana protege los trabajos plásticos relativos a cualquier ciencia o arte, y corresponde al magistrado buscar en cada caso concreto la diferenciación basada

fundamentalmente en los caracteres propios de la creación artística, o apoyado en los informes técnicos que solicite.”

4. Condições que revelam o caráter ilícito da reprodução

Nossa jurisprudência registra, a propósito, casos ilustrativos.

Estabelecimentos de Moda Canadá S/A., do Rio de Janeiro, estariam expondo à venda modelos de Linha, adquiridos de Christian Dior, o qual, por sua vez, aos criá-los, teria usurpado obra original de Marius Lauritzen Bern, que alega ser de sua autoria idêntica criação.

In abstracto, tratar-se-ia do crime de contribuição ao êxito de contrafação, a que se refere o parágrafo único do art. 184 do Código Penal, visto como também constitui crime contra a propriedade intelectual vender ou expor à venda, adquirir, ocultar ou ter em depósito, para o fim de venda, obra literária, científica ou artística, produzida com violação do direito autoral.

Nessa hipótese, na lição de NELSON HUNGRIA (*Comentários ao Código Penal*, Rio, Ed. Rev. Forense, 1955, vol. VII, n. 114, pág. 335), “deve entender-se que o agente não participou da impressão, composição ou fatura da obra fraudulenta (seja no País, seja no estrangeiro), mas vem, ciente da fraude, a prestar auxílio à sua difusão, vendendo-a ou expondo-a a venda, adquirindo-a, ocultando-a ou recebendo-a em depósito para o fim de venda. Não se trata de uma hipótese de receptação especialmente incriminada, mas de concurso à execução do crime (que não é apenas a fraude na impressão, composição ou fatura da obra, senão, também, necessariamente, à sua subsequente divulgação), entendendo a lei de configurar na espécie um crime autônomo (como modalidade de contrafação). Não importa que o agente (vendedor, expositor à venda, adquirente, ocultador ou depositário) proceda *lucri faciendi causa* para prestar um favor ao anterior contrafator”.

A matéria foi decidida pela Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em acórdão unânime de 5-8-1958 (*Diário da Justiça*, de 19-2-1959, págs. 578 e 579), Apelação Civil nº 45.213:

“Direito Autoral. *Artigos de Moda*. O direito autoral não protege as criações de linha estéticas para vestuário feminino destinado a determinada estação, por isso que tombam desde logo no domínio público, e, em consequência, o seu aproveitamento ou adequação por terceiros não constitui ato de contrafação.

Plágio. O aproveitamento de uma linha original de vestuário na confecção de modelos, constituindo a utilização de um trabalho de arte figurativa preexistente para obtenção de obra nova, posto que possa representar um plágio de concepção, não é considerado ofensa ao direito do autor.”

Trevoli S/A. — Artefato de Couro e Plásticos — utilizou, em pastas escolares e embalagens para presentes, figuras de autoria de Elizabeth Barbosa Duarte.

Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro de 15-7-1975, (RT 505/230) reconheceu:

“Caracterizada a ofensa ao direito autoral, pelo aproveitamento e exploração industrial de criação artística alheia, sem autorização do autor da obra, é cabível a indenização prevista no art. 672 CC, não se aplicando ao caso, entretanto, o tipo de reparação a que se refere o art. 669 do mesmo Código.”

Submetem, pois, nossos tribunais a arte aplicada à proteção do direito de autor.

EDUARDO PIOLA CASELLI, ALFREDO ARIENZO e FRANCO BILE (“Diritto d’Autore”, *Novissimo Digesto Italiano*) demonstram não ser lícito levar a utilização de obra alheia até ao ponto de usurpar o conjunto dos próprios elementos, do qual irradia a individualidade da representação pessoal alheia:

“Quando isto acontece, e quando, pois, seja possível reconhecer na nova obra, apesar das variantes, acréscimos ou reduções, a individualidade de representação de uma obra preexistente, deve-se concluir que a obra nova é contrafação da antiga.”

Para certificar a existência de uma contrafação, é suficiente verificar se entre as duas obras existe uma “identidade de representação” que possa ser reconhecida, isto é, se as duas obras ostentam duas visões diferentes e originais, ou se, ao invés, têm um aspecto substancialmente único.

É claro que nem toda reprodução constitui necessariamente uma contrafação.

Para que isso ocorra é necessário, ensina J. LABAURIE (*L’Usurpation en Matière Littéraire et Artistique*, Paris, Bocard, 1979, pág. 48), o concurso de três elementos:

1º — que tenha sido feita sem autorização;

2º — que a obra reproduzida não tenha ainda caído no domínio público;

3º — que constitua uma edição, conceito esse que o desenvolvimento da tecnologia fez desprender-se da relação com a edição de livros, para abranger, hoje em dia, toda e qualquer multiplicação de exemplares.

São, pois, três as condições pelas quais revela a reprodução seu caráter ilícito:

- a) uma obra ainda protegida;
- b) a falta de autorização;
- c) a publicação, conceito que, adaptado à nossa lei, redundará na reprodução para fins de comércio.

Estatuem os arts. 122, 123 e 124 da Lei nº 5.988, de 14-12-73:

Art. 122 — Quem imprimir obra literária, artística ou científica sem autorização do autor, perderá para este os exemplares que se apreenderem, e pagar-lhe-á o restante da edição ao preço por que foi vendido, ou for avaliado.

Parágrafo único — Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de dois mil exemplares, além dos apreendidos.

Art. 123 — O autor, cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá, tanto que o saiba, *requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação ou utilização* da obra, sem prejuízo do direito à indenização de perdas e danos.

Art. 124 — Quem vender, ou expuser à venda, obra reproduzida com fraude, será solidariamente responsável com o contratador, nos termos dos artigos precedentes; e, se a reprodução tiver sido feita no estrangeiro, responderão, como contratadores, o importador e o distribuidor.

Se fosse possível percorrer não duas, mas centenas de lojas, todas as lojas existentes na cidade, no Estado, no País, encontrar-se-iam, há algum tempo atrás, dezenas de milhares de confecções ostentando inúmeras etiquetas falsificadas.

O abuso chegou a tal ponto que colocava o próprio país em situação profundamente desairosa, como ressaltava, no dia 10-1-1981, uma correspondência de GILLES LAPOUGE, de Paris, para o *Jornal da Tarde*, denunciando a “pequena guerra econômica” que se insinuava entre o Brasil e a França a poucos dias da viagem do Presidente Figueiredo.

Explica que algumas firmas francesas de renome internacional: Christofle, Hermes, Paco Rabanne, Lacoste, tentavam despertar a atenção para os verdadeiros “atos de pirataria”, por parte de certas indústrias brasileiras, que seriam “estimuladas pela complacência das autoridades brasileiras”.

Na verdade, até há pouco tempo, as providências legais que podiam ser tomadas pelas vítimas desse verdadeiro e descarado assalto eram tão precárias e demoradas que levavam os titulares de direitos a des-

calabros econômicos e ao desespero psicológico diante da impotência de impedi-lo.

Mas a situação veio a modificar-se completamente em virtude da alteração profunda introduzida nos arts. 184 e 186 do Código Penal pela Lei nº 6.895, de 17-12-1980, a deixar bem claro que os casos descritos individualizam não mais apenas um mero ilícito civil, mas verdadeiro *crime*.

5. *Duração da proteção*

Nos termos do art. 7º, alínea 4, da Convenção de Berna, “os países da União reservam-se, nas suas legislações nacionais, a faculdade de regular a duração da proteção das obras fotográficas e das obras de arte aplicada protegidas como obras artísticas; entretanto, a referida duração não poderá ser inferior a um período de vinte e cinco anos contados da realização da referida obra”.

Dilata, no entanto, excessivamente esse prazo a Lei nº 5.988 para 60 anos a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua conclusão, quando, na verdade, tais objetos tornam-se obsoletos no curso de cinco, ou, no máximo, de 10 anos.

Já no âmbito da propriedade industrial, o prazo de proteção exclusiva das patentes é de 15 anos para as invenções e de 10 para os modelos de utilidade e modelos ou desenhos industriais contados do depósito.

BIBLIOGRAFIA

- ARE, Mario — *L'Objetto del Diritto di Autore*. Milão, Giuffrè, 1963, págs. 412-455.
- MEDINA, David Rangel — “Protección al Arte Aplicado”, *RIDI*, Rev. Interamericana de Direito Intelectual, vol. 1º, nº 1, 1978, págs. 63-68.
- PEROT-MOREL, Marie-Angèle — “La Protection Internationale des Arts Appliqués à l'Industrie dans le Double Cadre des Conventions Relatives à la Propriété Industrielle et au Droit d'Auteur”, *Il Diritto di Autore*, Volume Celebrativo del Cinquantenario della Rivista, Studi in Omaggio a VALERIO DE SANCTIS, Giuffrè, Varese, 1979, págs. 553-567.
- SERVIN, José Luis Rincón — El diseño industrial patentable, *Rev. Mexicana de la Propiedad Intelectual y Artística*, n.ºs 27-28, 1976, págs. 225-236.
- SILVEIRA, Newton — “Proteção ao Design”, *RIDI*, Rev. Interamericana de Direito Intelectual, vol. 1, nº 1, 1978, págs. 69-74.

Reprodução de obra de arte

VALDIR DE OLIVEIRA ROCHA

Mestrando em Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

- I — Preliminares
 - II — Nomenclatura
 - III — Utilização de obras de arte; a reprodução
 - IV — Reprodução de obra de arte plástica
 - V — Reprodução que não constitui ofensa aos direitos de autor
 - VI — Conveniência da reprodução
 - VII — Fotografia que reproduz obra de arte figurativa e vice-versa
 - VIII — Obra de artesanato
 - IX — Obra de arte aproveitável à indústria
 - X — Conclusões
- BIBLIOGRAFIA

I — PRELIMINARES

Este texto se propõe a analisar qual a verdadeira sorte dos autores de obras de arte em face do ordenamento positivo brasileiro, particularmente no que respeita à reprodução de suas criações.

Note-se, pelo título dado ao trabalho, que se vai discorrer sobre obra de arte — sem adjetivo — quando se poderia ter dito “figurativa”, “plástica” etc. Portanto, foi proposital a ausência de adjetivo, pois, como se pretende demonstrar, não há muita uniformidade e precisão no uso generalizado de expressão que delimite essa seara em que se contém a pintura, o desenho, a escultura etc., a começar pela Lei nº 5.988/73, que regula os direitos autorais entre nós. Um dos primeiros aspectos a se abordar, então, será justamente o que pertine ao reconhecimento do que se deve ter como obra de arte, espécies e formas em que ela se materializa, no que uma análise da adjetivação acertada será fundamental.

Depois serão focalizadas as formas de utilização da obra de arte, notadamente a reprodução.

As controvertidas disposições dos arts. 80 e 81 da Lei nº 5.988/73, quanto à reprodução de obra de arte plástica, serão focalizadas detidamente.

Sem a pretensão de uma análise exaustiva da disciplina jurídica da reprodução da obra de arte, discorreremos ainda sobre a reprodução que não constitua ofensa aos direitos de autor e sobre a conveniência da reprodução. Também nos deteremos em torno da fotografia que reproduz obra de arte figurativa e vice-versa, e, mais rapidamente, na obra de artesanato e na obra aproveitável à indústria.

Ao longo do texto, mostraremos opiniões doutrinárias de autores que se manifestaram sobre os aspectos em tela, e, embasados, procuraremos dar também contribuição pessoal.

II — NOMENCLATURA

O § 25 do art. 153 da Constituição federal agasalha o princípio de que “aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las”. É certo que cuidaremos, adiante, com mais vagar, dessa disposição constitucional, mas por ora interessa-nos apenas destacar a expressão **obras artísticas**, dela constante, em que o segundo elemento, ainda que substituível que é por “de arte”, efetivamente não basta para apontar desenganadamente apenas a obra de arte figurativa, plástica etc., eis que “obras artísticas” também são as musicais e coreográficas, por exemplo, e naquela estão compreendidas.

De sua parte, a Lei nº 5.988/73 — voltando-se para um mesmo gênero — refere, por exemplo:

- a) obra artística (inciso IV do art. 4º);
- b) obras de arte aplicada (inciso XI do art. 6º);
- c) obra de arte plástica (art. 9º);
- d) obra de arte (**caput** do art. 39);
- e) obras de arte (letra e do inciso I do art. 39);
- f) obra de arte plástica (arts. 80 e 81); e
- g) obra de arte figurativa (art. 82).

Como se vê, não há uniformidade vocabular; isso nos conduz a pensar na possibilidade de, em certos casos, estarmos diante de um gênero, e outros, de espécies daquele.

Didaticamente, regulamentando o exercício do direito de seqüência previsto no art. 39 e parágrafos da Lei nº 5.988/73, o Conselho Nacional de Direito Autoral deu entendimento do que deveria ser entendido como “obras de arte”, no art. 1º da Resolução nº 22, de 8 de janeiro de 1981:

“Art. 1º — O autor que alienar obra de arte ou manuscrito, sendo originais, ou direitos patrimoniais sobre obra intelectual, tem direito a participar da mais valia que a eles advier, em benefício do vendedor, quando novamente alienados.

Parágrafo único — Para os efeitos desta Resolução, entende-se por:

- 1) **obras de arte** — as criações exteriorizadas sob a forma de:
 - a) pintura, desenho, escultura, gravura, litografia, xilogravura, serigrafia, pirogravura ou qualquer outro processo;
 - b) tapeçaria quando assinada e executada com base em desenho original;
 - c) plantas, esboços e maquetes arquitetônicos;
 - d) as manifestações de arte aplicada e quaisquer outras expressões artísticas protegidas no campo das artes plásticas;

...

O entendimento expendido na Resolução do CNDA, como visto, é no sentido de considerar “obras de arte” gênero em que cabem diversas expressões arroladas exemplificativamente.

Devemos ir adiante em nossas buscas; vamos à doutrina. Para GRECO e VERCELLONE, “obra de arte plástica” seria termo neutro, de sentido amplo, que abarcaria tanto as obras tridimensionais, como a escultura, quanto as bidimensionais, como a pintura e o desenho. Transcrevemos:

“Un tempo codeste forme di arte solevano essere chiamate ‘arti figurative’, in quanto si concretavano in figure, per lo più riproducenti immagini della vita reale. Ma l’esistenza, ormai da alcuni decenni, di forme di scultura e pittura che rifiutano la figurazione come scopo ed essenza dell’opera artistica induce ad adottare il termine neutro di ‘opere dell’arte plastica’, inteso nel senso ampio di arte volta a dare una forma a materia preesistente, o tridimensionale come nella scultura, o bidimensionale come nella pittura e nell’arte di disegno. Si tratta dunque di composizioni di linee, di colori, di piani” (1).

Diante do uso mais generalizado da expressão “arte figurativa”, LUIGI SORDELLI fica com ela, mas não sem desconhecer que alguns a substituem por “arte plástica”:

“La locuzione opera d’arte figurativa è usata nel testo legislativo sul diritto di autore per collocare fra le opere dell’ingegno quelle che si manifestano mediante composizioni di linee, colori o strutture bidimensionali o tridimensionali e ciò al fine di differenziarle dalle altre forme o categorie di opere. L’enunciazione di tale concetto prescinde da qualunque valutazione di tipo estetico, nè si vuole, ad esempio distinguere tra arte formale od informale o l’una o l’altra espressione d’avanguardia che tenti di superare la ‘forma’, come mode di estrinsecazione dell’idea, ma soltanto serve ad individuare un tipo espressivo di opera per la quale la legge del diritto di autore determina, in base a proprie classificazioni, una specifica tutela. Alcuno affaccia anche l’oppo-

(1) I Diritti sulle Opere dell’Ingegno, págs. 73 e 74.

tunità di sostituire la formula arte figurativa con quella di 'arte plastica', ma penso sia meglio restare fedele all'espressione legislativa ed ormai di largo uso, poichè essa ha assunto a sua volta una portata paradigmatica, ritenendo invece di maggior rilievo chiarire il concetto con tale espressione si vuole e enunciare" (2).

ZARA OLIVIA ALGARDI também fica com a expressão "arte figurativa", argumentando que

"(...) se in senso stretto 'figura' significa raffigurazioni di un animale, di una persona, di una cosa, di immagini della vita reale, in senso ampio può riferirsi a tutto ciò che, in forma bidimensionale — ossia col disegno in piano (disegno, incisione, pittura etc.) — o tridimensionale — ossia col rilievo o il plastico (bassorilievo e altorilievo, scultura etc.) — fa apparire qualcosa visivamente. Il termine 'arte plastica' col quale spesso si indica la scultura, implica l'idea di plasmare, modellare la materia in tre dimensioni" (3).

Como visto, para ZARA OLIVIA ALGARDI arte figurativa é gênero de que arte plástica é espécie.

Com efeito, não é pela ocorrência da chamada arte abstrata que a expressão "arte figurativa" se empobreceria, como se no seu conteúdo aquela não coubesse. Inobstante, é preciso reconhecer que o prestígio da expressão "arte figurativa" sofreu abalo na medida em que as manifestações de arte abstrata paulatinamente foram sendo acatadas. Ademais, dentro de nossa realidade, constata-se que sempre que se profere a expressão "obra de arte" (desadjetivamente), com ela se quer identificar aquela que materializa bi ou tridimensionalmente a criação e se presta a servir sobretudo à visão, por meio da linha, da cor e do plano. É certo também que não se deve pôr de lado a etimologia, e, em sendo esta observada, teremos em "plástica" a mesma raiz de plasmar, conforme expõe CARLOS GÓES:

"**Plasm**, forma, modelo, Cf. o vb. gr. **Plass-oin**. Em: a) plasma e s.c. plasm-ar, plasm-at-ico, plasm-ód-io, cat-a-plasm-a etc; b) plástico (através do lat. plast-icus, e este do gr. plast-ik-os) e s.c. plastic-i-idade; c) em-plast-o, donde em-plast-ar; d) plast-r-ão (com interf. ital.). Como prefixo **plasma**, **plasio**: plasm-ó-lys-e, plast-o-dynamia" (4).

Registremos ainda que o Projeto Barbosa-Chaves (5), no inciso IV do artigo 2º, também usava a expressão "artes figurativas" como gênero, como se pode ver da transcrição:

"Art. 2º — Obras protegidas — Incluem-se notadamente na proteção, desde que representem caráter pessoal, as obras:

...

IV — das artes figurativas: escultura, pintura, desenho, ilustração, gravura, incisão, arquitetura, cenografia; e das artes plás-

(2) L'Opera d'Arte Figurativa nel Diritto di Autore, págs. 14 e 15.

(3) La Tutela dell'Opera dell'Ingegno e il Plagio, págs. 187 e 198.

(4) Dicionário de Raízes e Cognatos da Língua Portuguesa, págs. 234 e 235.

(5) O Projeto, apresentado como a Emenda Substitutiva n.º 1 ao Projeto que se converteu na Lei n.º 5.988/83, encontra-se reproduzido no volume Nova Lei Brasileira de Direito de Autor, de ANTÔNIO CHAVES.

ticas e aplicadas sempre que seu valor artístico possa ser dissociado do caráter industrial do objeto a que estiverem sobrepostos, e os respectivos projetos;
...”

Portanto, temos para nós que “obra de arte” é expressão sinônima de “obra de arte figurativa”, gênero de que é espécie a obra de arte plástica. Destarte, quando adiante referimos “obra de arte” ou “obra de arte figurativa” teremos sempre presente um gênero; diversamente, com a expressão “obra de arte plástica” referiremos a espécie que compreende a escultura e formas de expressão similares.

III — UTILIZAÇÃO DE OBRAS DE ARTE; A REPRODUÇÃO

Para bem entendermos o direito de utilização da obra de arte, é preciso ter bem presente o texto constitucional:

“Art. 153 — A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

§ 25 — Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar.”

Analisando a eficácia da primeira parte do § 25 do artigo 153 da Constituição federal, JOSÉ AFONSO DA SILVA assim se manifesta:

“A primeira parte do dispositivo confere um direito incondicionado e incondicionável, constituindo norma plenamente eficaz e imediatamente aplicável”(6).

E porque concordamos plenamente com o que diz — nesse passo — JOSÉ AFONSO DA SILVA, precisamos transcrever sua lição quanto à triplíce característica das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade, que ele divide em I) normas constitucionais de eficácia plena; II) normas constitucionais de eficácia contida; e III) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida:

“Na primeira categoria, incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente, e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter

(6) Aplicabilidade das Normas Constitucionais, pág. 172.

sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado" (7).

Para ANTÔNIO CHAVES, o § 25 do artigo 153 da Constituição federal indica o fundamento do direito de autor,

"reservando ao criador da obra o direito de utilizá-la sob qualquer das modalidades possíveis, e colocando, conseqüentemente, sob a dependência de sua autorização prévia a utilização por terceiros" (8).

Dentro do direito exclusivo de utilização compreende-se o de comunicação da obra ao público. A comunicação pode-se fazer por meio da representação (comunicação direta ou incorpórea) ou pela reprodução (comunicação indireta ou corpórea).

Como diz CARLOS ALBERTO BITTAR,

"A comunicação indireta perfaz-se pela reprodução ou fixação material da obra, principalmente por impressão, desenho, gravação, fotografia, modelagem e qualquer processo das artes gráficas e plásticas, gravação mecânica, cinematográfica ou magnética" (9).

No dizer da Lei nº 5.988/73, reprodução seria a cópia de obra (item IV do artigo 4º), enquanto que contrafação, a reprodução não autorizada (item V do artigo 4º). ANTÔNIO CHAVES mostra a impropriedade dessas colocações, na medida em que o conceito de reprodução é por demais genérico (uma vez que inclui o que seja feito para uso pessoal, que não pode ser impedido, quando a obra tenha sido divulgada) e porque contrafação não haverá se ausente a intenção dolosa, o intuito fraudatório⁽¹⁰⁾. Reprodução, haverá, então, como quer o autor mencionado,

"(...) toda vez que uma obra do espírito preexistente for fixada num suporte material. Mas a reprodução que no caso interessa não é, pelo menos, em geral, a de um único exemplar, obtida pelo próprio interessado, para uso pessoal, mas a de muitos, que, não sendo autorizada, possa ocasionar dano. (...) No conceito de reprodução está incluído o conjunto das possibilidades que a técnica oferece para a realização desse objetivo, tanto pelo sentido da vista, como pelo ouvido, separada ou conjuntamente, ou, ainda, em se tratando do sistema Braille, de leitura para cegos, pelo tato; seja de maneira idêntica, em se tratando de desenhos ou pinturas (de tal forma que, às vezes, torna-se difícil distinguir a cópia do original em certas litografias perfeitas), seja de maneira

(7) Op. cit., págs. 72 e 73.

(8) Verbete "Reprodução" in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 65, pág. 171.

(9) Verbete "Reprodução" in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 65, pág. 176.

(10) *Nova Lei Brasileira de Direito de Autor*, págs. 7 e 8.

diferente: reprodução de um quadro a óleo em cores outras, ou em branco e preto, do mesmo tamanho ou em tamanho diferente etc.” (11).

IV — REPRODUÇÃO DE OBRA DE ARTE PLÁSTICA

Ao autor de obra de arte figurativa cabe o direito exclusivo de autorizar sua reprodução, como lhe assegura a Constituição federal e no sentido da alínea 1 do artigo 9º da Convenção de Berna, relativa à Proteção das Obras Literárias e Artísticas. Mas em certos casos especiais, as legislações dos países da União têm a faculdade de permitir a reprodução de obras, “desde que tal reprodução não prejudique a exploração normal da obra nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor”, como prevê a alínea 2 do artigo 9º, da mencionada Convenção. Para nós, a Convenção de Berna é lei de direito interno, mantida que foi pela Revisão de Paris, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 55, de 28 de julho de 1975, e promulgado pelo Decreto nº 76.905, de 24 de dezembro de 1975; o Supremo Tribunal Federal já decidiu, em sessão plenária, que convenção internacional aprovada e promulgada vale como lei interna (Acórdão unânime no Recurso Extraordinário nº 71.154-PR, publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência* nº 58, págs. 70 e seguintes).

Por isso, causa espanto o artigo 80 da Lei nº 5.988/73, quando dispõe que:

“Salvo convenção em contrário, o autor de obra de arte plástica, ao alienar o objeto em que ela se materializa, transmite ao adquirente o direito de reproduzi-la, ou de expô-la ao público.”

A expressão usada no artigo 80 é “obra de arte plástica”. Logo, se válida a regra, o seu alcance só iria até tal espécie de arte figurativa, pois, se a Lei nº 5.988/73 usa expressões várias, é porque cada qual tem significado próprio. Como se viu no item II, com base na melhor doutrina e na etimologia, com a expressão “obra de arte plástica” deve ser entendida apenas aquela que dá idéia de matéria plasmada, modelada em três dimensões, como a escultura. Nesse sentido, não são obras de arte plástica a pintura e o desenho, por exemplo.

Face ao artigo 80 da Lei nº 5.988/73, ANTÔNIO CHAVES lamentou a sorte dos artistas de arte plástica, “a menos que tenha havido a omissão da partícula *não*” e estranha que o artigo 81 acrescente que a autorização para reproduzir obra de arte plástica deva constar de instrumento, e se presume onerosa (12). JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO concorda com ANTÔNIO CHAVES quanto à omissão da partícula *não*, supondo que terá sido isso mesmo que aconteceu (13) e EDUARDO VIEIRA MANSO considera esse um evidente equívoco do legislador (14).

Ora, a alienação do suporte em que se materializa a obra não tem nada a ver com cessão de direito autoral.

(11) “Publicação, reprodução execução: direitos autorais”, pág. 261.

(12) *Nova Lei Brasileira de Direito de Autor*, pág. 50.

(13) *Direito Autoral*, pág. 221.

(14) *Direito Autoral*, pág. 59.

Com efeito, a dicção do artigo 80 foge a qualquer bom senso. Entretanto, para alguns autores (como é o caso de ANTÔNIO CHAVES, como já vimos), o equívoco do artigo 80 da Lei nº 5.988/73 ficaria demonstrado com o dispositivo que se lhe segue:

“Art. 81 — A autorização para reproduzir obra de arte plástica, por qualquer processo, deve constar de documento, e se presume onerosa.”

Diante dos artigos 80 e 81 da Lei nº 5.988/73, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSAO pondera que:

“O intérprete, perante uma contradição legal insanável, deve proceder nos termos da interpretação ab-rogante. E terá de sacrificar a disposição do art. 80, aberrante no meio do sistema, salvando todas as outras disposições. Concluirá, pois, que o texto que outorga o direito de reprodução ao adquirente nasceu morto e não tirará dele efeito nenhum”⁽¹⁵⁾.

Entretanto, não falta quem tenha os artigos 80 e 81 da Lei nº 5.988/73 como não contraditórios entre si, e embora não conheçamos opinião na doutrina, conciliadora dos dois dispositivos, queremos registrar pelo menos notícia, nesse sentido, publicada em **O Estado de S. Paulo**, de 13 de março de 1980 (onde se dá conta de projeto de lei, de iniciativa do então Senador Jarbas Passarinho, alterador dos artigos 80 e 81 da mencionada lei, para condicionar a reprodução ou a exposição pública de obras de arte ao expresso consentimento de seus autores), e que, a certa altura diz:

“O artigo 81, por sua vez, continua no processo de defesa exclusiva do adquirente, pois, não se referindo ao autor, ao determinar que ‘a autorização para reproduzir obra de arte plástica, por qualquer processo, deve constar de documento, e se presume onerosa’, garante a reprodução, mediante pagamento àquele que possui (sic) a obra e não ao que a criou, já que este já se encontra praticamente anulado pela inexistência da convenção exigida pelo artigo 80”.

Não conhecemos estudioso que tenha assinado interpretação no sentido da noticiada. Mas não se deve deixar de lhe reconhecer uma certa lógica, se feita uma interpretação meramente literal, que é aquela — sem dúvida — mais acessível aos não iniciados. Por isso mesmo, os artigos 80 e 81 da Lei nº 5.988/73 espantam e assustam mais. No entanto, é preciso fazer muito mais que simples interpretação literal; interpretação teleológica que se direcionasse em conclusão tal não teria onde se apegar, pois que o direito de autor volta-se à proteção do criador da obra e não do seu adquirente; e uma interpretação sistemática dentro do texto integral da Lei nº 5.988/73 revelaria a pobreza do argumento (a hipótese de erro redacional é a mais plausível). No ar, inobstante, ficaria sempre a sombra da dúvida: embora pobre, a argumentação poderia vingar e convencer o jul-

(15) *Op. cit.*, pág. 221.

gador. Por isso mesmo, veremos que é preciso lançar mão de argumentos mais fortes, e eles existem.

O artigo 80 estabelece figura que poderia ser identificada como uma das presunções legais condicionadas, que, segundo MOACIR AMARAL SANTOS, são

“(. . .) também chamadas **relativas, disputáveis, ‘iuris tantum’,** ou simplesmente ‘iuris’ — são as que a lei estabelece como verdade até prova em contrário. O fato presumido é havido como verdadeiro, salvo se a ele se opuser prova em contrário.

Enquanto, tratando-se de presunção absoluta, a verdade presumida é indestrutível, tratando-se de presunção condicional a verdade presumida pode ser elidida por prova em contrário. A regra é — **praesumptio cedit veritati**” (16) (grifos do original).

Ora, a transmissão do direito de reprodução ao adquirente da obra de arte plástica poderia ser presumida se efetivamente cuidasse o artigo 80 da Lei nº 5.988/73 de presunção legal condicionada, mas — e perdoe-nos o leitor pelo trocadilho — não podemos ver na disposição mais que presunção sem legalidade, pelo que não há que se falar em sua elisão. Não se pode estabelecer como verdade o que é absolutamente falso, pois, se inexistente o dispositivo, indubitavelmente ninguém de bom senso faria presunção naquele sentido. A presunção legal deve-se fazer presente sempre e tão-somente quando uma situação fosse geradora de séria controvérsia, em nome da segurança jurídica.

Vamos além: a presunção de transmissão do direito de reprodução da obra de arte plástica alienada é flagrantemente inconstitucional. O direito exclusivo de utilização da obra pelo autor, como posto no § 25 do artigo 153 da Constituição federal, é norma de eficácia plena, por isso independente de lei ordinária que o assegurasse; esta não poderia frustrar o que a lei magna (verticalmente superior) assegura. Mais uma vez recorreremos à abalizada lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“Ora, o princípio da compatibilidade vertical entronca com o conceito de supremacia das normas constitucionais, que dão o procedimento, direta ou indiretamente, para a formação das normas de grau inferior. Donde ser a Constituição a **norma fundante** de todas as demais que pertencem à ordem jurídica, e estas são **normas fundadas** em relação à Constituição. Esta coloca-se, pois, no vértice da ordem jurídica, a que confere validade, mas também é parte dessa mesma ordem jurídica, que informa com seus princípios e regras. As normas que não forem compatíveis com ela perdem sua validade, e nisso se manifesta um princípio de eficácia constitucional que domina toda a estrutura normativa do País” (17) (grifos do original).

Inconstitucional, como se demonstrou, não tem validade a presunção de transmissão de direito de reprodução ao adquirente da obra. Não, é, por-

(16) *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, pág. 440.

(17) *Op. cit.*, pág.198.

tanto, diversa a sorte do autor de obra de arte plástica da que tem autor de outra obra qualquer protegível. Nem por isso seríamos de opinião que o artigo 80 da Lei nº 5.988/73 possa permanecer redigido tal como se encontra; urge alterar-lhe a redação, pois a lei deve proporcionar segurança jurídica e não alimentar quaisquer controvérsias.

Inobstante, o autor pode alienar sua obra por preço que abranja também o direito de reprodução ou renúncia a esse direito. O Projeto Barbosa-Chaves previa disposição nesse sentido:

“Art. 87 — **Alienação por preço global** — Ao autor de obra de arte plástica e de artes em geral, cabe alienar por preço global o objeto que constitui a sua obra e ao vendê-la perde, sem prejuízo de seu direito de seqüela, o direito de reprodução, salvo convenção em contrário.

Parágrafo único — A autorização para reproduzir, por qualquer processo, não se presume gratuita, deve ser dada por escrito e sujeita-se às demais prescrições da presente Lei.”

Para ZARA OLIVIA ALGARDI,

“La volontà di rinuncia dovrebbe essere chiaramente esteriorizzata, con una esplicita dichiarazione, non essendo ammissibile una presunzione, e dovrebbe essere sufficientemente conosciuta”⁽¹⁸⁾.

Em certos casos, a renúncia do autor em reproduzir sua obra pode contribuir para aumentar-lhe o preço, dado que uma reprodução massiva e indiscriminada, por exemplo, poderá vulgarizá-la.

Antes de fechar este item, devemos referir o direito de exposição do adquirente da obra, posto que dele também cuida o artigo 80 da Lei número 5.988/73, tantas vezes aqui referido. Para ANTÔNIO CHAVES⁽¹⁹⁾, inobstante a distorção do artigo 80 da Lei nº 5.988/73 quanto à presunção de alienação do direito de reprodução, fica contemplada a presunção para exposição da obra. No mesmo sentido, também se manifesta JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSAO⁽²⁰⁾.

V — REPRODUÇÃO QUE NÃO CONSTITUI OFENSA AOS DIREITOS DE AUTOR

O artigo 49 da Lei nº 5.988/73 elenca hipóteses de utilização que não constituem ofensa aos direitos de autor. Dessas, destacamos algumas referentes à reprodução:

a) no corpo de um escrito, de obras de arte que sirvam, como acessório, para explicar o texto, mencionados o nome do autor e a fonte de que provieram;

b) de obras de arte existentes em logradouros públicos; e

(18) *L'Opera dell'Arte Figurativa come Bene Economico e il suo Valore Venale*, pág. 174.

(19) *Nova Lei Brasileira de Direito de Autor*, pág. 51.

(20) *Op. cit.*, pág. 221.

c) a reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro.

Essas hipóteses, casos especiais, parecem estar nos limites estabelecidos pela alínea 2 do artigo 9º da Convenção de Berna, dentro dos quais as legislações dos países da União têm a faculdade de permitir reprodução, pois não trariam prejuízo à exploração normal da obra nem causariam um prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

Importa, entretanto, tomar essas limitações de modo estrito.

Assim, por exemplo, obra de arte existente em logradouro público é aquela que nele permanece em período duradouro; a obra de arte exibida num "out-door", por uma ou duas semanas, não poderia ser tomada como existente naquele; da mesma forma, qualquer obra exposta em caráter transitório.

Como quer EDUARDO VIEIRA MANSO (21), existente é o estar permanente.

VI — CONVENIÊNCIA DA REPRODUÇÃO

Tirante as exceções legais, qualquer outra reprodução fica ao arbítrio e juízo do seu autor. No domínio da obra de arte a reprodução assume feição especial, seja porque quase sempre o original é muitíssimo valorizado como tal, seja porque a reprodução muitas vezes deixa algo a desejar, em termos de qualidade.

Não se olvide que, com certa freqüência, o admirador de obra de arte não tem a possibilidade de ver os originais produzidos por um autor, seja porque se distribuem por lugares os mais diversos, seja porque pertencem a colecionadores particulares. Em tal hipótese, a qualidade da reprodução que se faça conhecida será fundamental na formação do juízo que se começará a fazer do autor. Um pintor de renome e acatado por uma elite de colecionadores possivelmente teria seus trabalhos depreciados pela vulgarização se passasse a permitir toda sorte de reprodução de seus trabalhos (inclusive, para exemplificar, em embalagens de produtos menos nobres), acessíveis a qualquer pessoa. Um autor que desenvolvesse trabalhos de forte apelo popular, de sua parte, poderia ter largo interesse em vê-lo reproduzido à larga numa primeira etapa, se acreditasse que isso poderia beneficiá-lo mais tarde na utilização de sua obra.

A reprodução da obra de arte tanto pode fazer mais conhecido o autor, beneficiando-o na sua utilização, como pode contribuir decisivamente para que ele decline em sua reputação. A conveniência da reprodução deve ser avaliada também em função dos materiais que nela serão empregados, do pessoal que nela se empenhará etc.

A efemeridade do material empregado, numa escultura comestível, por exemplo, pode ser determinante do interesse do autor em querer ver sua obra reproduzida para fazê-la conhecida de forma perene, da mesma forma

(21) Op. cit., pág. 300.

como para poder vender um retrato ao retratado por um preço mais elevado um pintor poderá abrir mão do direito de reprodução.

Por tudo que pode resultar da reprodução, em termos de prejuízo e de benefícios, o autor é o juiz de sua conveniência. Evidentemente, só a ele cabe estabelecer remuneração ou abrir mão dela.

A reprodução não autorizada de obra que não esteja elencada como não ofensiva do direito de autor configura contrafação, seja a reprodução feita com intuito de lucro ou não. HENRI DESBOIS assim se manifesta a esse respeito:

“Il serait arbitraire d'exempter la diffusion faite dans un esprit désintéressé. Le titre gratuit ne confère pas l'immunité, car la bienfaisance n'excuse pas le contrefacteur; sinon il lui serait aisé de se donner les apparences de la générosité en allégeant les frais généraux de l'incidence des droits intellectuels; auteurs et artistes ne peuvent à leur insu être associés à un geste de charité” (22).

VII — FOTOGRAFIA QUE REPRODUZ OBRA DE ARTE FIGURATIVA E VICE-VERSA

O autor de obra fotográfica, na utilização de sua obra, não pode prejudicar os direitos de autor sobre a obra reproduzida, se de artes figurativas (art. 82 da Lei nº 5.988/73). O mesmo vale para processos análogos ao da fotografia.

Tomem-se as seguintes situações:

- a) obra de pintura, fotografada em condições normais, frontalmente, sem qualquer lente especial, como elemento único da composição;
- b) obra de pintura fotografada numa composição com pessoa que a observa;
- c) obra de pintura fotografada no fundo de uma composição em cujo primeiro plano aparece um manequim publicitário;
- d) obra de pintura reproduzida na camiseta de um manequim publicitário fotografado;
- e) obra de pintura fotografada casualmente, aparecendo ao fundo de uma composição que registra um crime no exato momento em que um homem era baleado.

A obra de arte pode ser, numa fotografia, o seu objeto principal e único, o seu objeto principal mas não exclusivo, o seu objeto aparentemente secundário mas configurador de um *status* àquele que seria o principal (para, com seu prestígio, ajudar a vender uma mercadoria), o seu objeto secundário e acidental etc. Só da análise de cada caso se poderá concluir se cabe ao autor o direito de utilização da obra fotográfica que apresente em seu contexto obra de arte figurativa, no que se considerará qual obra artística deve ser protegida no caso concreto.

(22) *Le Droit d'Auteur en France*, pág. 301.

HENRI DESBOIS relata caso em que o Tribunal Civil de Mirecourt isentou de condenação um comerciante que vendia cartões postais que mostravam a inauguração de uma estátua erguida à memória dos combatentes da Guerra de 1914 a 1918; a cerimônia era pública — todos puderam participar dela. No caso, a faculdade de registrar a cerimônia seria reduzida a letra morta se fosse necessário o consentimento prévio do escultor. Não era o momento, considerado em si mesmo, que constituía o centro de interesse: a estátua fazia parte do quadro no qual tivera lugar a manifestação, se bem que, como o principal, o acessório pudesse ser livremente fixado pela imagem (23).

De modo inverso, via colagem, por exemplo, a obra de arte figurativa poderá conter em seu suporte, a par de outros materiais, fragmentos de obra de arte fotográfica. Temos que os mesmos princípios antes expostos prevalecerão para se indicar até onde uma e outra obra é principal e acessória, e se não há prejuízo ao autor fotográfico, com vistas ao direito de reprodução.

Se o trabalho de arte figurativa se dá diretamente sobre cópia de obra fotográfica, poderemos estar diante de uma obra híbrida. Picasso pintou, em algumas oportunidades, diretamente sobre fotografias de David Duncan (24). Na hipótese, o híbrido constituirá obra em colaboração quando se puder estabelecer trabalho tanto de um como de outro autor. Pode suceder mesmo de ser o mesmo o autor da obra de arte figurativa e da obra fotográfica.

Diversamente, podemos verificar que alguns autores de obras figurativas trabalham a partir de uma obra de arte fotográfica; se não se acrescenta criação, será simplesmente cópia da obra fotográfica.

Digna de interesse é a situação em que a obra de arte figurativa se casa harmoniosamente com outros elementos da composição fotografada, sem que se possa afirmar com segurança qual dos objetos fotografados é o principal e qual o acessório. O jornal *O Estado de S. Paulo*, de 8 de novembro de 1983, noticia o lançamento do álbum "Cravo", de Mário Cravo Neto, onde as fotos reproduzem esculturas de seu pai, Mário Cravo Júnior, de forma não meramente documental. São palavras do autor, transcritas no texto mencionado, as seguintes:

"Normalmente, as pessoas pensam num ângulo especial ou numa distorção da peça escultórica ou arquitetônica. Eu preferi fotografar as esculturas sem que elas perdessem suas características primordiais. Mas também consegui recriá-las com fundos e iluminações especiais."

Evidentemente, o exemplo mencionado tem suas peculiaridades, até por se tratar de obra do pai fotografada pelo filho. Mas — regra geral — a verificação de qual direito (se o do autor da obra de arte figurativa ou

(23) *Op. cit.*, pág. 323.

(24) Reproduções desses trabalhos se encontram no volume *Vive Picasso*, de DAVID DOUGLAS DUNCAN.

se o do autor da obra fotográfica) deve ser protegido não levará em conta a intenção do autor, mas o resultado materializado na obra. Essa verificação exige toda cautela.

VIII — OBRA DE ARTESANATO

Discute-se se o produto de artesanato merece proteção. Aqui serão breves as palavras: o artesanato não constituirá obra protegível se for simples resultado de uma habilidade manual produtora de peças características de uma determinada cultura ou região, de tal modo que a contribuição pessoal, criativa, do autor que a elabora seja praticamente inexistente. A inovação é a medida da proteção, como revela ZARA OLIVIA ALGARDI:

“Talvolta l'artigiano, pur lavorando su forme già note, apporta agli elementi preesistenti modifiche e innovazioni costituenti un **quid novi** che é dotato di autonomia rispetto al patrimonio culturale: la sua opera sarà allora oggetto della tutela d'autore. Al contrario, un prodotto del talento e della tecnica artigianale, seppur gradevole esteticamente, ma che non sia frutto di un complesso contributo psichico dell'autore, non è tutelabile come opera dell'ingegno per difetto di complessità e di originalità; così come non lo è il semplice apporto di perfezionamenti” (25).

Aqui se pode lembrar Vitalino, artesão nordestino, que deu relevante contribuição aos trabalhos que produziu, introduzindo-os, assim, na esfera de tutela.

IX — OBRA DE ARTE APROVEITAVEL A INDÚSTRIA

Seja qual for o processo de reprodução, esta depende da autorização do autor. A reprodução pela indústria não escapa à regra. Como assinala ANTÔNIO CHAVES,

“É o sistema de todos os países adiantados, cujos repertórios judiciários, por essa razão, contam com centenas de processos de repressão ao aproveitamento de personagens ou figuras conhecidas da pintura, da escultura, da arquitetura, do cartunismo, do desenho animado ou dos filmes, em reprodução tipográfica em caixas, em estatuetas, em brinquedos etc., etc.” (26).

A regra é a mesma para qualquer reprodução. Vale o destaque para a reprodução pela indústria apenas pela intensa “pirataria” que corriqueiramente esta costuma promover, como sucede em relação a certas figuras muito populares de histórias em quadrinhos, por exemplo. J. A. TIRADENTES (27) relata que a Manufatura de Brinquedos Estrela S.A. pagará à United Feature Syndicate, Inc., EUA, 8% (quando em média se paga 5% pelos produtos fabricados sob licença) sobre o faturamento, pela venda da linha de brinquedos que reproduzirá o personagem Snoopy, cachorrinho da raça beagle, criado por Charles M. Schulz, desde que aquela lhe garanta um

(25) *La Tutela dell'Opera dell'ingegno e il Piágio*, pág. 203.

(26) “Criações de Arte Plástica aproveitáveis à Indústria”.

(27) “A Linha Snoopy da Estrela”.

combate permanente contra as falsificações (melhor seria dizer contrafações) que eventualmente surjam.

Vale lembrar — e isso não se refere apenas à reprodução pela indústria — que a violação de direito autoral constitui crime contra a propriedade intelectual. O § 1º do artigo 184 do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 6.895, de 17 de dezembro de 1980, comina com pena de reclusão de um a quatro anos e multa de Cr\$ 10.000,00 a Cr\$ 50.000,00 o crime de violação consistente na reprodução, por qualquer meio, de obra intelectual, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente.

X — CONCLUSÕES

A reprodução de obra de arte figurativa é direito exclusivo do seu autor.

Obra de arte plástica é espécie de que obra de arte figurativa é gênero.

A presunção de que a alienação do objeto em que se materializa a obra de arte plástica transmite ao adquirente o direito de reproduzi-la (artigo 80 da Lei nº 5.988/73) é inconstitucional, e, portanto, inválida.

Em casos especiais previstos em lei a reprodução não constituirá ofensa aos direitos de autor; afóra esses casos toda reprodução é vedada se não autorizada pelo autor, que é o único juiz de sua conveniência.

Em se tratando de obra de arte fotográfica, que contenha obra de arte figurativa em sua composição, é preciso verificar, caso por caso, se a sua utilização não ofende o direito do autor da obra de arte figurativa.

A proteção autoral ao artesanato depende de contribuição criativa pessoal (psíquica) que o autor tenha efetivamente dado à obra.

A reprodução de arte figurativa pela indústria, com tanta ou maior razão, depende de autorização do autor.

A autorização, pelo autor ou por quem o represente, para reprodução de obra de arte figurativa, deve ser expressa. A violação, consistente na reprodução não autorizada, constitui crime.

BIBLIOGRAFIA

- ALGARDI, Zara Olivia — *La Tutela dell'Opera dell'Ingegno e il Plagio*. Padova, Cedam — Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1978.
- — "L'Opera dell'Arte Figurativa come Bene Economico e il suo Valore Venale" in *Il Diritto di Autore*, ano LII, nº 2, abril-junho de 1981, págs. 168 a 181.
- ASCENSÃO, José Oliveira — *Direito Autoral*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1980.
- BITTAR, Carlos Alberto — *Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977.
- — "Direito de Autor na Obra Fotográfica" in *Revista de Informação Legislativa* nº 70, abril a junho de 1981, págs. 219 a 234.
- — *Direito de Autor na Obra Publicitária*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1981.

- — “Os Processos Modernos de Comunicação e o Direito de Autor” in **Revista de Informação Legislativa** nº 74, abril a junho de 1982, págs. 287 a 300.
- — “Reprodução (Direito de Autor)” verbete in **Enciclopédia Saraiva do Direito**, volume 65, 1981, págs. 175 a 177.
- CHAVES, Antônio — “Criações de Arte Plástica aproveitáveis à Indústria” in **O Estado de S. Paulo**, de 23 de outubro de 1983, pág. 53.
- — **Nova Lei Brasileira de Direito de Autor**. Editora Revista dos Tribunais, 1975.
- — “Obra Literária, Científica ou Artística” verbete in **Enciclopédia Saraiva do Direito**, volume 55, 1980, págs. 246 a 253.
- — “Proteção dos Títulos. Proteção dos Personagens” in **O Estado de S. Paulo**, de 2 de março de 1980.
- — “Publicação, reprodução, execução — direitos autorais” in **Revista de Informação Legislativa**, a. 19, n. 74, abr./jun. 1982, págs. 273 a 286.
- — “Reprodução (Direito de Autor)” verbete in **Enciclopédia Saraiva do Direito** volume 65, 1981, págs. 171 a 175.
- CRUGNOLA, Paola — “Riproduzione di Opere delle Arti Figurative e dell’Architettura situate in Luoghi Pubblici o Aperti al Pubblico” in **Il Diritto di Autore**, ano XLIX, nº 1-2, 1978, págs. 130 a 150.
- DE SANCTIS, Valerio — “Appunti in Tema di Diritto di Riproduzione nel Sistema Legislativo Italiano di Diritto di Autore” in **Il Diritto di Autore**, ano LII, nº 2, abril-junho de 1981, págs. 139 a 167.
- DESBOIS, Henri — **Le Droit d’Auteur en France**. 30ª edição, Paris, Dalloz, 1978.
- — “L’Évolution des Droits de l’Auteur en Matière de Reproduction et d’Exécution Publique” in **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1939.
- DUNCAN, Davia Douglas — **Viva Picasso**. São Paulo, Editora Abril, 1981.
- FABIANI, Mário — “L’Opera d’Arte Applicata all’Industria” in **Il Diritto di Autore**, ano XLIX, nº 1-2, 1978, págs. 108 a 115.
- GÓES, Carlos — **Dicionário de Raízes e Cognatos da Língua Portuguesa**. Belo Horizonte, Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, 1921.
- GRECO, Paulo e VERCELLONE, Paolo — **I Diritti sulle Opere dell’Ingegno**. Torino, Unione Tipografica — Editrice Torinese, s.d.
- MANSO, Eduardo Vieira — **Direito Autoral**. São Paulo, José Bushatsky Editor, 1980.
- MASCAGNI, Sara — “Tutela Giuridica Del Prodotto dell’Artigianato” in **Il Diritto di Autore**, ano XLIX, nº 1-2, 1978, págs. 153 a 156.
- MORAES, Walter — “Arte (Direito de Autor)” verbete in **Enciclopédia Saraiva do Direito**, volume 8, São Paulo, Editora Saraiva, 1978, págs. 141 a 144.
- RICHERAND, Ernesto L’Arrea — “El Derecho de Autor y el Diseño” in **Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística** nº 27-28, México, D.F., Janeiro-dezembro de 1976.
- SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos — **O Direito de Autor na Obra Jornalística Gráfica**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1981.
- SANTOS, Moacyr Amaral dos — **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. Volume 2º, São Paulo, Editora Saraiva, 1980.
- SILVA, José Afonso da — **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982.
- SILVEIRA, Newton — **Direito de Autor no Desenho Industrial**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982.
- SORDELLI, Luigi — “L’Opera d’Arte Figurativa nel Diritto di Autore” in **Il Diritto di Autore** ano XLIX nº 1-2, janeiro-junho de 1978, págs. 14 a 35.
- TIRADENTES, J. A. — “A Linha Snoopy da Estrela” in **Gazeta Mercantil**, de 14 de setembro de 1983, pág. 14.
- VAN STEEN, Edla — “Obra de Arte em Série” in **Revista Internacional de Direito Intelectual**, volume 1, nº 1, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, janeiro a junho de 1978, págs. 72 a 74.

Direitos autorais nas criações publicitárias

CARLOS ALBERTO BITTAR

Doutor em Direito pela Universidade
de São Paulo — Professor Livre Do-
cente de Direito Civil na Faculdade
de Direito da USP

SUMÁRIO

I — DIREITOS AUTORAIS NAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS

1. *A criação intelectual no âmbito da atividade empresarial; a obra sob encomenda*
2. *A iniciativa, o vínculo entre as partes e as condições de elaboração como determinantes do estatuto da obra resultante*
3. *As diferentes situações detectadas na prática e os respectivos regimes jurídicos*
4. *A encomenda como título derivado de aquisição de direitos autorais*
5. *A encomenda como título originário de aquisição de direitos autorais: a pessoa jurídica como titular de direito*

II — DIREITOS AUTORAIS NA PUBLICIDADE

6. *Posição dessa problemática no contexto da atividade publicitária*
7. *A iniciativa e a criação das obras publicitárias: o papel da agência de publicidade e o do anunciante*
8. *O vínculo entre agência e os elaboradores*
9. *As condições de elaboração da obra: o trabalho de equipe como regra geral*
10. *As obras resultantes e os respectivos regimes jurídicos*

I — DIREITOS AUTORAIS NAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS

1. *A criação intelectual no âmbito da atividade empresarial; a obra sob encomenda*

Objetivamente consideradas e independentemente da destinação ou da intenção de seu criador, as criações intelectuais podem, de um lado, preencher objetivos estéticos ou de conhecimento, ou, de outro, dar origem a utilidades materiais.

Com efeito, certas criações satisfazem a exigências do intelecto (as obras estéticas, como as de literatura e de arte); outras servem à consecução de objetivos práticos (as máquinas, aparatos, inventos).

Dessa constatação, chegou-se à concepção e à construção de dois sistemas jurídicos — ambos de natureza intelectual — para a sua regência, a saber, o direito de autor e o direito da propriedade industrial, aquele para as obras estéticas, este para as de cunho utilitário.

As obras estéticas — que ora nos interessam — podem, por sua vez, servir apenas à sensibilização (como, por exemplo, a escultura ou a tela de pintura destinadas a ornar ambientes), ou ingressar na circulação jurídica, em especial por meio da ação de empresas de edição e de comunicação de obras intelectuais (como, por exemplo, os textos de literatura, as músicas, as peças teatrais).

Nessa última função, essas criações alimentam extenso segmento empresarial que se vem expandindo continuamente, em razão de exigências de divulgação de conhecimentos, de lazer, e de entretenimento, mais presentes ainda quando se aperfeiçoa o aparato tecnológico, se acirra a concorrência e se sofisticava o mercado.

Existe hoje verdadeira indústria de comunicações, que se funda em criações intelectuais, impondo, cada vez mais, a integração a seu contexto, de literatos, poetas, pintores, desenhistas, músicos, compositores, artistas e demais criadores, que vêm imprimindo um sentido especial a esse setor empresarial, fazendo nascer, em consequência, problemas novos no campo do direito, em particular do direito de autor, que estão a desafiar os técnicos na matéria, exatamente em função da extrema especificidade de que se revestem.

Mas, nesse campo, já se encontram definidas certas orientações e delineados os contornos básicos dos direitos de todos os que nele militam, graças, principalmente, ao intenso labor desenvolvido a nível internacional, em sucessivas convenções que vêm desde a de Berna, em 1886.

Procurando acompanhar a evolução das artes e das técnicas e adaptar as normas à realidade do momento, revisões periódicas vêm sendo feitas na citada convenção, passando daí, por força de internação, nos países convenientes, a integrar a respectiva legislação, sempre sob o sopro vivificador da doutrina e o leme seguro da jurisprudência.

Assim é que, com respeito à utilização de obras intelectuais no mundo empresarial, já se encontram assentados certos princípios e certas normas, que universalmente se aceitam como incontestes na matéria, à luz da noção central *obra de encomenda*, que tivemos a oportunidade de definir e especificar, em seus diferentes quadrantes, na tese *Direito de Autor na Obra Feita Sob Encomenda* (SP, RT, 1977), na qual estudamos em profundidade o tema, identificando as várias facetas que pode, em concreto, assumir e mostrando a correspondente solução jurídica, no direito comparado e no direito nacional.

Com efeito, é à base de solicitação, ou de sugestão, que se desenvolve, no plano empresarial de comunicações, a atuação dos criadores intelectuais que intervêm no nascimento da obra intelectual, apartadas as situações em que o autor ingressa com obra pronta para edição (quando, então, a iniciativa lhe pertence), ou é especificamente contratado para utilização de obra sua já acabada.

A regra é a contratação para a elaboração, vale dizer, o criador, ou é convidado a trabalhar certo tema, ou a participar em certa obra, ou em parte dela, sob a direção ou a orientação de quem a sugere ou idealiza.

A iniciativa pertence, pois, ao encomendante (empresa de comunicações, seja editora, produtora ou promotora de espetáculos), que orienta, colabora, ou dirige os trabalhos de consecução da obra final (texto literário ou jornalístico; fotografia; pintura; gravura e outros).

Daí o nome *obra sob encomenda* que se lhe confere universalmente, figura essa que inúmeras controvérsias no passado suscitou, em face de seus contornos próprios, mas ora já assentada, em suas linhas mestras, na doutrina, na jurisprudência e na legislação, conforme no referido texto mostramos (pp. 65 e ss. e 117 e ss.).

2. *A iniciativa, o vínculo entre as partes e as condições de elaboração como determinantes do estatuto da obra resultante.*

Na obra sob encomenda, a determinação do respectivo regime jurídico depende, fundamentalmente, dos seguintes fatores: a iniciativa, o vínculo entre as partes e as condições de elaboração.

A iniciativa — que, invariavelmente, pertence ao encomendante — delinea as circunstâncias da concepção e da esquematização da obra e os criadores ou técnicos que nela operarão.

Definem-se, então, o tema, suas linhas básicas e a técnica de apresentação, dentre outros elementos próprios a cada situação ou a cada forma de utilização da obra.

Tudo isso ocorre sob a orientação da empresa — na pessoa do responsável (ou responsáveis) pelo setor correspondente —, cumprindo aos criadores executar as tarefas que lhes são confiadas, a saber, redação do texto, desenho, pintura, gravura e assim por diante.

Nessa parte, ou é destacado um dos elaboradores do quadro de pessoal da empresa ou é contratado externamente — e, nesse caso, que ora não nos interessa, a respectiva situação se definirá pelo contrato que com a empresa celebrar — ou, ainda, são designados dois ou mais intelectuais para a produção da obra, sob a égide do responsável pelo setor.

Normalmente, o vínculo entre a empresa e o criador interno é de ordem trabalhista, pura e simplesmente, eis que na prática, como observamos, ainda não se tem exata noção do alcance dos direitos autorais em certos setores empresariais.

Nas empresas conscientizadas dessa problemática, ou ávidas de assegurar a plena utilização das obras, costuma-se, a par disso, celebrar contrato de cessão de direitos autorais — como lhes permite a legislação de regência — assegurando-se, em concreto, quanto aos diferentes objetivos visados na exploração da obra.

Mas, em algumas atividades, eis que remunerado para produzir obras intelectuais, o criador vincula-se à empresa por simples contrato de trabalho, convencido que está o empresário de que a remuneração paga lhe permite usar a obra realizada no fim próprio de sua empresa (assim, por exemplo, o editor que tem escritores ou poetas a seu serviço; a produtora de fonogramas que dispõe de músicos e de compositores em seu quadro de pessoal e assim por diante).

As condições de elaboração da obra — que variam em cada espécie da obra e dos interesses em causa — influem, decisivamente, na definição do estatuto da obra final realizada.

Diferentes posições podem ser identificadas em concreto, gerando cada qual um tipo de obra, sujeito a regime jurídico próprio, com diversificada atribuição de direitos (ob. cit., pp. 117 e ss.).

Dessa forma, é pela análise de todos esses elementos que o intérprete poderá dizer, com segurança, quem é o criador da obra e que direitos possui.

Da conjugação desses dados é que resultará, clara e indiscutível, a titularidade de direitos em concreto, permitindo ao analista, frente à legislação vigente, definir a exata posição dos interessados.

3. *As diferentes situações detectadas na prática e os respectivos regimes jurídicos*

Pudemos, assim, detectar diversas situações na prática — e, universalmente, tratadas no plano jurídico, de modo definido — sujeitando-se cada uma a um regime próprio.

De início, levando-se em conta a encomenda pura e simples ou de prestação autônoma de serviços — portanto, sem vínculo de emprego ou de função —, pode o criador produzir livremente a obra ou contar com a participação ou sofrer a direção do encomendante, recebendo a remuneração ajustada no respectivo contrato.

Daí, podem surgir os seguintes tipos de obra: obra de produção livre (o autor é o único titular de direitos sobre a obra); obra em colaboração (quando produzida em comum, ou seja, nela se insere contribuição intelectual do encomendante; em que ambos têm direitos sobre a obra), ou obra dirigida (em que o elaborador, como instrumento mecânico, imprime realização à forma concebida e externada pelo encomendante, que dirige o seu trabalho, sendo este, pois, seu único titular, podendo, conforme o caso, resultar, se houver contribuição pessoal daquele, obra em colaboração) (ob. cit., pp. 118 a 139).

Na encomenda vinculada a contrato de trabalho ou a relação funcional — regra nas atividades empresariais —, existe relação de dependência hierárquica, os serviços são prestados em caráter de continuidade e o criador percebe remuneração exatamente para elaborar obras intelectuais, ficando sob a direção da empresa.

Distinguem-se, na espécie, a obra individual de autor assalariado, quando o criador recebe a incumbência e desenvolve-a sozinho, e a obra coletiva, quando trabalham diversas pessoas em sua elaboração, fundindo-se as contribuições de cada qual na obra final resultante, sem possibilidade de individualização (ob. cit., pp. 139 e ss.).

Os direitos e obrigações das partes são definidos, na primeira categoria (obras de autônomos), pelos elementos expostos, assumindo ênfase especial os contratos entre as partes existentes.

Na segunda categoria (obras de assalariados), tem-se por assente, universalmente, que os direitos autorais pertencem ao encomendante, a nível patrimonial, para utilização na atividade específica para a qual foi elaborada (na obra individual de autor assalariado), ou a nível patrimonial e moral (a título de criação, na obra coletiva).

Dessa forma, a encomenda pode assumir a condição de título derivado ou originário de aquisição de direitos autorais (ob. cit., pp. 68 e ss., 75 e ss. e 79 e ss.), conforme o caso.

4. *A encomenda como título derivado de aquisição de direitos autorais*

Com efeito, de regra, a encomenda constitui título derivado de aquisição de direitos autorais, eis que a criação é o único título originário admitido no sistema tradicional — à exceção do direito anglo-norte-americano (ob. cit., pp. 82 e ss.), em que se aceita o encomendante como titular originário — como demonstramos, ainda, na referida tese (pp. 66 e ss.).

É, portanto, título derivado de efeitos patrimoniais: confere ao encomendante os direitos decorrentes da utilização econômica da obra na forma específica de sua atividade, permanecendo, na esfera do autor, os demais direitos patrimoniais (desde que não cedidos por expresso) e os direitos morais sobre a obra (ob. cit., pp. 71 e ss. e 144 e ss.).

Vale dizer: o empregador adquire, pelo simples fato da iniciativa e da direção da obra e da remuneração do autor para a criação, os direitos patrimoniais que advierem da utilização econômica da obra na atividade própria de sua empresa, mesmo à inexistência de contrato escrito.

Esse efeito decorre da própria natureza da encomenda na atividade empresarial, em que a empresa assume os riscos da exploração, pondo à disposição do criador os meios técnicos e materiais necessários.

Essa é a razão lógica desse posicionamento, que tem, em sua sustentação, sagração doutrinária, jurisprudencial e legislativa, em todos os países, e resultante de longa elaboração.

5. *A encomenda como título originário de aquisição de direitos autorais: a pessoa jurídica como titular de direitos*

Mas por exceção e ainda sob o mesmo princípio da criação como base para a atribuição do direito, na obra coletiva tem-se como criador a empresa ou a pessoa sob cuja direção venha a nascer.

Com efeito, resultando a obra da iniciativa da empresa — que a dirige, edita e divulga —, justo se torna atribuir-lhe os direitos autorais, exatamente porque a concepção e a realização da obra, cujos riscos suporta, não seria possível sem essa organização.

Nessa obra, ademais, a elaboração pessoal de cada criador se funde no conjunto final, de sorte que, na prática, impossível se torna identificar a participação de cada um e, em consequência, reconhecer-lhe quaisquer direitos.

Na verdade, essa orientação está em plena consonância com a natureza das coisas, pois a pessoa jurídica sempre atua no mundo civil por

meio de pessoas físicas, realizando sua vontade, praticando atos, firmando negócios, enfim, assumindo direitos e obrigações.

Na obra coletiva, é a pessoa jurídica o titular de direitos, que se vale das pessoas físicas de seus empregados para a realização da obra que idealiza, programa e concretiza, editando-a e divulgando-a posteriormente, para efeito de obter os resultados próprios de sua atividade (ob. cit., p. 80).

Da mesma forma, quando a ingerência do comitente reduz a atividade do elaborador a de mero instrumento mecânico de consecução de sua criação, também aí se lhe reconhece a qualidade de autor originário da obra, expressamente aceita pela melhor doutrina (*id.*, *ib.*).

II — DIREITOS AUTORAIS NA PUBLICIDADE

6. *Posição dessa problemática no contexto da atividade publicitária*

Essa problemática reflete-se, em todo o seu esplendor, na atividade publicitária, exatamente porque, de um lado, é empresarial, do setor de comunicações, e, de outro, emprega, em seu desenvolvimento, sob vínculo laboral, criadores intelectuais, surgindo sob sua direção obras de engenho destinadas a sensibilizar o público em geral para os produtos que enaltece, como acentuamos em outra tese, *Direito de Autor na Obra Publicitária* (SP, RT, 1981), matéria em que nos especializamos, inclusive no trato pessoal diuturno.

Com efeito, a publicidade, cujo papel é ressaltado por todos que se dedicam ao estudo das atividades econômicas, ocupa ora posição de relevo na estimulação de criações intelectuais estéticas, pelo amplo espectro que de sua ação deflui.

Por isso é que GIUSEPPE PADELLARO — especialista italiano — põe em relevo a importância da atividade, assinalando:

“invero la pubblicità, è quasi ovvio affermarlo, è uno dei fenomeni che caratterizzano la nostra epoca”, e “strettamente connesso allo sviluppo e alla diversificazione della produzione che caratterizzano il sistema economico contemporaneo” (*Il Diritto d'Autore: la Disciplina Giuridica degli Strumenti di Comunicazione Sociale*, Milano, Vallardi, 1972, pp. 141 e 142).

Integrada hoje por empresas as mais especializadas, associações e entidades de controle, ocupa espaços consideráveis no mundo dos negócios, contribuindo, pelo vulto dos empreendimentos e dos resultados, para a expansão da economia do país.

Alma dos negócios, como se diz na linguagem comum, a publicidade é a mola propulsora das demais atividades industriais, comerciais e de serviços, pois, por meio das mensagens que cria e transmite é que o consumidor é levado a adquirir os bens, produtos, ou serviços que aquelas lhe oferecem.

Ora, no centro dessa nervosa e dinâmica atividade — em que se concentra importante parcela do produto bruto nacional —, encontra-se a agência de propaganda (ou de publicidade, como mais tecnicamente ora se diz), empresa comercial especializada, em cujo seio são concebidas, criadas e produzidas diferentes obras intelectuais (anúncios, telas, filmes, *spots* e outros) destinadas a exaltar ou a apontar bens, produtos ou serviços que os anunciantes (principalmente empresas produtoras, comerciais, ou de serviços) têm a oferecer ao público consumidor em geral.

Dispõe a agência de criadores e técnicos — ou os contrata, especificamente, para certos casos —, por meio dos quais realiza as campanhas publicitárias que lhes são encomendadas por seus clientes, os anunciantes.

Em seu interior, são concebidos, realizados e editados os anúncios (ou *reclames*) — expressão genérica que congrega as obras produzidas na publicidade — que servirão de meio para a difusão dos bens ou serviços oferecidos.

Não é sem razão que os deões da publicidade em França, BERNARD DE PLAS e HENRY VERDIER, acentuam que:

“l’annonceur évitera la complication que représenterait pour lui l’obligation d’entrer en rapports successifs avec ces différents professionnels. Il s’adressera plus volontiers à un éditeur publicitaire qui assurera la création et la fabrication de l’affiche; puis il traitera pour l’acquisition des emplacements et la pose avec une agence d’affiches.”

E, se confia “la gestion totale de son budget à une agence de publicité”, esta “se chargera, le plus souvent sous son contrôle, de l’ensemble des opérations.” (*La Publicité*, Paris, PUF, 1976, p. 51).

“Ces créateurs et intermédiaires nécessaires” —, como os citados autores denominam as agências — “constitueront la partie la plus importante des professions de la publicité...”, cabendo-lhes “d’assurer, en tout ou en partie, pour le compte et au nom des annonceurs, la conception, la réalisation, l’exécution et la diffusion de la publicité sous toutes ses formes” (ob. cit., pp. 52 e 83).

É a agência, consoante palavras sintéticas de CARLOS ZAVALA RODRIGUES, também doutrinador específico na matéria, “que se encarga

de organizar la publicidad que le encomienda el anunciador”, e tão estreito laço se forma que “el anunciador se entrega a ella y le brinda su confianza”.

E, em resumo, acentua que:

“la agencia prepara la publicidad y la entrega a los órganos que han de publicarla, distribuyéndola convenientemente.” (*Publicidad Comercial: Su Régimen Legal*, Buenos Aires, Depalma, 1947 pp. 546 e 547). No mesmo sentido: JOSÉ MARIA DE LA ECUESTA RUTE (*Régimen Jurídico de la Publicidad*, Madrid, Tecnos, 1974, p. 281); JEAN CLAUDE DASTOT (*La Publicité: Stratégie de l'Entreprise*, Verviers, 1973, pp. 13 e ss.) e JOÃO M. LOUREIRO (*Direito da Publicidade*, Lisboa, Casa Viva, 1981, pp. 27 e ss.).

Salienta, então, outro especialista, FRANCISCO HUNG VAILLANT, que, na publicidade, em termos gerais, a empresa gestora (a agência) “desempeña un papel de mediación o de creación” (*La Regulación de la Actividad Publicitaria*, Caracas, Universidad Central, 1972, p. 21).

Mas é ROBERT LEDUC — esperto, de nome internacional, na publicidade — que descreve a natureza e as funções da agência, salientando que é

“uma organização comercial independente, composta de criadores e técnicos, cujo objetivo é conceber, executar e controlar a propaganda e colocá-la nos veículos publicitários, por conta de empresas que procuram encontrar clientes para seus bens e seus serviços” (*Propaganda: Uma Força a Serviço da Empresa*, trad., S. Paulo, Atlas, 1972, pp. 287 e 288; ou em *Le Pouvoir Publicitaire*, Paris, Bordas, pp. 151 e ss.).

Realça que a agência concebe, executa e controla a propaganda, agindo por conta do anunciante, enquanto que

“o criador-redator e o criador gráfico trabalham, em geral, em conjunto, uma vez que o serviço de criação é, de modo geral, composto de células (ou grupos) de criação” (ob. cit., p. 289).

Nesse mister, a parte preponderante cabe ao redator ou ao diretor de arte, mas realça-se, no conjunto, o trabalho de “equipe”, sob a égide de um planejador.

Daí por que acentua que o serviço de criação é *amalgama de talentos* existentes em sua equipe, aos quais, quando necessários, criadores externos vêm juntar-se (ob. cit., p. 291).

Na mesma diretriz, manifestam-se: ARMANDO SANTANA (*Teoria Técnica e Prática da Propaganda*, SP, Pioneira, 1973, pp. 177 e ss.); EUGENIO

MALANGA (*Publicidade: Uma Introdução*, S. Paulo, Atlas, 1976, pp. 85 e ss.) e CLAUDE HOPKINS, que exalta a necessidade de conjugação com o anunciante para a otimização do trabalho ("Propaganda", trad., S. Paulo, Cultrix, 1966, pp. 49 e ss.) (V., a respeito, tb. SANTANA: ob. cit., pp. 55 e ss.).

A ligação com o anunciante constitui relação contratual específica, em que se acentua o papel criador da agência, como frisa NICOLE CHOLLET ("Le Cadre contractuel de la prestation de publicité" in *L'Avenir de la Publicité et le Droit*, Centre de Droit de l'Entreprise, Montpellier, Litec, 1977, pp. 227 e ss.).

Na verdade, nos dias atuais, como bem sentiu HERMANO DUVAL — especialista brasileiro —, a atividade do setor está hoje "praticamente concentrada na agência de publicidade", que, pelo contrato com o anunciante "se obriga à criação, preparação, programação e execução de uma campanha publicitária . . .", cabendo àquele "fornecer os dados necessários à realização da campanha" (*Publicidade e a Lei*, SP, RT, 1975, pp. 39 e 67).

7. *A iniciativa e a criação das obras publicitárias: o papel da agência de publicidade e o do anunciante*

No campo publicitário, as obras correspondentes nascem, pois, sob a iniciativa da agência, que a cria e a elabora.

Exatamente porque instrumentada para tal, face ao pessoal especializado e o aparato técnico necessário, por definição é a agência que cria os anúncios e os produz e divulga, por meio dos veículos (meios de comunicação) próprios (jornal, revista, rádio, televisão, conforme o caso).

Utiliza para esses fins seus próprios empregados — contratados pelo regime celetista — que recebem remuneração (e elevada) exatamente para idear e executar textos, desenhos, gravuras, pinturas e demais obras compatíveis, sempre sob a orientação de seu departamento especializado (o de criação), sob a responsabilidade de um profissional do setor.

Pode, em certos casos e no interesse da campanha, contratar estranhos ou utilizar obras já existentes, mediante a autorização de seu autor, mas, de regra, as grandes agências já estão aparelhadas para, com recursos próprios, realizar por si as obras encomendadas.

Pode, também, confiar a produção final a empresa especializada (como, por exemplo a de um "jingle", ou "filme") e isso com freqüência vem ocorrendo, dada a sofisticação desses setores.

Pode, ainda, o próprio anunciante dispor de departamento próprio de criação de anúncios, mas também por exceção, em face da alta especialização e o nível de concorrência hoje imperantes.

Na criação e na elaboração das obras, a agência é que toma, de regra, a iniciativa, propondo temas, motivos, formas ao anunciante, que depois definirá a linha de sua preferência.

Estreita colaboração existe entre ambos — exatamente como frisamos, porque, na confiança recíproca reside a atividade — de sorte que é freqüente o intercâmbio de idéias, a modificação de textos ou de figuras, a mudança de estratégia, tudo no sentido de otimização dos resultados.

Nesse mister, a agência dispõe de elemento de contato — de ligação — com a empresa anunciante, por meio do qual são realizadas as gestões tendentes à definição da campanha e à sua efetivação.

Participa, assim, o anunciante — com matizes mais fortes, ou não, conforme o caso — na elaboração, mas, de um modo geral, é da agência que advém a idéia, a forma e a sua realização concreta.

8. *O vínculo entre a agência e os elaboradores*

De regra, a agência conta, em seu quadro de pessoal, com criadores intelectuais para textos e artes — com os quais compõe o seu “Departamento de Criação” — profissionais do setor, que recebem remuneração considerável exatamente para criar e executar obras publicitárias e têm, entre nós, registros próprios.

O regime de contratação é o do simples contrato de trabalho — entre nós, obediente também a disposições de lei especial (que regula a publicidade) — reduzindo-se, pois, o vínculo entre agência e empregado a simples relação empregatícia.

Vale dizer: não se costuma celebrar contrato para regência de relações decorrentes da utilização de direitos autorais — inobstante recomendações que temos feito — mas isso em função do dinamismo da atividade e da celeridade dos negócios, os quais, freqüentemente, são firmados de modo verbal, por telefone (como observamos, com freqüência, na prática), envolvendo vultosas verbas em campanhas de índole nacional e anunciantes e agências de maior expressão.

Tudo isso, a par do senso prático do empresário de publicidade — que, pelo fato de pagar remuneração ao elaborador intelectual, considera-se autorizado a utilizar, legitimamente, a sua obra no fim proposto —, contribui para que as relações em causa fiquem circunscritas, no plano instrumental, ao simples contrato laboral.

Algumas empresas, no entanto, costumam, para obviar discussões que possam surgir em concreto, firmar contratos de direitos autorais com os criadores, quando se trata de obra pronta e que desejem utilizar,

ou de obra confiada a um só elaborador, obtendo, assim, autorização específica para o seu aproveitamento econômico.

Firmam, então, cessões de direito, nas quais fazem constar declarações de que podem usar a obra, mediante as condições em cada caso estipuladas, com ou sem remuneração, conforme o salário compreenda ou não a utilização pretendida.

Mas, deve-se frisar, a regra é a existência apenas de vínculo laboral, remunerando-se os especialistas em criação exatamente para realizar, ou executar, obras encomendadas.

9. *As condições de elaboração da obra: o trabalho de equipe como regra geral*

Concebida e planejada a obra na agência, a sua consecução prática é confiada aos elaboradores, de conformidade com os respectivos potenciais e aptidões.

A agência dispõe de equipes de criação diferentes, ou grupos de criação, consoante as respectivas dimensões, nos quais atuam redatores, desenhistas e artistas, de um modo geral, cada qual sob a orientação de um "diretor de arte".

Os trabalhos desenvolvem-se, em uma sucessão de textos, esboços, minutas, traços, linhas, que são discutidos entre os integrantes do grupo, que, nesse trabalho, emprestam sua colaboração pessoal aos demais, interpenetrando-se, portanto, os respectivos aportes.

Dessa forma, depois de discutido e elaborado no grupo o trabalho final resultante, é oferecido o "layout", que, submetido ao cliente pelo contato e aprovado, é levado à produção.

Nessa seqüência, pode o anunciante sugerir modificações, aceitar ou não o conjunto, repudiá-lo, enfim, não se chegar a uma obra final, que só vai à produção quando todos estiverem concordes, agência e anunciante, por seus representantes habilitados.

Conseqüentemente, do esboço inicial traçado pelo elaborador pode-se chegar a figura, ou a texto completamente diversos; alterações podem ser neles introduzidas; adições e subtrações são freqüentes, tanto a textos, como a desenhos ou a figuras.

Essas modificações operam-se em um dinamismo tal e sempre em trabalho de equipe, de sorte que, no final, impossível se torna, de regra, a identificação da colaboração de cada qual e, inclusive, da equipe do próprio anunciante, conforme o caso.

Releva acentuar — como se anotou — que, nesse mister prospera o sentido de conjunto, de trabalho de equipe, de integração de contribuições, sempre sob a direção e a orientação da agência, por meio de seus diretores e responsáveis.

Ademais, as próprias obras publicitárias — por pertencerem ao gênero de obras complexas, em que se mesclam diferentes criações — exigem mesmo a conjugação de vários elaboradores em sua consecução.

Nessa diretriz é que, na tese mencionada, escrevemos:

“A criação e a produção da obra publicitária demandam um trabalho em série, que envolve especialistas da área, criadores, artistas, escritores, produtores e intérpretes, concentrando-se, normalmente, na agência de propaganda”, a qual definimos como “empresa especializada na preparação, na elaboração e na veiculação de mensagens comerciais” (ob. cit., p. 123).

Face à imperatividade de criar e enfatizar a imagem positiva do produto ou da marca em jogo, estreita-se o relacionamento com o cliente, “obrigando-se o anunciante a fornecer à agência todos os elementos necessários” (p. 124); daí por que: “na fixação da campanha, a agência mantém os contatos necessários com o departamento ou funcionários da empresa anunciante” (p. 125).

Estabelecido o planejamento, “passa-se à criação, pois já definidos o tema (idéia central) da campanha e o apelo” e ainda consoante assentamos alhures:

“Os trabalhos de elaboração são conduzidos pelo departamento próprio da agência — denominada exatamente “departamento de criação” — que tem em sua composição, no mínimo, um diretor de arte e um redator, geralmente empregados da agência. Em muitos casos, a agência contrata artistas, escritores e outros talentos para a criação; recrutados inclusive dentre as maiores expressões da intelectualidade, em diferentes épocas, ou utiliza, mediante autorização, artes e textos vindos antes a lume” (ob. e loc. ult. cits.).

Em seguida, ainda:

“Apresentada a idéia-matriz e depois das necessárias definições, esboça-se o “layout”, redige-se o texto, ou insere-se a composição no correspondente *corpus mechanicum* — (acetato, fita, película e outros) e “aprovada pelo anunciante a composição, passa-se à fase de produção da obra (que compreende: desenho, filmagem, gravação, em disco ou em fita), ou à arte final (textos, ilustrações ou fotos por diferentes processos, como tipográficos, litográficos, fotolitos gráficos, rotográficos)” (ob. e loc. ult. cits.).

Em todas essas etapas, a agência mantém sob sua direção numerosos empregados de diferentes setores, cujo trabalho organiza e controla (ob. cit., p. 123).

Portanto, a elaboração da obra publicitária pressupõe: diversidade de elaboradores; o trabalho em equipe; integração de suas contribuições ao conjunto final; direção da agência, de sorte que, no final, não se pode distinguir a participação de cada um.

10. *As obras resultantes e os respectivos regimes jurídicos*

Como consequência, a regra é a da existência de obra coletiva, porque de iniciativa da agência, que mantém sob emprego os vários elaboradores nela utilizados, configurando a obra final (texto, "jingle", filme etc.) conjunto incindível, no qual não se pode individualizar a contribuição de cada qual.

O respectivo regime jurídico obedece à esquematização exposta, a saber: titular originário dos direitos autorais é a agência, que pode utilizar o anúncio para o fim correspondente, recebendo do anunciante a remuneração ajustada; os elaboradores fazem jus aos respectivos salários e demais verbas em sua relação empregatícia previstas.

As relações de direito autoral resumem-se, nesse caso, à agência e ao anunciante, ficando a primeira com direitos assegurados quanto a terceiros.

Entre a agência e os elaboradores cingem-se ao plano trabalhista as relações em causa.

Já isso não ocorre, no entanto, quando se tratar de obra individual de autor assalariado — que, embora não freqüente, pode existir —, ou seja, quando o empregado criar e realizar sozinho a obra (texto, tela, "jingles" etc.).

Nesse caso, a empresa será titular derivada de direitos patrimoniais, podendo usar a obra no fim próprio, ressalvados ao empregado os direitos morais e os patrimoniais não cedidos por expresso.

Também quando, no contexto de uma obra coletiva, houver criação estética autônoma individualizada — por exemplo, em um anúncio feito em tela, a pintura ideada e executada por um só artista; em um "jingle", a composição musical criada por um só autor —, prevalecerá a orientação referida quanto a essa obra em si, destacável do conjunto, sem prejuízo do direito sobre o conjunto.

Resumem-se, todavia, a essas posições, as situações fáticas possíveis, como observamos ao longo dos estudos e da experiência haurida em concreto, em nossa atividade profissional.

Proteção legal para o software

JULIO CESAR DO PRADO LEITE

Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros; Membro Titular do Quadro de Consultores da Organização Internacional do Trabalho; Membro da Comissão Revisora da Consolidação das Leis do Trabalho (1974/77); Advogado da Confederação Nacional da Indústria (1954/81); Consultor Técnico do Instituto de Pesquisas, Estudos e Assessoria do Congresso Nacional
— IPEAC

1 — Com a microeletrônica tornando-se velozmente uma parte necessária da vida de cada dia, com o progresso acelerado da indústria nacional de microcomputadores, reponta, nitidamente, a necessidade de que seja traçada adequada política de informática segundo os interesses nacionais e dentro dela assegurada proteção legal eficiente ao produto intelectual inerente aos programas de computador.

O programa de computador consiste basicamente no conjunto de complexas instruções elaboradas por um produtor com sua equipe técnica, destinadas a serem processadas em um computador, de modo a atender às necessidades de informação do usuário.

O campo de uso de um computador — sabe-se bem — estende-se continuamente. De simples depósito de dados — para que ainda tem serventia extraordinária — ou sofisticada e velocíssima máquina de calcular, penetrando quase automaticamente as nuvens espessas dos grandes números, hoje os computadores estão amestrados a servirem em todas as partes, em todos os ramos de negócio, desde os bancos, como aferidores imediatos de extratos, verificação de saldos, liberação de pagamentos, transformando, em instantes, um simples guichê de agência em toda uma estrutura de um complexo estabelecimento de crédito, até em disciplinadores do fluxo de trens de metrô, conferindo regularidade e segurança a esse serviço

público. Dos aviões às bibliotecas, em todo o viver humano vão-se inserindo, como águas afluentes de uma corredeira, as máquinas de computação eletrônica.

Os microcomputadores já chegam aos lares, para ordenamento de procedimentos domésticos ou para entretenimento; vão aos escritórios para confeccionar memorandos, contratos, relatórios, e um sem número de tarefas burocráticas, rotineiras e repetitivas. Chegam aos tribunais, colecionam e agregam acórdãos de matéria semelhante, catalogam partes, atualizam instantaneamente para o consultante o andamento de seu processo e assim por diante.

Essas máquinas espantosas, no entanto, são inertes se não contam com o seu alimento essencial: os programas. A inteligência do computador é o programa; já a memória é da máquina. De um programa, porém, com a ajuda da máquina, se podem extrair novos programas.

Como é fácil perceber, os procedimentos criados, ordenados e contidos em um sistema, pela utilidade imediata que apresentam e pelo seu conseqüente valor econômico, são objeto da cobiça de terceiros e de atos de pirataria daqueles que se querem valer do depósito de conhecimento contido naquele bem para obter vantagens ilícitas porque não autorizadas, e a custo zero, em detrimento econômico do seu real proprietário que nele investiu pesadamente e que fica inibido de aliená-lo ou cedê-lo por concorrência desleal.

Por outro lado, os programas devem ser elaborados segundo a máquina que os vai processar. O hardware condiciona o software. Os fabricantes das máquinas, por conseqüência, têm a tendência de colocarem junto ao usuário todo o pacote. Qualquer legislação, porém, que visa disciplinar o software deve preocupar-se primordialmente com sua divulgação e prestígio. Torna-se necessário incentivar os produtores nacionais de software. Os incentivos devem contemplar a atividade globalmente considerada. Não apenas a elaboração de software por fabricantes de equipamentos, mas o software elaborado por casas específicas, ou por produtores independentes. O primeiro incentivo, está claro, é dar proteção legal àquele que detenha a propriedade do bem em causa, para evitar a concorrência desleal e os atos delituosos de pirataria. A outra preocupação básica será estabelecer a confiança no mercado de software conferindo ordenada e eficaz proteção ao usuário do bem em causa.

II — Não é fácil, porém, ordenar o assunto. Só os Estados Unidos, em todo o mundo, dispõem de controle legal específico para proteger os direitos dos produtores, distribuidores ou usuários do software.

E mesmo assim, valendo-se de instrumentos diversos, um deles, e o mais usual, de âmbito estadual; e os outros dois, tradicionais, de curso nacional.

Tentativas têm sido feitas para dar regulação internacional à matéria. Mas não só os princípios fundamentais dessa proteção são complexos, como

o instrumento internacional que resultaria do acordo não poderia por certo abrigar em seu contexto as disputas ou regras para seu deslinde que envolvem os interesses nacionais também em jogo.

Sob o ponto de vista jurídico, como situar o problema da proteção legal do software?

Os americanos, como sempre, foram práticos. Editaram disposições estaduais protegendo o segredo do negócio; e valeram-se de dois institutos tradicionais: do copyright, que é o direito de primazia do autor e cujo órgão de registro é federal, e, finalmente, do registro de patentes, cujo registro de controle também é federal.

Cada uma dessas opções objetiva um diferente propósito de proteção potencial, ligada a uma específica carência ou falha.

Alguns produtores têm sido, aliás, aconselhados a efetuar um “pacote de proteção”, envolvendo os três institutos referidos, de modo a assegurar plenamente a intangibilidade de suas idéias e de seus produtos.

Seguindo a linha de recentíssimo trabalho de ROBERT GRANHAN, advogado especializado, norte-americano, vamos dar um mergulho na apontada estrutura legal de proteção dos direitos imateriais nos Estados Unidos. Vejamos um por um dos institutos de que se valem os produtores de software americanos:

a) Leis de proteção ao segredo do negócio:

A legislação de proteção ao sigilo do negócio, de âmbito estadual, tem sido a mais popular opção e a mais plena de sucesso para a segurança do software. Dirigem-se à proteção das idéias contidas no programa mais do que à sua manifestação expressa ou linear.

A estrutura da natureza do instituto em causa é simples e objetiva. Qualquer trabalho intelectual que tenha um propósito de lucro, isto é, que se possa constituir em negócio, portando efetivamente uma novidade relativamente ao que o mercado conhece disponível, pode receber proteção, com a condição de que a informação contida no programa não seja de domínio público.

O produtor deve ter sempre em conta que o segredo do negócio pode ser perdido. Uma vez que ele tenha sido disseminado, não se torna mais recuperável sob ponto de vista legal. Pode ser usado por qualquer, sem que, contra ele, se possa argüir má fé.

O instituto do segredo do negócio não se pode confundir com o ancestral sigilo mercantil de nosso Código Comercial. A inspiração é a mesma,

mas o sigilo mercantil — como o sigilo bancário, por exemplo — é mais uma posição de defesa do indivíduo frente ao Estado. O segredo do negócio dirige-se à concorrência comercial primordialmente.

O instituto cobre qualquer fórmula confidencial, patente, invenção ou compilação de informações usadas em um determinado negócio, desde que tal proteção seja essencial para assegurar legítima oportunidade de o produtor obter vantagem sobre os competidores que não conheçam a novidade e não a utilizem por consequência. Assim, um software que contenha novidade ou efetivamente conte com elementos exclusivos, pode ser incluído na definição legal das “Trade Secret Laws”. Mesmo o software que não constitua novidade ou não tenha elementos exclusivos pode ser protegido se ele contém uma combinação de adequados conhecimentos para realizar funções ordinárias que, comprovadamente, assegurem melhor desempenho. Essa vantagem torna-se objeto de proteção porque ela é uma vantagem competitiva.

Como se sabe, milhares de decisões individuais perfazem a lógica, o Código e os algoritmos de cada programa. Pode-se bem argüir que cada programa, por ser tão complexo, contém uma combinação de elementos que o tornam único, suficientemente para merecer ser considerado um segredo comercial. Segundo o que explicitam as “Trade Secret Laws”, no entanto, o requisito essencial para que se obtenha a proteção legal é que o segredo seja detido pelo produtor, seus técnicos ou distribuidores, em segura boa fé. Isto quer dizer que, se o segredo escapar e se tornar disponível — mesmo para um público seletivo — já não pode ser objeto da proteção assegurada pela legislação que visa precaver — *erga omnes* — o segredo do negócio. A maior preocupação, pois, está na volatilização do segredo. Se o software cai no domínio público, as “Trade Secret Laws” não poderão resguardar o pesado dano econômico que a publicação fará recair sobre seu produtor original.

b) Leis de direito autoral (copyright laws):

Embora o “Copyright Office” — entidade federal — tenha registrado programas desde o início da década de 60, sempre pareceu duvidoso, no meio jurídico americano, que o software pudesse ser objeto de registro autoral, em razão da matéria.

Argüia-se que a fonte do programa (a linguagem natural usada pelo programador quando escreveu o programa) não podia ser suscetível de registro. Cerrado debate, porém, travou-se no tocante à forma binária do programa, particularmente quando incorporada no código-objeto, isto é, transformada na linguagem mecânica. Duvidou-se que também pudesse ter proteção pela via do direito autoral.

Em 1980, porém, essas questões desapareceram, como informa GRANHAN, porque o Ato Regulador do Copyright foi modificado por lei federal exatamente para consagrar o entendimento de que o direito autoral seria hábil para cobrir os programas de computador.

A nova disposição legal tornou claro que o original código-fonte, escrito em linguagem natural, refletia a autoria; que o programa, consistente na lógica e no desenho do software é a sua expressão e que todas as formas de software, das quais uma versão do programa possa ser produzida ou comunicada com a ajuda de uma máquina, tornaram-se cópias protegíveis.

Uma nota curiosa ainda pode ser dada, no particular. Uma decisão da Suprema Corte americana, apreciando a comentada emenda na Lei do Copyright, determinou que, além da cópia do programa a ser depositada no "Copyright Office", outra também fosse depositada na Biblioteca do Congresso. Essa exigência, no entanto, pode ser dispensada, porém, a requerimento da parte. A maior vantagem da proteção dos direitos autorais é que a Lei é explícita a respeito e abrange aspectos específicos.

DANA E. MILES, em recente edição do "IEEE Software", comenta o famoso caso Apple v. Franklin, dedido pela Corte de Apelação Federal com competência sobre a Pennsylvania, New Jersey e Delaware (terceiro circuito de Cortes de Apelação). A decisão do referido caso estabeleceu a validade essencial do direito autoral para proteger o software em todas as suas formas. A Corte acentuou com clareza que a expressão "trabalho literário" não está confinada à literatura tal como a de HEMMINGWAY em **Por Quem os Sinos Dobram**. Mas também abrange os números, ou outros símbolos numéricos ou algoritmos. A Corte, em suma, consagrou o entendimento segundo o qual o copyright protege o programa de computador desde sua fonte às suas versões.

c) Proteção de patente:

Somente aquelas invenções que se enquadrem dentro da definição da lei federal americana sobre o assunto estarão aptas a merecer proteção de patente. Para que se obtenha uma patente, a parte deve dirigir-se ao registro respectivo, encaminhando um arrazoado contendo as descrições do bem a ser patentado. O relatório da parte é minuciosamente examinado pela referida repartição. Ele deve conter um demonstrativo cabal, que vá ao detalhe da coisa. Se o registro de patente chegar à conclusão de que a invenção, tal como foi apresentada, é realmente uma novidade, então a patente será obtida.

Os primeiros pedidos de registro de patentes para software foram feitos na década de 60, quando a repartição foi inundada de requerimentos. Logo depois, porém, e tendo em vista dificuldades apontadas pelo próprio

Registro de Patentes, foram determinados estudos pelo Poder Executivo que concluíram que o software não era suscetível de ser patenteado.

Em 1981, porém, um produtor requereu à Suprema Corte para que definisse a questão: se o programa poderia, ou não, ser objeto de patente. A Suprema Corte decidiu a favor do pedido e considerou que o programa poderia ser patenteado. O uso de fórmulas matemáticas e de algoritmos por si só — considerou a decisão judicial — não elidiriam essa possibilidade. Esse era o obstáculo que se colocara na matéria. Os tecnocratas do Executivo não encontravam ser exequível patentear o uso de fórmulas matemáticas ou uso de algoritmos. A Suprema Corte, porém, foi taxativa. Subseqüentemente a esta decisão, um substancial número de patentes foi requerido para software e as patentes foram concedidas. É preciso remarcar, porém, que a obtenção de patente é um processo custoso e muito lento. Além do que, é aberto ao público.

Pelo que foi visto, nos Estados Unidos o software pode ser protegido pelas leis estaduais que lastreiam a proteção do "segredo do negócio"; pelo direito autoral e, ainda, pelo regime do registro de patente.

III — Quando os primeiros estudos para proteger legalmente, no Brasil, o produtor de software foram realizados — e continuam a sê-lo —, procurou-se conceituar com precisão o bem em causa, de modo que fossem absorvidas as novas disposições segundo os princípios gerais de direito adotados no País.

Logo se deu conta que o software, pela sua natureza, era um bem imaterial e que a propriedade e direitos conseqüentes sobre tal bem constituíam direitos imateriais ou intelectuais que visam a proteger o caráter patrimonial neles representado e o caráter moral inerente à invenção.

Em nosso quadro jurídico dispomos de dois estatutos típicos pretendendo amparar e regular as relações do direito imaterial, ambos com suporte constitucional específico e leis reguladoras próprias.

Assim, a propriedade industrial, com um código próprio, e o direito autoral, com diploma legal específico regulando seu alcance e seus favores.

A Constituição federal, em seu art. 153, §§ 24 e 25, enfatiza ambos os institutos, fazendo-os figurar entre os direitos e garantias individuais dos cidadãos.

Tão alta hierarquia deriva dos poderes de invenção, de inovação e de criação, que estão entre os mais relevantes atributos humanos.

Os direitos que perfazem a propriedade industrial limitam-se no tempo, porque se apegam ao valor da novidade da criação. O direito autoral pode perenizar-se, indo além de uma geração, porque a criação artística tem o sortilégio de poder valer por tempos imemoriais.

Rezam os §§ 24 e 25 do art. 153 da Constituição federal:

“§ 24 — A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do nome comercial.

§ 25 — Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar.”

IV — A proteção legal do software a ser traçada no Brasil não pode ignorar os institutos de direito intelectual consagrados nos incisos constitucionais acima transcritos. Deles se haverão de extrair as normas básicas, não apenas para identificar autor e novidade como também o rumo coercitivo que o legislador vier a adotar para impedir a contrafação, o ato de pirataria, o extravio do segredo com fins de concorrência desleal.

Poder-se-ia pensar em trazer a proteção do software ao campo coberto pela propriedade industrial. Com efeito, a realidade do novo bem mais se acerca do mencionado instituto do que do direito autoral. Com esse, a similitude pode ser localizada no fato de que representa obra de engenho pessoal, posto que armada genericamente por equipe técnica. Destinando-se o software à aplicação em aparelhagens concretas — os computadores —, constitui um bem inerente ao desempenho mecânico ou industrial e não meramente especulativo ou artístico, embora de índole científica.

De qualquer modo, o conceito de invenção deverá estar muito nítido na proteção do software não só para que se alijem as idéias de que o produto é mera decorrência do estado da técnica, mas para que, em verdade, se possa nele reconhecer novidade, cuja detenção, como privilégio, traga ao seu produtor real vantagem econômica.

Com o raciocínio acima, em que se procurou demonstrar a contigüidade dos campos da propriedade industrial e do direito autoral, para se definir a situação do software — invento de significado industrial e ao mesmo tempo obra científica de valor econômico — procurou-se remarcar que o bem em causa é do mesmo gênero das duas espécies cogitadas. O software é, assim, um bem intelectual, imaterial.

As suas características, no entanto, e o modo de sua utilização comercial fazem com que a sua propriedade deva conhecer uma proteção legal específica.

A propriedade do software assiste ao seu produtor, vale dizer, aquele que custeou a sua criação e administrou os recursos humanos e materiais necessários para que se concretizasse.

O produtor pode-se confundir com a figura do criador do software, mas não necessariamente. É ele o gerente e o gerador do software.

Com efeito, compete ao produtor reunir o grupo técnico conveniente e ditar os objetivos para a elaboração, o desenvolvimento e a criação dos programas que fazem o software, assim como alocar os recursos e meios tecnológicos necessários ao desempenho do projeto.

É o produtor do software, na verdade, um empresário. Todavia, a ele pertence a propriedade do bem imaterial produzido e que constitui o software. E como a ele assiste a propriedade do bem é a esse direito que se procura dar garantia legal.

Desloca-se assim a preocupação jurídica ínsita ao registro de patente ou invenção e ao direito autoral. Enquanto os referidos direitos imateriais estão genericamente ou originalmente ligados aos seus criadores, no software a propriedade assiste a quem o fez produzir, mas não necessariamente a quem o produziu.

Pode-se dar isoladamente a "confusão". Mas, regra geral, os criadores do software, as inteligências concentradas em produzi-lo, não se confundem com o produtor. Esse tem os portadores do poder criativo, sob vínculo de subordinação hierárquica, em relação de emprego ou em alocação de serviços.

Como se depreende, a lei que visa a proteger a propriedade do software contempla empresários que a detêm, evitando que no negócio específico a que se dedicaram ocorra concorrência desleal por outros interesses comerciais e industriais.

Como a lei se dirige à proteção da propriedade do software, é de ver-se que os interesses econômicos postos em jogo são muito relevantes, tendo em conta o mecanismo acima descrito.

A efervescência que há hoje entre nós acerca da matéria advém não apenas da proteção da propriedade do bem em causa, mas da necessidade de criar-se condições favoráveis ao surgimento de novos produtores nacionais. A carência de produtores nacionais derivava basicamente do fato de que não se tinha no País a produção de computadores.

O campo do hardware era ocupado pelas grandes produtoras internacionais, que, por processo natural, forneciam também o software, vale dizer, o alimento para as máquinas.

Mas agora, como frisamos inicialmente, o crescimento do parque fabril nacional de microcomputadores abriu oportunidade para que aqui se desenvolvesse também a produção dos programas. Da mesma maneira como

se protegeu e se está a proteger a indústria nascente nacional de computadores, é certo que o legislador procure reservar espaço para os produtores nacionais de software impedindo práticas de intercâmbio internacional desfavoráveis.

V — Deve o legislador nacional, porém, ao cuidar de proteger a propriedade do software, dispensar também adequada proteção ao usuário do sistema, a fim de que não lhe falte o ajustamento do programa às suas finalidades, o fluxo conveniente de informações e a assistência técnica e material convencionada. Grandes somas estão investidas no software. Não só na produção e distribuição, mas também em relação ao usuário que vai aplicar na sua empresa ou no objetivo concertado o programa. Terá ele que arcar com os custos não só cobrados pelo produtor mas de adaptação de seu meio operacional ao programa em si.

VI — Como sempre acontece no Brasil, as leis e normas reguladoras dos novos institutos jurídicos, tal como se deu, por exemplo, com a correção monetária, aplicação sofisticada do princípio *rebus sic stantibus*, as leis e normas regulamentares antecedem à formação da doutrina e o debate prévio das formas inovadoras do direito.

Porque a informática apresenta inegável ligação com os problemas afetos à segurança nacional, o Conselho de Segurança Nacional, com fulcro em sua competência constitucional (art. 89 da Constituição federal) chamou a si o trato do problema em sentido global, fazendo nascer como **órgão suplementar** integrante de sua estrutura a Secretaria Especial de Informática, que vem disciplinando a área em causa, em missão de vanguarda jurídica, mas em ações eficazes ligadas à segurança nacional. A Secretaria Especial de Informática, no entanto, está a sentir que sua competência não cobre aspectos legais de todo o campo da informática. No próprio órgão, à sua vez, já prospera a idéia, que tem fulcro no art. 163 da Constituição federal, de que mais cedo ou mais tarde deve ser ele redesenhado por lei federal, embora a iniciativa para propô-la esteja enfeixada em mãos do Executivo.

De qualquer modo, abriu a SEI o debate sobre a conveniência, que tem como certa, de que se regulamentem os direitos de propriedade sobre o software.

A tendência é que a proteção da propriedade do referido bem imaterial seja conferida a partir do registro do software em que se demonstre, segundo caracteres técnicos a definir, a novidade do programa e a potencialidade de sua utilização econômica.

O registro conferirá ao produtor de software, por dez anos, os direitos de dispor, usar ou autorizar o uso do programa que faça elaborar, inclusive o de extrair programas derivados e reproduzir ou autorizar a reprodução

do produto por qualquer meio tecnológico disponível, inclusive determinar sua fixação em suporte físico de qualquer natureza.

O registro constituirá condição essencial ao exercício dos direitos acima definidos, e a validade do privilégio não deverá ultrapassar o prazo de 10 anos, findos os quais, cairão em domínio público.

O usuário, à sua vez, seja ele o grande tomador de serviços, seja o mero comprador de cassete não reprocessável, deverá necessariamente ser protegido como mais acima fizemos ver.

Deverá o usuário de programa, que o tenha adquirido sob encomenda para fim determinado, exigir dos produtores e distribuidores o ajustamento do programa às suas finalidades, o fluxo de informações necessárias ao desenvolvimento do projeto, assim como a assistência técnica e material convencionada.

VII — Finalizando: é necessário não perder de vista o fato de que a proteção à propriedade do software tem, entre nós, o propósito de estimular o empresário nacional a fim de evitar a dependência do produto importado, mesmo que para derivá-los aqui. Se alcançamos um notável marco de desenvolvimento na indústria de microcomputadores, torna-se necessário estimular a criação de programas por casas nacionais. Assim evitaremos a dependência tecnológica mais aberta, a evasão desnecessária de divisas, ao tempo em que abriremos campo novo para a nossa comunidade técnica, a nossa inteligência aplicada, que poderão desenvolver projetos que digam de perto a objetivos nacionais específicos.

BIBLIOGRAFIA

- 1 — Aiming Toward Establishment of Legal Protection for Computer Software — Information Industry Committee (Interim Report) — Toquio, Japão, December 1983.
- 2 — DUNSHEE DE ABRANCHES, Carlos Alberto — “A Aplicação da Cibernética ao Direito e à Administração da Justiça”, IV Conferência Nacional da OAB.
- 3 — GAMA CERQUEIRA, João da — **Tratado da Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro, Forense, 1946.
- 4 — GRANHAM, Robert L. — “Communications of the ACM”, May 1984.
- 5 — MILES, Dana E., IRELL & MANELA — “Copyrighting Computer Software after Apple V. Franklin” — Institute of Electrical and Electronics Engineers, 1984.
- 6 — PAES, Paulo Roberto Tavares — **Propriedade Industrial**. São Paulo, Saraiva, 1982.
- 7 — WIPO — World Intellectual Property Organization Committee of Experts and the Legal Protection of Computer Software — Report, June, 1983.

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas (*)

À venda na SSETEC (Senado Federal — 22º andar).

Encomendas mediante vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal) ou pelo reembolso postal.

“REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

Números atrasados à venda: 10, 12, 13/14, 17, 18, 26, 30 a 45, 47 a 53, 55 a 82

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

(NÚMEROS 1 a 80)

Distribuição gratuita

“COLEÇÃO DE ATOS INSTITUCIONAIS, ATOS COMPLEMENTARES E DECRETOS-LEIS”

Volumes à venda: 6º a 8º e 10º a 16º

“CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO” (edição de novembro de 1979)

- Quadro Comparativo = Anteprojeto da CLT — Legislação trabalhista vigente
- Exposição de Motivos do Anteprojeto

“CÓDIGO PENAL” (edição 1982)

- Decreto-Lei nº 2.848, de 7-12-40 — texto anotado.
- Índice temático

(*) Não estão relacionadas as obras esgotadas.

“PROCESSO LEGISLATIVO” (3ª ed. atualizada e ampliada – 1982)

- Iniciativa das leis. Instrução, discussão e votação das proposições na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.
- Sanção, promulgação e veto.
- Emendas à Constituição. Leis Complementares. Leis Ordinárias. Leis Delegadas. Decretos-Leis. Decretos Legislativos. Resoluções.
- Normas constitucionais e regimentais. Questões de ordem, decisões da Presidência. Pareceres das Comissões Técnicas e pronunciamentos parlamentares.
- Competência privativa do Senado Federal.
- Requerimentos que podem ser apresentados no Senado Federal.
- Comissão Parlamentar Mista de Inquérito.
- Impedimento de parlamentar.
- Nova designação do número de ordem das Legislaturas (histórico do Decreto Legislativo nº 79, de 1979).

“LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA” (4ª edição – 1982)

Leis e Instruções que regulam as eleições de 1982.

Textos atualizados, consolidados, anotados e indexados:

- Código Eleitoral
- Lei Orgânica dos Partidos Políticos
- Lei das Inelegibilidades
- Lei de Transporte e Alimentação
- Lei das Sublegendas

Legislação alteradora e correlata.

Instruções do Tribunal Superior Eleitoral.

“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”

Quadro Comparativo

(4ª edição – 1982)

Texto constitucional vigente (incluindo a Emenda Constitucional nº 22/82) comparado à Constituição promulgada em 1967 e à Carta de 1946.

Em adendo: Emendas Constitucionais nºs 23 e 24, de 1983.

152 notas explicativas, contendo os textos dos Atos Institucionais e das Emendas à Constituição de 46.

Índice temático do texto constitucional vigente.

“LEI DE EXECUÇÃO PENAL” (edição 1983)

- Projeto de Lei nº 1.657, de 1983

Quadro Comparativo:

- Projeto de Lei nº 1.657/83
- Anteprojeto Benjamin Moraes
- Legislação vigente
- Exposição de Motivos do Projeto nº 1.657/83
- ONU – Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (Resolução de 30-8-55)
- Notas

“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”

(formato de bolso) (9ª edição – 1984)

Texto consolidado da Constituição do Brasil, de 24-1-67, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, e as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais nºs 2/73 a 24/83.

Notas explicativas com as redações originais dos dispositivos alterados.

Minucioso índice temático.

“REFORMA ADMINISTRATIVA – ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL” (4ª edição – 1984)

Decreto-Lei nº 200/67 – Texto atualizado e anotado.

Legislação alteradora.

Legislação correlata.

“CÓDIGO DE MENORES” (2ª edição – 1984)

Lei nº 6.697/79. Comparação com a legislação anterior. Anotações (legislação; pareceres; comentários). Histórico da Lei (tramitação legislativa). Informações.

“SEGURANÇA NACIONAL” (edição – 1984)

- Lei nº 7.170, de 14-12-1983 – texto com índice temático.
- Quadro comparativo da Lei nº 7.170/83 com a Lei número 6.620/78.
- Anotações
- Histórico (tramitação legislativa) da Lei nº 7.170/73.
- Subsídios para a elaboração da Lei nº 7.170/73.

"CÓDIGO CIVIL – Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984" (edição 1984)

Quadro comparativo do Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984 (nº de origem: 634, de 1975).

Notas: Emendas aprovadas pela Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 634, de 1975.

6 volumes = 1º volume – Parte Geral

2º volume – Direito das Obrigações

3º volume – Direito de Empresa

4º volume – Direito das Coisas

5º volume – Direito de Família

6º volume – Direito das Sucessões. Livro Complementar – Disposições Finais e Transitórias

"CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS" (edição 1984)

Constituição da República Federativa do Brasil – texto constitucional vigente (consolidado, anotado e indexado)

Constituições de todos os Estados da Federação (textos atualizados, consolidados e anotados com as redações anteriores e as declarações de inconstitucionalidade) Remissões à Constituição federal.

Leis Complementares de criação dos Estados do Rio de Janeiro, de Mato Grosso do Sul e de Rondônia.

Índice geral temático das Constituições estaduais.

4 volumes

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Faça a sua inscrição como assinante da **Revista de Informação Legislativa**.

Envie vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal).

Assinatura anual: nºs 81 (janeiro/março de 1984) a 84 (outubro/desembro de 1984).

Preço: Cr\$ 8.000 00

Dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília - DF - 70160

Atende-se também pelo reembolso postal.

Rede de Bibliotecas depositárias das publicações da Subsecretaria de Edições Técnicas

Biblioteca Nacional
Instituto Nacional do Livro
Senado Federal
Câmara dos Deputados
Tribunal de Contas da União
Presidência da República
Procuradoria-Geral da República
Consultoria-Geral da República
Supremo Tribunal Federal
Tribunal Federal de Recursos
Superior Tribunal Militar
Tribunal Superior Eleitoral
Tribunal Superior do Trabalho
Assembléias Legislativas
Tribunais de Justiça
Tribunais de Contas Estaduais
Tribunais Regionais Eleitorais
Tribunais Regionais do Trabalho
Procuradorias-Gerais dos Estados
Ordem dos Advogados do Brasil
(Conselho e Secções Regionais)
Faculdades de Direito