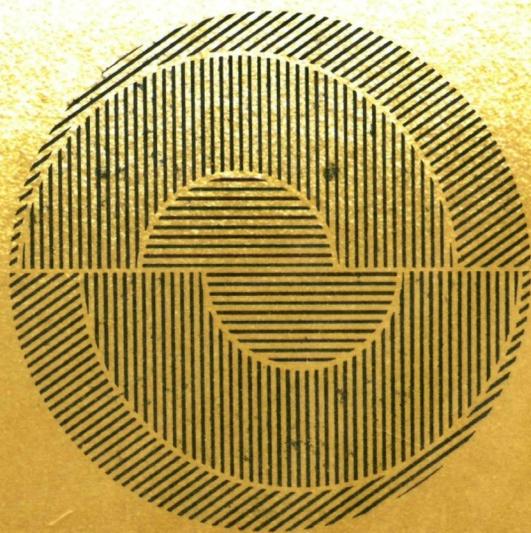


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1988

ANO 25 • NÚMERO 97

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 25 n. 97 janeiro/março 1988

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:

JOÃO EVANGELISTA BELÉM

Capa de **GAETANO RÉ**

Composição e Impressão:

Centro Gráfico do Senado Federal

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

R. Inf. legisl.	Brasília	n. 97	a. 25	jan./mar. 1988
-----------------	----------	-------	-------	----------------

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

Encomendas à Subsecretaria de Edições Técnicas

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

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

v. trimestral

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

Diretores: 1964- 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

	<i>Pág.</i>
Os cânones do direito administrativo — <i>J. Cretella Júnior</i>	5
A Constituição e a administração pública na Itália — <i>Umberto Alegretti</i>	53
Constituição portuguesa — <i>Celso Bastos</i>	63
Perspectivas da organização judiciária na futura Constituição Federal — <i>José Guilherme Villela</i>	69
Ministério Público do Trabalho — <i>José Eduardo Duarte Saad</i>	85
A renegociação da dívida externa e o respeito à soberania nacional — <i>Arnoldo Wald</i>	103
Recurso em matéria tributária — <i>Geraldo Ataliba</i>	111
Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública — uma análise sistêmica — <i>Diogo de Figueiredo Moreira Neto</i>	133
O acidente de Goiânia e a responsabilidade civil nuclear — <i>Carlos Alberto Bittar</i>	155
O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro — <i>Clóvis V. do Couto e Silva</i>	163
O nascituro no Código Civil e no direito constituído do Brasil — <i>Silmara J. A. Chinelato e Almeida</i>	181
Deformalização do processo e deformalização das controvérsias — <i>Ada Pellegrini Grinover</i>	191

	<i>Pág.</i>
Os meios moralmente legítimos de prova — <i>Luis Alberto Thompson Flores Lenz</i>	219
Provas ilícitas no processo penal — <i>Maria da Glória Lins da Silva Colucci e Maria Regina Caffaro Silva</i>	237
Decreto-Lei nº 201/67: jurisdicionalização do processo ou liberdade procedimental? — <i>José Nilo de Castro</i>	251
Pontes de Miranda, teórico do direito — <i>Clovis Ramalheira</i>	259
Espaço e tempo na concepção do direito de Pontes de Miranda — <i>Nelson Saldanha</i>	271
Norberto Bobbio e o positivismo jurídico — <i>Alaor Barbosa</i>	283
Direito Educacional na formação do administrador — <i>Edivaldo M. Boaventura</i>	293
Os direitos conexos e as situações nacionais — <i>José de Oliveira Ascensão</i>	301
O contrato de edição gráfica de obras escritas e musicais — <i>Antônio Chaves</i>	315

PUBLICAÇÕES

— Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	337
---	-----

Os cânones do direito administrativo

J. CRETELLA JÚNIOR

Titular Único de Direito Administrativo da
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo

SUMÁRIO

1. *Introdução ao estudo dos princípios.* 2. *Princípios que informam os institutos jurídicos.* 3. *A canônica do direito administrativo.* 4. *Prerrogativas públicas.* 5. *Hierarquia.* 6. *Auto-executoriedade.* 7. *Tutela administrativa.* 8. *Autotutela administrativa.* 9. *Especialidade.* 10. *Continuidade.* 11. *Igualdade.* 12. *Presunção da verdade.* 13. *Indisponibilidade.* 14. *Poder-dever.* 15. *Restritividade.* 16. *Conclusões.*

1. *Introdução ao estudo dos princípios*

O *direito administrativo* é ramo autônomo da ciência jurídica porque apresenta “objeto próprio”, “método próprio”, “institutos próprios” e princípios informativos próprios, exorbitantes e derogatórios do direito comum.

A autonomia principiou em 1873, quando o Conselheiro David, no caso Blanco, sustentou perante seus pares, no Tribunal de Conflitos, que, nos casos de responsabilidade pública, o Código Napoleão deveria ser deixado de lado, porque se tratava de relações jurídicas privadas, devendo-se invocar os *princípios publicísticos*, já que o Estado, em relação ao particular, se encontra em posição de *verticalidade*, oriunda da relação de administração, ao passo que a relação jurídica entre particulares é caracterizada pela *horizontalidade*.

A partir dessa ocasião, nas obras de direito administrativo, os autores fazem menção, aqui e ali, a *princípios*, mas de modo isolado, nunca tendo

sido estudados esses cânones em bloco, conjuntamente, como tivemos ocasião de fazer, pela primeira vez, no Brasil, em 1965, quando recebemos da Banca Examinadora, na Faculdade de Direito de São Paulo, a relação dos pontos para a prova escrita e, entre esses pontos, se encontravam os *Princípios informativos do direito administrativo* ou *Canônica do direito administrativo*, conjunto de "proposições mandamentais" ou "cânones" que se encontram na base de todos os institutos de nossa disciplina, informando-os, fundamentando-os.

Para que bem compreendamos a importância do tema é preciso, porém, que empreendamos um estudo, embora sucinto, a respeito dos "princípios universais" ou "princípios lógicos", passando depois pelos "princípios gerais do direito" para, num terceiro momento, chegarmos aos *Cânones do direito administrativo*, objeto deste artigo.

Como todo ramo do conhecimento do homem, o *direito administrativo* é fundamentado em uma série de *proposições diretrizes*. São *proposições setoriais*.

Tais proposições constituem bloco uno, sistemático, harmônico, que informa este setor da ciência do direito.

O *direito administrativo* é, pois, dominado pela *idéia de princípio*. Há um conjunto de *cânones* ou *proposições* que informam este setor da ciência jurídica dando-lhe *autonomia* e impedindo que se confunda com outros setores, motivo por que este capítulo procura fixar a *idéia de princípio*.

O vocábulo "princípio", na linguagem vulgar, tem o sentido de "aquilo que vem antes de outro", "origem, começo", "momento em que se faz uma coisa pela primeira vez".

Princípio contrapõe-se a *fim*, assinalando marco inicial, no tempo, ou no espaço.

Na linguagem técnico-científica, o vocábulo *princípio* é vago, indeterminado, flutuante, não oferecendo nenhuma indicação precisa sobre o papel lógico da proposição que se considera.

No campo das ciências matemáticas, *princípio* ora se refere a *postulado*, ora a *axioma*, ora a *teorema*; no âmbito da física, o termo *princípio* designa *fatos experimentais*, generalização sobre fatos experimentais, bem como o resultado obtido por dedução.

Designando proposições fundamentais, que se colocam na base ou alicerce dos sistemas, os *princípios* estão sujeitos a alterações maiores ou menores, conforme a própria alteração dos ramos da ciência, em decorrência das novas descobertas.

Embora cientistas e filósofos estejam de acordo em que a palavra *princípio* é muito vaga, também estão de acordo em que não deve ser banida do vocabulário das ciências e da filosofia, mas que é necessário procurar sair do terreno da incerteza e encontrar termo para designar as posições iniciais, de onde parte a dedução, na ordem da implicação pura, abstração feita das questões de evidência ou de concordância que fazem com que tais ou quais proposições tenham o caráter de axiomas, postulados, de bases experimentais (ANDRÉ LALANDE, *Vocabulaire*, sub voce "principe").

A palavra *princípio* é termo *análogo*, isto é, suscetível de inúmeros sentidos, todos, porém, ligados pelo menos por um ponto de contato comum.

Princípio é, antes de tudo, *ponto de partida*.

Princípios de uma ciência são as *proposições básicas*, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturações subseqüentes. *Princípio*, neste sentido, são os alicerces, os fundamentos da ciência.

Classificam-se os princípios em dois grupos principais: princípios de realidade, *principia essendi*, ou seja, algo de que derivam outras entidades, que dão origem às filosofias denominadas realistas; e princípios de razão ou de conhecimento, *principia cognoscendi*, isto é, proposições que, ao invés de apontarem a coisa e afirmarem que dela derivam todas as outras, procuram apontar ora um postulado, ora um axioma, ora um teorema: no âmbito da filosofia, princípio é o fundamento ou a razão para justificar por que é que as coisas são o que são. Não indicam a coisa, mas a *razão de ser* da coisa.

Por outro lado, se *princípio* é sempre *ponto de partida*, a recíproca nem sempre é verdadeira, porque *ponto de partida* pode não ser *princípio*: é preciso levar em conta, no caso, a redutibilidade ou irredutibilidade, até chegar-se aos primeiros princípios, que não se reduzem a outros mais simples.

Deve cada *ciência* apoiar-se em *princípios*, mas cumpre indagar se esses princípios são mesmo peculiares ou específicos dessa ciência, ou, por sua vez, se se reduzem a outros mais simples.

Cabe à *principiologia* a exposição e crítica dos princípios, definindo-os, antes de tudo, classificando-os, depois, sob vários ângulos — cronológico ou topográfico —, conforme tenham sentido temporal ou espacial; causal, lógico; material e formal; ético; metafísico; ontológico.

Entre as inúmeras *classificações* que se têm feito dos princípios interessa, ao nosso estudo, o agrupamento que os reparte sob os nomes de onivalentes, plurivalentes e monovalentes, aos quais acrescentamos os princípios que denominamos de *setoriais*.

Tal classificação é fundamentada no critério da abrangência, procurando defini-los e indagar até que ponto se referem a esta ou àquela ciência, ou mesmo, ao próprio pensamento entre si.

Sob este aspecto, há verdadeira *hierarquia dos princípios* que não se chocam, porque cada série abrange e supera as realidades contidas nos que lhes são inferiores, a partir dos princípios onivalentes, que estão na própria base do pensamento humano.

Os *princípios onivalentes* (ou *omnivalentes*, de *omnis*, todo, e *valentes*, que valem, donde *onivalentes* = de validade integral ou universal) ou princípios universais são proposições gerais, porque delas podem ser deduzidas diversas proposições especiais.

Tais proposições são os princípios racionais ou princípios diretores do conhecimento, proposições formais que dirigem o exercício do pensamento, como: o *princípio da identidade*, o *princípio da contradição*, o *princípio do terceiro excluído* e o *princípio da razão suficiente*.

O *princípio da identidade* significa que há similitude total entre uma noção e todas as suas conotações constitutivas, assim como similitude parcial entre essa mesma noção e cada uma dessas conotações constitutivas. O objeto é ele mesmo, porque é totalmente o conjunto de suas conotações e, parcialmente, cada uma delas. Um mesmo termo deve sempre, no decorrer de um raciocínio, representar um mesmo conceito. Pelo princípio da identidade, é impossível que o intelecto humano pense uma noção e suas conotações constitutivas, como reversamente inidênticas. Enuncia-se o princípio da identidade sob várias formas: o que é, é; o que não é, não é. $A \text{ é } A$; $A = A$. O que é verdadeiro é verdadeiro. Uma coisa é o que é. A mesma proposição não pode ser verdadeira e falsa, ao mesmo tempo e sob a mesma relação.

“O *princípio da contradição* afirma que duas proposições contraditórias não podem ser, ao mesmo tempo, ambas verdadeiras, nem ambas falsas. Dois atributos contraditórios que se excluem, reciprocamente, não podem coexistir no mesmo objeto. A não pode ser, ao mesmo tempo, B e não- B . O homem é um animal racional irracional. Deus é justo e injusto.

“O *princípio da contradição* é, ele-mesmo, um indemonstrável. Se há axioma que pareça evidente por si mesmo é esse princípio, mas é natural que ele pareça evidente, porque, como ele é condição de possibilidade de todo julgamento, desde que se pense, já o tomamos como princípio. Entretanto, os metafísicos demonstraram que somos obrigados a colocá-lo apenas como lei do pensamento, e que não sabemos se aquele princípio é também lei das coisas; outros, mais audazes, examinaram a hipótese de que a contradição seria, ao revés, a lei do ser, da coisa em si. O *princípio da contradição* seria, então, também, um postulado. Não se poderia considerá-lo falso, porque então haveria mais diferença entre o verdadeiro e o falso,

de modo que não se poderia mais pensar, mesmo para decidir que ele é falso" (1).

O *princípio do terceiro excluído*, também chamado *princípio do meio excluído*, afirma que, havendo duas proposições contraditórias, se uma for verdadeira, a outra será necessariamente falsa e, reciprocamente, sem que seja possível terceira solução. Entre a *afirmação* e a *negação*, não há meio termo. Seja o atributo A e sua contraditória não A. Um sujeito qualquer B é, necessariamente A, ou não A. Costuma-se enunciar o *princípio do terceiro excluído* sob a forma de proposições: "De duas proposições contraditórias, uma é verdadeira e a outra é falsa". "Se duas proposições são contraditórias, a verdade ou a falsidade de uma implica, respectivamente, a falsidade ou a verdade da outra".

O *princípio da razão suficiente* ou *da razão determinante*, cogitado durante muitos séculos por vários filósofos (Abelardo, Giordano Bruno), mas que só com Leibnitz recebeu precisa enunciação, declara que *nada existe sem que haja razão para isso* (ou *sem que haja razão que explique o porquê dessa existência ou desse acontecimento*), ou, nas palavras do próprio filósofo, que, aliás, considera esse princípio como uma das grandes proposições em que se alicerça o raciocínio humano, "nenhum fato é verdadeiro ou inexistente e nenhum enunciado é verdadeiro sem a razão suficiente para que assim seja e não o seja de outro modo".

Os quatro princípios enunciados — o da *identidade*, o da *contradição*, o do *terceiro excluído* e o da *razão suficiente* —, denominados universais, onivalentes ou lógicos, são proposições presentes em todo raciocínio do homem, condicionam a própria harmonia da razão consigo mesma, garantem a própria certeza do conhecimento humano, permitindo e legitimando toda tentativa de estruturação científica.

Na *hierarquia dos princípios*, os princípios universais ou onivalentes ocupam o lugar de "primeiros princípios", de proposições fundantes de todas

(1) EDMOND GOBLOT, *Traité de Logique*, 8ª ed., 1947, p. 328. Escrevendo sobre o esforço humano dirigido para a *unidade lógica*, acentuou CLAUDE DU PASQUIER que "os materiais com que trabalha a ciência do direito positivo são as diferentes regras em vigor, numa coletividade e — visto que é preciso sempre remontar para lá — as diferentes fontes de onde emanam aquelas regras. Nascidas em diferentes épocas, inspiradas por circunstâncias múltiplas e mutáveis, tais imperativos do direito podem proceder, por vezes, de idéias opostas, apresentar limites confusos e mesmo chocar-se. Ora, é necessidade congênita do espírito humano a tendência para a unidade lógica: o *princípio da não-contradição* é um de seus postulados essenciais. Além disso, a *não-contradição das regras jurídicas* é igualmente uma necessidade prática. Assim, a vontade incluída nas regras jurídicas é concebida como *una*. O poder social que as consagra, ou se se quiser, o legislador, é *a priori* obrigado a estar de acordo consigo mesmo. Portanto, não se compreende conjunto de regras que regem uma comunidade, a não ser como feixe ligado pela lógica. Essa tendência natural e necessária suscitou o esforço do pensamento para coordenar as regras de direito" (*Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit*, 3ª ed., 1948, pp. 139-140).

as outras, verdadeiros postulados da razão humana, ponto de partida para a enunciação de outras proposições, menos gerais, peculiares a determinado grupo de ciências, que descem para campos específicos, sem, no entanto, se afastar daquelas proposições básicas condicionantes.

Ao passo que os *princípios onivalentes* são comuns a todas as ciências, pois que se encontram na base de todas as proposições, presidindo-lhes a enunciação formal, os *princípios plurivalentes* ou regionais, dotados de menor grau de generalidade, são comuns a apenas um grupo de ciências, informando-as nos aspectos em que se interpenetram.

O problema é complexo, porque nem mesmo sobre a classificação das ciências os filósofos estão de acordo.

Se aceitarmos a divisão das ciências em *ciências especulativas* e *ciências do agir humano*, as ciências agrupadas na primeira classe obedecerão a princípios comuns, o mesmo ocorrendo com as agrupadas na segunda classe.

Classificando-se as ciências, como Windelband, em *nomotéticas*, ou seja, ciências que procuram leis, fundamento das ciências naturais, e em *ideográficas*, ou seja, ciências que se propõem a descrever os fatos, como acontece com as ciências do espírito, é possível também observar que cada um desses grupos é regido por princípios comuns.

Princípios plurivalentes são os que presidem às ciências científico-naturais, de um lado; princípios plurivalentes igualmente são os que presidem às ciências científico-culturais, de outro lado. Assim, várias proposições, igualmente válidas, são comuns às ciências do primeiro grupo; outras tantas proposições, de mesmo valor, são comuns às ciências do segundo grupo. E isso é possível, porque as ciências de um grupo apresentam denominadores comuns, que as aproximam.

O direito, por exemplo, na classificação de Windelband, é ciência científico-cultural ou espiritual, colocando-se ao lado da ética, da psicologia, da sociologia. Desse modo, há uma série de princípios que valem igualmente para todas essas disciplinas. São os princípios plurivalentes ou regionais, princípios inaplicáveis às ciências agrupadas sob o título de científico-naturais.

Exemplo de princípio plurivalente é o do *alterum non laedere*, "não prejudicar a outrem", que se aplica tanto às *ciências morais*, quanto às *ciências jurídicas*, porquanto ambas as ciências procuram não desfalcgar as pessoas que vivem sob o mesmo sistema ético-jurídico de valores prestigiados pelo grupo.

Sanções éticas e jurídicas são aplicadas a todos os infratores das normas inerentes a esses dois grupos de ciências, mas tais sanções, etiologicamente diversas, encontram momento de comum identidade, expresso por proposições plurivalentes, a que ambas se prendem. O *princípio da causalidade* é válido para as ciências físicas; o *princípio da sociabilidade* é válido para as ciências sociais.

Princípios monovalentes são proposições que servem de fundamento a um conjunto de juízos relativos a um só campo do conhecimento. Haverá tantos *princípios monovalentes* quantas as ciências cogitadas pelo espírito humano.

Em todos os sistemas jurídicos modernos, há contínua referência aos *princípios gerais do direito*, o que demonstra que não só a doutrina jurídico-filosófica, como até o próprio legislador (é o que ocorre, por exemplo, entre nós, como se depreende da consulta à *Lei de Introdução ao Código Civil*), reconhecem que o direito é regido por *princípios monovalentes*, proposições específicas que valem para este campo dos conhecimentos humanos.

A proposição *Ninguém se escusa, alegando ignorar a lei é princípio monovalente*, conhecido desde os romanos (“*Nemo jus ignorare censetur. Regula juris quidem ignorantiam cuique nocere*”), proposição que se coloca no plano do *dever ser*, verdadeiro postulado da razão prática, no campo do direito.

Inúmeros outros *princípios monovalentes* poderiam ser citados no campo do direito, como, por exemplo, o *princípio da legalidade*, que informa todos os sistemas jurídicos, fundados no Estado de direito.

Informando, com efeito, todos os ramos do direito, público ou privado, inscreve-se o *princípio da legalidade*, consubstanciado na fórmula sintética — *suporta a lei que fizeste* —, como juízo categórico e necessário, segundo o qual a Administração está submetida à lei, que o próprio Estado editou através do órgão competente.

É o grande princípio que domina toda a atividade do Estado, em seus três Poderes — o da submissão do próprio Estado à ordem jurídica —, sentido em que se toma hoje, na linha tradicional da antiga fórmula do Estado legal.

Princípios setoriais são proposições básicas que informam os diversos setores em que se divide a ciência.

Quando o progresso científico impõe a determinado ramo do conhecimento humano especialização maior, este compartimento passa a exigir particular orientação, momento em que os denominados *princípios setoriais*, ou seja, proposições mais restritas, são aplicadas aos novos setores da ciência.

Na hierarquia necessária dos princípios — universais, regionais, monovalentes —, inserem-se, desse modo, os *princípios regionais*, resultado da própria multiplicação das ciências e da fragmentação de cada ramo do conhecimento científico.

A *principiologia* ou *sistematização racional dos princípios* põe-se como preliminar necessária, em dado momento da estruturação científica, quando a disciplina, superada a fase do empirismo, da casuística, atinge estágio maduro de equilíbrio, movimentando-se em plano elevado de apurado rigor.

Nessa fase, a terminologia é reformulada, as simples verificações quantitativas são desprezadas, por insuficientes, aumenta a precisão conceitual, procuram-se leis que exprimem quantitativamente a relação de causalidade entre antecedente e conseqüente. Chega-se ao estágio da *indagação princípiológica*.

O edifício tem agora delineamento certo, a partir da base, assentando-se em proposições indemonstráveis, mas aceitas, visto exprimirem juízos primeiros que legitimam toda a construção levantada para explicar aspecto da realidade que lhe corresponde no conspecto geral da ciência.

Pressupostos obrigatórios do sistema garantem-lhe a validade, autenticando-o como capaz de traduzir as implicações da natureza, em si, ou da natureza, tendo o homem como sujeito atuante e como centro mesmo das indagações.

Especulativas ou do agir humano, nomotéticas ou ideográficas, da natureza ou culturais, levantam-se as ciências como construído do espírito humano, conjunto de proposições interligadas e coerentes sobre este ou aquele campo do conhecimento.

Não é *coisa*, nem enunciado arbitrário; não é *mera hipótese* coerente de cadeia de raciocínios: é proposição que, não obstante referida ao mundo fático, tem caráter não fático, porque se põe como referência de uma série de proposições, ou por apresentar-se como premissa maior e primeira do sistema, ou por apresentar-se como norma referencial que norteará a ulterior construção científica.

Por fim, no estudo dos *princípios do direito administrativo* cumpre ter em mente as ponderações de Gaston Jèze, quando adverte o pesquisador para que "não abuse dos raciocínios puramente lógicos, rigorosamente deduzidos de máximas jurídicas correntes. As máximas e soluções puramente lógicas, delas deduzidas, são sem dúvida muito sedutoras pela simplicidade, rigor e precisão matemática de que se revestem. No entanto, os raciocínios, exclusivamente dedutivos e lógicos, são muito perigosos. O jurista não tem de resolver problemas de matemática pura, mas problemas sociais eminentemente complexos, devendo esforçar-se por conciliar os diversos interesses em conflito, conseguindo, desse modo, a manutenção da paz social. Eis o que o jurista nunca deve deixar de levar em consideração. Muitas vezes, o raciocínio lógico e matemático leva a aplicar, a problema complicado, fórmula obtida para hipótese muito mais simples e ainda, às vezes, completamente diversa. O raciocínio, puramente lógico, é o inimigo das conciliações, das transações indispensáveis para a manutenção da paz social e, portanto, para o bom funcionamento dos serviços públicos. Quando a aplicação lógica de máxima jurídica conduz a conseqüências socialmente perniciosas, isso é freqüentemente a melhor prova de que a máxima foi invocada de maneira abusiva. Nunca é demais repetir que o direito não é mero jogo do espírito, exercício de lógica para teóricos de gabinete. Trata-se, antes de tudo, de encontrar soluções práticas para problema social, conciliando, do modo mais

adequado possível, interesses opostos. A solução jurídica deve ser valorada na medida em que contribui para a manutenção da paz social. Uma teoria jurídica é apreciada, antes de mais nada, pelas conseqüências sociais" (2).

2. *Princípios que informam os institutos jurídicos*

A *Jurisprudência* ou *Ciência do direito* também se assenta em princípios, proposições regionais ou plurivalentes, antes de tudo, como ciência social ou ideográfica, que é. Em segundo lugar, repousa em princípios próprios, monovalentes, válidos apenas para este setor particular, tudo isto sem prejuízo da obediência dos princípios onivalentes, que se põem como fonte e diretriz das proposições dos demais ramos da ciência jurídica, os quais, nem por serem especializados, deixam de obedecer, num momento anterior, às próprias matrizes formais puras que informam o pensamento do homem.

Não se compreenderia qualquer construção jurídica que contrariasse o princípio da identidade, afirmando-se, neste campo, algo que negasse a proposição básica "o que é, é"; do mesmo modo, não se pode esquecer o princípio de contradição e afirmar-se que uma sentença é justa e injusta, ou, então, que o ato da autoridade é legal e ilegal, ao mesmo tempo.

Assim também o *princípio do terceiro excluído* e o *princípio da razão suficiente*, ao lado dos outros dois princípios lógicos enunciados, informam as proposições no campo do direito.

Dispostos, hierarquicamente, logo abaixo dos *princípios onivalentes*, estão situados os *princípios plurivalentes*, válidos, como os lógicos, para a ciência do direito, como válidos para um conjunto de idéias.

A *ciência do direito*, entretanto, é a especialização das cogitações do espírito humano sobre setor distinto da realidade e, nestas condições, necessita de proposições mais restritas que a informem.

Daí, a formulação dos *princípios informativos da ciência jurídica*, verdades válidas para este campo das ciências sociais.

O papel da principiologia jurídica é a sistematização, exposição e crítica das proposições específicas informadoras do direito.

Quando o direito, saindo das considerações casuísticas, se eleva a plano científico de abstração e generalização, trabalhando com noções categoriais e chegando a formulações amplas que abrangem e explicam as matrizes do justo e do injusto, inserindo-as em ordem maior, forçosa é a catalogação das proposições que fundamentam as colocações empreendidas.

Não interessam as interpretações pontuais, que perdem de vista todo o sistema jurídico, para mergulhar em casuísmo prejudicial e contrário à própria evolução do sistema.

(2) GASTON Jèze, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, ed. Argentina, v. II, parte 2ª, 1949, p. 316.

Com muita propriedade se afirma que *cada dispositivo de um Código se assemelha ao ponto da esfera que se apóia no plano e para o qual converge todo o peso do sólido* (3).

Daí a importância da *interpretação sistemática* que vê o *particular* inserido no *geral*, combinando o dispositivo legal estudado com outros semelhantes do mesmo Código, de outros e de todo sistema, para entendê-lo à luz de visão panorâmica, que reflete toda a pujança de vida que a aparente objetividade das legislações procura captar.

Impõe-se, assim, a *principiologia jurídica*, em dado estágio da ciência do direito, como exigência do rigor científico à busca de proposições que expliquem a direção da conduta humana resumida nas leis.

A definição, a classificação e a delimitação dos princípios não competem à ciência do direito, a qual vai buscar na filosofia os elementos para aquelas considerações.

A *filosofia do direito*, por sua vez, examinando os princípios filosóficos à luz do direito, indaga da validade e da extensão daquelas proposições quando trazidas para este campo especializado do conhecimento humano.

Desse modo, não há antinomia entre os *princípios filosóficos* e os *princípios jurídicos*, porque os primeiros são momento obrigatório na procura e fixação destes.

A *ciência do direito* é inteiramente informada por uma série de proposições básicas, que se colocam como alicerce dos juízos e raciocínios efetuados a respeito do fenômeno do *ius*.

As proposições fundamentais da jurisprudência que se estruturam balizadas pelos princípios *onivalentes* se amoldam ao campo particular do direito e legitimam a existência de um bloco de outras proposições válidas, primeiro, para todas as *ciências ideográficas*, depois, num segundo momento, credenciam a existência de outro bloco de novas proposições válidas agora, tão-só, para a *ciência do direito*.

Trata-se dos grandes princípios jurídicos, sem os quais não se justificaria sequer a existência da ciência do direito, proposições que permitem falar-se no complexo de institutos que regulam, obrigatoriamente, a vida dos povos.

(3) Já se disse, com muita exatidão, que um sistema de direito é obra global, inteira. Um único artigo de lei é como o ponto da esfera que toca o plano e sobre o qual converge todo o peso do sólido. Por isso, nunca deve ser interpretado isoladamente. "O sistema inteiro de um Código depende muitas vezes de uma só disposição" (TELHEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, 3ª ed., 1876, pp. 33 e 59). "A transformação de um único elemento da ordem jurídica faz dela, contudo, uma ordem nova. A substituição de uma regra jurídica por outra atinge a ordem jurídica no seu conjunto" (PATRICE LEVEL, *Essai sur les Conflits de Lois dans le Temps*, 1959, p. 5). Os passos citados foram vistos em MIGUEL REALE, *O Direito como Experiência*, 1968, p. 213, nº 24.

Estudando os sistemas particulares dos diferentes agrupamentos humanos através dos tempos, mediante a análise profunda do *jus in civitate positum*, a filosofia do direito procura selecionar e escalonar, hierarquicamente, as proposições fundantes monovalentes, indagando a respeito de sua profundidade e perenidade, no tempo e no espaço.

Atinge-se, desse modo, um bloco de proposições, algumas conhecidas desde os tempos antigos, outras só modernamente descobertas, todas, porém, reunidas por denominador comum — o de regerem os institutos jurídicos, o de estarem presentes nas relações jurídicas, informando-as e legitimando-as.

“Assim, não se põe em dúvida a evidência axiomática do princípio *ninguém pode ser obrigado por um preceito a não ser que tenha tido prévio conhecimento desse preceito*, mas, não obstante, outro princípio de ordem prática, acolhido universalmente em todos os sistemas jurídicos diz que *a ignorância da lei não escusa de seu cumprimento*. Sem descer, pois, à regulamentação especificada, de instituições concretas, na esfera mais geral das fontes do direito, encontramos já um postulado de *direito positivo* que baixa os limites do correspondente princípio de *direito natural*. É que a *razão pura* obedece logicamente ao princípio da causalidade, e a *razão prática* está condicionada pela finalidade. Ninguém pode querer o que não conhece. Para que se possa querer a obediência de um preceito (efeito), é necessário o prévio conhecimento desse preceito (causa). Para conciliar ambos os princípios — lógico e prático —, o direito imaginou um expediente — o requisito legal da promulgação, em virtude do qual se oferece a possibilidade, mas não se estabelece a *necessidade do prévio conhecimento do preceito legal*. O direito, pois, justificou extrínseca e formalmente a sanção do preceito, mas não intrínseca e fundamentalmente, porque nunca poderá ser justo que um preceito de direito obrigue a quem, de fato, não o conheça” (4).

Não se empreendeu ainda estudo sistemático dos pressupostos lógico-jurídicos de todos os ramos do direito, subordinado ao título “princípios setoriais da ciência jurídica”, encontrando-se, apenas, de maneira esparsa e assistemática, aqui e ali, referência a *proposições peculiares a este ou àquele ramo*.

Entretanto, na hierarquia necessária dos princípios, agrupados de acordo com o critério da generalidade decrescente — universais, regionais, monovalentes — inserem-se outras proposições que regulam setores especiais, dentro das regiões, informando-as. São os *princípios setoriais*.

Desde que, a partir de Ulpiano, se convencionou dividir o direito em duas alas distintas, a do direito privado e a do direito público, um conjunto de proposições se diferenciou para reger cada uma dessas alas — os princípios do setor publicístico e os princípios do setor privatístico — e como se *isso não bastasse*, porque a exigência e rigor dos estudos impuseram e continuam a impor divisões e subdivisões, surgem os princípios do direito cons-

(4) JAIME M. MANS PUIGARNAU, *Los Principios Generales del Derecho*, 1947, pp. XIX e XX.

titucional e do direito administrativo, dum lado, os do direito civil e do direito comercial, do outro.

A predominância do interesse privado, regendo e informando toda a ala do direito privado; a predominância do interesse público, regulando e informando o paralelo setor do direito público.

Sobrancelheiro, pairando sobre as alas, presente a todo instante, nos dois setores e em qualquer consideração jurídica, está o *princípio da legalidade*, razão de ser de toda a ciência do direito.

Não cabe, evidentemente, nas cogitações de cada ramo, em particular, das ciências jurídicas, enumerar e criticar os respectivos princípios setoriais, o que não significa, entretanto, que, fazendo incursões pela filosofia do direito, alguns cultores desses ramos não tenham tentado agrupar as proposições que informam o setor especializado sobre que escrevem, colhendo-se, por isso, nas obras dos grandes mestres do direito processual, a enunciação de canônica toda especial (princípio lógico, jurídico, econômico, economia do juízo), o mesmo ocorrendo com os tratadistas do direito penal, que se referem ao enunciado da respectiva setorização (princípio do *nullum crimen*, do *non bis in idem*, da *intransmissibilidade da pena*), nem faltando o mesmo processo enunciativo em obras de direito do trabalho (princípio do caráter supletivo das deficiências econômicas dos indivíduos; irrenunciabilidade dos benefícios oferecidos pelas normas sociais, todas de caráter imperativo; tendência maior à universalidade, realização maior da justiça distributiva; maior amplitude à ação do juiz, que recorre muitas vezes à equidade) ⁽⁵⁾.

Ressente-se a ciência jurídica de tratamento sistemática dos princípios que a informam, faltando-lhe ainda a estruturação principiológica de conjunto, more geométrico, que considerasse as proposições, enunciando-as, definindo-as, classificando-as, escalonando-as hierarquicamente, sob a forma de peças articuladas numa pirâmide, do vértice à base, configurando os pontos maiores e menores para o delineamento sistemático e coerente, base de qualquer construção no mundo do direito.

Por sua vez, todos os ramos da ciência jurídica, uns de recente formação, outros de tradicional existência, com objeto próprio, método próprio e princípios informativos próprios, proclamam sua autonomia, necessitando, porém, de reexame crítico da problemática principiológica setorial, para que se firmem na análise do regime jurídico dos respectivos institutos, sempre em conexão com as categorias jurídicas, momento anterior de generalidade que se ergue no vestibulo de cada ramo.

Ramo jurídico de recente formação, quando comparado com outros setores da ciência jurídica, o direito administrativo apresenta-se como um todo ainda inestruturado, *in fieri*, à mercê de construções moldadas para o direito privado e, por isso mesmo, mal adaptadas, depois das transposições empreendidas.

(5) CESARINO JUNIOR, *Direito Social Brasileiro*, 4ª ed., 1967, v. I, pp. 99-100.

Conjunto autônomo de proporções gigantescas, cada vez mais ampliadas, em razão do crescente intervencionismo estatal, com objeto próprio, método próprio e princípios informativos próprios, o direito administrativo reúne os pressupostos necessários para a elaboração dos respectivos institutos a partir das proposições setoriais que, à luz de canônica típica, fornecerão os moldes específicos para a problemática principiológica, alicerce de qualquer estruturação rigorosa que se pretenda empreender.

Enunciadas, classificadas e hierarquizadas, as proposições setoriais do direito administrativo possibilitarão visão inteiramente nova da disciplina, mostrando-a como ramo diferenciado dentro do mundo jurídico, inteiramente distinta das disciplinas privatísticas, com as quais mantém conexões apenas nos pontos em que se interligam, na faixa comum.

Os princípios setoriais do direito administrativo — princípios informativos peculiares apenas a este setor — constituem, assim, as proposições básicas deste ramo do direito, garantindo-lhe a autonomia e a individualidade dos institutos, estruturados a partir de postulados típicos, diversos dos que informam o direito comum (6).

3. *A canônica do direito administrativo*

Com o primado do direito público, reformulação completa e profunda se fez em toda a ciência do direito, procurando-se as próprias matrizes da Jurisprudência e deixando-se de lado qualquer preferência por este ou aquele ramo, todos de igual importância diante da ciência.

Procuraram-se proposições básicas que informassem os vários institutos e que permitissem o traçado do regime jurídico de direito público sem socorro aos princípios paralelos de outros ramos do direito privado.

Cogitou-se da seleção dos *princípios publicísticos*.

Princípios publicísticos são proposições fundamentais monovalentes, que informam a ala do direito público, regendo cada um dos ramos, em particular, do direito público, diversos dos símiles do direito privado.

O público prevalece sobre o privado. O interesse público tem primazia sobre o interesse particular.

O interesse público prevalece sobre o interesse privado; é, assim, a proposição matriz que resume, em toda sua pujança, o grande princípio informativo do direito público.

Este princípio, que consubstancia o mandamento da preponderância do interesse público, informa todo o direito administrativo, não há dúvida, norteando a ação dos agentes públicos na edição dos atos administrativos e dos órgãos legiferantes no processo nomogênico, mas de maneira alguma

(6) Sobre os princípios gerais de direito, ver a monografia de RUBENS LIMONGI FRANÇA, *Dos Princípios Gerais de Direito*, 1963; 2ª ed., 1971.

é princípio setorial, típico, específico do direito administrativo, visto ser comum a todo o direito público, em seus diferentes desdobramentos, já que se encontra na base de toda processualística, bem como na raiz do direito constitucional (7).

A ordem pública precisa ser assegurada a todo instante.

Não há lei que não atenda ao interesse coletivo, não há processo que não procure conciliar o equilíbrio social, dando razão a quem a tem, mediante a efetivação de medidas indiscriminatórias, que afastam a pretensão pessoal, quando esta não coincide com o ideal de justiça eleito pelo agrupamento a que pertençam os demandantes; não há mesmo, nem nos *regulamentos*, nem nos *atos administrativos especiais*, a infração ao *princípio da supremacia do público sobre o privado*.

Quando, por exemplo, o *Estado de direito* de nossos dias investe contra a propriedade privada, desapropriando-a, tirando-a do particular e transferindo-a para uma das três categorias em que se triparte o domínio público, o *interesse do particular* é sacrificado em nome do *interesse coletivo*, fundamentando-se o ato administrativo expropriatório na necessidade pública, na utilidade pública ou no interesse social, consubstanciados no decreto, informado, em última análise, pelo prevailecimento do interesse público sobre o interesse privado.

Nem o princípio "o interesse público prevalece sobre o interesse privado", nem o princípio "suporta a lei que fizeste", o primeiro denominado *princípio do interesse dominante* ou *princípio da primazia pública*, o segundo conhecido sob a rubrica de princípio da legalidade, são específicos do direito administrativo, insuficientes, ambos, pois, para conferir a este ramo

(7) JEAN RIVERO escreve com precisão: "Ser social, não pode o homem bastar-se a si mesmo. O livre jogo das iniciativas privadas permite-lhe prover algumas dentre suas necessidades, graças à divisão do trabalho e às trocas. Existem, no entanto, outras — e das mais essenciais —, que não podem receber satisfação por essa via, ou porque, sendo comuns a todos os membros da coletividade, excedem, por sua amplitude, as possibilidades de qualquer particular, como, por exemplo, a necessidade de segurança nacional, ou porque sua satisfação é, por natureza, exclusiva de toda vantagem, de tal modo que ninguém se oferecerá para assegurá-la. Tais necessidades às quais a iniciativa privada não pode prover e que são vitais para toda comunidade e para cada um de seus membros constituem o domínio próprio da Administração. É a esfera do *interesse público*. A mola que impulsiona a ação dos particulares é a consecução de vantagem pessoal, lucro material, êxito humano, ou, entre os mais desinteressados, correlação entre os atos e o ideal a atingir. Muitas vezes, há coincidência entre o fim perseguido e o bem de todos, mas a coincidência de modo algum é necessária. Ela não poderia disfarçar o caráter pessoal do empreendimento. O padeiro assegura a satisfação da necessidade de pão, que é fundamental na coletividade francesa, mas não é a preocupação desinteressada de nutrir os esfaimados que ditou tal vocação — é a intenção, aliás, bastante legítima, de ganhar a vida com a venda do pão. O motor da ação administrativa, ao contrário, é essencialmente desinteressado: é a perseguição do *interesse geral*, ou ainda, da *utilidade pública* ou, em perspectiva mais filosófica, do *bem comum*" (*Droit Administratif*, 12ª ed., 1985, p. 10; 13ª ed., 1987, p. 10).

do direito foros de autonomia, visto que informam também outros ramos da ciência jurídica, pelo traço de generalidade de que se revestem.

Cumpre, então, apontar e analisar uma série de proposições exclusivas do direito administrativo, princípios setoriais que fundamentem os institutos deste ramo do direito e lhes confirmem atributos inequívocos de especificidade, que os extremem dos congêneres paralelos de outros campos.

No campo do direito processual administrativo, a questão fica bastante simplificada, porque, dum modo geral, os princípios genéricos informativos da processualística aqui se acham presentes. Celeridade. Economia processual. Ampla defesa. Contraditório. *Nemo inauditus damnari potest*.

No campo do direito material administrativo, a questão é mais complicada, porque inexistem estudos especiais sobre o assunto e os princípios inerentes a cada instituto são mencionados apenas quando as questões se apresentam, em concreto.

O estudo conjunto e sistemático dos princípios jamais foi empreendido, estando ausente das obras gerais de direito administrativo a problemática das proposições básicas, notando-se, tão-só, aqui e ali, a referência accidental a princípios setoriais, como, por exemplo, o das prerrogativas públicas, o da hierarquia, o da especialidade, o da auto-executoriedade, o da presunção da verdade, o da moralidade, o da autotutela, o da tutela administrativa, o do nascimento unilateral de obrigações para os particulares, o da presunção da legitimidade, o da isonomia, o da discricionariedade, o da igualdade, o do privilégio dos prazos, o da intangibilidade dos efeitos jurídicos dos atos individuais⁽⁸⁾.

A fonte não escrita mais importante da legalidade é hoje constituída pelos princípios gerais do direito, ou seja, por certo número de princípios que não figuram nos textos, mas que a *Jurisprudência* reconhece deverem ser respeitados pela Administração, visto que sua violação constitui ilegalidade⁽⁹⁾.

(8) Cf. ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité*, 3ª ed., 1963, v. I, p. 199-200; GEORGES VEDEL, *Droit Administratif*, 5ª ed., 1973, p. 278.

(9) ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité*, 3ª ed., 1963, v. I, p. 199. JACQUES DEMBOUR, tratando dos princípios gerais, distingue os princípios gerais do direito dos princípios gerais do direito administrativo, assinalando, a seguir, que "o conjunto formado pelos princípios gerais que governam a ação das autoridades administrativas é considerável". "Nossa intenção", acrescenta, "não é a de apresentar enumeração exaustiva desses princípios, mas a de oferecer alguns exemplos: o princípio da permanência da ação das autoridades administrativas e da continuidade do serviço público, que justifica, notadamente, a teoria da função de fato; a lei da mudança, possibilidade que tem o poder criador de modificar a qualquer momento as regras de organização e de funcionamento do serviço público e, até mesmo, de suprimi-lo; o adágio *patere legem quam ipse fecisti*, que define o valor jurídico de um regulamento em relação a seu autor; o princípio do respeito

(Continua na página seguinte.)

O regime jurídico de direito público é traçado quando se enumeram, ponto por ponto, os atributos típicos que fazem descer os institutos jurídicos da posição categorial máxima, que ocupam, para a espécie, integrando-os no direito administrativo com as conotações reveladoras deste ramo particular do direito.

O regime jurídico especial dos institutos do direito administrativo, no direito brasileiro, sem divorciar-se das notas características que os distinguem, no direito universal, singulariza diante de nosso direito, flexionando-se à nossa realidade administrativa, suporte fático sobre o qual incidem as normas jurídicas, consubstanciação de inúmeros juízos axiológicos, fase intermediária do processo nomogenético.

Delinear tal *regime jurídico*, em nosso direito, é surpreender uma por uma as notas características que matizam cada instituto, em nosso sistema, apresentado-os como conjunto inconfundível com os símiles do direito privado.

O estudo do *regime jurídico de direito público*, entretanto, só será possível, dentro do método que o rigor científico impõe, com base numa série de proposições que garantam a legitimidade das investigações empreendidas — os princípios informativos do direito administrativo ⁽¹⁰⁾.

(Continuação da nota 9.)

dos direitos da defesa aplicável sempre que o ato a ser executado tem o caráter de sanção; o princípio do *non bis in idem*, que se aplica em matéria disciplinar e que impede a punição repetida do agente, com duas sanções, em virtude de uma só falta; a regra da não retroatividade dos atos administrativos, em virtude da qual estes atos não podem, em princípio, produzir efeitos em data anterior à sua entrada em vigor; a regra que traduz o adágio *nemo auditur allegans turpitudinem suam*, em virtude do qual o Estado não pode, por exemplo, invocar o próprio erro para solicitar a não aplicação de uma de suas decisões (*Droit Administratif*, 1970, pp. 42-43). “Antiga ou recente”, escreve GEORGES VEDEL, “a jurisprudência do Conselho de Estado consagra numerosos princípios gerais do direito: igualdade diante da lei, diante dos encargos públicos, diante dos serviços públicos, diante do acesso aos graus universitários, composição das comissões de concursos para garantir-lhes a imparcialidade, direito de defesa, continuidade dos serviços públicos, especialidade dos estabelecimentos públicos, obrigação para as coletividades públicas de cobrir seus agentes das condenações pronunciadas contra eles, não obstante a ausência de falta pessoal, enriquecimento sem causa, imparcialidade das bancas de concursos ou de exames” (*Droit Administratif*, 4ª ed., 1968, pp. 247-248). Cf. GEORGES VEDEL, *Droit Administratif*, 5ª ed., 1973, p. 278.

(10) “O juiz administrativo reconhece, desde 1945, ao lado das regras que ele próprio elabora, a existência de *princípios gerais do direito administrativo*, cuja violação é sancionada pela Administração. Tais princípios são tomados de empréstimo, na maioria dos casos, seja à tradição liberal de 1789 — igualdade dos cidadãos diante da autoridade pública, liberdade de consciência, possibilidade para um cidadão, ameaçado de sanção, de defender-se contra as censuras alegadas contra ele —, seja aos imperativos da equidade — *princípio de enriquecimento sem causa*” (RIVERO, *Droit Administratif*, 11ª ed., 1985).

Todos os princípios — os princípios gerais do direito, o princípio da legalidade, o princípio do interesse público —, comuns a outros ramos do direito, ou setoriais do direito administrativo — os há pouco mencionados —, convergem para o campo da Administração, informando os diferentes institutos e presidindo a incidência das normas sobre eles, o que vai refletir-se, logo depois, no estabelecimento do regime jurídico, ou seja, no enquadramento do instituto no sistema de direito a que pertence e estabelecer-lhe um a um os pontos máximos e mínimos, de modo a configurar o lugar geométrico que ocupa e o alcance previsto de suas implicações, corolário das fixações anteriores.

A mencionada integração é impossível sem a preliminar principiológica, porque os institutos públicos formam bloco distinto dos institutos privados, filiando-se ambos, por sua vez, ao arquétipo comum, categoria descompromissada com as duas alas, porque pura, estruturada em linhas de caráter geral.

4. Prerrogativas públicas

Ao passo que a HORIZONTALIDADE é traço dominante nas relações de direito privado, a VERTICALIDADE é a conotação típica do direito público, assegurando especial relevo à Administração, que se caracteriza por apresentar uma série de privilégios ou prerrogativas de potestade pública.

A *pessoa pública* ou *pessoa jurídica de direito público* opõe-se, na doutrina do direito, à *pessoa privada* ou *pessoa jurídica de direito privado*. Não se fundem. Diversos traços gerais assinalam a tipologia das primeiras, salientando-se, entre outros, alguns que são enumerados pelos autores: a criação, que depende de ato do Estado, jamais de iniciativa genética de direito privado; a inexistência de liberdade de adesão, ou seja, todo particular que preenche determinados requisitos de fato passa a integrar a pessoa jurídica, por meio de adesão, como no caso em que, fixando-se domicílio numa circunscrição territorial, municipal, comuna, Estado, passa-se automaticamente, a pertencer à pessoa jurídica pública. A *pertencibilidade às circunscrições territoriais* decorre das respectivas fixações domiciliares; a finalidade, que nunca é de ordem privada, mas de ordem pública, isto é, a satisfação de interesses públicos deverá estar sempre na base de qualquer ato ou providência do Estado, por meio da intervenção da pessoa pública que em seu nome age; a capacidade que, por mais variada que seja, ultrapasse de muito a paralela do direito privado, porque a pessoa jurídica pública dispõe de prerrogativas ou privilégios, decorrentes de seu poder de *imperium*, que lhe asseguram posição singular no mundo jurídico⁽¹¹⁾.

A doutrina francesa tem dedicado excelentes páginas ao tema, empregando os vocábulos *puissance* e *pouvoir*, o primeiro devendo ser traduzido

(11) JEAN RIVERO, *Droit Administratif*, 11ª ed., 1985, p. 46. GEORGES VEDEL, *Droit Administratif*, 4ª ed., 1968, p. 559. Ver nosso artigo: "Prerrogativas e sujeições da Administração Pública", 1971, em *Revista de Direito Administrativo*, 103, 16 a 32.

pelo nosso *potestade* ⁽¹²⁾, que equivale ao italiano *potestà* e ao espanhol *potestad*, o segundo — *pouvoir* —, representado em nosso vocabulário comum e técnico-jurídico pelo termo *poder*.

Em virtude do *poder de império*, *imperium* ou condição de *potestade pública* que lhes são inerentes, as pessoas jurídicas públicas não se nivelam às pessoas jurídicas privadas.

Parte do Estado, ocupam na relação jurídico-administrativa lugar todo especial e privilegiado, detentoras que são de prerrogativas e privilégios de potestade pública, inexistentes nas conotações que defluem da personalidade jurídica das pessoas privadas.

Em fins do século passado e inícios deste, o direito administrativo tem sido considerado como disciplina alicerçada na idéia matriz de *potestade pública*, empenhando-se a doutrina em construir a teoria dos *atos de império* e *atos de gestão*, que tanta polêmica despertou entre os publicistas.

A atividade de *potestade pública* era paralela à de *ato de império* — de *imperium* —, típica das operações do direito administrativo, quando intervinha o Estado, condicionado por um regime especial, derogatório do direito comum, bastante diferente da atividade de direito privado, caracterizada por *atos de gestão*, regulados pelo regime de direito privado.

“A atividade de potestade pública”, argumentava-se, “é aquela em que os órgãos do Estado procedem por meio de ordens, interdições, regulamentações unilaterais, manifestando, em suma, uma vontade imperante. Os órgãos do Estado executam, assim, atos de potestade pública” ⁽¹³⁾.

“Os atos praticados pela Administração, em virtude do poder de mando, a colocam fora do direito comum, porque não existem atos semelhantes praticados por particulares” ⁽¹⁴⁾.

(12) Cf. CAMÕES, *Lusitadas*, III, 15. V, 38. IX/20 e 7; X/98. Tratando da *puissance publique*, escreve RÍvero: “As relações entre particulares são baseadas na igualdade jurídica; nenhuma vontade privada é, por natureza, superior a outra, de tal modo que se imponha a esta contra sua vontade, o que ocorre, porque o ato que caracteriza as relações privadas é o contrato, ou seja, o acordo das vontades. A Administração, entretanto, que deve satisfazer ao interesse geral, não poderia atingir tal objetivo se estivesse no mesmo pé de igualdade com os particulares. As vontades dos particulares, impulsionados por móveis puramente pessoais, entrariam em choque com a vontade da Administração, toda vez que esta lhes impusesse coações e sacrifícios, exigidos pelo interesse geral. A Administração recebeu, então, o *poder* de vencer tais resistências. Suas decisões obrigam, sem que ela tenha de obter o assentimento dos interessados. Além disso, a Administração tem o direito, não obstante a recalitrância dos particulares, de persegui-los pela execução. Sob o nome, muito mal escolhido, mas tradicional, de *puissance publique*, é preciso entender o conjunto de prerrogativas de que é detentora a Administração para efetivar o interesse geral” (*Droit Administratif*, 8ª ed., 1977, p. 11).

(13) LAUBADÈRE, *Traité*, 3ª ed., 1963, v. I, p. 38.

(14) BERTHÉLEMY, *Traité*, 9ª ed., 1920, p. 1.008.

Objecções de toda sorte, feitas por DUGUIT, no *Tratado* ⁽¹⁵⁾ e pelo Comissário Teissier, na clássica *decisão do caso Feutry*, em 1908, puseram por terra a pretendida e metafísica distinção entre os atos *jus imperii* e os atos *jus gestionis*, mas não conseguiram abalar a noção de *puissance publique*, nem invalidar a série de prerrogativas que dela decorrem.

Empregada por alguns autores com acepção quase impossível de apreender-se, a expressão *potestade pública* é, na realidade, noção concreta e precisa, porque designa a situação todo especial que cerca a Administração, dotando-a de atributos necessários e suficientes para conferir-lhe uma série de *prerrogativas* — e também de *restrições* ou *sujeições* —, exorbitantes do direito comum, inexistente nas pessoas jurídicas de direito privado.

A Administração pode e o particular não pode tomar uma série de medidas, quando sujeitos de relação jurídica; a Administração, entretanto, está sujeita a inúmeras restrições ou imposições ausentes nas relações jurídicas do direito privado.

Prerrogativa (do latim *prae* = antes, anterior, em primeiro lugar e *rogativa*, de *rogare* = rogar, questionar, votar, decidir) ou *privilégio* (do latim *privus* = particular, isolado, especial e *lex* = lei) é o direito, poder ou regalia que pessoa ou corporação usufrui mais do que outras, ou que as distingue de outras que não os possuem (CALDAS AULETE, *Dicionário*, sub voce “prerrogativa”).

Prerrogativas públicas ou de *potestade pública* são as regalias usufruídas pela Administração, na relação jurídico-administrativa, derogando o direito comum diante do administrador, ou em outras palavras, são as faculdades especiais conferidas à Administração, quando se decide a agir contra o particular.

O quadro completo de *prerrogativas* e *privilégios*, em que se situa a Administração quando, na prática, concretiza medidas para realizar o interesse geral, configura a *potestade pública*.

Da *potestade pública* ou *potestas imperii* advém a situação privilegiada da Administração, desnivelando-a diante do particular e tornando-a idônea para impor, em condição bastante vantajosa, sua vontade, em nome do interesse público.

Prerrogativas públicas são as circunstâncias favoráveis que os sistemas jurídicos atribuem às pessoas jurídicas a fim de que, do melhor modo e com maior economia, possam concretizar o interesse público, mediante limitações ao interesse dos particulares.

Nem sempre, entretanto, a Administração usa processos impositivos para a efetivação do interesse público. Quando, no processo expropriatório,

(15) Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, v. II, p. 263.

fundado na necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, a vontade do Estado coincide com a do particular desapropriado, basta a figura do *acordo*, consubstanciada no *contrato*, para a solução da vontade estatal. Não cabendo a utilização do acordo, repellido pelo expropriado, recorre a Administração ao instrumento adequado — a ação judicial expropriatória.

O *fundamento das prerrogativas públicas* é evidente. Nas relações jurídicas de particular a particular, impera a igualdade jurídica das partes. Situam-se no mesmo plano, lado a lado. A vontade de uma das partes não supera, em momento algum, a da outra. Por isso, a figura jurídica do contrato é suficiente para reger as vontades contrapostas dos contratantes consubstanciando normas jurídicas de igual intensidade.

Ao contrário, o objetivo da Administração é o de satisfazer os interesses coletivos e, para a consecução destes, muitas vezes se exige o sacrifício do particular, mediante limitações aos seus direitos.

A Administração ficaria paralisada se, cada vez que pretendesse movimentar-se, precisasse consultar os interesses privados atingidos. Por isso, o Estado dotou os órgãos administrativos de *poder* ou *potestade* para vencer a injustificada resistência do particular recalcitrante. As decisões administrativas, tomadas com vistas ao interesse público, impõem-se sem prévia consulta ao administrado e, muitas vezes, sem o *título hábil* expedido pelo Judiciário.

Pode a Administração, diante da resistência privada, fazer prevalecer, *manu militari* a decisão tomada, recorrendo a meios coativos e dominando os esforços particulares impeditivos à consecução dos fins de interesse público.

Mediante atos unilaterais auto-executáveis, sem o correspondente título do Judiciário, a Administração interfere no cenário jurídico-administrativo, restringindo a esfera de direitos e interesses do cidadão, sempre que o interesse público seja afetado.

A *potestade pública* revela-se no mundo jurídico de modo eficaz, visto cercar-se de *prerrogativas públicas*, benefícios evidentes que reforçam a atuação coativa do Estado no choque com o particular.

Sob a forma da sentença mandamental, o *princípio das prerrogativas públicas* assim se expressa: “Na relação jurídico-administrativa, a Administração é beneficiada com uma série de prerrogativas, que a colocam em posição nitidamente favorável, quando em confronto com a do particular, sujeito da mesma relação”.

Entre as *prerrogativas públicas*, que favorecem a Administração, podemos citar, entre outras, as seguintes: a *prerrogativa auto-executória*, a *prerrogativa expropriatória*, a *prerrogativa requisitória*, a *prerrogativa autotutelar*, a *prerrogativa tributária* ou *impositiva*.

Ao mesmo tempo que a Administração se caracteriza por ser detentora de “prerrogativas exorbitantes do direito comum”, derrogações que podemos denominar de positivas ou favoráveis, por outro lado é caracterizada por ser limitada por uma série de restrições ou sujeições, derrogações que se apresentam como negativas ou desfavoráveis, desconhecidas pelo particular, em relação com outro particular.

Desse modo, ao passo que o particular, pessoa física ou jurídica, pode tomar resoluções por motivos de natureza afetiva (simpatia, antipatia, generosidade, capricho), desde que não se contrariem princípios lícitos ou éticos, escolhendo seu pessoal ou fornecedores sem nenhum critério, a Administração é presa ao interesse público, sendo sujeita a procedimentos especiais, quer na escolha dos funcionários (concurso), quer na seleção dos fornecedores de gêneros ou serviços (licitação pública).

Potestade pública é o regime jurídico que se distingue ao mesmo tempo por prerrogativas e por sujeições, exorbitantes e derrogatórias do direito comum, reconhecidas e impostas a todos os que operam em nome e no exercício da soberania nacional (16).

Pelas *prerrogativas*, que derogam o direito comum, a Administração beneficia-se com prazos maiores, com amplitude de iniciativas, com providências que limitam a liberdade do particular; pelas *sujeições*, o administrador é obrigado a agir como órgão impessoal da pessoa pública, impedindo que pretensões pessoais ou motivos de ordem privada interfiram na concretização dos direitos e deveres decorrentes da relação jurídico-administrativa.

As *prerrogativas públicas* põem em evidência o traço de império da Administração, desvinculada de qualquer idéia de pessoa humana e, pois, agindo de maneira impessoal, tendo em vista o bem público, a ordem pública, o interesse público; as *sujeições* procuram impedir que o administrador, ao agir, leve para a vida pública seus traços de afetividade e caprichos, suas inclinações pessoais.

O fundamento último das prerrogativas públicas e das sujeições administrativas é um só — o da salvaguarda do interesse público, objetivo precípuo do Estado. *Salus reipublicae suprema lex esto.*

Se o administrador não se ativesse às sujeições administrativas, deixando de agir como órgão do Estado, prevaleceriam suas condições humanas. O *dominus* substituiria o *administrador*. Os atos administrativos colimariam outros fins, que não os públicos. Estaria caracterizada a figura jurídica do *desvio de poder*.

(16) GEORGES VEDEL, *Droit Administratif*, 4ª ed., 1968, p. 19.

5. Hierarquia

Hierarquia ou *hierarquia administrativa* é a relação de subordinação que ocorre entre os órgãos do Poder Executivo⁽¹⁷⁾, demarcando a série de atribuições de cada um. O princípio que rege o instituto da hierarquia é enunciado sob a forma de sentença mandamental do seguinte modo: "Os poderes das autoridades administrativas exercem-se no sentido descendente do vértice para a base da pirâmide hierárquica".

No alicerce do instituto da *hierarquia*, está colocado o *princípio hierárquico*, proposição que legitima a disposição e funcionamento das peças articuladas da máquina administrativa.

Sem *hierarquia*, a Administração perderia a própria razão de ser, porque o poder de dar ordens, de substituir, de fiscalizar, de aplicar sanções, de obedecer e de resolver conflitos está presente nas complexas estruturas do Estado moderno. A *hierarquia* é, pois, o fundamento do próprio Estado.

Base de todo escalonamento, fundamento dos sucessivos graus que se dispõem do vértice à base, acentuando o encadeamento contínuo dos diferentes órgãos administrativos, a *hierarquia* atua como poder fundamental, que informa toda a funcionalidade do sistema.

Quando o princípio setorial hierárquico é respeitado, a máquina da Administração caminha como um todo harmônico, cada peça se ajusta à configuração global da pirâmide, os serviços públicos não sofrem solução de continuidade.

A quebra da hierarquia reflete-se sobre os diversos setores da Administração, abalando-lhe a constituição orgânica, motivo por que as infrações que desrespeitam a escala de subordinação são punidas com sanções severas que culminam, não raro, com o afastamento do insubordinado dos quadros do funcionalismo.

Do princípio hierárquico, fundamento lógico-jurídico da hierarquia, decorrem vários corolários ou conseqüências, expressos sob a forma de proposições menores em estreita correlação com a sentença mandamental maior.

(17) VEDEL, trata do princípio da *hierarquia formal dos atos*, que vai determinar as condições nas quais o respeito das decisões executórias se impõe. Em princípio, o superior não se vincula aos atos editados pelo inferior. Quando duas autoridades estão ligadas por liame puramente hierárquico, o superior tem o direito de reformar ou de anular as decisões tomadas pelo inferior. Tem mesmo o *dever*, senão de fazê-lo, pelo menos de examinar as reclamações tendentes a esse fim, sem poder ser eliminada pretensa liberdade de decisão do subordinado. No entanto, embora a autoridade superior tenha o direito de anular ou de reformar, não pode substituir de *plano* a autoridade inferior para tomar medida de competência desta, nos termos da lei ou dos regulamentos (*Droit Administratif*, 4ª ed., 1968, p. 262). Em nosso livro mais recente, enunciamos o *princípio da hierarquia* sob forma inversa, o que dá na mesma, do seguinte modo: "Os poderes das autoridades administrativas variam na razão direta da posição ocupada na pirâmide, em movimento ascensional da base ao vértice" (*Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed., 1981, p. 13).

A hierarquia, de modo concreto ou material, é uma escala, na qual os degraus se sucedem. Os funcionários mais graduados têm esfera de atribuição maior do que a dos menos graduados.

Ora, quem tem maiores poderes sobre os subordinados, não tem poder algum de mando sobre seus superiores hierárquicos. A esfera hierárquica mais elevada abrange e supera a esfera menos elevada. Quem pode o mais, pode o menos.

A ordem emanada do hierarca máximo vai descendo pela escala, até atingir os escalões mais baixos da pirâmide. Ninguém pode desobedecê-la sem ferir o princípio hierárquico. A ninguém é permitido ignorá-la.

Do mesmo modo, os atos do inferior são suscetíveis de revisão pelo superior hierárquico imediato ou mediato, caminhando-se em sentido ascendente até o superior absoluto — o hierarca — que, inclusive, pode desfazer o ato editado, espontaneamente ou por provocação do interessado.

As conseqüências da hierarquia são, entre outras, a *unidade de direção*, a *revisão dos atos*, a *aplicação de sanções*, a *obediência*, a *substituição no desempenho das funções* e a *resolução dos conflitos de atribuição*.

A *unidade de direção*, corolário primeiro do princípio hierárquico, mostra a Administração como vasta rede constituída de malhas entrelaçadas, convergindo o conjunto para determinado fim, que deve traduzir-se, em última análise, no interesse público.

Os atos administrativos e as operações materiais de todo o pessoal administrativo são submetidos às mesmas normas, obedecem ao mesmo programa, orientam-se no mesmo sentido, fundamentando-se nas disposições legais e estatutárias, nos decretos, nas portarias, nas instruções, nos avisos, nas ordens de serviço, nas circulares, nas medidas de ordem interna.

A máquina administrativa, informada por princípios publicísticos, caminha de maneira contínua para um só objetivo, revestindo-se, pois, de impecável unidade.

A filosofia administrativa do Estado, assentada em princípios que procuram alcançar o bem comum, norteia as atividades das autoridades administrativas, em todos os graus em que se dispõe.

O catálogo do bom administrador, alicerçado em normas éticas, que espelham a moralidade pública, refletirá também, necessariamente, um conjunto de máximas que obedecem a rigorosa técnica econômico-jurídica, indispensáveis para a harmonia e unidade do sistema.

Os atos dissonantes quebram a unidade de direção do conjunto, mesmo quando, considerados de modo isolado, atendem aos requisitos da legalidade. A perfeição técnico-formal do ato não basta. As operações materiais, não matizadas de juridicidade, também atenderão ao princípio unitário. Do contrário, ambas as providências podem contrariar o quadro panorâmico visado.

Todo ato, jurídico ou não jurídico, toda providência da autoridade administrativa, deve inserir-se em quadro maior, harmonizando-se com as linhas mestras e com os delineamentos secundários de todo o esquema.

Daí a possibilidade de desfazimento de atos legais, mas inoportunos ou inconvenientes, por atentarem contra o princípio hierárquico e prejudicarem a unidade de direção.

Com fundamento no *princípio hierárquico*, é possível a reapreciação do ato administrativo no âmbito da própria Administração.

Auto-revisão, revisão interna ou revisão administrativa ⁽¹⁸⁾ é a faculdade que a Administração tem de proceder a novo exame dos atos editados.

De modo espontâneo (autotutela) ou mediante provocação do interessado, a autoridade administrativa submete o ato a nova apreciação, reexaminando-lhe os requisitos formais e materiais para concluir, afinal, pela manutenção ou desfazimento da medida.

A faculdade revisionista, fundada no princípio setorial da hierarquia, permite que a autoridade de categoria mais elevada anule, revogue, modifique ou confirme os atos administrativos dos subordinados, espontaneamente ou mediante recursos interpostos pelos administrados.

Todo o sistema de recursos hierárquicos próprios ⁽¹⁹⁾ é fundamentado no princípio da hierarquia, que permite ao interessado a remessa do ato administrativo a degraus sucessivos na escala ascendente, possibilitando-se a exaustão de toda via administrativa até o superior máximo, que dirá a última palavra sobre a permanência dos efeitos do ato ou seu desfazimento, pelo anulamento ou pela revogação.

Sob a forma de corolário, esta conseqüência parcial do princípio setorial da hierarquia assim se enuncia: "Os atos administrativos admitem revisão por parte do superior imediato."

Para assegurar a eficácia da norma, os legisladores criaram a sanção, meio coercitivo de que se utilizam os sistemas jurídicos para preservar ou restaurar o equilíbrio social ameaçado ou perturbado por ato contrário ao direito.

No campo do direito administrativo, a aplicação de sanções ⁽²⁰⁾ cabe à autoridade administrativa de grau mais elevado. O superior hierárquico aplica aos subordinados imediatos, regra geral, as sanções previstas em leis e regulamentos.

(18) Ver v. II, p. 348-349, de nosso *Tratado de Direito Administrativo*.

(19) Ver v. VI, p. 243, de nosso *Tratado de Direito Administrativo*, e RENATO ALESSI, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 1953, pp. 618-619.

(20) Ver p. 172 do v. VI do nosso *Tratado de Direito Administrativo*.

Descendo do vértice à base da pirâmide, a autoridade administrativa de grau maior tem a faculdade de aplicar sanções a todos os subordinados, imediatos ou mediatos, de grau menor, até o ponto mais baixo da escala hierárquica, lugar em que se situam os que não podem aplicar sanções.

Sob a forma de corolário, esta conseqüência do princípio setorial da hierarquia assim se enuncia: "O superior hierárquico aplicará sanções aos subordinados que transgredirem normas administrativas."

Com base no princípio setorial da hierarquia inscreve-se o *dever de obediência* ⁽²¹⁾, um dos mais importantes do Estado moderno, visto envolver o próprio funcionamento da máquina administrativa.

Em decorrência das relações de subordinação existentes no aparelhamento administrativo de qualquer Estado civilizado, o funcionário de grau inferior é obrigado a obedecer às ordens emanadas do superior competente, dentro da respectiva esfera ⁽²²⁾.

A obrigação em que se acha o funcionário subalterno de acatar e de cumprir as ordens emanadas dos legítimos superiores hierárquicos, dadas em objeto de serviço e com a forma legal ⁽²³⁾, situação que ocorre por ocasião das ordens que o superior pode sempre dar ao subordinado para a execução do serviço ⁽²⁴⁾, é determinada e decorre do *princípio setorial hierárquico*, fundamento do poder de ordenar e do correspondente dever de obedecer.

Sob a forma de corolário, esta conseqüência do princípio setorial da hierarquia assim se expressa: "O funcionário de hierarquia inferior é obrigado a executar as ordens legais de seu superior hierárquico."

O vocábulo *substituição* ⁽²⁵⁾ é tomado em dois sentidos: a) o funcionário subalterno sobe na escala hierárquica e, na ausência do titular, ocupa-lhe o posto, praticando os atos da competência do substituído; b) o funcionário superior desce na escala hierárquica e, mesmo na presença do titular, ocupa-lhe o cargo, avocando a si, embora transitoriamente, as atribuições do substituído, ou seja, o superior opera no lugar e com a competência do inferior ⁽²⁶⁾.

(21) Ver p. 372 do v. IV de nosso *Tratado de Direito Administrativo*.

(22) FRITZ FLEINER, *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, 1933, pp. 66-67.

(23) MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 7ª ed., 1965, p. 501.

(24) ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Manuel de Droit Administratif*, 4ª ed., 1955, p. 265.

(25) Ver p. 230, vol. II, e p. 265, vol. IV, de nosso *Tratado de Direito Administrativo*.

(26) VELASCO CALVO, *Resumen de Derecho Administrativo*, 1920, v. I, p. 280.

Esta segunda hipótese, que por ora nos interessa, comparada com a *suplência* e com a *delegação*, "é a forma mais grave das três, porque rompe com a garantia que decorre da hierarquia e, admitida com amplitude e liberdade, poderia anular todo o sistema jurídico da Administração, concentrando múltiplas competências em poucas mãos. Por isso a *faculdade de substituição* não se presume, devendo sempre ser expressa" (27).

Faculdade de avocar qualquer caso da competência dos órgãos subordinados, e de substituí-los, embora estejam em atividade, salvo as exceções constantes de lei (28), a *substituição* decorre do *princípio setorial hierárquico*, visto que "quem tem maiores poderes pode ter menores", quem pode o mais, pode o menos.

Sob a forma de corolário, esta conseqüência assim se expressa: "O funcionário hierarquicamente superior substituirá qualquer dos subordinados, avocando-lhes as atribuições, nos casos previstos em lei."

Quando, no sistema jurídico pátrio, dois funcionários se julgarem competentes ou incompetentes para decidir determinado assunto ou para executar certa função, ocorre o *conflito de atribuição* (29) que pode ser positivo — se os dois agentes se consideram competentes para o conhecimento do caso — e que pode ser negativo — se os dois agentes se julgarem incompetentes para aquele conhecimento.

Sendo os funcionários do mesmo nível, cabe ao superior hierárquico imediato dos dois resolver o conflito, decidindo quem é competente para o exercício da atribuição, em conflito; sendo os funcionários de níveis diversos, cabe ao primeiro superior hierárquico, comum aos dois, a resolução do conflito de atribuição suscitado.

O *princípio da hierarquia* explica a possibilidade de intervenção do superior para a fixação da competência em casos de conflito. Graças a essa intervenção, a máquina administrativa não interrompe a marcha ininterrupta que a caracteriza, movimento afetado momentaneamente pelo choque de competências. A pronta intervenção garante a continuidade dos serviços públicos, paralisados com o conflito.

Ao decidir a respeito do círculo de competências, consubstanciado na atribuição funcional, o superior hierárquico entrega ao agente público a faculdade inequívoca de decidir os assuntos que lhe são submetidos à apreciação.

Sob a forma de corolário, esta conseqüência do *princípio setorial da hierarquia* assim se expressa: "Em caso de conflitos de atribuição, o superior

(27) VELASCO CALVO, *Resumen de Derecho Administrativo*, 1920, v. I, pp. 280-281.

(28) MARIO MASAGÃO, *Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., 1968, p. 56.

(29) Ver v. VI p. 73 de nosso *Tratado de Direito Administrativo*. Cf. ainda nosso trabalho "Do conflito de atribuição no direito brasileiro", na coletânea em homenagem a Hely Lopes Meirelles, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1965, pp. 78 a 94.

hierárquico indicará de maneira precisa qual o funcionário competente para avocar a si determinada decisão.”

6. *Auto-executoriedade*

As decisões da Administração, decorrentes de sua *potestas imperii*, são *auto-executáveis*. A posição privilegiada da Administração diante do administrado confere-lhe a faculdade excepcional de colocar em execução com os próprios meios de que dispõe os atos administrativos editados, sem a necessidade prévia de submeter tais pronunciamentos à apreciação de autoridade judiciária.

É nisso que consiste a denominada *auto-executoriedade do ato administrativo* ⁽³⁰⁾, também conhecida pelos nomes de *privilégio da ação de ofício*, *privilégio da execução prévia*, *privilégio do prévio* ou do preliminar (*privilège du préalable*).

Os atos administrativos são auto-executáveis. Ato executório é o ato administrativo que passa a ter eficácia imediatamente, que obriga por si, independente de sentença judicial.

A esta *prerrogativa* ou *privilégio*, que é a auto-executoriedade, a Administração deve a faculdade de colocar-se em situação de vantagem diante do particular na prossecução do interesse público.

Pela *auto-executoriedade* o ato adquire força especial que o impõe, diante do particular, independente de nova definição de direito ⁽³¹⁾.

As decisões administrativas, que expressam a vontade do poder público, traduzida em atos administrativos, entram em ação, produzem efeitos imediatos, unilateralmente, sem a consulta ao particular ou o título expedido pelo magistrado judiciário.

A faculdade de exigir coativamente a observância dos próprios atos deriva do conceito de *potestade pública*, sendo-lhe inerente.

Sem tal *prerrogativa*, o interesse público ficaria equiparado e, por vezes, preterido diante do interesse privado, ao mesmo tempo que a vontade do Estado seria inoperante e inócua.

O caráter público de *potestas* administrativa matiza o ato executório, dando-lhe a força necessária para atuar, realizando a aspiração de parte considerável da coletividade, da qual o Estado é intérprete e guardião.

“A necessidade de manter a ordem pública exige, às vezes, medidas materiais de execução rápida, que não se compadecem com a morosidade do

(30) Ver v. II, p. 64, de nosso *Tratado de Direito Administrativo*.

(31) MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 7ª ed., 1965, p. 241.

processo judiciário, como, por exemplo, a remoção imediata de veículo que impeça o trânsito na via pública" (32).

A doutrina universal, principalmente a francesa e a italiana, tem dedicado excelentes páginas ao estudo do *privilégio do preliminar*, acompanhando o direito brasileiro, na doutrina e na jurisprudência, as grandes linhas traçadas pelos vários sistemas jurídicos.

O *privilège du préalable*, acolhido em nosso direito, fundamentou importante decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, quando se firmou a tese de que a exigibilidade constitui qualidade inerente aos atos jurídico-administrativos, ou seja, a qualidade de produzir efeitos de conformidade como nele constante e nos termos previstos em lei (33).

No vasto campo do *poder de polícia*, explicitado nos diversos ramos em que se desdobra a *polícia administrativa*, a *auto-executoriedade* aparece em toda sua força, legitimando as providências rápidas do Poder Executivo, quando edita atos administrativos e imediatamente os faz atuar, no mundo jurídico.

Sob a forma de corolário do *princípio das prerrogativas públicas*, o *privilégio do preliminar* ou da *auto-executoriedade* do ato administrativo assim se expressa: "O ato administrativo entra em execução, assim que editado pela autoridade competente, sem a necessidade de título hábil expedido pelo Poder Judiciário."

7. Tutela administrativa

As pessoas jurídicas públicas maiores — pessoas políticas — têm a possibilidade de criar pessoas jurídicas menores, de natureza administrativa.

A criação das pessoas administrativas funda-se no princípio da divisão do trabalho, objetivada por meio de processos descentralizantes.

O Estado moderno cresceu e continua a crescer de tal modo que os serviços públicos se congestionaram e a máquina administrativa ficou ameaçada de paralisação.

(32) DUEZ e DEBEYRE, *Traité de Droit Administratif*, 1952, p. 526. "O *privilégio do prédio*", escreve CHARLES DEBBASCH, "é particularmente característico dos poderes da Administração, significando, antes de tudo, o poder que a Administração tem de modificar, mediante iniciativa própria, a ordem jurídica. Em direito privado, se o particular tem reivindicações a fazer, relativamente a outro sujeito de direito, ele deve apresentá-la ao juiz e só este tem o poder de pronunciar-se sobre a questão. A Administração, ao contrário, pode tomar, *sponte sua*, decisão que modifique imediatamente a ordem jurídica e que imponha obrigações aos particulares. Esta decisão (e está aqui a segunda originalidade da situação administrativa) é executória, ou seja, é aplicável, imediatamente, não obstante os recursos jurisdicionais que se interponham, pois estes, regra geral, não têm efeito suspensivo. Cabe aos administrados, se julgarem ter direito, agir em juízo contra a decisão executória" (*Droit Administratif*, 1968, p. 260).

(33) Ver v. II, pp. 72-73, de nosso *Tratado de Direito Administrativo*.

Por mais que se modernizem as técnicas, por mais que se aperfeiçoe o pessoal administrativo, é impossível a resolução dos problemas administrativos, cada vez maiores e mais complexos.

As pessoas jurídicas maiores, entre nós, a União, os Estados-Membros da Federação e os Municípios, suficientes, até a década de 30, para resolver as questões administrativas e atender a toda modalidade de problema suscitado pelos serviços públicos, passaram depois à fase completa da asfixia.

O estudo e observação do que se passava em outros sistemas sugeriu ao legislador brasileiro a criação, no Brasil, de entidades menores que caminhassem lado a lado com o Estado, paralelamente ao Estado, mas que não se confundissem com as entidades matrizes, criadoras. Que administrassem, mas que não legislassem. Enfim, pessoas administrativas, que se autodirigissem, mas que não fossem *autonomias*. Em outras palavras, *arquias* e não *nomias*. Comando próprio, direção própria, autogoverno.

Nascem, desse modo, as pessoas administrativas, criadas pela União, pelos Estados e pelos Municípios, a saber, respectivamente, as autarquias federais, as autarquias estaduais e as autarquias municipais.

Conforme o aspecto pelo qual se consideram, as *autarquias* assumem este ou aquele significado.

Vistas quanto ao prisma do *substrato estrutural*, as *autarquias* são *fundacionais* ou *corporativas*.

A *autarquia fundacional* é a *fundação pública* ou *fundação de direito público*, como já o foi, de início, a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, autarquia estadual, fundação de direito público estadual.

As *autarquias corporativas* são as *corporações públicas* ou *corporações de direito público*, como a Ordem dos Advogados do Brasil, autarquia federal, corporação de direito público federal.

As *autarquias regionais* ou *geográficas* são pessoas jurídicas públicas administrativas, criadas por uma pessoa pública maior e com capacidade genérica, como os territórios federais brasileiros, verdadeiras *autarquias corporativas geográficas federais* subordinadas à União.

As *autarquias profissionais* ou *corporações públicas profissionais*, como a Ordem dos Advogados do Brasil, são criadas pela União, com finalidades específicas.

Na França, os *estabelecimentos públicos* são pessoas administrativas criadas pelo Estado e depois tuteladas pela entidade matriz criadora; na Itália, as *autarquias*, fundações ou corporações, são também tuteladas pela pessoa jurídica pública maior, responsável pela criação.

No Brasil, as entidades territoriais e as autarquias federais, fundações ou corporações, são criadas e tuteladas pela União; as autarquias estaduais são criadas e tuteladas pelo Estado; as autarquias municipais são criadas e tuteladas pelo Município.

Desse modo, em nosso direito, as *fundações públicas* e as *corporações públicas*, serão sempre tuteladas pela entidade pública política maior que lhes deu origem, introduzindo-as no mundo do direito.

Quando as pessoas jurídicas públicas maiores criam as autarquias, é preciso que as entidades criadoras zelem para que os atos editados pelas entidades criadas sejam de acordo com os fins que lhe impulsionaram a criação.

O conjunto de providências que a Administração Central toma, em relação aos atos dos órgãos descentralizados, para que respeitem a legalidade, evitem possíveis abusos, preservem o interesse central em consonância com os interesses locais ou técnicos, enfim, concretizem os fins públicos específicos ou genéricos, tem um só objetivo: impedir que a entidade autárquica criada se divorcie da entidade criadora.

Se o Estado cria autarquias para descentralizar os serviços, a entidade criada, no fundo, é o próprio Estado em expansão. O exercício dos poderes tutelares tem por fundamento o absoluto paralelismo e sincronismo entre a vontade do Estado e a unidade descentralizada.

Os *poderes tutelares* asseguram relação constante entre o Estado e as demais pessoas públicas, interligando a pessoa pública maior, guardiã do interesse geral, e a pessoa pública menor, cuja atividade se concentra em objetivos específicos e, por isso mesmo, fiscalizados.

O *fundamento* primeiro da *tutela administrativa* é a *legalidade*. Fazer com que seja respeitada a legalidade — eis o objetivo que o Estado tem em mira, quando fiscaliza as atividades da entidade tutelada; em segundo lugar, os poderes tutelares têm por objetivo o mérito dos atos administrativos, exercendo-se para verificar se reúnem as características de conveniência e oportunidade.

Mediante a *hierarquia*, subordinados e subordinantes entram em contato, interferindo estes nas atividades daqueles, ditando ordens, reformando ou anulando decisões administrativas. Mediante a *tutela*, fiscalizados e fiscalizadores entram em contato, intervindo estes nas atividades daqueles, ou seja, a Administração Central exercendo seus poderes sobre os atos das autoridades descentralizadas tuteladas para que se observe a legalidade, oportunidade e conveniência das medidas tomadas.

Se o ato da autoridade da *autarquia* ou do *estabelecimento público* é ilegal, inoportuno ou inconveniente, tal ato pode ser examinado por solicitação do interessado, mediante *recurso hierárquico próprio* que esgotará as vias escalonadas internas dentro da própria entidade tutelada, ou mediante

recurso hierárquico impróprio, que ultrapassará as vias escalonadas internas para chegar até a autoridade de fora da entidade tutelada, isto é, até autoridade da entidade matriz criadora tutelar; entretanto, os poderes tutelares podem exercer-se, espontaneamente, quando a própria matriz tutelar, fundada em texto de lei, passa a exercer poderes sobre os atos administrativos editados pelo hierarca máximo da entidade tutelada, por entender que tais atos contrariam as próprias finalidades da pessoa jurídica administrativa.

O fundamento da tutela administrativa é o de sincronizar os serviços públicos da entidade maior com os da entidade menor. Qualquer desvio ou afastamento será corrigido pelo instituto da tutela.

Ente tutelar e ente tutelado caminharão paralelos em seus objetivos, genéricos ou específicos, mas orientados pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

O instituto da tutela administrativa apresenta-se, na realidade prática, com vários traços distintivos. Antes de tudo é a) uma fiscalização. Diversamente do federalismo, a descentralização não exclui o controle do Estado, controle este necessário, não só no interesse do próprio Estado, que deve salvaguardar a unidade política e zelar pelo respeito à lei, no interesse da pessoa descentralizada, primeira vítima da má gestão de seus representantes, como também no interesse dos indivíduos, que podem ter necessidade de proteção contra a autoridade descentralizada. Depois, b) tutela é normalmente atribuição do Estado. Encontramos, todavia, a tutela nas relações das coletividades locais com as autarquias e os estabelecimentos públicos por ela criados. O terceiro traço do instituto tutelar reside em que a fiscalização c) recai, normalmente, sobre pessoas públicas, autarquias e estabelecimentos públicos. Entretanto, a terminologia administrativa emprega o mesmo termo para a fiscalização exercida sobre pessoas de direito privado encarregadas de serviço público, ou pelo menos, de utilidade pública.

Enfim, d) a fiscalização deve harmonizar-se, sob pena de aniquilar-se, com a liberdade reconhecida à coletividade. Daí a oposição ponto por ponto ao controle hierárquico.

Na centralização, a subordinação é a regra e a fiscalização se exerce sem texto algum: para excluí-la é que o texto legal se torna necessário. Além disso, é total. A fiscalização estende-se a todos os aspectos do ato, podendo conduzir à anulação ou à revogação. Relativamente à autoridade descentralizada, ao contrário, a liberdade é a regra e a fiscalização é a exceção. O texto deve enunciar o princípio, designar a autoridade que a exerce em nome do Estado, fixar-lhe a extensão (legalidade ou oportunidade) e os processos. Fora e além das prescrições legais, a tutela não se exercita e a liberdade readquire seu império. Daí, a fórmula clássica: não há tutela sem texto, nem além do texto⁽³⁴⁾.

(34) RIVERO, *Droit Administratif*, 12^o ed., 1987, p. 328 (§ 325).

O instituto da tutela administrativa possibilita o emprego de recursos por todo administrado que se julgue atingido em seu *interesse* ou *direito*, por parte do administrador do ente tutelado.

Não se trata, agora, de recurso interior ou interno, que percorra um a um os degraus da pirâmide hierárquica da entidade tutelada, mas, ao contrário, é providência que extravasa a escalonagem interna para projetar-se na esfera da entidade tutora, pedindo-lhe a revogação ou a anulação do ato editado.

O *recurso administrativo impróprio* ou *recurso hierárquico impróprio* nem é *hierárquico*, nem é *impróprio*. Não é *hierárquico*, porque *hierarquia* é instituto totalmente diverso da *tutela*. Não é *impróprio*, porque é *recurso*, propriamente dito. Logo, *recurso tutelar* ou *recurso de tutela*.

Não há vinculação de subordinação entre as duas autoridades: a tutelar e a tutelada. Em outras palavras, não há vinculação hierárquica, mas vinculação tutelar. Os poderes de fiscalização não se presumem: são fundamentados em texto expresso e inequívoco de lei.

O recurso que se fundamenta no instituto é o que se endereça à autoridade não hierarquicamente superior àquela de que emanou o ato impugnado. Providência de natureza excepcional, visto que lhe falta o fundamento indispensável da hierarquia.

Nas autarquias brasileiras, federais, estaduais ou municipais, todo administrado, ferido em interesse ou direito, recorre, primeiro, ao superior hierárquico, na ordem interna. Esgotada a via hierárquica, ocorre a possibilidade externa, ou seja, o recurso a autoridade que se encontra fora da autarquia, mas controlando os atos dos administradores autárquicos.

Procura-se, então, qual a entidade matriz da autarquia, estabelece-se o vínculo da autarquia a outra entidade a que se encontra ligada, recorre-se, enfim, do ato do administrador da autarquia para que este, reexaminado, seja confirmado, revisto ou anulado.

O *recurso hierárquico próprio* encontra, pois, fundamento no *instituto tutelar* para que não ocorra o arbítrio das autoridades das entidades maiores, juízes últimos, na esfera administrativa, da legitimidade, da oportunidade e da conveniência dos atos editados pelas autoridades das entidades menores.

Sob a forma de princípio setorial do direito administrativo, o princípio da tutela assim se expressa: "A Administração Central, baseada em texto expresso de lei, tutelar os atos dos agentes da pessoa pública menor, a ela vinculada, no tocante à legalidade e ao mérito."

8. *Autotutela administrativa*

A *prerrogativa pública autotutelar*, concretizada na *figura juris* denominada *autotutela*, vai refletir-se em todo o setor da *polícia dos bens públicos*.

Autotutela é a prerrogativa pública que permite à Administração agir de modo direto, por si mesma, sem necessidade de recorrer à via judicial, a fim de efetuar a defesa do bem público, ameaçado ou violado em sua integridade. Ou de desfazer os próprios atos.

Pelo instituto da *autotutela*, a Administração, dispensando a existência de texto de lei especial autorizativo, ou de título hábil emitido pelo magistrado, age de modo imediato, valendo-se dos meios habituais, utilizados para a defesa da propriedade privada, agora voltados para a proteção da coisa pública e para o desfazimento do ato editado.

Tal faculdade, concedida à Administração, constitui *prerrogativa pública*, privilégio especialíssimo, verdadeira exceção no mundo do direito.

Para a ocorrência da *autotutela*, é preciso, antes de tudo, que seja incontestável a natureza pública do bem tutelado, repelidos, pois, quaisquer outros direitos de quem provoque o nascimento da atividade administrativa tutelar; em segundo lugar, é preciso que os bens tutelados sejam dominiais e nunca do domínio privado do Estado, caso em que se configuraria o *desvio de poder* ⁽³⁵⁾.

Mediante a *autotutela*, protege-se não só a *res*, em sua constituição física, impedindo-se-lhe a degradação, como também se preserva o patrimônio do Estado contra o exercício de atos negativos de terceiros que pretendam danificá-lo. Por fim, a *autotutela* confere à Administração a faculdade de reaver com os próprios meios a *coisa pública*, retirando-a de quem a detenha ilegalmente. O instituto da *autotutela* abrange as coisas imóveis e móveis, ambas integrantes do domínio público ⁽³⁶⁾.

Objetos preciosos dos museus, bem como livros e manuscritos das bibliotecas públicas, devem ser autotutelados pela Administração e, quando passam às mãos de terceiros, de modo ilícito, ausente a vontade do Estado, exigem imediata recuperação.

“A peculiaridade do regime consiste no fato de que, enquanto os sujeitos privados tutelam a propriedade privada apenas por meio da ação judiciária, o Estado, ao contrário, tutela a propriedade dominial de maneira direta, mediante a atividade administrativa, pela polícia, ou melhor, pela polícia dos bens dominiais” ⁽³⁷⁾.

A Administração não necessita de recorrer às *ações possessórias*, porque pode recuperar a posse perdida no próprio ano da perda, por si mesma,

(35) MARIENHOFF, *Tratado del Dominio Público*, 1960, p. 275, e ALDO BOZZI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 2ª ed., 1966, p. 366.

(36) Cf., nosso *Dos Bens Públicos no Direito Brasileiro*, 1969, p. 65-66; e *Tratado do Dominio Público*, Rio, Forense, 1985.

(37) ALESSI, *Sistema Istituzionale*, 1953, p. 405, e TESAURO, *Istituzioni*, 1951, v. II, p. 448, Cf. BONNARD, *Précis* 1935, p. 440.

administrativamente ⁽³⁸⁾. Já que a propriedade domínial é defendida diretamente por meio de medidas de polícia e, imediatamente, por atos declaratórios da domínialidade ⁽³⁹⁾.

A Administração conserva a integridade diante dos particulares com os recursos do Poder Público. O conjunto desses meios cabe na idéia geral da *polícia* que, nesta aplicação particular, recebe o nome de *polícia da coisa pública*. É missão da polícia combater as perturbações que os particulares possam causar. Se a perturbação adquire o aspecto de ataque, estorvo, dano ou obstáculo material, que emana da existência individual, a *polícia* responde com a *coação direta*, fazendo desaparecer a perturbação pelo uso da *força*. É nisso que consiste a *defesa administrativa* ⁽⁴⁰⁾.

Esse emprego da força é considerado caso de coação policial direta, com a particularidade de que prescinde de fundamento legislativo específico que o autorize. Considera-se natural e encontra razão de ser na própria idéia de polícia; enfim, para dar maior força à proteção referida, a lei acrescenta sanções penais que castigam as infrações às diferentes ordens ou reprimem diretamente os fatos prejudiciais às coisas públicas ⁽⁴¹⁾.

Na realidade, a *polícia* não trata, a rigor, da conservação das coisas, mas concretiza-se em regras a serem observadas pelas pessoas, a fim de prevenir-se a danificação dos bens públicos ⁽⁴²⁾.

Fica desse modo bem caracterizado o instituto da *autotutela* ou *tutela administrativa dos bens públicos*, cujo fundamento é o princípio setorial das *prerrogativas públicas*. Sem tal alicerce, a *autotutela* não subsistiria, visto erigir-se em exceção no cenário da polícia da propriedade, ou seja, em iniciativa da Administração, desprotegida do respectivo título expedido pelo Judiciário.

Sob a forma de corolário do *princípio das prerrogativas públicas*, a *prerrogativa autotutelar* assim se expressa: "A Administração impedirá a destruição e reaverá, com os próprios meios de que dispõe, os bens do domínio público que tenham passado, ilegalmente, para as mãos dos particulares, bem como velará pelos atos editados."

9. Especialidade

A atividade da pessoa jurídica pública institucional — *autarquia* ou *estabelecimento público* — é limitada pela afetação especial de seu patri-

(38) SABINO ALVAREZ-GENDIO, *Tratado General de Derecho Administrativo*, 1958, v. I, p. 46, e ALDO BOZZI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 2ª ed., 1966, p. 366.

(39) SANTI ROMANO, *Corso di Diritto Amministrativo*, 1937, p. 191.

(40) OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, trad. v. III, pp. 150 e 144.

(41) OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, trad. v. III, pp. 150-151.

(42) MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 7ª ed., 1965, p. 679.

mônio a um ou a vários fins determinados. Em outros termos, a pessoa jurídica pública não territorial é proibida de alterar a afetação de seu patrimônio e empregá-lo para atingir fins estranhos aos perseguidos pela entidade ⁽⁴³⁾.

Nos países que empregam o vocábulo *autarquia* para designar os serviços públicos descentralizados (Itália e Brasil por exemplo), e nos países que empregam a expressão *estabelecimento público* para definir os mesmos serviços públicos descentralizados, ou seja, em ambos os casos, pessoas públicas não territoriais ou pessoas públicas institucionais, o *princípio da especialidade* é a proposição básica que informa a criação daquelas entidades.

A *causa finalis* da criação das autarquias e dos estabelecimentos públicos é a especialidade de funções.

O Estado moderno, asfixiado pela quantidade de serviços públicos, recorre à *descentralização por colaboração* e cria outras pessoas menores — que exercem atividades ao lado do Estado. Daí, a *paraestatização*, processo de desasfixia do Estado sobrecarregado.

Outorgando a pessoas jurídicas, públicas ou privadas, a execução de serviços públicos, o Estado especifica o tipo de tarefas a serem desempenhadas.

Sob a forma de sentença mandamental, o *princípio da especialidade* é resumido na seguinte proposição categórica: “As pessoas jurídicas públicas administrativas deverão empregar o patrimônio, os meios técnicos e o pessoal de que dispõem para a consecução do fim específico, em virtude do qual foram criadas.”

10. Continuidade

Determinadas atividades são elevadas à categoria de *serviço público*, porque apresentam traços específicos imperiosos para a vida nacional ou para a vida local. É preciso que o serviço funcione a todo custo ⁽⁴⁴⁾.

A *continuidade* é um dos caracteres essenciais do serviço público ⁽⁴⁵⁾, mas deve ser entendida em seus justos termos, de maneira razoável. Não significa que todos os serviços públicos devam funcionar de maneira per-

(43) LOUIS ROLLAND, *Précis*, 9ª ed., 1947, pp. 244-245 “Toda pessoa pública tem um fim, um fim social, um objeto, um interesse público ou interesses públicos para satisfazer, que lhe é ou que lhe são próprios, distintos dos interesses privados e dos interesses perseguidos por outras pessoas públicas” (JACQUES DEMBOUR, *Droit Administratif*, 1970, p. 64).

(44) VEDEL, *Droit Administratif*, 4ª ed., 1968, pp. 686-687.

(45) DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, 3ª ed., 1927-1930, v. II, p. 61.

manente, porque muitos deles são, por natureza, intermitentes, como, por exemplo, o serviço público eleitoral, o serviço das comissões de bolsas de estudo, mas significa que o serviço deve funcionar regularmente, isto é, de acordo com sua natureza e conforme o que prescrevem os estatutos que os organizam (46).

A *continuidade* relaciona-se de maneira direta com a *necessidade coletiva* e, pois, não pode ser considerada em abstrato (47): a continuidade ou não continuidade depende da natureza da necessidade pública. Há serviços que são contínuos e regulares, como, por exemplo, o de fornecimento de energia elétrica, de gás, água. O serviço público de polícia também é contínuo.

Discute-se, em doutrina, se a *continuidade* é traço do serviço público diverso da *regularidade*, ou se ambos os atributos se assemelham, identificando-se.

De acordo com a concepção nominal etimológica, *regularidade* é a *qualidade do que é regular*, conforme a regra, ajustado, ou, no caso, que o serviço público se executa, conforme as disposições gerais e especiais que o regulam (48). “Para a satisfação regular e contínua de uma categoria de necessidades de interesse geral”, escreve Gaston Jèze, “é preciso que os agentes apliquem os procedimentos de direito público” (49), porque a finalidade do serviço público é precisamente a da consecução regular e contínua das necessidades coletivas.

Se o *serviço público* funcionasse irregularmente, não se amoldando a regime técnico-jurídico preestabelecido, as necessidades públicas não se cumpririam.

Serviço regular, pois, não é o mesmo que *serviço contínuo*. “Contínuo” é o serviço que não se interrompe, “regular” é o ajustamento a técnicas de referência, tomadas como ponto de aferição, a normas e medidas de ordem interna, a estatutos que prescrevem diretrizes que não podem ser contrariadas.

A *continuidade* e *regularidade* dos serviços públicos ficam a cargo da Administração direta ou do concessionário. Se o serviço público está afeto

(46) BUTTGENBACH, *Théorie Générale des Modes de Gestion des Services Publics en Belgique*, 1962, p. 77.

(47) VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, v. III (1ª parte), 1951, p. 56.

(48) BIELSA, *Principios de Derecho Administrativo*, 2ª ed., 1949, p. 44, nº 16.

(49) GASTON JEZE, *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, 3ª ed., 1925-1926, v. II, p. 2.

aos agentes públicos do Estado — Administração direta —, é ilegal a interrupção da gestão do serviço, salvo se intervier a *força maior* ⁽⁵⁰⁾. A *interrupção do serviço público* pode erigir-se em *culpa* que envolva a *responsabilidade administrativa*. Por isso, é vedado ao diretor do Departamento dos Correios e Telégrafos decidir que em tal dia da semana não se distribuirão cartas e telegramas.

Quando o serviço público é concedido, a gestão, a cargo do concessionário, também deverá ser ininterrupta, assegurando-se a todo custo a continuidade e a regularidade dos serviços, mesmo com prejuízos da pessoa jurídica privada, incumbida de geri-los. É verdade, como veremos, que a *teoria da imprevisão* protege o concessionário, cobrindo-o de parte dos prejuízos sofridos.

Todos os autores estão de acordo com a existência desta nota específica dos serviços públicos. A doutrina e a jurisprudência em geral e, particularmente, a colocação dos publicistas franceses e do Conselho de Estado consideram o atributo *continuidade* como de importância capital ⁽⁵¹⁾.

A *necessidade coletiva* é fator determinante da *continuidade do serviço público*, isto é, o ponto referencial para saber se o funcionamento é ou não intermitente.

O que o poder público deve garantir, na realidade, é a não interrupção do serviço, ou, o que dá na mesma, sua suspensão, seja o serviço *contínuo* (serviço de polícia ou de fornecimento de energia elétrica), seja *intermitente* (serviço de combate ao fogo, serviço eleitoral).

(50) GEORGES VEDEL, *Droit Administratif*, 4ª ed., 1968, pp. 686-687.

(51) VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, v. III (1ª parte), 1951, p. 61. A regra da *exceptio non adimpleti contractus*, de recepção não discutida no campo do direito civil, é repelida no campo do direito administrativo, em razão do *princípio da continuidade* do serviço público. Se o serviço público, razão de ser do direito administrativo, é interrompido, toda a coletividade sofre os efeitos dessa descontinuidade, surgindo, em consequência, várias perturbações que repercutem, inclusive, sobre a segurança do Estado. Urge, pois, assegurar aos serviços públicos o mais perfeito funcionamento sem a mais leve solução de continuidade. Tais desideratos precisam ser levados em conta, quando se analisa o *contrato administrativo* sob qualquer dos seus aspectos, evidenciando tal análise o regime jurídico singular a que o acordo da Administração com o particular se acha submetido. Quando a Administração celebra contratos administrativos, pode acontecer que, por qualquer motivo, se torne inadimplente. Nesse caso, o particular contratante tem o direito de opor-lhe a *exceptio non adimpleti contractus*, deixando de executar a obrigação assumida, diante de tal inadimplência administrativa e, nesse caso, dando margem à interrupção do serviço público? Caberia, no caso, a aplicação do que preceitua o direito comum? Encontraria receptividade, no campo do direito administrativo, aquela regra clássica e tradicional no âmbito do direito privado? A resposta é uma só: o direito administrativo repele a regra da *exceção do contrato não cumprido*, em virtude do *princípio da continuidade do serviço público* (Cf. *Revista de Direito Administrativo*, 49:221 a 223). Ver ainda nosso artigo A "*exceptio non adimpleti contractus*", nos *contratos administrativos*, em RDA, 82:33-38.

Em suma, o funcionamento e a prestação dos serviços públicos não podem ser suspensos e, sob tal aspecto, as decisões da autoridade administrativa têm força executória⁽⁵²⁾.

Há serviços que, pela própria natureza de que se revestem, jamais podem ser interrompidos. Devem ser contínuos, ininterruptos. Constituem a própria razão de ser do Estado. Interrompidos, impedem que o Estado atinja os fins que tem em mira.

As denominadas *atividades jurídicas* do Estado sob pena da própria falência da entidade estatal estão sujeitas ao *princípio da continuidade*.

A tutela do direito, a aplicação da lei ao caso concreto, a defesa do Estado interna e internamente, a saber, respectivamente, os serviços legislativos, judiciários e de polícia, são contínuos, ininterruptos.

Daí, o cuidado que a Administração demonstra na marcha desses serviços, criando os institutos da *suplência*, da *delegação* e da *substituição*, para que os órgãos encarregados de geri-los funcionem de maneira contínua. Por outro lado, é patente o rigor com que o Poder público pune os agentes públicos que concorrem para a interrupção dos serviços do Estado.

Sob a forma de proposição mandamental, o *princípio setorial da continuidade* assim se expressa: "O serviço público não pode ser interrompido, por iniciativa do agente público, a não ser em casos especialíssimos, prescritos em lei."

11. *Igualdade*

Embora, por um lado, todos os indivíduos se encontrem desnivelados, quando comparados com a Administração, cercada de uma série de privilégios e prerrogativas, que a favorecem de maneira especial nas relações jurídico-administrativas, por outro lado o cidadão se acha em absoluto pé de igualdade diante de outros cidadãos, quando exige alguma prestação do Estado.

Preenchendo a série de requisitos prescritos, o cidadão investe-se no direito subjetivo público de exigir, tanto quanto qualquer outro cidadão, o que as *leis* e os *regulamentos* oferecem ao público administrado, seguindo o que preceitua o *princípio* ou *regra da igualdade*, de geral aplicação no âmbito dos serviços públicos.

Trata-se da aplicação, no setor do serviço público, dos princípios gerais estabelecidos, na França, pela Declaração dos direitos do homem e do cidadão, promulgada pela Assembléia Nacional, em 5 de setembro de 1791.

(52) VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, v. III (1ª parte), 1951, p. 63.

Até a Revolução Francesa, pertencer à classe dos nobres era requisito fundamental para o desempenho de cargos públicos ou para o recebimento de benefícios outorgados pelo Estado. Em nossa época, o requisito da *nobreza* só perdura nos países monárquicos, quase que exclusivamente para a sucessão ao trono. Ter pertencido à família que reinou durante o regime monárquico costuma ser causa de exclusão para o exercício de funções públicas sob outro sistema de governo, como o republicano-democrático. Do mesmo modo, a posse de bens era requisito que teve importância, no passado, exigindo-se certa riqueza não só para ocupar cargos públicos, como também para exercer o direito de sufrágio⁽⁵³⁾.

O direito público de nossa época excluiu o requisito de professar determinada religião para aspirar a cargos públicos. Países que têm religião oficial puderam exigir tal requisito. É inquestionável que os Estados que tenham religião oficial possam exigir para as funções eclesiásticas funcionários dessa religião.

Professar determinada religião passou a ser causa da exclusão, em certos casos de aspirantes a cargos do ensino primário e secundário, quando a organização era leiga, pois se acredita que os deveres da religião, que se professa, impedem o desempenho, com toda isenção, das funções do cargo⁽⁵⁴⁾.

“Todos os indivíduos que reúnem determinadas condições, estabelecidas de maneira geral e impessoal pela lei orgânica do serviço (lei, regulamento, instruções gerais), têm o poder jurídico de exigir a prestação que é o objeto do serviço público. Trata-se do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos serviços públicos”⁽⁵⁵⁾.

O princípio da igualdade é a aplicação, no plano do serviço público, dos princípios estabelecidos pela *Declaração dos direitos do homem* para todos os cidadãos, como pretendendo participar das atividades exercidas pelo Estado, como também regulando a situação do usuário beneficiário do serviço público.

A primeira hipótese ocorre, principalmente, quando o administrado pretende, por meio do concurso, ingressar nos quadros de agentes do Estado; a segunda hipótese verifica-se quando o administrado pretende, por meio da licitação pública, ser escolhido como o que fornecerá o melhor serviço ao Estado.

(53) RUIZ y GÓMEZ, *Principios Generales de Derecho Administrativo*, 1935, pp. 122-123.

(54) GASTON JÈZE, *Principios Generales de Derecho Administrativo*, 1949, v. III, p. 24.

(55) CHARLES DEBBASCH, *Droit Administratif*, 1968, p. 166, e DUEZ e DEBEYRE, *Traité de Droit Administratif*, 1952, p. 559.

Em várias situações, ainda, prevalece o *princípio da igualdade* diante da Administração, como, por exemplo, nas hipóteses em que o administrado pretende a outorga de alguma vantagem atribuída pelo Estado a quem preencher os requisitos prescritos em lei ou regulamento (candidato que pretenda matrícula em escola, enfermo que pretenda entrada em hospital, indivíduo ou empresa que pretenda a utilização privativa de bem público, flagelados que pretendem estabelecer-se em terras do patrimônio público).

O *princípio setorial da igualdade* do administrado diante dos serviços públicos sob a forma de proposição mandamental pode ser assim expresso: "Os administrados que preenchem os requisitos prescritos nas leis e regulamentos têm o direito subjetivo público de exigir o mesmo tratamento por parte do Estado" (56).

12. *Presunção da verdade*

Os atos, informações, pareceres, certificados, vistos, atestados e relatórios da Administração trazem em si a *presunção da verdade*.

"O ato administrativo foi durante muito tempo considerado como autêntico, ou seja, como merecedor de fé, enquanto não for argüido de falso, no que diz respeito à data e ao conteúdo" (57).

Supõe-se, até prova em contrário, que o *atestado* fornecido por departamentos da Administração é autêntico, na forma e no conteúdo.

Ao mesmo tempo, quer os meros atos da Administração, operações materiais, quer os atos administrativos, propriamente ditos, gerais ou especiais, trazem, em si, também a *presunção da legitimidade* ou da *legalidade*.

"O particular, devendo fazer cumprir, coativamente, o ato jurídico, deve demonstrar-lhe a legitimidade. Para isso precisa de ato preventivo do juiz, que ateste e declare a legitimidade da pretensão. O ato administrativo,

(56) DUEZ e DEBEYRE, *Traité de Droit Administratif*, 1952, p. 559, LAUBADERE, com grande precisão, escreve: "Citar-se-ão os diferentes aspectos do princípio da igualdade dos cidadãos: igualdade diante da lei, igualdade diante do imposto, igualdade diante dos serviços públicos, igualdade diante das tarifas, igualdade diante dos encargos públicos, igualdade para o acesso às funções públicas, igualdade no uso do domínio público" (LAUBADERE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 3ª ed., 1963, v. I, pp. 199-200). JACQUES DEMBOUR escreve: "Não pode haver privilégio no que diz respeito aos encargos e vantagens que resultam do funcionamento de um serviço público: igualdade diante dos empregos públicos; igualdade diante dos juizes; igualdade diante dos impostos. Não há ruptura de igualdade senão quando a Administração aplica regime diferente a pessoas que se acham na mesma situação objetiva e impessoal" (*Droit Administratif*, 1970, p. 88).

(57) WALINE, *Droit Administratif*, 9ª ed., p. 548.

ao contrário, presume-se legítimo e, pois, tal ação declarativa é dispensada. Tratando-se de presunção relativa, admite-se prova em contrário, mas a formação de tal prova não pode retardar a execução do ato e influi apenas sobre os efeitos de tal execução e sobre a obrigação da Administração de indenizar o dano e de reparar, se possível, a ilegitimidade" (58).

"Diz-se comumente", acentua ALESSIO, "que os atos administrativos são assistidos por uma presunção de legitimidade, isto é, de validade" (59).

"Os atos administrativos, emanados de qualquer dos órgãos do Estado, são assistidos por uma presunção de legitimidade. Por isso se costuma dizer que os atos administrativos determinam situação aparente de direito em favor de terceiros de boa fé que tenham fundado sobre tal presunção os seus direitos" (60).

Costuma-se, mesmo, em direito administrativo, falar em *autoridade da coisa decidida* (61), que fundamenta as *ações administrativas* contra o particular, porque os atos administrativos se presumem conforme o direito, visto traduzirem a vontade do Estado, imantado para o interesse público.

A idoneidade jurídica do ato administrativo de ser exigível deflui da *presunção da verdade*, que apresenta, salvo prova em contrário, com referência a terceiros, órgãos da Administração ou particular, sem necessidade do Juízo probatório preventivo da sua validade (62).

O ato administrativo presume-se legítimo — presunção de legitimidade —, ou seja, conforme o direito, até que não intervenha outro ato administrativo que o declare ilegítimo (63), ou até que qualquer administrado, funcionário ou não, consiga, pelos meios competentes, demonstrar-lhe a ilegitimidade.

Como conseqüência da aplicação do princípio da presunção da verdade ou da veracidade, todos os atos da *Administração*, jurídicos ou não jurídicos, isto é, *atos administrativos* ou *atos administrativos*, fazem fé pública, até prova em contrário. A Administração não mente, não informa errada-

(58) ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, 6ª ed., 1950, v. I, p. 286.

(59) ALESSIO, *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, 4ª ed., 1949, v. II, p. 216.

(60) RANELLETTI, *Teoria degli Atti Amministrativi Speciali*, 7ª ed., 1945, p. 127.

(61) GEORGES VEDEL, *Droit Administratif*, 7ª ed., 1968, p. 181.

(62) O. A. BANDEIRA DE MELO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 1969, p. 542.

(63) LANDI e POTENZA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 2ª ed., 1968, p. 252, e ALDO BOZZI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 2ª ed., 1966, p. 320.

mento, não induz ao erro. A *boa fé* caracteriza os atestados, vistos e certificados fornecidos pelos agentes do Poder Público.

Como conseqüência da aplicação do *princípio da legitimidade*, todos os atos administrativos são conforme o direito. A Administração, ao editar o ato administrativo, não comete erros técnicos, observando com rigor todos os preceitos que lhe regulam a entrada no mundo jurídico.

Veracidade não se identifica com *legitimidade*. O ato pode ser *verdadeiro e ilegítimo*, isto é, com dados materiais corretos e em desacordo com o texto legal. Ao contrário, pode ocorrer a edição de ato formalmente legítimo, mas com dados materiais que não correspondam à realidade (erro de data, de peso, de medida).

A quem cabe apontar a *ilegitimidade* ou *ilegalidade* do ato administrativo?

À própria Administração ou ao administrado. “Como, porém, o administrado se acha, por força das circunstâncias, na posição de autor, pois foi quem pediu ao juiz o reconhecimento da ilegalidade cometida pela Administração, o adágio clássico do processo — *actori incumbit probatio* — tem inteira aplicação, na espécie. Deve o autor fazer prova da decisão administrativa que é ilegal. Por esse fato, precisamente, é que o autor se situa em certa posição de inferioridade” (64).

Com efeito, toda a doutrina está de acordo em que “o deslocamento do ônus da prova, relativamente à legitimidade ou ilegitimidade do ato administrativo, no sentido de que não é a Administração que é obrigada a demonstrar a legitimidade antes de proceder à execução do ato, mas ao destinatário do ato é que incumbe o encargo de alegar e de provar a ilegitimidade, dando início a expresso juízo de impugnação. Nisto consiste a denominada *presunção de legitimidade* do ato administrativo, *presunção iuris tantum*, geralmente, ou seja, que pode ser destruída por prova em contrário” (65).

Sob a forma de proposição, o *princípio da presunção da verdade* e da *legitimidade* do ato administrativo pode ser expresso do seguinte modo: “Os atos administrativos trazem em si a *presunção da veracidade e da legitimidade*, sendo, pois, verdadeiros e legítimos até prova em contrário, cabendo o *onus probandi* a quem contestar-lhe tais atributos.”

13. *Indisponibilidade*

O interesse particular é *disponível*, sendo informado pela *vontade humana*, ao passo que o interesse público é *indisponível*, porque informado pela *idéia de fim*.

(64) WALINE, *Droit Administratif*, 9ª ed., 1963, p. 18.

(65) RENATO ALESSI, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo*, 1963, p. 181.

No direito privado, prevalece a *vontade*, no direito administrativo a *finalidade* (66).

“A atividade administrativa obedece, cogentemente, a uma finalidade, à qual o agente é obrigado a adscrever-se, quaisquer que sejam as suas inclinações pessoais; e essa finalidade domina e governa a *atividade administrativa*, imediatamente, a ponto de assinalar-se, em vulgar, a boa administração pela impessoalidade, ou seja, pela ausência de subjetividade” (67).

A relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente dá-se o nome de *relação de administração*. Esta domina e paralisa a de direito subjetivo (68).

Os direitos subjetivos privados nada mais são do que a tradução do poder de vontade tutelado pela ordem jurídica.

Do dono do imóvel depende, exclusivamente, no direito privado, vendê-lo ou não, decidindo-se a operação da compra e venda pela vontade das partes.

A *disponibilidade* impera no campo do direito privado, visto que está subordinada à *voluntas do dominus*. É a *disponibilidade do interesse particular*.

A *indisponibilidade* predomina no campo do direito público, porque está vinculada à idéia de *fim*. É a *indisponibilidade do interesse público*.

Tratando do *instituto da renúncia*, ou *indisponibilidade*, ressalta ZANOBINI, que, “de regra, a Administração não pode renunciar aos direitos, mas, em casos particulares, isso é admissível expressamente pela lei, como em matéria de tributos, de sanções pecuniárias e somas devidas a título de ressarcimento. Quando isso ocorre, o ato administrativo, diversamente denominado (exoneração, dispensa, renúncia), tem o efeito de desobrigar o particular devedor de uma obrigação e faz parte, assim, da categoria dos atos em exame” (69).

(66) CIRNE LIMA, *Sistema de Direito Administrativo Brasileiro*, 1953, v. I, p. 26. Tratando do instituto da *renúncia*, ressalta ZANOBINI que “a Administração não pode renunciar, regra geral, aos seus direitos, mas, em casos particulares, isso é admissível expressamente pela lei, como em matéria de tributos, de sanções pecuniárias e somas devidas a título de ressarcimento” (*Corso di Diritto Amministrativo*, 6ª ed., 1950, v. I, p. 213).

(67) CIRNE LIMA, *Sistema de Direito Administrativo Brasileiro*, 1953, v. I, p. 26, e *Princípios de Direito Administrativo*, 4ª ed., 1964, pp. 51 e 52.

(68) CIRNE LIMA, *Princípios de Direito Administrativo*, 4ª ed., 1964, p. 53.

(69) *Corso di Diritto Amministrativo*, 6ª ed., 1950, v. I, p. 213.

Disponibilidade é a faculdade que assiste ao *dominus* de alienar os bens que lhe pertencem, assim que a vontade o aconselhar a tanto. *Indisponibilidade* é a impossibilidade de alienação, característica do administrador.

O proprietário dispõe, o administrador administra.

No campo do direito público, domina a idéia de *indisponibilidade*. O administrador não tem a *proprietas* do bem público, não tem o direito de jogar com o interesse público de tal maneira que dele disponha a seu talante. O interesse público não fica à mercê do agente público. Tem regras que o restringem. É intangível e indisponível. O administrador não é dono. É guarda ou fiscal da coisa pública. Sua vontade não conta. As atividades que pratica são orientadas para um *fin*.

O interesse público é confiado ao Estado, não a seus órgãos e, muito menos, aos agentes. As pessoas administrativas são instrumento do Poder Público.

O titular único do interesse público é o Estado, como síntese dos poderes soberanos. É o Estado ou, no Brasil, o Estado-União, o Estado-Membro, o Estado-Município. Cada *pessoa jurídica pública política*, na esfera da respectiva competência, detém, como algo que lhe é próprio e inerente, o interesse público.

O Estado, sim, tem a disposição do interesse público, mediante o pronunciamento legislativo. A Administração, através de seus órgãos, pessoal, ou mesmo pessoas administrativas instrumentais, como as autarquias, jamais tem, em si e por si, a titularidade e a administração do interesse público.

Sob a forma de proposição mandamental, o *princípio da indisponibilidade* do interesse público assim se expressa: "O interesse público, de que é titular o Estado, somente pode ser disposto pelo Estado; pessoas outras que o Estado, bem como os órgãos da Administração, em hipótese alguma, poderão dispor dos interesses públicos, dos quais têm apenas a guarda."

O princípio setorial da *indisponibilidade do interesse público* tem inúmeras aplicações no campo do direito administrativo, fundamentando-lhe os principais institutos. Assim, no tocante ao provimento dos cargos públicos, no setor disciplinar, no âmbito da dominialidade pública, nos contratos do Estado, para dar apenas alguns exemplos, está presente o *princípio da indisponibilidade pública*.

O *serviço público* está afeto ao Estado, por excelência, mas, por exceção, pode ser *disponível*, outorgando-se ao particular.

O *princípio da indisponibilidade* rege, entretanto, toda a outorga do serviço público, graduando-se em escala que vai desde o grau de indisponibilidade máxima ou total, passando pelo grau da indisponibilidade média, até atingir o grau da mínima indisponibilidade. A regra, porém, é a *indisponibilidade*.

nibilidade porque, ao outorgar o serviço público, o Estado agirá sempre *intuitus personae*.

Há serviços públicos que o Estado executa por si próprio, de modo direto, porque são privativos e indelegáveis, como por exemplo, os atinentes à atividade jurídica, que repele a concorrência da atividade do particular.

A declaração do direito, a manutenção da ordem interna, a defesa do Estado contra o inimigo externo e a distribuição da Justiça são serviços públicos que a nenhum particular podem ser outorgados.

No campo da ação social do Estado, também é indispensável a ação do Poder público sempre que, para isso, seja necessária a coação física sobre os administrados recalcitrantes como, por exemplo, no campo da saúde pública.

Houve autores, entretanto, como LÉON DUGUIT e GASTON JÈZE, que defenderam a disponibilidade total dos serviços públicos, inclusive os de polícia e de justiça, o que motivou a seguinte colocação de PRESUTTI: "totalmente danoso seria recorrer à gestão, por concessão, nos serviços públicos em que eventualmente se tornasse necessário o uso da força contra as pessoas. É claro que se recorresse, realmente, a tal sistema, os cidadãos nada mais teriam feito do que dar, a si mesmos, um senhor" (70).

Logo, os serviços públicos policiais e judiciários são absolutamente indelegáveis, porque privativos do Estado, sob pena de falência real do próprio Poder público. O administrador não pode outorgá-los nunca.

Por outro lado, há serviços públicos que o Estado pode confiar a particulares, pessoas físicas ou jurídicas, que os executam em seus nomes, cobrando tributos dos usuários.

Mesmo nestes casos, porém, atua o *princípio da indisponibilidade do interesse público*, consubstanciado na série imensa de sujeições que cercam o poder público para a efetivação da outorga.

Em todos os sistemas jurídicos, Estado e particular são regidos pelas normas jurídicas específicas que impedem o protecionismo, o favoritismo, ficando todos os cidadãos nas mesmas condições, quando concorrem para obter a vantagem outorgada pela Administração.

Sob a forma de corolário do *princípio setorial da indisponibilidade do interesse público*, assim se expressa o subprincípio da *indisponibilidade do serviço público*: "A Administração não pode dispor dos serviços públicos afetos à sua atividade jurídica nem daqueles que, no campo da atividade social, impliquem o uso de força, para concretizar-se."

(70) MARIO MASAGAO, *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*, 1933, pp. 23-24 e notas.

14. Poder-dever

A relação jurídico-administrativa desenvolve-se sob a idéia imperativa de *finalidade*. O agente administrativo é tutor, curador, guarda, administrador da coisa pública, jamais *dominus*. A *indisponibilidade do interesse público* está presente em todos os momentos da vida administrativa, impondo ao agente público o poder-dever em relação ao interesse do Estado.

Poder-dever é toda faculdade imperativa atribuída ao agente público, em decorrência de sua participação na relação jurídico-administrativa.

Se o agente público tem ciência de qualquer irregularidade que possa perturbar o bom andamento do serviço público, cabe-lhe o *poder-dever* de levar o fato ao conhecimento de quem tenha competência para corrigir a anomalia. Se a competência de aplicar sanções lhe está afeta, tem o *poder-dever de aplicá-las*.

Contrariamente do que ocorre no campo do direito privado, em que o *proprietário* pode, conforme sua vontade, agir ou não agir, no campo do direito público, o *funcionário*, qualquer que seja o grau que ocupe, na escala, está condicionado, porque interesses superiores do Estado assim o exigem.

Poder-dever é a obrigação entre a *potestas*, situada na esfera discricionária da Administração, e a *obrigação*, localizada no campo ético-jurídico.

Se o administrado tem *direito* a que sua pretensão seja atendida, a autoridade tem o poder-dever de outorgar-lhe a vantagem solicitada, como ocorre com os *atos administrativos vinculados* ou predeterminados, que não dependem da vontade do editor do ato, porque são impelidos para o mundo jurídico, sempre que o interessado cumpre os requisitos prescritos em lei.

Se, porém, a pretensão envolve *interesses*, a autoridade tem o poder, mas não o dever jurídico, de editar o ato, como ocorre com os *atos administrativos discricionários*, que ficam na dependência da vontade do editor do ato que, segundo critérios que consultam a conveniência e oportunidade do Estado, pode pronunciar-se ou não, sem mesmo ter a obrigação de motivar o pronunciamento.

Só o administrador é juiz da oportunidade e da conveniência da medida a ser tomada. Nesse campo, o Poder Judiciário está proibido de intervir.

Indisponibilidade da prática do ato pela autoridade competente impõe-se toda vez que estejam em jogo direitos subjetivos públicos do administrado. Estando a possibilidade da edição do ato na esfera de competência do agente público (poder), cumpre indagar se ambos os elementos, poder e

dever, estão presentes, caso em que se configura a indisponibilidade da decisão. O administrador não tem alternativa. Editará, inevitavelmente, o ato.

O *poder-dever* é informado pelo *princípio da supremacia do interesse público*. O *interesse público* está acima da vontade pessoal do administrador, apresentando-se-lhe sob aspecto impositivo.

Sob a forma de sentença mandamental, o princípio informativo setorial do poder-dever do administrador assim se expressa: "Os órgãos das pessoas jurídicas públicas, em determinadas condições, têm o poder-dever de tomar providências, editando atos, sempre que estejam em jogo interesses públicos ou direitos subjetivos públicos dos administrados."

15. *Restritividade*

O cidadão tem, por assim dizer, ilimitada liberdade, consubstanciada no princípio constitucional de que "ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", ao passo que o funcionário público tem liberdade de agir muito mais restrita, podendo fazer apenas o que a norma jurídica permite de maneira expressa.

Sob a forma de proposição mandamental, o *princípio da restritividade* pode ser expresso do seguinte modo: "O agente público pode fazer apenas o que a norma jurídica o autoriza de modo expresso, ao passo que o cidadão comum pode fazer tudo aquilo que não seja proibido pela lei."

16. *Conclusões*

As considerações acima permitem inferir que os *princípios especiais do direito administrativo* existem, se bem que não tenham sido estudados de maneira global pelos autores; constituem bloco harmônico de proposições interligadas, o que permite apreciá-los em linha horizontal e em linha vertical, bem como a estruturação dos institutos e o traçado de seu regime jurídico dentro de sistemática típica do direito público.

No campo do direito administrativo das *pessoas*, das *coisas*, dos *atos*, dos *contratos*, somente a *principiologia* ou *canônica* apropriada é que permitirá o entendimento dos institutos, em cada um desses capítulos, sob ângulo distinto do instituto paralelo do direito privado e, se a política governamental-administrativa, em dado momento, impõe a opção por um instrumento do direito público, o regime jurídico adequado é o do direito administrativo.

Impossível o traçado do *regime jurídico de direito público*, desvinculado da fundamentação principiológica, porque os princípios constituem os

pilares sobre os quais se estruturam todos os institutos jurídicos. Ora, institutos do direito público têm configuração toda especial, que não se confunde com a paralela do direito privado.

Por fim, nova e moderna metodologia poderia ser proposta para a exposição didático-científica do direito administrativo pois, ao invés do processo linear ou mural, que alinha sucessivamente os institutos de nossa disciplina, sugerimos que a matéria receba outro tratamento, dispondo-se os institutos “especialmente”, gravitando em torno do respectivo “cânone” ou “proposição mandamental” e, para dar um só exemplo, a *suplência*, a *delegação*, a *substituição*, a *vedação da greve no serviço público*, seriam dispostos em volta do *princípio da continuidade*, que fundamenta a *ininterruptibilidade* dos serviços públicos.

BIBLIOGRAFIA

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1967, pp. 279 a 356.
- CRETELLA JÚNIOR, J. “Filosofia do direito administrativo”. *Tratado de Direito Administrativo (Princípios de Direito Administrativo)*, vol. X, Rio de Janeiro, Forense, 1972.
- “Princípios do direito administrativo”. Ponto constante da prova escrita no concurso à livre-docência na USP, 1965. Publicado na *Revista de Direito Administrativo* 93:1 e na *Revista Forense*, 229:6.
- *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 4ª edição, 1978, p. 30.
- *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 9ª edição, 1987, p. 13.
- *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 1983, vol. I, p. 8.
- “Princípios fundamentales del derecho administrativo” in *Estudios en homenaje al Profesor López Rodó*. Madrid, 1972, pp. 50 a 64.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Direito Administrativo Didático*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 45.
- MAFIODO, Salvador Villagra. *Princípios*. Assunção, 1981, p. 277.
- MARINHO, Armando de Oliveira e LARA FILHO, Zairo. *Programa de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1976, p. 24 (2ª edição, 1980, p. 24).
- REAL, Alberto Ramón. “Os princípios gerais do direito, no direito administrativo” in *Revista da Faculdade de Direito da USP*, n. 68 (1º fascículo), 1973, pp. 181 a 218.

A Constituição e a administração pública na Itália

UMBERTO ALEGRETTI

Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade de Florença

Antes de iniciar a conferência, quero esclarecer o motivo da escolha do tema. Para isso, há uma razão subjetiva, pois sou professor de Direito Constitucional e Administrativo; e sobre o presente assunto venho refletindo há muito tempo. Mas há, por igual, razões objetivas. Na Itália, possuímos uma grande tradição de estudos a respeito da administração; contudo, nem sempre este importante ramo, por paradoxal que possa ser, tem sido estudado em íntima relação com o direito constitucional. Nestes últimos anos adquirimos a consciência de que os problemas da administração pública não devem ser vistos como separados dos de toda a vida do Estado, e, é evidente, dos da organização democrática do próprio Estado. A Corte Constitucional tem sido chamada sempre mais a examinar a constitucionalidade das leis, especialmente das leis administrativas; e a reforma administrativa é matéria urgente. Em quarenta anos de democracia, depois do sombrio período fascista, a Itália não fez ainda uma verdadeira reforma deste setor. Realizou, é certo, algumas pequenas modificações, e até mesmo uma de grande dimensão, como a da criação das regiões. Porém, isto não basta; a urgência por uma atualização administrativa é enorme. E muitos juristas estão de acordo, senão todos, de que não se poderá fazê-la sem repensar os fundamentos constitucionais da administração pública.

Tenho a convicção de que há, em suma, uma razão teórica: o fato de que alguns de nós acreditamos ser a administração pública intrinsecamente parte da Constituição.

É óbvio que esta teoria espelha uma verdade, pois todas as intervenções do Estado, tudo o que este realiza, em determinado momento de suas atividades, passa obrigatoriamente pela tutela administrativa. Em consonância com essa assertiva, temos a afirmação de FORSTHOFF, segundo a qual é impossível pensar no Estado sem levar em conta suas realizações;

e estas, obviamente, implementam-se através da administração, que lhe dá subsídios para um bom desempenho.

Pode-se até mesmo afirmar que, atualmente, há um momento em que tudo se transforma em administração, pelo menos em certo sentido. Pode-se até mesmo desejar que assim não seja; pode-se lastimar o fato, e até manifestar desacordo com tal situação, mas a realidade se configura desse modo. Com toda a certeza, a autonomia privada tem a sua importância; apesar disso, é preciso enfatizar que muitos fatos passam pelo setor administrativo, e se a administração não estiver de acordo com as idéias que representam os valores do Estado democrático, parece-me que tudo ficará comprometido e ela não cumprirá, lamentavelmente, com a sua finalidade. A democracia não se realiza sem uma administração plena de valores democráticos. A este respeito podem existir idéias diversas ou a tônica pode incidir num ou noutro princípio, porquanto o direito não é uma ciência neutra relativamente à política. Na tradição democrática italiana, já com 40 anos, parece, entretanto, que um esforço deveria ser feito com a finalidade de democratizar a administração. Configurando-se como um setor puramente burocrático, bem próximo, ainda, ao Estado liberal, ao Estado dos oitocentos, não se pôde constituir uma administração adequada às necessidades de transformação da sociedade moderna. Na verdade, não sei em que medida essas idéias têm curso na América Latina; mas considero que se possa sustentar que na conquista de novos níveis de democracia é importante levar em alta conta a necessidade de se dever democratizar a administração pública.

Parece-me agora necessário refletir a respeito da confluência do direito administrativo e do direito constitucional. O meu discurso se restringirá, como é evidente, à realidade italiana. Tenho como importante aludir à posição que detém a administração na Constituição de nosso País, na Constituição Republicana de 1947, e também sobre quais as disposições de nossa Lei Maior que se relacionam com a administração. Para logo, veremos que existe uma seção intitulada "administração pública" ("pubblica amministrazione"). Esta seção contém dois artigos, os arts. 97 e 98. O art. 98 afirma tão-somente, no que interessa ao nosso estudo, que "I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione". O art. 97 contém, ao revés, a seguinte declaração de princípios: "A Lei organiza a administração pública para assegurar-lhe a imparcialidade e o bom andamento" (1).

Há aqui três princípios: o de imparcialidade, que se vincula, obviamente, ao critério de justiça — que significa dever a administração ser justa e respeitar o direito dos cidadãos e, ainda, possuir condições de bom funcionamento (princípio da eficiência). Observe-se, porém, que a administração italiana possui uma antiga tradição de ineficiência como sucede, aliás, com as administrações de outros países. Contudo, o índice de ineficiência é superior ao da alemã, francesa ou inglesa.

(1) Art. 97: "I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione."

O terceiro e último princípio é o da legalidade: é a lei que deve assegurar a imparcialidade e o bom andamento da administração. Essa função da lei é tradicional e provém do Estado liberal, pois, conforme tem sido sempre afirmado, a administração deve realizar-se sob a lei. Os nossos grandes escritores dos oitocentos, SILVIO SPAVENTA, por exemplo, sustentavam a legalidade da administração.

Em suma, a Constituição exara grandes princípios que se manifestam, porém, em algumas poucas expressões escritas com extremada concisão. Realmente, a Constituição deve ser concisa, todavia, na passagem anteriormente mencionada, houve demasiado laconismo para exarar princípios tão necessários à administração.

Como se vê nas alíneas dos arts. 97 e 98, temos algumas consequências daqueles princípios. Por exemplo, no art. 97, "A lei deve distribuir, com exatidão, as competências dos funcionários" (2). Ou ainda: "Os funcionários devem ingressar na função pública através de concurso, como necessidade impostergável para assegurar a imparcialidade no recrutamento dos agentes públicos" (3). Há, decerto, outras normas, mas estas, por não se relacionarem, diretamente, com o objeto de nossa análise, não necessitam ser mencionadas. É visível, contudo, uma espécie de salto: dos princípios supremos vai-se para algumas situações extremamente concretas. Observe-se, por exemplo, que há certas exigências no plano técnico, relativas ao recrutamento para certos cargos, que não se conformam com a regra do concurso público, no sentido tradicional.

A questão, porém, que se deve colocar é a de saber se apenas os dois artigos da Constituição (artigos 97 e 98) seriam suficientes? Ou em outra formulação: o conteúdo destes dois artigos seria adequado à totalidade do pensamento constitucional a respeito da administração?

Antes de avaliar estas questões, seria necessário completar ainda o discurso. Em outra parte da Constituição, na seção relativa ao Poder Judiciário, há outras normas que se relacionam diretamente com a administração, pois, como ninguém ignora, vigora entre nós o princípio do controle judiciário, elemento fundamental para a defesa dos direitos da pessoa contra a administração. Ainda mais: embora elas se encontrem em outra seção, são, contudo, complementares ao disposto nos artigos anteriormente mencionados.

O sentido destes dispositivos é o de que "sempre" — diz o art. 113 — "contra os atos da administração cabe recurso ao juiz" (4). Este princípio

(2) Art. 97, al. 1º: Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari.

(3) Art. 97, al. 2º: Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.

(4) Art. 113: "Contro gli atti della Pubblica Amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa."

é básico e importante, porquanto sob o sistema fascista, quando parecia oportuno ao governo, se suspendia a tutela jurisdicional. Num sistema democrático, não podem existir exceções à tutela jurisdicional, pois ela deve estar sempre presente.

Há, na Itália, dois tipos de juízes que devem exercer a tutela prevista na Constituição. Quando houver "interesse legítimo" em discussão, o juiz competente é o juiz administrativo. Se a disputa se relacionar a "direito subjetivo", competente será o juiz ordinário. Essa dualidade de competências é regulada pelo instituto da qualificação da situação jurídica subjetiva que estabelece a ordem de distribuição de competência entre um e outro magistrado.

A França possui um sistema semelhante, tendo inclusive influenciado o modelo italiano. Isto já não acontece nos Estados Unidos da América e nos países que seguiram o exemplo inglês, e que adotam somente o juízo ordinário.

Na Itália elaborou-se, em complementação, e isso a diferencia do modelo francês, a categoria do "interesse legítimo", que quase sempre aparece como um "direito subjetivo menor". Para as questões que envolvem um interesse, e não um direito subjetivo, a competência é do Conselho de Estado, ou seja, dos tribunais administrativos regionais⁽⁵⁾. Cuida-se de um juiz especial, diverso do juiz ordinário. Contudo a independência dos juízes dentro do Poder Executivo é garantida em grau menor do que a dos magistrados ordinários. Esse aspecto merece uma atenção mais acurada, e está claro nas disposições constitucionais, que, explicitamente, regulam a administração pública.

Retornemos, entretanto, à questão fundamental: as disposições dos arts. 97 e 98 da Constituição, anteriormente mencionados, são ou não suficientes para regular a administração pública num Estado democrático? O conteúdo destes dispositivos, vinculado aos valores que a própria Constituição expressa, não é inteiramente adequado, ainda que não seja contrário às demais disposições da Constituição.

São essas as questões que os juristas italianos, em princípio, não se propuseram. Na década de 1950, detiveram-se, no geral, em analisar a relação Administração e Constituição. Mas, por considerarem a Constituição a norma por excelência, tenderam a exaltá-la, colocando em segundo plano o conceito de administração. O paradigma para aquela década foi, ainda, o modo de pensar da Constituição de 1848 ("Statuto albertino") de base caracteristicamente liberal, um estilo de raciocínio que não se ocupava, em nenhum lugar, da administração pública. Esclareça-se que ela era conside-

(5) Ver, por último, BERNARDO SORDI, *Giustizia e Amministrazione nell'Italia Liberale, La Formazione della Nozione di Interesse Legittimo*, vol. 20.º, da *Biblioteca per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Giuffrè, Milano, 1985.

rada como um elemento inferior do Poder Executivo. O princípio era o de a administração pertencer ao Rei. Depois do Rei, na evolução parlamentar, passou ao governo, responsável em face do parlamento. Em suma, a administração permanecia totalmente dentro do governo, sem nenhuma independência. Carecia de uma personalidade própria, e, em consequência, não se lhe reconhecia nenhuma parcela de autonomia quanto aos seus problemas. Isso levou aos juristas formados, em princípio, dentro da ideologia do Estado liberal, e, depois, com vivência no Estado fascista, a dizerem nos anos 50 e 60 que, finalmente, a Constituição de 1947 se interessara pela administração. E que ela cuidara dessa relação de um modo eficiente e até mesmo exemplar. Um dos primeiros juristas a não compartilhar desse pensamento foi o Prof. Feliciano Benvenuti, Reitor da Universidade de Veneza, que começou a ensinar que a administração necessitava de um tratamento muito mais amplo, não sendo suficientes alguns poucos artigos da Constituição como os aludidos anteriormente. Havia urgência de muitas outras disposições, já que o art. 97, como foi visto, exara apenas o princípio de que: "A lei organiza a administração pública".

A Constituição, neste trecho, ocupa-se de um princípio organizativo; em outros artigos, do controle jurisdicional. Mas além e acima dessas questões, há o problema da atividade da administração pública. Assim não basta determinar o modo como ela o fará, e como funcionará, isto é, como atuarão os agentes administrativos e como será o seu procedimento. A respeito de todos esses aspectos importantes, a Constituição mantém-se em denso silêncio: não exarou nenhuma regra. Não consignou um só dispositivo sobre o modo de funcionamento e organização administrativa.

É sabido que os Estados Unidos realizaram duas grandes Emendas Constitucionais, a 5.^a e a 14.^a, instituindo o "due process of law", aplicável a todos os setores do Estado: "ninguém pode ser privado da vida, da liberdade, da propriedade, sem o devido processo legal". É sabido que o princípio do "due process of law" limita, indiferentemente, todos os poderes do Estado; não só obriga os juizes, no trato das regras do processo civil ou penal, como também no processo administrativo, segundo a tradição inglesa, e os princípios e métodos utilizados no Reino Unido.

Um outro país limítrofe com a Itália, a França, possui uma tradição em matéria de procedimento administrativo, diverso do procedimento judiciário, de controle da administração pública. É a própria administração que controla a si mesma.

A esse respeito procura-se, em vão, uma regra em nossa Lei Magna. O art. 24 assegura o direito de defesa dos cidadãos ⁽⁶⁾; entretanto, o processo tem um sentido estritamente civil e penal. A Suprema Corte italiana recusou-se a aplicar este princípio ao procedimento administrativo. Em consequência, o art. 24 não se vincula com o funcionamento da administração. Serve de amparo a este conceito o fato de a Lei Maior não editar

(6) Art. 24: "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi".

nenhuma regra, pelo menos aparentemente, sobre o funcionamento da administração pública.

A sua vez, a Constituição cuida, com amplitude, da autonomia local das regiões, províncias e municípios, sendo que as regiões correspondem, *grosso modo*, no sistema brasileiro, aos Estados, e os municípios às comunas italianas. Há, por igual, na Itália organizações intermediárias, como as províncias, não compreendidas como “províncias governativas” e sim como “instituições eletivas”, que, com a reforma administrativa, deverão possuir maior importância. Temos então três níveis no Estado italiano: regiões, províncias e comunas. A Constituição regula as regiões, as províncias e as comunas. Contudo, as disciplina do ponto de vista político com a finalidade de descentralizá-las, para enriquecer a vida democrática italiana. Apesar de tudo, esse sistema de autonomia representa o epílogo de uma batalha extremamente demorada. Para ter-se uma idéia basta considerar que as regiões foram previstas na Constituição de 1947, mas só foram efetivamente instituídas em 1970. Assim, o texto constitucional ficou durante nada menos do que 25 anos sem aplicação. O fenômeno não é isolado, pois, ao que parece, a América Latina conhece disposições constitucionais que também não se aplicam, ou cuja aplicação tarda muito a efetivar-se.

Quando de sua instituição, foram elas consideradas como entidades predominantemente políticas, dando-lhes, é certo, competência administrativa, como, por exemplo, em matéria de desapropriação com finalidades urbanísticas, e em muitos tipos de intervenção econômica; também os aspectos referentes à saúde são de competência das regiões e não mais do Estado central. Não obstante essa transferência de poderes, ainda assim a Constituição não cuidou de suas regiões e províncias. A preocupação maior foi simplesmente no sentido de romper a centralização, ou seja, de dar ênfase à autonomia legislativa. Mas além dessa medida não se penetrou no campo da administração, porquanto as regiões determinaram as competências pertinentes aos cargos de que é composta a sua estrutura, com normas que reproduziram o sistema da burocracia central. A administração não absorveu o pensamento de autonomia que orientava a dimensão política. Vê-se, assim, que a Constituição pode criar novas concepções democráticas no plano político e esquecer que tudo isso deveria ter conseqüências concretas na estrutura da administração. As tarefas administrativas são semelhantes às do Estado central, estritamente burocráticas, sem um procedimento administrativo correto de consulta. A reforma compreendida desse modo não é uma obra completa, pois não atinge a administração pública; é algo inacabado. Restringiu-se, apenas, ao plano político.

Em verdade, a Constituição italiana não possui um único artigo a respeito da organização das regiões, correspondente ao art. 97. Esqueceram-se os constituintes de ditar normas de organização e funcionamento dos poderes locais. É certo que se aplicam aos aludidos poderes as regras relativas ao controle jurisdicional. A razão está em que o controle incide sempre, mas faltou, sem sombra de dúvida, algo de extremamente importante, na sua regulamentação.

Por fim, conviria mencionar as tarefas ou deveres da administração. É possível afirmar que a Constituição não cuidou dessas particularidades, sendo que os arts. 97 e 98 nada registram sobre o assunto. Tenho, porém, que a Constituição tratou dessas questões, embora de modo implícito, pois seus deveres, mesmo não estando disciplinados no pertinente à administração pública, podem ser encontrados na parte primeira da Constituição (7). Nesse local são examinados os deveres do Estado interventor e social. Ali estão contidas as principais finalidades da administração pública, que podem ser assim discriminadas: reforma agrária; nacionalizações industriais; controle de crédito; programas econômicos: intervenção para proteger o trabalho; intervenção para fins de saúde pública; e intervenção em favor da cultura. Todas estas regras da parte primeira estão sob o título "direitos e deveres do cidadão", subdivididos em direitos políticos, direitos de liberdade, direitos econômicos e sociais. Quase 60 artigos da Constituição referem-se a essas normas.

Em matéria de administração, o legislador constituinte não teve uma percepção clara de que, no momento em que conferia aos poderes públicos deveres tão importantes como os anteriormente mencionados, segundo a ideologia do Estado contemporâneo democrático, interventor e social, deveria levá-la em alta conta, pois a ela incumbe a realização da ideologia adotada, como o seu principal instrumento.

Deve-se, agora, refletir a respeito da relação existente entre o direito constitucional e o direito administrativo. Parece fora de dúvida que se a parte da Constituição relativa à administração pública houvesse tido maior desenvolvimento, e o legislador maior consciência dessa relação, esse fato teria ajudado em muito a sua aplicação. Ninguém duvida que a Lei Magna não possui disposições contrárias às colocações anteriormente feitas. Mas, como os princípios são em pequeno número, cresce de ponto a responsabilidade da doutrina e da jurisprudência no exame dos casos concretos. Procurar extrair da Constituição tudo o que nela está implícito é a tarefa principal. É necessário que ambas construam a ponte entre a Lei Maior e a administração pública. Na Constituição estão os princípios que devem servir como verdadeira bússola: o da imparcialidade, o do bom andamento administrativo, e o do controle jurisdicional. São princípios de natureza geral, competindo aos juízes dar-lhes configuração concreta.

Em suma, não se pode culpar os juristas do passado se eles não tiveram a consciência das necessidades das gerações atuais. A cultura de nossos antepassados era diversa; não se pensava na administração como uma parte importante do Estado, ou, num outro modo de exprimir, como o seu coração.

(7) Essa parte da Constituição italiana cuidou dos "direitos e deveres do cidadão", entre os quais as garantias individuais ("Rapporti Civili"); os direitos ético-sociais ("Rapporti Etico-sociali"); as relações econômicas, de que são exemplo as resultantes do trabalho ("Rapporti Economici"); e, por fim, as relações políticas a respeito dos eleitores e partidos políticos ("Rapporti Politici").

Com o término do fascismo, os problemas mais relevantes eram a reconquista da liberdade; a existência de um congresso democrático; a independência dos juizes; a conquista *ex novo* dos direitos sociais. Estes foram os grandes problemas de que resultaram as discussões que fascinaram os constituintes.

A Constituição italiana possui grandes méritos e, por isso, não posso criticá-la além do razoável, pois a minha finalidade não é, de nenhum modo, desmerecê-la. Em uma palavra: é uma Constituição séria e equilibrada, à altura, em grande medida, de seu tempo. Não só dos tempos passados, mas inclusive dos últimos anos em que está em vigor. Observe-se que ela já tem cerca de 40 anos de vigência. Considero que esteja à altura do tempo no sentido de que procurou achar uma via que escapasse, em verdade, aos princípios fascistas e aos do Estado liberal, sem pender para o lado de uma economia totalmente planificada, para uma sociedade socialista. Buscou-se o caminho intermédio, do controle social do capitalismo. Lembre-se que a cultura jurídica da época da feitura da Constituição havia sido comprimida pelo totalitarismo, e se resumia em defender a liberdade, ou seja, o Estado de direito. Não poderia o legislador constituinte antever outros problemas.

A tarefa dos governantes que vieram após era de levar adiante a obra da Constituição democrática. Mas, mesmo que se proponham emendas constitucionais, tudo isso é difícil, pois o processo político não se desenvolve com facilidade na Itália. Em consequência, não é fácil chegar a um consenso sobre o conteúdo dessas modificações. A obra dos juristas, das universidades e dos juizes ordinários e administrativos em seus respectivos tribunais deve orientar-se no sentido de levar à frente um pensamento mais desenvolvido sobre a administração. Refletir sobre o que em concreto significa "realizar a imparcialidade; o bom andamento (eficiência), a tutela e a legalidade dos direitos do cidadão". Ainda, segundo a escola do Prof. Feliciano Benvenuti, que possui muitos seguidores e com a qual concordo plenamente, tornou-se importante uma "lei geral sobre a administração"; uma lei que regule o funcionamento da administração pública. A Itália, até o momento, ainda não a possui. Os princípios até agora aplicados são doutrinários. Ainda assim existem dificuldades em "construir" estes princípios partindo de disposições constitucionais tão fragmentárias. Em consequência, manifesta-se a necessidade premente de uma "lei geral". E sabe-se que foi a Áustria quem primeiro editou este tipo de legislação, em 1925; depois outros países a imitaram, tais como a Iugoslávia, a Tchecoslováquia e a Polônia. Alguns Estados socialistas mantiveram a tradição austríaca.

Uma lei sobre a democratização do procedimento administrativo supõe a consulta dos interessados, pois o ato administrativo tende a deixar de ser um ato autoritário, emanado de órgão burocrático, sem a audiência prévia das partes. Na Alemanha, foi editada, em 1976, uma "lei geral". Na França, os juristas são os últimos a defenderem o ato administrativo autoritário. Mesmo assim, recentemente, através de diversas leis, foi reformulada sua

administração, embora não se tenha editado uma lei específica. Essas reformas, por sua amplitude, podem ser consideradas, entretanto, uma espécie de regulamentação do procedimento administrativo. A Itália permaneceu como o único grande Estado europeu que, até o momento, não possui seu procedimento administrativo disciplinado. Vale recordar que em 1946 foi discutido numa comissão, contemporaneamente à feitura da própria Constituição, o tema da necessidade de uma lei geral sobre o procedimento administrativo. Porém, a proposta legislativa não foi aprovada, tendo sido elaborada em nível de comissão doutrinária, instituída pelo governo da época. Ela é, porém, testemunha de que o retorno à democracia, após o período fascista, deveria exigir este tipo de lei. Infelizmente, essa opinião não se tornou majoritária e o governo dela se desinteressou. O Parlamento não retomou a idéia, mas a escola doutrinária do Prof. Feliciano Benvenuti tem afirmado, com ênfase, a necessidade da regulamentação deste procedimento.

Vale mencionar, ainda, a escola do Professor Máximo Severo Giannini, outro grande administrativista, que não está inteiramente de acordo com esta idéia, pelo menos não estava até data recente. Nos últimos anos, Máximo Severo Giannini, que foi, inclusive, Ministro de Estado num dos Gabinetes Cossiga, estudou uma ampla reforma administrativa e então se discutiu a retomada dessas idéias. Mas tal reforma não significa apenas mudança na estrutura; não se configura somente como atualização do controle jurisdicional. Temos necessidade, decerto, de ambas, mas elas por si só não são suficientes. Discutiu-se, por igual, a revisão da ação administrativa e o modo de funcionamento da administração.

O Governo Craxi resolveu convocar uma comissão presidida pelo Prof. M. Nigro, titular de Direito Administrativo em Florença e atualmente em Roma, para que elaborasse um projeto de publicidade daqueles atos, pois eles são, ainda hoje, secretos, e o contraditório ainda atua apenas com a audiência dos interessados, isto é, das partes individuais. Como se poderia, por exemplo, realizar o plano urbanístico de uma grande cidade, sem a convocação dos interessados, pessoas ou grupos? É necessário colher as suas impressões, como sucede na Inglaterra, nos Estados Unidos, e como se faz, também, na República Federal da Alemanha. É imperioso modificar o modo de agir das autoridades públicas, porquanto elas são depositárias de um poder autoritário e secreto, como sucedia no Estado prussiano dos setecentos, ao tempo de Frederico II.

No fundo, a administração italiana e a alemã não eram, até pouco tempo, nem mesmo administrações liberais; não estavam distantes das administrações do Estado prussiano de Frederico II. Não se configuravam, decerto ainda, como administrações do tempo de Maria Teresa da Áustria, porque, com esta Rainha, teve início na administração pública a aplicação dos critérios de justiça, e o procedimento administrativo austríaco começou com o Iluminismo dos setecentos⁽⁸⁾. Nós nos encontramos em face de uma reali-

(8) Ver TEZNER, *Handbuch des öst. Verwaltungsverfassungsrecht*, Wien, 1986.

dade: não conseguimos atingir um pensamento administrativo à altura dos Estados democráticos. Esperamos, assim, que seja proposta ao Parlamento uma lei sobre o procedimento administrativo e uma para a melhoria do controle judiciário. Com dois juizes, as questões não vão bem, e são contínuos os conflitos de competência. É necessário escolher: ou se adota o sistema anglo-americano, o juiz ordinário para todas as questões; ou o sistema francês de administração, com juiz próprio, mas um só juiz. Não uma duplicidade de competências, como sucede na Itália, onde se divide a competência conforme houver "interesse legítimo" ou "direito subjetivo".

O sistema italiano, como se viu, é intermediário. Esse sistema tem gerado conflitos contínuos de competência entre Conselho de Estado e os Juizes Ordinários (Corte de Cassação) e acabam por paralisar o controle judiciário. Muitas vezes o advogado vê-se compelido a propor duas ações contemporaneamente para garantir o seu cliente, porquanto não sabe quem se declarará competente. A distinção entre uma competência e outra é extremamente teórica, de difícil aplicação prática.

Quero enfatizar que não estou tirando conclusões quanto ao direito de outros países, mas fazendo uma correlação que, de fato, existe entre a Itália e outras nações européias. Algumas possuem grande semelhança e por esse motivo vale trazer à colação exemplos do direito comparado. Procurei também demonstrar que as decisões dos tribunais americanos vêm-se assemelhando às soluções européias. Infelizmente não tenho dados suficientes para fazer uma comparação com o direito dos países latino-americanos. Todavia, posso informar que na Argentina e na Venezuela foram feitas "leis gerais sobre o procedimento administrativo", talvez não muito avançadas, mas no rumo que me parece o mais indicado para a Itália. Elas estão à nossa frente em tal matéria. Sabe-se que uma codificação geral para o direito administrativo não é possível. Contudo, não ocorre o mesmo com uma "codificação de princípios".

E, como o Brasil está elaborando uma nova Constituição, gostaria de externar o meu desejo — sem faltar ao respeito à realidade brasileira — que seus constituintes reflitam sobre a importância constitucional da administração pública, sem confinar esse aspecto à declaração de direitos individuais, ou sociais, ou à parte que trata do Presidente da República ou do Congresso. A expressão democracia deve significar, também, democracia na administração. E que a parte da Constituição que cuida da administração pública se inspire nos mesmos valores das demais partes da Constituição.

Todos os países do mundo encontram-se, de um certo modo, em face deste problema. Por isto, faz-se necessário salientar a discrepância entre a democracia e a administração; e o desafio de nosso tempo parece estar na necessidade de termos um aparelho administrativo eficiente e que seja ao mesmo tempo democrático.

Constituição portuguesa

CELSO BASTOS

Professor de Direito Constitucional
da PUC — SP

O que em primeiro lugar impressiona na Constituição portuguesa de 1976 é o fato de ter ela sido elaborada e promulgada num país de fracas tradições constitucionais; não que Portugal não tenha tido Constituições, ele evidentemente as teve, e diversas.

Ocorre que nem sempre estas Constituições foram asseguradoras de um autêntico Estado de direito, colocadas mais ao serviço do autoritarismo do que do regime democrático. Sem embargo, pois, desta falta de tradição, de cultos e de *mesmo* institucionalização das liberdades públicas e de um Estado contido no exercício de seu poder, Portugal, ao cabo de uma Revolução levada a efeito no ano de 1974, pelas Forças Armadas, deflagra um processo constituinte extremamente rico, no qual iria surgir uma Constituição que, *sem favor nenhum*, pode ser considerada entre as melhores em muitos aspectos, até mesmo com força paradigmática.

Hoje no Brasil, dentre as influências mais ressentidas nos diversos textos que são apresentados por projetos de Constituição, é sempre a experiência portuguesa que mais facilmente se identifica.

Portanto, fica quase que sem resposta esta profunda florescência de um movimento extremamente rico do ponto de vista constitucional num país que vivia, já há muitas décadas, debaixo de um regime, no fundo, autoritário, visto que não havia controles eficazes do poder, nem revezamento das autoridades. Portugal vinha, destarte, sob o jugo de uma das ditaduras mais obscurantistas que se conhece, exatamente por extrair o País das grandes correntes do pensamento moderno e querer ilhá-lo ou isolá-lo do processo histórico. A despeito desse regime salazarista ter conseguido aparentemente esta eliminação de Portugal do mapa cultural europeu, ainda assim via-se que *latentemente floresciam* estudos e preparavam-se especialistas que no momento próprio souberam dar uma institucionalização devida a todo aquele clamor por liberdade e igualdade que se seguiu subsequente à Revolução de 1974.

Todas estas razões mais os profundos laços culturais e históricos que unem o Brasil a Portugal, a afinidade lingüística, a modernidade, e a atuali-

dade do texto português, fazem dele, sem dúvida, um dos elementos principais ao lado da Constituição espanhola e também da italiana e da alemã do segundo após-guerra, os instrumentos constitucionais mais procurados pelos autores da atual Constituição brasileira.

Vamos procurar dar, portanto, uma breve síntese dos antecedentes desta Constituição e das idéias fundamentais que a alimentam.

A Constituição de 1976 só se tornou possível por força de um movimento levado a efeito pelas Forças Armadas, que, com êxito, conseguiu derrubar o regime anterior vigente.

O "Movimento das Forças Armadas", como veio a chamar-se, foi, portanto, o responsável pela eclosão do movimento armado e da assunção do poder em um primeiro momento.

Também chamada de "Revolução dos Cravos", foi ela, sem dúvida, levada a efeito sob um clima de grande fraternidade, de grande euforia de uma nação que parecia reencontrar os seus caminhos históricos após um descaminho de aproximadamente meio século.

Esse movimento das Forças Armadas, exercente como vimos no primeiro momento da soberania popular, não chamou para si ou não procurou institucionalizar o poder em seu favor. Pelo contrário, logo tomou as medidas necessárias à convocação de uma Assembléia Constituinte que elaboraria uma nova Constituição, entregando novamente o poder aos civis. Nesse período, de 1974 a 1976, por força da Lei Constitucional n.º 3, voltaram a existir diversos órgãos que, com relativa equiparação, viriam exercer os poderes soberanos. Além da própria Assembléia Constituinte, é forçoso fazer referência ao Presidente da República, ao Primeiro-Ministro, aos Tribunais e ao próprio "Movimento das Forças Armadas", entre outros.

É aqui uma característica importante, porque ao assim proceder, criaram-se condições para que a Assembléia Constituinte fosse exclusivamente constituída para exercer as funções de elaborar uma Constituição. A questão da coisa pública e mesmo as leis necessárias para isso ficavam entregues a esses órgãos de caráter temporário e provisório, aliviando assim a Assembléia Constituinte de qualquer outra preocupação que não fosse a de elaborar o texto constitucional propriamente dito.

O procedimento adotado foi dos mais profícuos. Receberam-se propostas dos diversos partidos políticos e a partir destes textos é que se deu a posterior discussão, culminando com uma última fase de votação da Constituição definitiva. Esta forma de agir permitiu que, sem embargo de não desprezar-se a colaboração de todos os partidos, se pudesse ainda assim ficar apegado a algumas idéias principais, alguns princípios fundamentais que dessem estrutura, solidez e rigidez ao texto definitivo. Isto foi cumprido na primeira fase onde se discutiu fundamentalmente a própria sistematização do texto constitucional.

Partiu-se, portanto, da sistematização para terminar-se na redação, enquanto que o exemplo brasileiro, atualmente em curso, deu prestígio a

forma diversa em que, desde o início, houve apresentação de propostas sem que se estivesse de acordo numa sistematização.

Do ponto de vista genérico, a Constituição portuguesa é do tipo compromissório, de resto o mais freqüente nas Constituições. É muito difícil o texto constitucional ser derivado de uma única corrente de pensamento ou exprimir exclusivamente uma das vertentes do pensamento político institucional. Normalmente para o texto constitucional convergem forças providas de diversos quadrantes. O texto português é um exemplo bem sucedido desse tipo de proceder, pois aí vão se notar influências que remontam ao constitucionalismo histórico de Portugal, influências providas de correntes marxistas de pensamento, assim como também influências emanadas do próprio Ocidente no qual Portugal se insere.

A Constituição de Portugal fundamentalmente se institui num regime democrático com um compromisso no sentido do socialismo. Seu art. 1.º reza:

“Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular, empenhada na sua transformação numa sociedade sem classes.”

Portanto, vemos que a Constituição portuguesa não é socialista, dizendo simplesmente ter por objetivo assegurar a transição para o socialismo.

Suas linhas fundamentais são: do ponto de vista da distribuição do poder territorial, Portugal é um Estado unitário. Realmente não há tradições federalistas na história portuguesa, e esta Constituição mais uma vez consagrou a forma histórica do Estado unitário, deferindo-se tão-somente estatutos autonomísticos especiais para a Ilha da Madeira, bem como também a Macau em razão da sua inserção territorial.

No mais, Portugal contempla um único centro de Poder Legislativo, sendo certo que as regiões em que se divide não são dotadas de autonomia constitucionalmente assegurada de molde a configurar uma Federação mas, ao contrário, um Estado unitário.

Do ponto de vista do relacionamento dos Poderes entre si, Portugal adotou a fórmula de um parlamentarismo racionalizado, moderado, cabendo papel de destaque ao Chefe de Estado, papel este que, diga-se de passagem, ao curso destes anos pós-revolucionários teve um acentuado destaque na vida portuguesa.

Portanto, é interessante o exemplo português sobre este aspecto por ser mais um caso de experiência bem sucedida no sentido de compatibilizar parlamentarismo clássico com a figura de um Presidente eleito diretamente pelo povo e com competências próprias. A convivência dessas autoridades, pelo que é dado até hoje inferir-se, não tem desmerecido a escolha feita pela Constituição portuguesa.

Do ponto de vista ideológico, Portugal mantém-se dentro dos quadrantes do Ocidente, proclamando-se uma República pluralista em todas as

acepções: popularismo de idéias, de cultura, de raça, de partidos políticos, de idéias, enfim.

Do ponto de vista das garantias fundamentais, Portugal declara o asseguramento tanto das liberdades fundamentais clássicas mais de índole formal e de inspiração liberal, como também procura compaginá-las com aqueles direitos de ordem social, que de resto Portugal nivela em termos de dignidade jurídica, conferindo-lhes também igual importância que é dada aos direitos fundamentais. Temos aqui então uma generosa e talvez utópica abertura que é feita para o campo social pelo asseguramento de uma série de direitos, tais como: alimentação, moradia, educação, saúde, e que evidentemente um apreciador mais sereno da realidade portuguesa já teria condenado na própria ocasião da elaboração do texto constitucional.

Naquela ocasião, no entanto, as forças generosas de um socialismo utópico prevaleceram e o texto foi assim adensado com uma série de direitos de ordem social extremamente valiosos, sem dúvida, mas absolutamente inatingíveis, senão mediante uma economia de um nível de rentabilidade, produtividade e dimensões que Portugal não tinha. Sendo assim os primeiros anos da Constituição de 1976 viriam a criar um sério perigo de desmoralização do texto constitucional pela absoluta inviabilidade de cumprimento das metas por ele traçadas, daí aparecendo então a reforma constitucional levada a efeito entre os anos de 1980 a 1982, procurando extirpar do texto estas excessivas concessões no campo do social, além de outras alterações que já se faziam necessárias à luz do novo clima político reinante.

Hoje em dia, Portugal, pelo resultado das últimas eleições, parece caminhar em sentido político diferente daquele imprimido ao seu próprio texto, sendo esta uma das lições que Portugal nos dá: o de evitar-se a definição ideológica do País, porquanto estas definições são sempre perigosas quando trazem consigo um comprometimento com certas políticas, nem sempre as de maior apoio popular, ocorrendo então o risco de constitucionalizar-se uma vontade passageira, momentânea, de uma maioria eventual da Constituinte, querendo-se impô-la como vontade permanente da Nação.

Portugal hoje tem, portanto, esta curiosidade de apresentar como um dos vetores a informar o seu texto constitucional o socialismo, tendo, entretanto, um partido de direita vencido por maioria absoluta de votos essas últimas eleições para o Parlamento português, criando evidentemente um descompasso entre a realidade política e a normativa.

Do ponto de vista da técnica jurídica, Portugal, através da sua Constituição de 1976, nos fornece uma contribuição extremamente preciosa, que é a da inconstitucionalidade por omissão. De fato, já era muito ressentido no mundo inteiro o ridículo a que eram levadas as Constituições por muitas vezes encerrarem princípios que restavam permanente letra morta, sem que se pudesse deflagrar qualquer mecanismo para obviar esta ausência legislativa. Portugal absorveu, sobretudo da Constituição alemã, esse instituto, conseguindo desdobrá-lo e dimensioná-lo em proporções bastante interessantes, sobretudo no primeiro momento quando ainda se encontrava em vigor o

Conselho da Revolução, órgão que tinha a incumbência de acicatar a Assembléia da República toda vez que esta não acionasse a produção legal necessária a dar aplicação aos textos constitucionais. É, portanto, um mecanismo, este da inconstitucionalidade por omissão, destinado de alguma maneira a compelir o Legislativo a encontrar um sucedâneo para sua missão, sempre com a preocupação de fazer com que o texto constitucional, principalmente nas suas normas programáticas, não restasse letra morta.

O balanço feito na palavra de JORGE MIRANDA desse instituto, ao estudar recentemente a Constituição de 1976, enquadra todos os dispositivos em três categorias: aqueles que tiveram plena aplicação, razoável aplicação e os que tiveram nenhuma aplicação. A inconstitucionalidade por omissão está entre aqueles que tiveram relativa aplicação, não podendo ser diferente, pois seria mesmo impossível que estes dispositivos tivessem uma aplicação completa por tratar-se de matéria extremamente melindrosa, sendo muito difícil de conseguir-se uma resolução definitiva para o problema do descumprimento do dever constitucional de legislar. Sem embargo, o só fato de saber-se que hoje esse instituto se enquadra dentro daquelas normas de relativa aplicação, de relativa eficácia, já é por si só um grande resultado a justificar inclusive a sua importação pelo direito brasileiro.

Um dos pontos altos do texto constitucional português é o respeitante à forma. De fato, não conseguiu o texto constitucional uma síntese maior em termos de artigos, sendo destarte uma Constituição longa — ela pelo menos na sua versão original ultrapassava os trezentos artigos, perdendo com a emenda sofrida em 1982 doze dispositivos —, encontrando-se hoje, portanto, com trezentos artigos.

Nada obstante ser uma Constituição um tanto longa, ela evita de configurar-se como uma Constituição barroca ou casuística. Pelo contrário, seus artigos têm sempre grande dignidade e grande compatibilidade com a elevação constitucional em que se encontram. Tem sempre um nível de abstração, de generalidade bem compatível com a qualidade de norma constitucional. É uma pena que no Brasil não se tenha adotado essa lição, da economia vocabular em muitos dos seus dispositivos constitucionais, como ocorre na Carta portuguesa. A título de exemplo, cite-se somente um, aquele que diz respeito a definição dos nacionais portugueses, que reza:

“São cidadãos portugueses todos aqueles que como tal sejam considerados pela lei ou por convenção internacional.”

No Brasil, ao contrário, desenvolve-se todo um capítulo, entrando-se em detalhes que acabam por figurar quase que um verdadeiro código de estrangeiro trazendo toda a matéria relativa a aquisição da qualidade de nacional brasileiro, tomando para tanto diversos artigos da Carta Magna.

É, portanto, o português um texto constitucional de grande merecimento pelo equilíbrio que consegue entre a imposição, de um lado, de regular certos assuntos e, de outro, a necessidade de não resvalar, de não descer para o banal, para o cotidiano, para aquilo que seria objeto do legislador infraconstitucional.

Portugal deu também uma contribuição grande aproveitada pelo Brasil, sem dúvida nenhuma, no que diz respeito aos direitos individuais, nos quais o texto ora apreciado introduziu diversas aquisições de direito constitucional moderno, tais como: o art. 21, o direito de resistência, mesmo o provedor de justiça extraído do direito escandinavo, direito a integridade pessoal, com banimento da tortura, do direito a utilização da informática pelo qual todos os cidadãos têm o direito de tomar conhecimento do que constar de registros informáticos a seu respeito e do fim a que se destinam as informações, podendo exigir a retificação dos dados e a sua atualização. Traz também um direito fabuloso, chamado de direito de antena, consistente no acesso que é garantido aos partidos políticos aos meios de comunicação.

A parte mais infeliz do texto português repousa na ordenação da sua economia. De fato vimos inicialmente o caráter contraditório do texto português, fruto, de resto, do seu caráter compromissório. É no campo da regulação da economia que mais se faz sentir esta filiação simultânea a correntes radicalmente diversas, quando Portugal procura um difícil equilíbrio entre as leis do mercado, que ele não abandona, e as constantes concessões a institutos próprios das economias marxistas como o planejamento que tem força vinculante para as empresas estatais, criando diversas modalidades de propriedade, além da privada, como: a propriedade corporativa, social, e a propriedade estatal. Enfim, há uma certa multiplicação das modalidades de propriedade, tudo com a preocupação de simultaneamente abrir espaço para a ideologia socialista e a ideologia capitalista.

Creemos que essa contradição não era útil para a condução da economia portuguesa e creemos também que os exemplos desses últimos anos em que Portugal não tem estado fora do mundo, mas cada vez mais internacionalizado, têm forçado o país a só aplicar propriamente os institutos da economia capitalista, enquanto que os setores estatizados ou nacionalizados apresentam na vida real uma importância muito menor do que aquela acenada pelo texto constitucional que como todo direito não tem força para ir contra a realidade dos fatos. E a verdade é que o povo português é um povo empreendedor, um povo que ama a liberdade e não gostaria de ver-se dela destituído, nem mesmo na esfera econômica na qual quer fazer valer a prerrogativa da sua individualidade imprimindo o cunho da sua marca pessoal ao próprio processo de condução econômica.

Vemos assim que Portugal é um país que na realidade se desenvolve em termos capitalistas, embora a sua Constituição continue ainda a apontar como meta do regime português o socialismo. Isto tudo tende a ser superado e a própria hora presente levanta uma indagação com a qual nós até de resto aproveitamos para encerrar estas breves considerações: até que ponto a Constituição portuguesa continuará a conter essas aberturas ao socialismo debaixo de um governo capitalista que eleitoralmente já se apossou da maioria do Parlamento português? Não seria um convite a mais uma mudança constitucional? Isso só o futuro dirá.

Perspectivas da organização judiciária na futura Constituição Federal

JOSÉ GUILHERME VILLELA
Advogado

S U M A R I O

- I — *Delimitação do tema*
- II — *Estrutura atual do Judiciário*
- III — *Inovações estruturais*
- IV — *Composição dos órgãos judiciários*
- V — *Algumas questões quanto à competência*
 - a) *Corte Constitucional*
 - b) *Recurso extraordinário*
 - c) *Ampliação de garantias individuais*
 - d) *Outras normas a destacar*

I. *Delimitação do tema*

Sob o título "Perspectivas da organização judiciária na futura Constituição Federal", pretendo oferecer uma visão panorâmica do conjunto de normas e princípios para determinar a hierarquia, a composição e a competência dos diversos órgãos do Poder Judiciário, tal como foram con-

Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em 4 de dezembro de 1987.

cebidos pelo projeto de Constituição Federal, ora submetido ao Plenário da Assembléia Nacional Constituinte.

2. No desenvolvimento da exposição procurarei ressaltar, sobretudo, as inovações a serem introduzidas no ordenamento jurídico do País, as quais, ao que tudo indica, deverão ser mesmo as contempladas no projeto que a Comissão de Sistematização acaba de aprovar.

3. O capítulo relativo ao Judiciário — o IV do Título IV, que vai do art. 112 ao art. 151, desdobrados estes em inúmeros parágrafos e alíneas — foi, como é notório, um dos mais discutidos, tanto pelos constituintes, quanto pelas classes interessadas, notadamente a dos Juizes, a dos Advogados e a do Ministério Público, cuja influência se fez sentir nas sucessivas reformulações do projeto constitucional. Evoluiu ele do Anteprojeto Plínio de Arruda Sampaio, relator da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, para o de Egídio Ferreira Lima, relator da Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo, chegando, finalmente, ao de Bernardo Cabral, relator da Comissão de Sistematização, que lhe deu três diferentes versões. Ao fim de todo esse trabalho, parecem restar poucos temas polêmicos, que poderão sofrer eventuais modificações em Plenário, sem comprometer, contudo, a orientação básica do terceiro Projeto Bernardo Cabral, a que minhas considerações se referem.

II. *Estrutura atual do Judiciário*

4. Feita a indispensável delimitação do objeto desta palestra, entendo conveniente recordar, de início, a estrutura atual dos órgãos do Poder Judiciário, não só porque com ela nem sempre estão familiarizados os estudantes que compõem o auditório, como também por ser ela bastante complexa em nossa federação, pois o reconhecido princípio da unidade do Poder Judiciário não impede que seus órgãos sejam, quanto aos vínculos políticos, federais e estaduais, e, quanto à jurisdição, ordinários e especializados.

5. Os órgãos do Poder Judiciário, como é sabido, se inserem em três classes: os da Justiça Ordinária, os da Justiça Especializada e o tribunal de superposição, que é o Supremo Tribunal Federal.

6. Na Justiça Especializada, em regra, os órgãos são federais; de fato, a Justiça do Trabalho, a Eleitoral e a Militar, que constituem os três ramos de especialização, são órgãos criados e mantidos pela União. Entre os especializados, só há órgãos estaduais na Justiça Militar, porquanto a Carta vigente, no art. 192, autorizou continuassem a existir os tribunais de segunda instância da Justiça Militar estadual, que já funcionassem em 15 de março de 1967. Não fora essa outorga excepcional, poder-se-ia dizer que os órgãos da Justiça Especializada seriam apenas federais.

7. Na Justiça Ordinária, a regra, todavia, se inverte. Predomina a Justiça estadual, já que só a matéria de interesse da União é submetida à chamada Justiça Federal, denominação, sem dúvida, imprópria, pois federais também são a Justiça do Trabalho, a Eleitoral e a Militar.
8. A não ser as causas de interesse da União, que são julgadas em 1.ª instância pelos Juizes Federais e, em grau de recurso, pelo Tribunal Federal de Recursos, todas as demais causas não atribuídas às Justiças Especializadas cabem à Justiça Ordinária ou Comum, que é mantida pelos Estados-Membros, embora devam estes obedecer, ao organizá-la, às normas constitucionais da União e às da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.
9. Os órgãos judiciários estaduais, que podem variar segundo as opções dos legisladores locais, são, na primeira instância, os Juizes de Direito, os Juizes Substitutos, os Juizes Temporários, os Juizes de Paz e o Tribunal do Júri. No segundo grau de jurisdição, cada Estado tem seu Tribunal de Justiça e muitos possuem ainda um ou mais tribunais inferiores, que ficaram conhecidos como Tribunais de Alçada.
10. Esse quadro revela que, entre nós, um litígio qualquer tem diferentes destinos. Se não couber na competência das três Justiças Especializadas nem na da chamada Justiça Federal para as causas de interesse da União, deverá ser levado à Justiça Ordinária ou Comum dos Estados. Se o vencido, como é muito freqüente, não se conformar com o julgado desfavorável, interporá recurso para os Tribunais de Justiça, de Alçada ou para o Tribunal Federal de Recursos, se se tratar de causa da competência da Justiça Ordinária estadual e federal; se for da jurisdição especializada, o recurso será para os Tribunais Regionais do Trabalho ou Eleitorais e para o Superior Tribunal Militar.
11. No plano da Justiça Eleitoral e do Trabalho, o litigante, depois do julgamento regional, poderá provocar a revisão do Tribunal Superior do Trabalho ou do Tribunal Superior Eleitoral, onde deve encerrar-se o litígio, salvo quando a decisão proferida contrariar a Constituição Federal.
12. Quando a decisão do TST ou do TSE ofender a Constituição e quando a dos Tribunais de Justiça ou de Alçada e do Tribunal Federal de Recursos se enquadrar em quatro casos estritamente previstos no próprio texto constitucional, a questão poderá subir ao Supremo Tribunal Federal, através do recurso extraordinário, que considerarei noutros tópicos desta exposição.
13. Vê-se, portanto, que assim os órgãos da Justiça Ordinária como os da Justiça Especializada, quer federais, quer estaduais, sujeitam-se, em grau de recurso extraordinário, à revisão do Supremo Tribunal Federal, daí a característica de tribunal de superposição, que lhe deu o regime republicano desde a sua instituição até nossos dias.

III. *Inovações estruturais*

14. Em relação às inovações que o projeto traz à estrutura dos órgãos judiciários, penso que a mais relevante seja a operada na cúpula do sistema.

15. O Supremo Tribunal Federal, embora não haja perdido a função de Corte Constitucional, que lhe é inerente no atual regime, deixa de ser o Tribunal da Federação. No desempenho dessa tarefa deveria velar pela unidade e autoridade da lei federal, através do recurso extraordinário, o qual, atualmente, cabe, seja quando está em causa a Constituição, seja quando a decisão local negue vigência à lei federal ou divirja, na interpretação dessa lei, de outro tribunal ou da própria Suprema Corte.

16. O contencioso da lei federal, que, aliás, é o fator maior do congestionamento dos serviços do STF, passará ao novo Superior Tribunal de Justiça, órgão resultante da transformação e ampliação do atual Tribunal Federal de Recursos.

17. Para receber essa significativa parte da competência de Tribunal da Federação, que é hoje do STF, o TFR se eleva na hierarquia dos órgãos judiciários: não mais terá a posição de tribunal de apelação, que é a mesma dos Tribunais de Justiça dos Estados, mas subirá um degrau na escala, passando a ter jurisdição para rever decisões dos próprios Tribunais Estaduais, tanto na área cível, quanto na criminal.

18. Enquanto aumenta a importância do TFR, transfigurado em Superior Tribunal de Justiça, cai a dos tribunais estaduais, já que seus julgamentos — ora sujeitos apenas à revisão extraordinária do Supremo Tribunal Federal — ficarão subordinados também ao novo Superior Tribunal de Justiça. Para o contencioso da Constituição continua o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal, mas o contencioso da lei federal pertencerá ao Superior Tribunal de Justiça, que julgará recurso especial, com a mesma feição do extraordinário.

19. O Tribunal Federal de Recursos, que fora criado em 1946 para desafogar o Supremo dos encargos de Tribunal da União, demite-se agora da função de origem e recebe da matriz uma parcela significativa do papel de Tribunal da Federação, que seria intransferível, se a lógica devesse presidir sempre às deliberações do constituinte.

20. Embora tivesse sido suscitada a questão da supressão da chamada Justiça Federal, o projeto não abandonou a idéia de que a União não deve responder perante os órgãos estaduais da Justiça Ordinária. Mantidos os Juizes Federais, para o primeiro grau de jurisdição, o segundo ficará a cargo dos novos Tribunais Regionais Federais, cujas sedes e respectivas regiões não foram logo previstas, porque dependerão da lei complementar.

21. Não houve alteração de porte em relação à estrutura da Justiça do Trabalho, Eleitoral e Militar, que continuam sendo os únicos ramos espe-

cializados da função jurisdicional, rejeitada que foi a adoção da Justiça Agrária propugnada por muitos. A concessão feita a essa tese foi a recomendação de que a Justiça comum dos Estados institua Juizes especiais, como se vê da norma do art. 150, que é deste teor: "para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça designará juizes de entrância especial, com competência exclusiva para questões agrárias". É claro que as principais questões relacionadas com a reforma agrária, por envolverem órgãos administrativos da União, competem em 1.º grau aos Juizes Federais.

22. No plano da Justiça dos Estados, as alterações foram de ordem funcional, mas não afetaram a estrutura dos órgãos. Admitiu-se a possibilidade de existir uma Justiça Militar Estadual, agora em caráter permanente, embora sua criação a lei só possa fazer mediante proposta do Tribunal de Justiça.

23. Na base da estrutura piramidal da Justiça, os Estados ficaram obrigados a adotar juizados especiais, providos por juizes togados e leigos, "para o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimento oral e sumaríssimo", permitindo-se a transação e o julgamento de recursos por Turmas de juizes de primeiro grau (CF art. 119). Prevê-se ainda a criação de juizados de instrução criminal, cujas atribuições serão fixadas por lei (art. 124).

24. Apesar do indignado protesto das associações de magistrados, introduziu-se na estrutura dos órgãos judiciários um Conselho Nacional de Justiça, destinado a exercer a função de "controle da atividade administrativa e do desempenho dos deveres funcionais do Poder Judiciário e do Ministério Público", cuja organização e funcionamento serão definidos em lei complementar (art. 151). Atualmente, os magistrados gozam de ampla independência funcional e administrativa, apesar de ficarem sujeitos, apenas para fins disciplinares, aos órgãos próprios estaduais e federais de cada Justiça e ao Conselho Nacional da Magistratura, composto de sete Ministros do Supremo Tribunal Federal. A concepção inicial desse Conselho Nacional de Justiça previa uma composição eclética, em virtude da qual se exerceria sobre os magistrados um controle a cargo de representantes do Congresso Nacional, do Ministério Público e da Ordem dos Advogados, além dos próprios magistrados, daí o generalizado clamor que despertou entre estes últimos.

IV. Composição dos órgãos judiciários

25. No tocante à composição dos órgãos judiciários, a tendência foi ampliar o número de membros dos Tribunais, cuja competência foi aumentada, ou manter o daqueles em que houve redução de encargos.

26. O Supremo Tribunal Federal continuará com seus onze Ministros, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. O limite máximo de idade, que não há no direito vigente, foi sugerido pelo próprio Supremo Tribunal para impossibilitar a nomeação de Juízes às vésperas da aposentadoria compulsória.

27. Nos debates constituintes houve muitas vezes pelo aumento do número de Ministros para dezesseis, providência, sem dúvida, injustificável e desarrazoada, mormente em face de ter sido a Corte aliviada de seu maior ônus, que é o recurso extraordinário por negativa de vigência da lei federal e dissídio de julgados quanto à sua interpretação.

28. Não vingou também a nomeação de um terço dos Ministros por indicação do Presidente da República, outro pela Câmara dos Deputados e outro pelo próprio Supremo Tribunal em lista tríplice, nem a infeliz idéia do mandato temporário.

29. Relativamente ao Superior Tribunal de Justiça, com trinta e três membros, uma norma constitucional transitória manda aproveitar inicialmente os vinte e sete Ministros do Tribunal Federal de Recursos, que serão considerados como pertencentes à classe de que provieram (magistratura, Ministério Público ou advocacia), nomeando-se os outros seis dentre brasileiros com os mesmos requisitos exigidos para o cargo de Ministro do Supremo, sendo um terço deles dentre os Juízes dos Tribunais Regionais Federais, um terço dentre Desembargadores dos Tribunais de Justiça indicados em lista tríplice pelo próprio Tribunal e um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação de classe, podendo essa escolha recair apenas em profissionais de notório saber jurídico e reputação ilibada e com mais de dez anos de carreira ou de efetiva atividade profissional.

30. A cautela de atribuir às próprias classes a escolha dos advogados e membros do Ministério Público se justifica para evitar que o critério exclusivamente político afaste dos tribunais a contribuição dos verdadeiros profissionais, como vem ocorrendo, apesar de o texto constitucional vigente já aludir a advogado no efetivo exercício da profissão.

31. A seu turno, os novos Tribunais Regionais Federais compor-se-ão no mínimo de sete Juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e cinco anos, sendo um quinto dentre advogados e membros do Ministério Público com mais de dez anos de atividade e os outros por promoção dos Juízes Federais.

32. Nos Tribunais Superior e Regionais do Trabalho permaneceram, contra as opiniões de muitos, os classistas temporários, com representação paritária dos empregados e empregadores, os quais não vêm, ao que parece, contribuindo para a boa administração da justiça trabalhista, pelo menos nos órgãos colegiados.

33. O projeto em exame altera de dezessete para vinte e sete o número dos Juizes do TST, sendo dezessete togados e dez classistas. Estes, além dos três advogados e três membros do Ministério Público do Trabalho, serão eleitos pelos órgãos de classe e incluídos em listas tríplices pelo TST, para a nomeação pelo Presidente da República depois da respectiva aprovação pelo Senado.

34. Os Juizes Eleitorais são todos temporários e eleitos pelos Tribunais indicados pela Constituição dentre seus membros e dois advogados, estes agora dependentes também de indicação dos órgãos de classe (aliás, em relação a essa indicação, o projeto parece excepcionar apenas os dois advogados que, com os Oficiais-Generais da Marinha, Exército e Aeronáutica, em número total de dez, e com os dois Auditores e membros do Ministério Público Militar, devam compor o Superior Tribunal Militar).

35. Portanto, no que concerne à composição dos Tribunais, a novidade mais saliente foi a efetiva participação da classe dos advogados e do Ministério Público na seleção dos valores a encaminhar para a magistratura, que tanto pode servir para realizar o desiderato da Constituição — de que os Tribunais não sejam compostos apenas de magistrados, mas contem com a colaboração das outras classes envolvidas na cena judiciária — quanto oferece o risco de fazer com que influa na escolha o talento político-eleitoral dos profissionais escolhidos, como se tornou comum nos Conselhos da Ordem dos Advogados do Brasil, seja no plano federal, seja nos Secionais dos Estados.

V. *Algumas questões quanto à competência*

36. Certamente não pode caber nos limites desta palestra abordar detidamente todos os problemas sobre competência, que o projeto de Constituição sugere. Parece-me conveniente, neste tópico, ressaltar algumas questões que foram objeto de viva discussão entre os constituintes e os órgãos interessados, a começar da decantada Corte Constitucional, que muitos julgaram ser a mais grave lacuna do nosso aparelho judiciário.

a) Corte Constitucional

37. Não é nova a sugestão de reservar o Supremo Tribunal para as questões de natureza exclusivamente constitucional, de modo a obviar o mal do

notório congestionamento dos serviços judiciários. Os recursos extraordinários que abordassem apenas matéria de lei ordinária — isto é, a grande maioria desses recursos — caberiam a um Superior Tribunal de Justiça.

38. Esse alvitre, que triunfou no atual projeto de Constituição, jamais mereceu o aplauso do Supremo Tribunal. Há mais de 20 anos, quando a Corte ou, pelo menos, diversos de seus Ministros se achavam sob a mira do governo autoritário, que emergiu do movimento militar de 1964, o Supremo tomou firme posição sobre o tema da Reforma Judiciária e rechaçou a tese da Corte exclusivamente constitucional.

39. Em 1965, o insigne Ministro VICTOR NUNES LEAL escreveu e publicou dois magistrais artigos sobre a questão, intitulados “Supremo Tribunal: A questão do número de Juizes” e “O requisito da relevância para a redução dos encargos do Supremo Tribunal Federal”, o primeiro dos quais resultou, aliás, de uma conferência proferida em 21-8-65 nesta Faculdade de Direito da então Universidade de Minas Gerais. No segundo, em que a matéria foi desenvolvida com cunho mais sistemático, o notável magistrado condenou a idéia da Corte Constitucional com palavras candentes, que não posso deixar de reproduzir no momento em que está ela virtualmente vitoriosa na Assembléia Constituinte:

“Inovação recentíssima, sustentada como salvadora, separa os recursos extraordinários em duas categorias: os que versem matéria de lei ordinária e os que focalizem matéria constitucional. Os primeiros seriam julgados por outro ou outros tribunais federais. Somente os segundos caberiam ao Supremo Tribunal.

Pelo menos cinco sérios inconvenientes resultariam desse esquema:

I. Submeteria os tribunais dos Estados a um ou mais tribunais federais colocados abaixo do Supremo Tribunal, o que diminuiria o seu *status*, como foi demonstrado no estudo do Supremo Tribunal sobre a reforma judiciária.

II. Pela freqüente dúvida sobre se uma decisão envolve apenas matéria de lei ou também matéria constitucional, obrigaria muitas vezes o advogado a interpor dois recursos extraordinários simultâneos, no mesmo processo, para evitar o risco de perder a causa pelo mau enquadramento da questão.

III. Pelo motivo exposto no inciso II, provocaria duplicação de julgamentos da mesma causa (pelo Supremo Tribunal e pelo que devesse conhecer de recurso extraordinário sobre matéria de lei ordinária), complicando desnecessariamente o processo. Pela

mesma razão, não seriam aliviados, na medida desejada, os encargos do Supremo Tribunal, que teria de resolver essa preliminar da natureza legal ou constitucional dos recursos.

IV. O tribunal federal, que devesse julgar recursos extraordinários sobre matéria de lei ordinária, levaria muito tempo para ter sua própria jurisprudência, ao passo que o Supremo Tribunal já conta com uma tradição de 75 anos (hoje seriam 97 anos).

V. O Supremo Tribunal sofreria um esvaziamento desnecessário e desastroso, no que respeita aos julgamentos de mérito das causas, pois as propostas aqui referidas não se basearam em levantamento estatístico, que seria imprescindível. Elas retirariam do Supremo Tribunal cerca de 94% dos processos que julga presentemente. Esta conseqüência despertaria certamente suspeição sobre a proposta que o Governo encaminhasse ao Congresso” (*Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal a. 2 n. 7 jul./set. 1965 pp. 21/22).

40. Decorridos 22 anos, solução de tão graves inconvenientes está prestes a converter-se em texto constitucional, embora durante todo esse tempo a Corte se mantivesse fiel ao mesmo pensamento, não obstante completa renovação de seus componentes. Disse-o em pronunciamentos oficiais, pelo menos duas vezes: no *Diagnóstico da Reforma do Poder Judiciário*, da lavra do experiente magistrado que foi o Ministro RODRIGUES ALCKMIN, outro grande nome da Corte, e na recente *Exposição de Motivos* que acompanha as sugestões do STF à Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, apresentadas em 30-6-86.

41. No referido *Diagnóstico*, que se seguiu à mais ampla pesquisa até hoje realizada sobre o funcionamento da Justiça no Brasil, o Ministro RODRIGUES ALCKMIN afirmou com maior concisão:

“A segunda solução encontra óbice no fato de, restrito às atribuições de Corte Constitucional, o problema do excesso de feitos se transferiria para o novo Tribunal de Revisão ou Cassação; e como os temas constitucionais, em sua maioria, se não apresentam isoladamente, em recursos extraordinários, mas juntamente com outros atinentes à aplicação ou interpretação de leis federais, a Corte Constitucional acabaria por absorver as funções de revisão ou cassação. Depuradas, porém, das mais questões, para que somente as constitucionais fossem apreciadas pela Corte, os recursos que as englobassem teriam tramitação demorada e complexa” (*op. cit.*, pp. 35/37).

42. O mesmo juízo de reprovação está na última palavra oficial do ano passado, *verbis*:

“Considerou, ainda, o Supremo Tribunal Federal injustificável sua transformação em Corte Constitucional, de competência limitada, estritamente, a temas dessa ordem, sem o tratamento das relevantes questões de direito federal.

É importante, também, que esse Tribunal seja a própria cúpula do Poder Judiciário Nacional, o mais afastado possível das áreas de influência locais, regionais ou setoriais.

Considerou-se, ademais, que o Brasil tem peculiaridades históricas, geográficas, sociológicas, étnicas, com uma formação filosófica, política, econômica, moral e religiosa tão diversificada que é muito perigosa a adoção pura e simples de modelos alienígenas para solução de seus problemas judiciários” (*DJ*, de 14-7-86, p. 12.290).

43. A referência a modelos alienígenas teve em conta, provavelmente, certa tendência, que depois tomou corpo na fase inicial da Constituinte, de introduzir entre nós uma Corte Constitucional à européia, que não resultaria da transformação do Supremo em Corte Constitucional, mas da substituição dele por essa Corte. Como é sabido, as Cortes Constitucionais européias adotam, em tema de controle da constitucionalidade das leis, o sistema concentrado, em que cabe a um único Tribunal resolver, em termos abstratos, se determinada lei é ou não compatível com a Constituição, para afastá-la ou não da aplicação dos litígios concretos, cujo julgamento ficará a cargo de outro Juiz ou Tribunal. Sob o modelo americano, que recebemos com a República, o sistema é o incidente e difuso, que permite a qualquer Juiz deixar de aplicar a lei que ele mesmo considere incompatível com a Constituição.

44. Pois bem. Afrontando nossa tradição quase centenária, o constituinte da primeira hora pensou em eliminar o Supremo Tribunal — como, até então, ninguém o havia recomendado — para que suas atribuições atuais fossem repartidas entre uma Corte Constitucional à européia e um Tribunal Superior de Justiça. Esse despropósito é ainda mais incompreensível porque todas as atribuições que pode ter qualquer das atuais Cortes Constitucionais da Europa já são exercidas agora pelo nosso Supremo, como demonstrou, com bibliografia atualizadíssima, o Ministro OSCAR CORREA — ilustre Professor desta Faculdade — em precioso e recente livro sobre o sugestivo título *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil* (Rio, Forense, 1987).

45. A má vontade da Constituinte em relação ao Poder Judiciário, particularmente ao seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, ficou bem

registrada em várias disposições, entre as quais a que sujeitou os veredictos da Corte, que pronunciem a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo à manifestação do Senado, para que seja suspensa a execução da norma inconstitucional. Segundo a doutrina corrente, a participação do Senado só se faz necessária quando a declaração de inconstitucionalidade ocorre *incidenter tantum*, porquanto a declaração em tese na ação direta é típica do sistema concentrado, no qual o julgamento do STF deve prevalecer *erga omnes* e com efeito *ex tunc* (como ficou assinalado, o STF julga a argüição de inconstitucionalidade, ora sob o modelo concentrado, ora sob o difuso, daí a superioridade do nosso modelo misto, quer sobre o europeu, exclusivamente concentrado, quer sobre o americano, exclusivamente difuso). Aliás, merece encômios a ampliação da titularidade da representação de inconstitucionalidade, que deixará de ser privativa do Procurador-Geral da República, para ficar à disposição também de outras altas autoridades, da Ordem dos Advogados, dos Partidos Políticos e das Confederações Sindicais.

46. De qualquer modo, frise-se que os constituintes não persistiram no modelo europeu, pois acabou triunfando o modelo misto, tendo o Supremo Tribunal Federal o papel de Corte Constitucional, já que só lhe foi subtraída a competência para julgar, em recurso ordinário ou extraordinário, o contencioso da lei ordinária. Sob o atual sistema, a interpretação do direito federal se faz precipuamente no recurso extraordinário das alíneas *a* e *d* do inciso III do art. 119, e no recurso ordinário de *habeas corpus*, que é o veículo mais comum para as questões de direito penal e de direito processual penal.

47. Caso a Constituição Federal venha a adotar, no particular, o texto do projeto, o Superior Tribunal de Justiça julgará os casos mais freqüentes de recurso extraordinário, sob color do recurso especial; quanto aos recursos relativos a *habeas corpus* e mandados de segurança, a via recursal será ainda mais ampla, por ser a do recurso ordinário.

b) Recurso extraordinário

48. A modificação de maior alcance contida no projeto constitucional diz respeito, a meu ver, ao problema do recurso extraordinário, cuja importância não é necessário encarecer, pois constitui o principal instrumento de que o Supremo Tribunal Federal se tem valido até aqui para manter, em toda a Federação, a autoridade e a unidade do direito federal, seja o previsto na própria Constituição, seja o das normas de menor hierarquia.

49. Pelas normas do projeto ora analisado, o recurso extraordinário ficará restrito apenas à matéria constitucional, que continuará na Suprema Corte. A matéria legal passará ao Superior Tribunal de Justiça, que dela conhecerá em grau de recurso especial, nas causas decididas em única ou última ins-

tância, pelos Tribunais Regionais Federais ou Tribunais Estaduais, nos três seguintes casos:

- a) quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe a vigência;
- b) julgar válida lei ou ato do governo local, contestado em face de lei federal;
- c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

50. Foi em face precisamente dessa casuística que o Supremo Tribunal Federal, ao longo de quase um século, pôde construir os diversos ramos do direito privado brasileiro, desde o Direito Civil, de codificação quase coetânea, e que no passado era encarado como o direito comum, até os ramos mais novos, como o Direito do Trabalho, o Direito Agrário e outros; no campo do direito público, também foi inegável a influência da Suprema Corte, que tanto pôde estabelecer, com espírito marcadamente liberal, os institutos fundamentais do Direito Penal moderno, quanto dar lastro, mercê de jurisprudência pioneira, ao Direito Tributário pré-codificado, a um tempo em que a disciplina possuía raros cultores entre nós. Nesse último terreno, onde sempre estão presentes normas constitucionais, a Corte poderá continuar atuando, mas sua ação no domínio privado será tolhida, porque só deverá julgar aquelas raras questões que envolvam matéria constitucional.

51. A pletera de recursos extraordinários que suscitam matéria simplesmente legal será transferida do STF — seu destinatário tradicional e natural — para o STJ, sucessor do TFR, Corte que até hoje vem-se desincumbindo, aliás muito satisfatoriamente, do encargo diverso de Tribunal das causas da União, mas não do de Tribunal da Federação, missão que todas as sucessivas Constituições brasileiras deram ao Supremo Tribunal Federal.

52. Por mais paradoxal que pareça, o Supremo está perdendo tão relevante competência porque, durante um século de bom desempenho, despertou nos jurisdicionados de todos os quadrantes a compulsiva necessidade de buscar dele próprio o julgamento final de todas as demandas, na via do recurso extraordinário.

53. Pela tendência psicológica de não conformar-se o vencido com a decisão contrária a seu interesse, pela deficiência da prestação jurisdicional em alguns Estados, pela esperança de julgamento mais acertado no Supremo — não vem ao caso qual o motivo preponderante —, inegável é que se multiplicaram os recursos extraordinários desviados de sua verdadeira finalidade ou função política, que é a de tutelar a autoridade e a unidade do direito federal, fato que repercutiu diretamente na sobrecarga de feitos a julgar.

54. Certo, em termos ortodoxos, não importa, para o recurso extraordinário, que se tenha feito alguma injustiça à parte vencida ou que se tenha negado o *jus litigatoris*; a eventual reparação dessa injustiça deve ser tentada por meio dos recursos ordinários previstos nas leis processuais. Em tema de recurso extraordinário, a preocupação única deve ser o restabelecimento do direito federal acaso violado, isto é, a solução da *quaestio juris* federal suscitada pelo recorrente em face do decidido pelo Tribunal local. Daí dizer PONTES DE MIRANDA que o recurso extraordinário procura assegurar

- a inteireza positiva do direito federal,
- a sua validade,
- a sua autoridade,
- a uniformidade de sua aplicação.

55. Ao apreciar o recurso extraordinário, o Supremo não reexamina a matéria de fato ou de prova, mesmo quando a instância de origem não o tenha feito corretamente. Tomando os fatos na versão aceita pelo acórdão recorrido, verifica a Corte, tão-somente, se o direito federal foi bem aplicado àqueles fatos ou se, ao interpretar esse direito, o Tribunal a quo divergiu de outro ou do próprio Supremo Tribunal, quanto ao *jus in thesi*.

56. Apesar de ser essa a função política desse singular recurso extraordinário previsto na Constituição, a prática dos litigantes ficou longe da ortodoxia e o Supremo acabou assoberbado com a quantidade de recursos, cujo número, por outro lado, foi reflexo do crescimento demográfico e do desenvolvimento econômico do País.

57. De há muito se tem procurado solução para o crônico mal do congestionamento da Corte e muitas foram aventadas ao longo do tempo, a saber: aumento de número de Juizes, limitação do recurso pela letra *a*, eliminação da letra *d*, uso prévio da ação rescisória, separação da matéria legal e constitucional, criação de Corte Constitucional e de Tribunal Superior de Justiça, adoção do requisito da relevância da questão federal e muitas outras.

58. Depois de ponderada reflexão e minuciosa análise de cada uma dessas hipóteses, o eminente e saudoso Ministro VICTOR NUNES LEAL, fundado no exemplo americano, preconizou a adoção do requisito da relevância, como o próprio Supremo Tribunal veio a sugerir no Anteprojeto de Reforma Judiciária enviado ao Governo em 1965. Em outro substancial artigo, prelecionou esse incansável Juiz, a quem muito deve a modernização que os serviços da Corte experimentaram a partir da década de 60:

“Afora essa medida especial acima indicada (refere-se à existência de um colegiado menor, composto de 3 juizes, no pró-

prio Tribunal *a quo*, para o juízo prévio sobre a admissibilidade do recurso extraordinário), a solução definitiva, que porá termo ao abuso do recurso extraordinário, parece ser a introdução de um requisito novo, mantidos os atuais casos de interposição.

Assim, para que o Supremo Tribunal conheça do recurso, dever-se-á exigir que a questão federal nele envolvida seja de alta relevância. Essa relevância será apreciada sobretudo do ponto de vista do interesse público. Fora dessa hipótese, na qual estão incluídas as arguições de inconstitucionalidade, o recurso extraordinário não deverá ser admitido" (*Reforma Judiciária*, DIN, 1965, p. 13).

59. Não creio que haja outra solução mais criativa e menos danosa ao figurino do recurso extraordinário, que só pode ser preservado como instrumento de defesa da Constituição e do direito federal, se for adotado o requisito da relevância.

60. Apresso-me a esclarecer que essa afirmação tem em vista o requisito da relevância, tal como o concebeu e explicou o Ministro VICTOR NUNES LEAL nos artigos de 1965, aos quais venho fazendo referência.

61. Não sou adepto do cabalístico processo autônomo da arguição de relevância, que o Supremo Tribunal vem praticando, com extensão cada vez maior, desde a reforma regimental de 1970, prevalecendo-se, para isso, da outorga dada à Corte pela Constituição, não só para excluir certas causas do campo do recurso extraordinário, como também para regular o processo e julgamento dos feitos de sua competência originária e recursal e da arguição de relevância da questão federal.

62. Se faço coro com os críticos da atual arguição de relevância, deles dirijo quanto à manutenção do requisito da relevância, porque não considero insanáveis os principais defeitos desse procedimento, que me parecem ser o processo em apartado, o tecnicismo exagerado ou quase frívolo e o julgamento secreto e não motivado.

63. Mercê desse aperfeiçoamento, o recurso extraordinário da lei federal poderia ter continuado a cargo do Supremo Tribunal, dispensada a criação do Superior Tribunal de Justiça. Na pior hipótese, desejaria, mas nisso não acredito, que o Plenário refluísse para a redação de anteprojeto anterior, que admitia recurso das decisões do STJ para o STF, quando este último considerasse relevante a questão federal suscitada.

64. Com toda a admiração que tenho pelo trabalho judicante dos eminentes Juízes do Tribunal Federal de Recursos, preste a constituírem o novo Superior Tribunal de Justiça, estou convicto, *data venia*, de que o Supremo Tribunal Federal, com a experiência haurida em um século de diuturna e constante prática de julgar recursos extraordinários, encontraria mais facil-

mente os caminhos para reduzir a quantidade de processos a nível tolerável, sem sacrificar a função política desse singular recurso extraordinário.

65. Lançando o pesado fardo aos ombros de trinta e três Ministros do Superior Tribunal de Justiça, sem permitir-lhes qualquer providência limitativa da demanda desses recursos, as conseqüências não fugirão ao dilema: ou o STJ será forçado a violar a Constituição, engendrando todos os alvites possíveis para limitar o volume de processos, até mesmo através de uma futura argüição de relevância, que também se insinuasse pela via regimental, ou o número de seus Juizes seria multiplicado por 10 ou por 100, pois só assim haverão de poder vencer a sobrecarga de trabalho, que será cada dia maior.

66. Tenho para mim que qualquer das duas hipóteses produzirá dano maior à concepção do recurso extraordinário do que conservá-lo na órbita do Supremo Tribunal Federal, com a adoção do requisito da relevância, como o defendeu o Ministro VICTOR NUNES LEAL, em fórmula isenta dos graves inconvenientes da atual argüição de relevância da questão federal.

c) Ampliação de garantias individuais

67. Outra preocupação do projeto de Constituição foi com a ampliação das garantias individuais, fato que não surpreende numa Assembléia Constituinte reunida após mais de 20 anos de governos autoritários.

68. Aos Tribunais em geral cabe julgar, além dos *habeas corpus* e mandados de segurança, que já existiam, os *habeas data* para assegurar ao brasileiro o conhecimento ou a retificação de informações e referências relativas à sua pessoa, pertencentes a registros e bancos de dados de entidades particulares, públicas ou de caráter oficial, bem como os mandados de injunção "sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania".

69. Será possível o mandado de segurança coletivo em favor dos membros ou associados de determinadas entidades; a ação de inconstitucionalidade contra ato que, por ação ou omissão, fira preceito constitucional também tem expressa previsão. Ampliou-se consideravelmente a ação popular, para a qual ficou legitimada qualquer pessoa física ou jurídica domiciliada no Brasil, demanda que poderá ser proposta visando à anulação de ato ilegal ou lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, à comunidade, à sociedade em geral, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural ou ao consumidor.

70. Todos esses instrumentos processuais e os respectivos recursos ordinários, cabíveis de eventuais decisões denegatórias, serão, por certo, utilizados com a habitual freqüência nos diversos órgãos e graus da jurisdição, concor-

rendo, sem dúvida, para o acúmulo do serviço dos órgãos colegiados federais e estaduais, tanto mais quanto menos criteriosos forem os futuros litigantes.

d) Outras normas a destacar

71. Há muitos outros pontos a destacar no projeto, mas, na impossibilidade de abordá-los todos, passo a referir alguns deles, a começar da advocatória, que saiu da competência do STF para a do STJ. Esse instituto, que se prende à Reforma Judiciária de 1977, foi muito criticado nos meios forenses, apesar da parcimônia com que o Supremo Tribunal o utilizou nestes últimos 10 anos. Para realçar esse fato, basta dizer que não vão além dos dedos da mão as avocações que vieram a ser deferidas no decênio.

72. A competência da Justiça Federal não sofreu maiores alterações, ficando a cargo dos Tribunais Regionais Federais os recursos que tocariam ao Tribunal Federal de Recursos, que será extinto, ou melhor, transformado no Superior Tribunal de Justiça.

73. Tornou-se quase ilimitado o poder normativo da Justiça do Trabalho, estimulando-se o recurso à arbitragem, de que os brasileiros não se valem com frequência, mesmo no plano das relações civis ou mercantis.

74. Manteve-se a atual competência da Justiça Eleitoral, mas se facultou a impugnação da eleição conseguida por abuso do poder econômico, corrupção ou fraude até 15 dias depois da diplomação, que, no regime ainda vigente, é o marco final da competência dessa Justiça especializada para o processo eleitoral.

75. O foro da Justiça Militar é privativo dos crimes militares, não mais sendo extensível aos civis para a repressão de crimes contra a segurança nacional e as instituições militares.

76. A competência da Justiça Estadual, que abrange todas as causas não atribuídas às Justiças Especializadas ou à Justiça Ordinária Federal, não sofreu alterações, além das já referidas — juizados especiais obrigatórios para pequenas causas cíveis e infrações penais de menor importância, juizados de instrução criminal e juízes especiais para conflitos fundiários.

77. Não poderia ter a veicidade de esgotar assunto tão amplo quanto o da organização judiciária, que ocupa cerca de 20 densas páginas do Projeto de Constituição na edição há pouco lançada pelo Centro Gráfico do Senado Federal (novembro de 1987).

78. Empreendi uma superficial análise das inovações que se me afiguraram mais relevantes e, ao concluir esta palestra com meu agradecimento à paciente atenção do ilustre auditório, coloco-me à inteira disposição de todos para o debate dos temas, que não pude senão sumariar.

Ministério Público do Trabalho

JOSÉ EDUARDO DUARTE SAAD

Procurador Regional do Ministério Público
do Trabalho, em São Paulo. Professor.
Ex-Assessor Jurídico de Ministro do Supremo
Tribunal Federal

SUMÁRIO

- I — *EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO*
 - 1. *De sua obrigação de defender direitos pessoais à defesa de direitos pessoais.*
 - 2. *Da justiça nas sociedades primitivas à sociedade moderna e o Ministério Público.*
- II — *EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PAÍS*
- III — *O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO*
 - 1. *Evolução histórica no Brasil.*
 - 2. *Organização e atribuições.*
- IV — *ASPECTOS GERAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ATUAL E SEUS REFLEXOS NA REESTRUTURAÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO*

CONCLUSÃO

I — EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

1) *De sua obrigação de defender direitos pessoais à defesa de direitos impessoais*

Um mergulho na história revela que o Ministério Público, nas suas origens, tinha a obrigação de defender os interesses particulares ou pessoais do rei e, posteriormente, os interesses do governo.

Preocupados com seu fortalecimento, os monarcas procuraram intervir nos tribunais dos senhores feudais. Foi com o Rei Felipe, o Belo, que houve a edição da célebre *Ordonnance*, de 25 de março de 1303 (1302, segundo AMARAL SANTOS, *Primeiras Linhas do Direito Processual Civil*, p. 109). Esse documento, por fazer alusão aos “gens du roi”, é apontado por todos como a certidão de nascimento do Ministério Público.

Assim, “les gens du roi” surgiram para atender ao desejo do monarca de intervir nos tribunais feudais para enfraquecê-los e permitir que a Coroa monopolizasse a distribuição da Justiça. A par disso, tinham a incumbência de defender os direitos da Coroa e seus interesses pessoais.

Com a Revolução Francesa, em 1789, iniciou-se outra etapa para o Ministério Público. Passou a ser o elo de ligação entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Não mais representava os interesses do rei junto aos juízes, mas, sim, os interesses do governo. Não houve, portanto, mudança alguma. Em lugar dos interesses do rei, continuou ele a defender os interesses do governo, isto é, da administração, como entidade individualizada.

Com a explosão dos ideais do liberalismo, profunda reforma administrativa sofreu o Estado. Por força desse ideário que gerou o “*État-Gendarme*”, o Ministério Público permaneceu com aquelas atribuições próprias de sua origem: perseguição criminal e defesa dos interesses concretos do próprio governo.

Dentro dessa perspectiva histórica, em que os países tinham suas instituições moldadas pelos princípios clássicos do liberalismo, o Ministério Público pouco avançou. Continuava a ser titular da ação penal pública e, fora dessa órbita, procura intervir em ações civis em que havia o debate de interesses do governo e do próprio governante, e não do Estado e da sociedade.

2) *Da justiça nas sociedades primitivas à sociedade moderna e o Ministério Público*

Do exame das sociedades primitivas, constata-se que os poderes eram centralizados em uma única pessoa, e as próprias funções públicas e as

atividades particulares não se distribuía de forma harmônica. Nesse tipo de sociedade, todas as necessidades sociais ou individuais são satisfeitas pelo soberano; tudo é resolvido do alto do trono.

Então, indaga-se: quando começou a separação dos poderes no Estado e de suas funções?

Iniciou-se com o atendimento das justas reivindicações liberais, sendo a separação dos poderes uma conquista de ordem política. É certo, porém, que, em épocas mais recuadas, há sinais do esforço para se dividir o Poder, mas foi o liberalismo que universalizou a tripartição do Poder.

Não é sem razão que, na sociedade moderna, o Ministério Público é erigido em órgão do próprio Estado, e que viceja no regime democrático, no Estado de direito moderno.

Sobre essa separação dos poderes, PAULO SALVADOR FRONTINI, ex-Procurador-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, diz com sua peculiar precisão:

“Foi nesse momento, também, que os cidadãos, escarmentados da prepotência do Estado absoluto, sujeitando todos os súditos aos caprichos do monarca (“L’État c’est moi. . .”), impuseram o princípio de separação dos Poderes, inspirado na célebre fórmula de Montesquieu. Instituíam-se o sistema de freios e contrapesos: quem legisla, não administra, nem julga; quem julga, não administra, nem legisla; e como quem julga, manifesta-se por último, não pode julgar de ofício; há de ser provocado pelo interessado. Aqui estão as raízes do Ministério Público: “O Ministério Público é filho da democracia clássica e do Estado de direito” (*apud* “Ministério Público, Estado e Constituição”, Revista *Iustitia*, vol. 90, p. 251).

Assim, os poderes e suas funções numa sociedade foram distribuídos por diversas razões; às vezes, por mera questão prática: economia, eficiência, acerto e oportunidade das deliberações. Porém, outras vezes o fato ocorreu por força das reivindicações políticas, para melhor garantia da liberdade.

No que tange à realização da Justiça, observa-se que, em certo momento histórico, o juiz estava investido de poderes relativos à prática de atos de decisão (*juízo*), de instrução processual e de documentação, além dos *poderes acusatórios*. Vigia o denominado *sistema inquisitorial*. A ação do juiz nesse sistema era realmente independente e desvinculada de qualquer outro órgão. Havia a plena concentração de funções processuais no próprio órgão judicante.

Esse sistema inquisitorial (quem acusa, julga ou, então, “*in iudex procedat ex officio*”) sempre foi encarado com desconfiança. A liberdade de uma pessoa ou certos outros relevantes interesses seus ou da sociedade

ficavam à mercê de um único homem, que dava início à ação judicial, produzia as provas e julgava, condenando ou absolvendo.

Por força daquelas reivindicações liberais, aquele comando unitário do juiz na ação foi cindido, surgindo, daí, o *sistema acusatório*. Com ele, foi reservada ao Ministério Público a obrigação ora de acusação perante o juiz, ora de defesa de certos interesses marcadamente públicos e indisponíveis, sob pena de evidentes prejuízos para a sociedade.

O que seja e qual a extensão dos interesses públicos e indisponíveis, que determina a atuação do Ministério Público, eis a questão que a seguir iremos abordar.

Neste momento, deve-se sobrelevar que, afastado o sistema inquisitorial (“in iudex procedat ex officio”), foi erigido o sistema acusatório ou contraditório no processo, cuja regra basilar é “ne procedat iudex ex officio”.

Acerca da conveniência de o juiz ser despojado dos poderes inquisitoriais no processo, o saudoso Ministro JOSÉ GERALDO RODRIGUES ALKMIN, do Colendo Supremo Tribunal Federal, em brilhante conferência feita em 1973, por ocasião do II Congresso Nacional do Ministério Público, dissertou sobre o assunto nos seguintes termos:

“Bem sabeis que, na forma de governo que nos rege, a dois Poderes se atribui a chamada realização do direito: ao Executivo e ao Judiciário. Ora, a distinção entre a atividade jurisdicional e administrativa afasta positivamente a hipótese de as atividades concernentes à defesa da ordem jurídica, através da investigação e da promoção de medidas tendentes à persecução criminal, possam enquadrar-se no conceito de jurisdição. Nem seria conveniente a desconfiança — creio que justificável — com que se encara o princípio inquisitivo. E a desconfiança — permito-me dizê-lo — não se prende somente ao “ne procedat iudex ex officio”. Não é tão-só a iniciativa do procedimento penal, de ofício, que pode marear a segurança da imparcial serenidade com que as causas devem ser decididas. A ampla liberdade investigatória conduz, igualmente, aos preconceitos e à possível quebra do equilíbrio na apreciação das razões expostas no contraditório. Ainda há pouco reproduzimos o pensamento de CARNELUTTI sobre o destacar-se o Ministério Público do juiz. Se a este se confiasse a função de investigar, também estaria comprometida, pela possibilidade de preconceitos resultantes da investigação, a sua imparcialidade. Nem se diga que, hoje, os juízes dispõem de poderes instrutórios. Eles lhes são limitados ou restritos a elementos constantes nos autos” (Revista *Justitia*, vol. 80, pp. 22 e seguintes).

Portanto, e como decorrência do salutar sistema do contraditório processual, imperante nos regimes jurídicos das sociedades democráticas

contemporâneas, o juiz deve permanecer inerte até ser provocado por um dos litigantes, com a propositura da ação, mantendo-se, contudo, numa posição "super partes" a fim de resolver a lide com justiça e imparcialidade.

II — EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PAÍS

No Brasil, o Ministério Público teve uma história marcada por um colorido próximo da de outros países.

No período colonial, houve a regulamentação dos Tribunais da Relação da Bahia, em 9 de janeiro de 1609, que era composto de desembargadores, um Procurador de Feitos da Coroa e da Fazenda, e um Promotor de Justiça. Tinha o órgão a atribuição de "conservar as terras do Brasil e dar ordem à sua população, visando a exaltação da fé e o proveito do reino..." (conf. o Regimento de 17 de dezembro de 1548, que criou o Governo Geral). Esse Tribunal tinha que aplicar as Ordenações Filipinas.

Com nossa Independência, foi editada a Constituição Imperial de 1824, marcadamente liberal. Elaborou-se, então, o Código de Processo Criminal, discriminando com alguma precisão a atuação do Ministério Público. O papel da instituição, porém, no campo do processo civil ficou contido em referências legais esparsas.

Durante o Império, os Promotores eram nomeados pelo Imperador no Município da Corte e, pelos presidentes, nas províncias, sendo eles, contudo, demissíveis "ad nutum" (Lei n.º 261, de 3 de dezembro de 1841, e seu Regulamento, Decreto n.º 120, de 1841).

Com a Proclamação da República, em 1889, o paulista Manuel Ferraz de Campos Sales assumiu a Pasta da Justiça do Governo Provisório. Sua sólida cultura jurídica, aliada ao desassombro próprio de um bandeirante, levaram-no a introduzir, na lei brasileira, o Ministério Público com nova roupagem, como se observa do Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890. Dizia Campos Sales, já naquela época, que o Ministério Público é uma instituição necessária em toda a organização democrática e imposta pelas normas de justiça.

A Constituição de 1891 estabeleceu a nomeação do Procurador-Geral da República pelo Presidente da República, dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Posteriormente, as garantias reconhecidas ao Ministério Público pelo decreto de lavra de Campos Sales foram subtraídas.

Com a Constituição de 1934, houve a revitalização do Ministério Público. Além de apontá-lo como órgão formalmente constitucional, concedeu estabilidade aos Promotores mediante concurso para ingresso na carreira. Aboliu o critério de escolha do Procurador-Geral da República dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A Carta de 1937 nem ao menos mencionou a existência do Ministério Público. Apenas fez consignar a forma de investidura do Procurador-Geral da República.

Em 1946, o Ministério Público foi tratado pela Constituição em título próprio, que regulava a carreira, o concurso público e a estabilidade.

A Constituição de 1967 provocou o deslocamento da instituição para o capítulo do Poder Judiciário, mantida a exigência do concurso de ingresso, fixada na Emenda Constitucional n.º 1/69, que, mais uma vez, mudou sua localização no quadro constitucional, levando-a para o capítulo do Poder Executivo.

Observa-se que a trajetória evolutiva do Ministério Público está marcada por avanços e retrocessos. Neste momento em que a Nação brasileira está debruçada sobre a árdua tarefa de elaborar nova Constituição, o Ministério Público deverá receber um tratamento adequado e moderno. Isto porque, sendo o Ministério Público o guardião da própria Constituição, incumbido de defender a ordem jurídica e os interesses sociais indisponíveis, considerado como permanente, essencial e necessário à prestação jurisdicional, irão os dignos constituintes ter o elevado descortino de fazer constar do futuro texto constitucional os princípios fundamentais do órgão, suas atribuições essenciais e as garantias asseguradas a ele e a seus agentes.

III — O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

1) *Evolução Histórica no Brasil*

Sob a égide da Constituição de 1937, foi editado o Decreto-Lei n.º 1.346, de 15 de junho de 1939, alterado pelo de n.º 2.852, de 10 de dezembro de 1940, que, reorganizando o Conselho Nacional do Trabalho, deu surgimento ao Ministério Público do Trabalho, subordinado ao antigo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

Sob esse regramento legal, o Ministério Público do Trabalho teve seu direcionamento divorciado dos princípios básicos da instituição anteriormente expostos. Observa-se, do art. 14 do diploma legal em foco, que

“A Procuradoria do Trabalho será composta:

- a) da Procuradoria-Geral, funcionando junto ao Conselho Nacional do Trabalho, e, ainda, como órgão de coordenação entre a Justiça do Trabalho e o Ministério Público, Indústria e Comércio;
- b) da Procuradoria Regional, junto aos Conselhos Nacionais, e com idênticas funções de coordenação entre eles e as autoridades locais do Ministério.”

Em sua origem, o Ministério Público do Trabalho era mero órgão de coordenação entre o Ministério do Trabalho e os Conselhos do Trabalho.

Nesse período, o Ministério do Trabalho tinha, inclusive, o poder de reformar as decisões proferidas em dissídios individuais. Já nos dissídios coletivos, se as partes não aceitassem o juízo arbitral, a questão era submetida ao Ministério do Trabalho, cujo titular tinha o poder de constituir uma comissão especial para impor uma solução, por meio de um laudo, aos conflitos de interesse entre empregados e empregadores.

Em 1940, a Justiça do Trabalho ganhou autonomia. Porém, só em 18 de setembro de 1946, quando foi editada a Constituição Federal, é que ela passou a integrar o Poder Judiciário, e seus integrantes revestidos das garantias inerentes à magistratura.

Apesar da profunda modificação na estrutura jurídica do País decorrente da Constituição de 1946, o Ministério Público do Trabalho permaneceu com as mesmas atribuições inspiradas pela Constituição outorgada de 1937. A Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, limitou-se a repetir monotonamente as atribuições e estrutura do órgão, nada lhe acrescentando. Passados mais de quarenta anos, a instituição encontra-se na mesma situação de origem.

Em 1951, editou-se a Lei n.º 1.341 para disciplinar a estrutura e funcionamento do Ministério Público da União, nada dispondo, porém, para afastar o Ministério Público do Trabalho do seu imobilismo (*conf. arts. 65 usque 67*), que subsiste decorridos mais de 44 anos.

Único fato digno de nota ocorreu com o Ministério Público do Trabalho em 1967, com o Decreto-Lei n.º 290, que implantou a reforma da administração pública e deslocou-o da órbita administrativa do Ministério do Trabalho para a do Ministério da Justiça, onde permanece até a presente data.

2) Organização e atuais atribuições do Ministério Público do Trabalho

Impõe a Consolidação das Leis do Trabalho, desde a data de sua elaboração em 1943, ao Ministério Público do Trabalho uma organização esquelética e de há muito anacrônica, nos seguintes termos, *ex vi* do disposto no artigo 740:

“Art. 740. A Procuradoria da Justiça do Trabalho compreende:

a) uma Procuradoria-Geral, que funcionará junto ao Tribunal Superior do Trabalho;

b) doze (hoje treze) Procuradorias Regionais, que funcionarão junto aos Tribunais Regionais do Trabalho.”

Não está, portanto, o Ministério Público do Trabalho organizado junto à primeira instância da Justiça do Trabalho, isto é, junto às Juntas de Conciliação e Julgamento, inobstante os termos da Constituição atual, art. 94, “a lei organizará o Ministério Público da União junto aos Juízes e Tribunais Federais”.

Com base nessa frágil organização, o Título IX da Consolidação das Leis do Trabalho elenca as diversas atribuições do Ministério Público do Trabalho, atribuições estas inadequadas para o presente momento social, político e econômico que o País atravessa, como iremos apontar mais à frente. Acresce notar que, além dessas atribuições constantes do Título IX, o órgão tem mais as seguintes:

1) propor em seu próprio nome ação para postular direitos de menor de 18 anos sem representante legal (art. 793, CLT);

2) existindo na decisão judicial evidentes erros ou enganos de escrita, de datilografia ou de cálculo, poderão eles ser corrigidos por requerimento do Ministério Público do Trabalho (art. 833, CLT);

3) a reclamação trabalhista poderá ser apresentada por intermédio das Procuradorias Regionais do Trabalho (art. 839, b, CLT);

4) ocorrendo suspensão coletiva do trabalho, evidentemente ao arrepio da lei específica (Lei n.º 4.330/64, a da greve), o Ministério Público requererá ao Tribunal a instauração da instância (art. 856, CLT);

5) no campo do direito coletivo, por solicitação da Procuradoria da Justiça do Trabalho, a decisão (evidentemente judicial e anterior) sobre novas condições de trabalho poderá também ser estendida a todos os empregados da mesma categoria profissional compreendida na jurisdição do Tribunal (art. 869, d, CLT);

6) decorrido mais de um ano de sua vigência, uma sentença normativa poderá ser revista por iniciativa do Ministério Público do Trabalho (art. 874, CLT);

7) no processo de execução, e quando se tratar de decisão dos Tribunais Regionais, a execução poderá ser promovida pelo Ministério Público do Trabalho;

8) o Ministério Público do Trabalho poderá recorrer das decisões proferidas nos dissídios coletivos quanto à parte que exceder o índice fixado pela política salarial do Governo, recurso este que terá, sempre, efeito suspensivo. É o art. 8.º da Lei n.º 5.584/70 que lhe reserva essa incumbência de ser o guardião da política salarial;

9) o Ministério Público do Trabalho poderá interpor recurso ordinário das decisões dos tribunais trabalhistas que estabeleçam aumento a título de reposição salarial, podendo, inclusive, propor ação rescisória contra elas (art. 22, parágrafo único, do recente Decreto-Lei n.º 2.284/86);

10) o Ministério Público do Trabalho deverá presidir a mesa apuradora dos votos relativos às deliberações das entidades sindicais arroladas no art. 524 da CLT (§ 3.º, art. 524, CLT), notadamente às eleições para renovação de suas diretorias;

11) outra atividade extrajudicial do Ministério Público do Trabalho é aquela de presidir as assembleias para deliberação de greve (conf. arts. 6.º, 11, 23 e 24 da Lei n.º 4.330/84);

em conclusão: pela organização e atribuições reservadas pela lei ao Ministério Público do Trabalho, urge adequá-lo às novas condições sócio-econômicas do nosso País.

IV — ASPECTOS GERAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ATUAL E SEUS REFLEXOS NA REESTRUTURAÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Como foi já destacado, o “État-Gendarme” passou a ceder sua posição para o surgimento do Estado do Bem-Estar Social (“Welfare State”). Os princípios do liberalismo selvagem, em que se assentava, mostravam as consequências maléficas para o todo social. Não mais se aceitava — como ainda hoje não se aceita — que, sob o pretexto do uso de sua ampla e irrestrita liberdade, o homem viesse a causar danos a outros homens mais frágeis, mais débeis por suas condições sociais e econômicas, e, com isso, causar repercussões, evidentemente, negativas na própria estrutura e equilíbrio da sociedade.

Assim, o Estado moderno, atento à questão social, tem por objetivo reforçar as defesas do essencial para que haja o perfeito desenvolvimento da dignidade do ser humano. Inegavelmente, precisam ser contidas essas forças terrivelmente poderosas que surgiram no mundo moderno, sob pena de o homem ter sua natureza divina violentada e aniquilada.

Como resultado dessa mudança na estrutura política do Estado (do “État-Gendarme” para o “Welfare State”), o Ministério Público passou a sofrer profundas modificações em todos os quadrantes do Universo.

Sob o influxo dessa mudança política, de simples defensor dos interesses particulares ou pessoais do rei ou do governo, em sua origem, o Mi-

nistério Público passa a ser considerado um órgão do próprio Estado (e não do Governo), e com a atribuição de tutelar os interesses impessoais ou públicos. É considerado a personificação da própria sociedade na defesa dos seus interesses junto ao Poder Judiciário.

Nesse passo, impõe-se a realização da distinção entre o interesse particular e o interesse público e indisponível.

O *interesse particular* é o interesse individualizado, direto, imediato da própria pessoa. É o interesse próprio, que afeta diretamente a pessoa e seu patrimônio. Opõe-se, assim, ao interesse alheio, que é de outrem, que não lhe é próprio.

Já o *interesse público* é o que se assenta em fato ou direito de proveito coletivo ou geral. Está, pois, adstrito a todos os fatos ou a todas as coisas que se entendem de benefício comum ou para proveito geral, ou que se imponham por uma necessidade de ordem coletiva. Além disso, é o interesse que não pode ser disposto pelos particulares, sob pena de acarretar prejuízos não somente a eles, mas, também, à sociedade.

Atente-se para o fato de que, quando o interesse é regulado por uma regra jurídica dispositiva, afirma-se que se trata de um interesse disponível, eis que submetido à vontade da pessoa, que dele pode livremente dispor. É o interesse particular.

Entretanto, quando o interesse é regulado por uma norma cogente, imperativa ou de ordem pública (como é o caso da maioria das regras do direito do trabalho), vê-se que o interesse é indisponível.

O Ministério Público tem, portanto, como pressuposto de sua atuação a existência de um interesse público. E os casos de interesse público vão aumentando na mesma proporção das necessidades de uma sociedade, como decorrência da figura do homem, que se projeta sobre todas as coisas, por ser a sua medida.

Delimitando o sentido de interesse público, que determina a atuação do Ministério Público, infere-se que ele, sendo a personificação da sociedade, é uma consequência inevitável do regime democrático e do Estado de direito. Surge como um órgão do próprio Estado para a defesa e tutela do interesse público e da ordem jurídica junto ao Poder Judiciário.

Mas, insista-se, qual é a função do Ministério Público no Estado de direito?

Ora, a sociedade cria determinados bens, que são necessários à sobrevivência física, intelectual e moral dos indivíduos particularmente considerados. Mas na sobrevivência dos indivíduos está a sobrevivência da própria

sociedade. Assim, certos bens indispensáveis à existência do homem e da sociedade, como a vida, o trabalho, o patrimônio etc., são elevados à categoria de bens jurídicos, e que merecem ser devida e energeticamente preservados e protegidos.

A atuação firme e eficiente do Ministério Público na defesa dos interesses maiores da sociedade junto ao Poder Judiciário, tendo em vista o desenvolvimento do bem comum, é uma conseqüência da democracia e do Estado de direito.

Como bem observa BENEDICTO DE CAMPO, nos Estados totalitários é o Ministério Público um simples apêndice do Poder Executivo. Arremata, dizendo que, “neste tipo de Estado, o Ministério Público é mero executor de ordens dos donos da situação, posição aliás idêntica à de todos os demais órgãos, inclusive o Judiciário. Aliás, muito bem disse MÁRIO MOURA que o clima do Ministério Público, “sua altitude melhor, é a do regime democrático, onde há respeito pelas liberdades, onde há submissão à lei” (*Ministério Público e Novo CPC*, ed. Rev. dos Tribunais, 1976, p. 26).

Em face dessas citações, observa-se a atualidade dos pensamentos e atos do paulista CAMPOS SALES, no início da República, ao asseverar que o Ministério Público é uma organização necessária à própria democracia.

Esses princípios norteadores da atuação do Ministério Público, em virtude do denominado interesse público e indisponível, encontraram ressonância no direito de diversos países.

Na Itália, dispõe o art. 70 da lei processual que o Ministério Público... “può infine intervenire in ogni altra causa in cui ravvisa un pubblico interesse”.

Afirmam alguns que esse dispositivo influenciou nosso legislador ordinário ao elaborar o art. 82, III, do Código de Processo Civil:

“Art. 82 — Compete ao Ministério Público intervir:

.....

III — em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.”

Na lei italiana temos, ainda, o Ministério Público funcionando como titular da ação (art. 69 da lei processual), em moldes próximos do que ocorre no Brasil (art. 81 do Código de Processo Civil: “O Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes.”)

Já na França, e apoiando-nos em JEAN VINVENT, constata-se que, apesar da principal função do Ministério Público estar na área criminal,

existe um forte esforço legislativo para ampliar sua área de atuação no processo civil, quando existe a necessidade da defesa do interesse público ou da "ordem pública". Esse autor gaulês anota, inclusive, que a atuação do órgão foi ampliada a partir da Lei de 10 de julho de 1970, que lhe renovou a merecida projeção. Aliás, o Código de Processo Civil francês, que sofreu alteração através do Decreto n.º 72.684, de 20 de julho de 1972, fez consignar a faculdade ao Ministério Público de pedir vista de qualquer outra causa, além daquelas elencadas, na qual ele repute que deva intervir.

Do 1.º Projeto de Constituição, da Comissão de Sistematização da Assembléia Nacional Constituinte (julho/87), consta o seguinte:

1) o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 230);

2) são princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (art. 230, § 1.º);

3) ao Ministério Público fica assegurada a autonomia funcional, administrativa e financeira, com dotação orçamentária própria e global, competindo-lhe dispor sobre sua organização e funcionamento, prover seus cargos, funções e serviços auxiliares, obrigatoriamente por concurso de provas e de provas e títulos (art. 230, § 2.º);

4) o Ministério Público proporá ao Legislativo a fixação de vencimentos e vantagens de seus membros e servidores, a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, bem como seus orçamentos, aplicando-se o disposto nos §§ 1.º e 5.º do art. 196 (art. 230, § 3.º);

5) são funções institucionais do Ministério Público, na área de atuação de cada um dos seus órgãos:

I — promover, privativamente, a ação penal pública:

II — promover ação civil para a proteção do patrimônio público e social, dos interesses difusos e coletivos, notadamente os relacionados com o meio ambiente, inclusive o do trabalho, e os direitos do consumidor, dos direitos indisponíveis e das situações jurídicas de interesse geral ou para coibir abuso da autoridade ou do poder econômico;

III — representar por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal quanto à Constituição do Estado, de lei ou ato normativo municipal em face desta Constituição e para fins de intervenção do Estado no Município;

IV — defender, judicial e extrajudicialmente, os direitos e interesses das populações indígenas, quanto às terras que ocupam, seu patrimônio material e imaterial, e promover a responsabilidade dos ofensores;

V — requisitar atos investigatórios e exercer a supervisão da investigação criminal;

VI — intervir em qualquer processo, nos casos previstos em lei, ou quando entender existir interesse público ou social relevante;

VII — referendar acordos extrajudiciais que terão força de título executivo;

VIII — expedir notificações e requisitar informações e documentos;

IX — requisitar atos investigatórios criminais, podendo acompanhá-los, e efetuar correição na Polícia Judiciária, sem prejuízo da permanente correição judicial;

X — exercer outras funções que lhe forem conferidas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica das pessoas jurídicas de direito público (art. 233);

6) a titularidade das ações civis pelo Ministério Público prevista no item anterior, II, não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuserem esta Constituição e a lei (art. 233, § 4.º);

7) as funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira (art. 233, § 5.º).

Desde já, deve ser feita uma observação. Sendo minucioso o texto constitucional em elaboração, e que trata das funções institucionais do Ministério Público, somos de pensamento de que conste, expressamente, a promoção da ação trabalhista. Há de se convir que ela não se confunde com a ação civil pública, doutrinariamente calcada nos denominados interesses difusos. Constando essa titularidade do Ministério Público da ação trabalhista, deverá o art. 230, § 4.º, sofrer adequação, e que passará a ter a seguinte redação: "A legitimação do Ministério Público para as ações civis e trabalhistas previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuserem esta Constituição e a lei".

Examinamos, agora, os reflexos desses atuais aspectos e tendências do Ministério Público em seu ramo especializado do Ministério Público do Trabalho.

Inexiste a possibilidade, atualmente, do Ministério Público do Trabalho de promover a defesa adequada da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, posto que não está munido da titularidade de ações nesse sentido, *ex vi* do disposto no art. 81 do Código de Processo Civil, e porque não está ele devidamente organizado junto à 1.ª instância da Justiça do Trabalho.

Assim, por não possuir, legalmente, atribuições e estrutura administrativa institucionais consentâneas com a realidade social, política e econômica, o objetivo maior do Ministério Público do Trabalho de defesa dos interesses públicos e individuais indisponíveis não é alcançado.

Relativamente à organização do Ministério Público do Trabalho, já na atual Constituição de 1969, art. 94, existe a previsão de o Ministério Público do Trabalho ser organizado junto à 1.ª instância.

Estabelece o art. 94 da Constituição o seguinte:

“Art. 94 — A lei organizará o Ministério Público da União junto aos Juízes e Tribunais Federais.”

Sendo o Ministério Público do Trabalho um dos ramos do Ministério Público da União (conf. Lei n.º 1.341, de 30 de janeiro de 1951), deveria estar organizado junto à 1.ª instância. Trata-se, então, de uma instituição com tronco e cabeça, já que está organizada, tão-somente, junto aos Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho, não possuindo membros inferiores, que são sua base, provocando sua ausência junto às Juntas de Conciliação e Julgamento.

Uma pausa aqui deve ser feita.

Se desde sua criação devia o Ministério Público do Trabalho ser organizado em todas as instâncias da Justiça do Trabalho, máxima cautela deve ter o legislador constituinte para que tal vício não seja eternizado. Existe a possibilidade de eternização dessa impropriedade, caso não venha ser inscrito, expressamente, no art. 231 do Projeto de Constituição, um inciso II com a seguinte redação:

“Art. 231. O Ministério Público compreende:

I — o Ministério Público Federal, que oficiará perante o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Contas da União e os Tribunais e Juízes Federais comuns;

II — o Ministério Público do Trabalho, que atuará em todos os órgãos da Justiça do Trabalho.”

Feita essa observação, continuemos o exame da questão proposta, qual seja, reestruturação do Ministério Público do Trabalho, questão essa que é considerada nossa primeira preocupação desde nossa posse, como Procurador Regional do Trabalho, em São Paulo, e sobre a qual produzimos diversos estudos.

Não nos parece despropositado, nesta oportunidade, dar, em resumo, as idéias, as observações e mesmo o elevado escopo que se encontra na raiz dos citados estudos.

Data de 1939 o primeiro diploma legal que cuidou do estabelecimento das atribuições do Ministério Público do Trabalho. Quatro anos após, a Consolidação das Leis do Trabalho deu guarida a essas disposições. E elas se mantêm inalteradas cerca de meio século após.

Nos primeiros tempos de aplicação das leis trabalhistas, tinha o País, no máximo, 5 milhões de trabalhadores urbanos e rurais. Hoje, conta com mais de 65 milhões.

Por força de preceitos obsoletos, que vêm resistindo às incríveis mudanças operadas no panorama sócio-econômico, o Ministério Público do Trabalho permanece de mãos atadas diante de 90% do contingente operário que não pertencem a qualquer organização sindical e que, por via de consequência, são marginalizados quando em litígio com seus empregadores.

É imperioso retirar o Ministério Público do Trabalho da clausura em que está lançado junto aos Tribunais. Liberdade maior deve ser outorgada a ele com a admissão dos denominados Promotores do Trabalho. Muito pode e muito deve ele fazer para o desenvolvimento e aperfeiçoamento do regime democrático sob a égide do direito e da justiça social.

Na 1.^a instância, e no âmbito das relações individuais do trabalho, há questões que, por sua natureza e relevância, exigem a interferência do Ministério Público. Exemplificamos com os seguintes casos:

a) quando estão em discussão os interesses de pessoas representadas por tutores e curadores;

b) nas causas de interesse dos incapazes em geral, inclusive trabalhadores menores de 18 e maiores de 12 anos;

c) nas causas em que o trabalhador maior discute um direito adquirido na sua menoridade;

d) nas causas em que o empregado é analfabeto;

e) nas ações em que se discute a existência da insalubridade ou periculosidade;

f) nas ações cautelares nas hipóteses em que existe grave e iminente risco à saúde do trabalhador em virtude de agentes nocivos ambientais;

g) nas ações em que se postula o cumprimento de uma sentença normativa ou pacto coletivo;

h) nos casos para impedir fraude às execuções trabalhistas por meio de dilapidação do patrimônio da empresa;

i) nas ações em que se discute a dispensa de membros da CIPA, de dirigente sindical;

j) nas ações em que se postulam as diferenças de salário mínimo;

l) nas ações em que se pede a apuração de ato de improbidade, embriaguez e uso de tóxicos;

m) nos casos em que se argúi inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, impedimento ou suspeição de juiz ou conflito de competência;

n) nos casos em que se discutem diferenças salariais e que originam créditos do FGTS, Iapas e Imposto de Renda; etc.

Levando o Ministério Público do Trabalho à primeira instância, estar-se-á proporcionando aos trabalhadores uma efetiva proteção, ou melhor, dando à legislação trabalhista maior eficácia, maior alcance social. A despesa não é das mais expressivas e o resultado social dos maiores, mormente quando se pensa que gira em torno de 10% o índice de sindicalização dos trabalhadores urbanos, 5,8% dos trabalhadores rurais paulistas e 2,8% dos trabalhadores rurais no Norte e Nordeste do País, estando o restante marginalizado.

Nesse passo, vale enfatizar a seguinte contradição quando se cria uma Junta de Conciliação e Julgamento para substituir a Justiça comum.

Quando a Justiça comum estadual está investida de jurisdição trabalhista em virtude de inexistir na localidade uma Junta de Conciliação e Julgamento, ela é perfeita por funcionar junto dela o Ministério Público Estadual, com amplos poderes.

Porém, quando se cria uma Junta de Conciliação na localidade, com o objetivo de aperfeiçoar a própria Justiça do Trabalho, a assistência aos interesses violados dos trabalhadores não é mais realizada pelo Ministério Público, ficando a Justiça despida de harmonia em seu funcionamento. E isso por não haver previsão em lei ordinária de que o Ministério Público do Trabalho, ou o Ministério Público Estadual, na ausência do primeiro, funcionará junto às Juntas de Conciliação e Julgamento.

Numa primeira etapa de organização do Ministério Público do Trabalho junto à primeira instância com a contratação dos denominados Promotores do Trabalho, poderá ser outorgado ao Ministério Público Estadual o exercício de suas atribuições, como já ocorre com o Ministério Público Federal. Poderá estar vazada a lei, que regulamente a matéria, nos seguintes termos:

“Nas localidades em que não houver representante do Ministério Público do Trabalho ou onde estiver ele impedido por qual-

quer motivo, suas funções serão transferidas para o Ministério Público Estadual.”

O desenvolvimento acelerado, galopante, das atividades econômicas do Brasil trouxe, em sua esteira, extensa gama de novos riscos para a saúde de mesmo para a vida do trabalhador. Bem sabemos que o fenômeno é verificável em qualquer país que, como o nosso, sai do estágio agropecuário para adentrar, abruptamente, o da industrialização, sem preparar os necessários quadros de pessoal para sustentar, em boas bases humanas, o processo de transformação.

Todavia, é essa a realidade fática: geral desconhecimento das técnicas mais elementares objetivando a defesa da saúde ocupacional.

Em razão desse fato, tenho assistido, com muita tristeza, a menores e mulheres trabalhando sob condições as mais agressivas e não me é dado movimentar o Ministério Público do Trabalho para defendê-los, pelo menos, perante o Judiciário.

Invariavelmente, no caso dos trabalhadores que trabalham em atividade insalubre, vão à Justiça do Trabalho postular o denominado adicional de insalubridade. A Fiscalização do Trabalho, constatando alguma infringência à CLT, impõe ao empregador multas em valor pecuniário, que é irrisório legalmente. Contudo, essas medidas não eliminam os agentes nocivos à saúde dos trabalhadores.

Não havendo autorização legal do Ministério Público do Trabalho em agir judicialmente para compelir o empregador a adotar medidas de proteção à vida dos trabalhadores — mulheres, homens e menores —, continuaremos a ser, como o vulgo aponta, “campeões” do acidente do trabalho do mundo. Destaque-se que gastamos cerca de 14% do Produto Nacional Bruto em acidente de trabalho. Sem margem de erro, caso o Ministério Público do Trabalho tivesse a atribuição de agir em 1.^a instância nessa área, diminuiria, brutalmente, o índice de acidentes do trabalho, com economia para os cofres previdenciários e acarretando maior rendimento do nosso produto bruto.

Poder-se-á alegar que, quando o empregador lesa a integridade física do trabalhador ou causa sua morte, existe a perseguição e punição criminais. Ora, a punição criminal, apenas, não resolve o problema dos outros trabalhadores. Continuarão eles expostos aos agentes agressivos à saúde e que estejam presentes no local de suas funções. Não é moral, inclusive, utilizar tal argumento. Viola sua natureza humana quando se pretende proteger o trabalhador após a morte de muitos outros. Há necessidade de mecanismos de prevenção do acidente do trabalho e que devem ser concedidos ao Ministério Público do Trabalho.

Este feixe de situações individuais forma ponderável parcela da sociedade. Incapaz de identificar as verdadeiras causas de sua adversidade, esses

grupos humanos se convertem em terra fértil para a proliferação de ideologias malsãs e antidemocráticas.

No entanto, com a admissão de cerca de 400 (quatrocentos) Promotores do Trabalho (Procuradores de 1.^a instância — JCI), poderemos criar, em todo o País, condições susceptíveis de reforçar as defesas do regime político recém-instaurado.

No campo do direito coletivo do trabalho tem, também, o Ministério Público muito o que fazer, desde que devidamente instrumentalizado. Vejamos algumas das situações “de lege ferenda”:

a) a tentativa de conciliação dos conflitos coletivos de trabalho, que hoje se faz no âmbito exclusivo do Ministério do Trabalho, é transferida para o Ministério Público do Trabalho pela vontade das partes;

b) o Ministério Público do Trabalho poderá servir de árbitro quando as partes o desejarem;

c) é suprimida a audiência de conciliação no Tribunal do Trabalho. O processo ganhará significativa celeridade. Sendo realizada a fase conciliatória no Ministério Público do Trabalho, torna-se desnecessária sua repetição no Judiciário, indo, assim, o processo direto para julgamento;

d) o Ministério Público do Trabalho *deverá* requerer a qualquer autoridade providências para que a lei seja respeitada e punidos ou processados os infratores;

e) o Ministério Público do Trabalho referendará acordos extrajudiciais com força de título executivo.

É inegável que a projetada estrutura do Ministério Público do Trabalho determinará sua atuação com independência funcional, ainda que parcimoniosa, defendendo relevantes interesses da comunidade quando em conflito. Por isso, é curial que ele seja dotado de poderes que lhe permitam defender a coletividade contra excessos de um e outro grupo social.

CONCLUSÃO

Lembramo-nos do lapidar ensinamento de LACORDAIRE de que “A liberdade somente é possível no país onde o direito paire acima das paixões”.

Ora, um dos instrumentos que o Estado democrático tem para que haja a defesa do direito perante o Poder Judiciário acima das paixões é, sem dúvida, o Ministério Público. Impedindo-se seu regular funcionamento, o Ministério Público do Trabalho jamais deixará de ser um impecilho para aqueles que detestam a liberdade vivida sob o manto do direito e da justiça.

A renegociação da dívida externa e o respeito à soberania nacional

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro, Professor
Catedrático de Direito Civil da UERJ

A) A evolução internacional do conceito de soberania

1. O crescente intervencionismo no Estado, tanto nos países capitalistas, como na área socialista, fez com que ocorresse uma verdadeira hipertrofia das entidades de direito público e das sociedades de economia mista, com amplos reflexos no campo internacional. Nas transações comerciais, uma parte sempre crescente das operações internacionais passou a ser realizada, direta ou indiretamente, pelos Estados, que se tornaram os acionistas únicos ou controladores não somente de companhias de transporte aéreo ou marítimo, mas também de bancos, *tradings*, empresas industriais e comerciais. A publicização da economia, que conhecemos no Brasil, passou a caracterizar a maioria dos países. Basta lembrar que os países produtores do petróleo negociam geralmente o "ouro negro" por intermédio de empresas estatais e que vários países não comunistas já nacionalizaram os seus bancos, como aconteceu recentemente no México e na França.

2. Por outro lado, as operações financeiras internacionais se centralizaram em Londres e Nova Iorque, e o mercado muito ativo dos eurodólares passou a exigir uma regulamentação própria, que constou inicialmente de usos e costumes bancários. O envolvimento crescente dos Estados soberanos, nos financiamentos internacionais, exigiu uma revisão das normas sobre solução de conflitos e jurisdição e uma atualização do conceito de soberania nacional, que não poderia ser distorcido ao ponto de impedir a cobrança dos débitos no local escolhido livremente pelas partes. Finalmente, as crises decorrentes da revolução do Irã e da guerra das Malvinas evidenciaram a necessidade de uma reformulação das normas que regem as relações comerciais e financeiras entre Estados ou entre particulares e Estados.

3. A partir da década de 1950, passou a ser consagrada a chamada *teoria da soberania restrita*, que melhor se denominaria teoria dos efeitos restritos

da soberania, excluindo a imunidade jurisdicional dos Estados no tocante aos seus atos de direito privado e particularmente de direito comercial.

4. Em 21-10-1976, os Estados Unidos adotaram a Lei de Direito Público n.º 94.583, intitulada *The Foreign Sovereign Immunities Act*. Em 1978, a Inglaterra, após ter evoluído, na sua jurisprudência, de uma posição radical em favor da tese da teoria absoluta da soberania para a sua aceitação em termos relativos, conforme se verifica em diversos julgamentos da Câmara dos Lords, promulgou o *State Immunity Act*. No Canadá, a mesma tendência foi seguida com a aprovação do *Act to Provide for State Immunity in Canadian Courts*. Na Europa, foi assinada a Convenção referente à imunidade dos Estados, em 16-5-1972, que reconhece a jurisdição dos tribunais estrangeiros em relação às obrigações contratuais dos Estados, entendendo que elas não justificam a alegação de imunidade. A jurisprudência dominante na Europa tem sido no sentido de não admitir a imunidade dos Estados estrangeiros em todas as matérias nas quais as entidades de direito público nacionais estariam sujeitas às decisões dos tribunais. Simultaneamente, a arbitragem passou a ser adotada de modo generalizado nos conflitos internacionais em virtude de cláusulas específicas incluídas, para este fim, nos contratos.

5. Uma das razões que ensejou uma rápida evolução na matéria foi a tese dos países comunistas que pretendiam obter, para as suas representações comerciais, que discutiam os contratos de direito privado, a imunidade de jurisdição assegurada aos diplomatas, entendendo ainda que as empresas nacionalizadas só poderiam ser acionadas perante tribunais do seu país de origem ou com o consentimento do Estado que as controla (1). Diante dessa posição dos países socialistas, foi preciso encontrar uma nova formulação jurídica a fim de garantir a própria igualdade entre os contratantes. O Ministro CLÓVIS RAMALHETE, em excelente artigo sobre a matéria, teve o ensejo de levantar as opiniões dos mestres da matéria, tais como ALFRED VERDROSS (2), CHARLES DE VISSCHER (3), MARCEL SILBERT (4), QUADRI (5), PODESTA COSTA (6) e CESAR SEPULVEDA (7), para concluir que, para todos eles, a imunidade jurisdicional só beneficiava os agentes diplomáticos e não os representantes da economia estatizada, não sendo admissível a tese soviética da imunidade em relação aos litígios oriundos das atividades comerciais. Para todos os autores citados, os atos de comércio do Estado estrangeiro e os seus contratos ficam sujeitos à justiça local, por serem atos de gestão e não de império.

(1) IVO LAPENNA, *Conceptions Soviétiques du Droit International Public*, Paris, Pédone, 1954, p. 20.

(2) *Derecho Internacional Público*, trad. Aguilar, 1961, p. 227.

(3) *Théories et Réalités en Droit International Public*, p. 306.

(4) *Traité de Droit International Public*, 1951, p. 271.

(5) *Diritto Internazionale Pubblico*, p. 496.

(6) *Derecho Internacional Público*, p. 351.

(7) *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 121.

6. Na realidade, a doutrina chegou ao consenso, ao considerar que, em matéria de imunidade jurisdicional, devia ser examinada a natureza do ato e não a personalidade de direito público ou privado de quem o praticava. Lembrando que soberania e imunidade constituíam conceitos plasmados “pela idéia da função antiga do Estado” que exercia o poder de polícia (*État Gendarme*) e se limitava a praticar atos políticos, o Ministro CLOVIS RAMALHETE salienta que ocorreu, a partir do fim do século passado, uma transformação importante na missão exercida pelo Poder Público, razão pela qual

“A esta ordem social externa nova corresponde novo direito internacional público” (8).

7. Evocando várias decisões dos tribunais europeus do início do século e a melhor doutrina dominante no campo do direito internacional público, conclui o Ministro CLOVIS RAMALHETE que:

“Os objetivos econômicos do Estado, fato novo, passaram a pôr em cheque a própria utilidade do velho conceito de soberania, subitamente tornado incômodo” (9).

8. Assim sendo, podemos afirmar que, desde 1980, a teoria da soberania absoluta ou dos efeitos absolutos da soberania tornou-se obsoleta, seja em virtude de leis locais, como ocorre nos Estados Unidos, na Inglaterra, no Canadá e em outros países, seja em virtude de convenções internacionais, como as vigentes na Europa, ou ainda em decorrência de decisões judiciais, que distinguiram os atos de império e de gestão, e finalmente por força de acordos bilaterais de comércio exterior, como aqueles geralmente firmados com os países comunistas, que adotaram a arbitragem como meio de resolver os seus conflitos referentes ao comércio exterior. Deve aliás ser salientado que o julgamento por árbitros não deixa de ser uma forma alternativa de renúncia à imunidade de jurisdição.

B) *A posição do direito norte-americano*

9. A lei competente para reger os contratos é, de acordo com o art. 9.º da nossa *Lei de Introdução*, a do país em que foram celebrados.

10. Em relação ao ato firmado em Nova Iorque em 25-2-1983 entre a União Federal, o Banco Central e os bancos estrangeiros, para um financiamento internacional a ser pago no exterior, a lei aplicável é evidentemente a dos Estados Unidos e particularmente, no caso, a Lei do Estado de Nova Iorque. Além de decorrer da norma vigente na legislação brasileira, as

(8) CLOVIS RAMALHETE, “Estado estrangeiro perante a Justiça nacional”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 4, setembro-dezembro, 1970, p. 317.

(9) Artigo citado de CLOVIS RAMALHETE, p. 323.

disposições do direito do mencionado Estado também foram adotadas pelas partes, na cláusula 8.10 do instrumento, para reger as relações entre credores e devedores.

11. Cabe, pois, examinar a posição do direito norte-americano em relação à imunidade de jurisdição, o que passaremos a fazer em seguida.

12. Os Estados Unidos reconheceram, ainda no início do século XIX, a imunidade dos Estados estrangeiros, ao julgar o caso *Schooner Exchange v. MacFaddon*, e o Presidente da Corte Suprema, Chief Justice Marshall, a admitiu, com fundamento na prática internacional. Durante cerca de século e meio, a matéria foi mansa e pacífica nos tribunais norte-americanos, que acompanharam as opiniões então defendidas pelo Ministério das Relações Exteriores (*State Department*).

13. Em 19-5-1952, o Consultor Jurídico do *State Department*, JACK B. TATE⁽¹⁰⁾, teve o ensejo de salientar que se confrontavam no mundo duas concepções de soberania para fins de reconhecimento de imunidade aos Estados estrangeiros. De acordo com a teoria clássica ou absoluta das imunidades soberanas, salientava o consultor, o Estado não se pode sujeitar a um tribunal estrangeiro, sem o seu prévio consentimento. Por outro lado, a teoria restritiva das imunidades as assegura tão-somente aos atos públicos do Estado (*jure imperii*) e não aos atos privados (*jure gestionis*). Depois de reconhecer que a teoria clássica tinha sido adotada na Inglaterra, nos tribunais norte-americanos e em alguns outros países, afirmava o consultor jurídico que, ao contrário, a jurisprudência belga e italiana, também consagrada posteriormente pelo Egito, pela Suíça, pela França, pela Grécia e pela Áustria, assim como a tendência da doutrina, se manifestavam pelos efeitos mais restritos da imunidade, a fim de admiti-la tão-somente em relação aos atos *jure imperii*. Salientou, outrossim, que, pela Convenção de Bruxelas de 1926, numerosos países renunciaram à imunidade de jurisdição no tocante aos navios mercantes de sua propriedade. Nas suas conclusões, escreveu JACK B. TATE que uma reformulação jurídica se impunha na matéria, com a aceitação dos efeitos restritos da imunidade jurisdicional decorrente da soberania, pois os Estados Unidos se sujeitavam aos tribunais estrangeiros no tocante à responsabilidade delitual e contratual, justificando-se assim que os Estados estrangeiros envolvidos em atividades comerciais também se submetessem às Cortes norte-americanas. Esta foi, pois, a nova posição assumida a partir daquela data pelo Departamento de Estado, que funciona como uma espécie de *amicus curiae* nos feitos em que são discutidos problemas de direito internacional público.

14. De 1952 até 19-1-1977, data na qual entrou em vigor a nova legislação, os tribunais norte-americanos acompanharam a posição do Departamento de Estado, que, por sua vez, se orientou no sentido de só reconhecer a imunidade no caso de atos de império.

(10) Em carta dirigida ao Procurador-Geral da República.

15. Na década de 1970, o Poder Executivo norte-americano elaborou um projeto de lei que, após longa discussão e a audiência dos vários órgãos interessados e inclusive da American Bar Association, veio a ser transformado no *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976, que entrou em vigor em 17-1-1977.

16. O diploma legal adotou a teoria restritiva tanto no tocante à jurisdição como à execução dos bens dos devedores. Nele se exclui o direito à imunidade, no tocante à atividade comercial, de países estrangeiros nos Estados Unidos, abrangendo tanto os Estados propriamente ditos como também as entidades de sua administração indireta (empresas públicas, autarquias, sociedades de economia mista e fundações), todas englobadas na expressão usada pela lei "agency or instrumentality of foreign State" (§ 1603). A jurisprudência norte-americana tem entendido que os bancos centrais se enquadram entre as agências estrangeiras sujeitas à lei local que não gozam de imunidade⁽¹¹⁾. A doutrina esclarece que a intenção do legislador de abranger os bancos centrais estrangeiros deflui dos trabalhos preparatórios⁽¹²⁾ e encontra fundamentos no próprio texto legal⁽¹³⁾. Efetivamente, o § 1611, alínea *b*, da lei esclarece que, sem prévia autorização do Banco, não são penhoráveis nem podem ser executados os recursos próprios de um banco central estrangeiro, ou seja, *in verbis*:

"Notwithstanding the provision of section 1610 of this chapter, the property of a foreign state shall be immune from attachment and from execution if:

(1) the property is that of a foreign central bank or monetary authority held for its own account, unless such bank or authority, or its parent foreign government, has explicitly waived its immunity from attachment in aid of execution, or from execution..."

17. A lei norte-americana também cuida da citação dos Estados estrangeiros e das entidades da sua administração indireta, prevendo no § 1608, alíneas *a* e *b*, que seja feita na forma prevista no contrato, que, para este fim, indicará um procurador com poderes especiais para ser citado, sem prejuízo de outras modalidades das quais também cuida.

18. Nos últimos anos, numerosos foram os Estados que emitiram títulos para serem colocados nos Estados Unidos sujeitos à prévia aprovação da

(11) Decisões proferidas nos casos *Verlinden B.V. v. Central Bank of Nigeria* 647 F 2d 320 (2d Cir 1981) 102 S. Ct. 997 (1982) e *De Sanchez v. Banco Central de Nicaragua* 515 F Supp. 900 (E.D. La 1981).

(12) *House Report Rep. n.º 1.487*, 94th Cong. 2d session, 8-9 (1976) republicado in (1976) *U.S. Code Cong. & Ad. News* 6604 e *Digest of United States Practice in International Law* 1973, pp. 227-230.

(13) JOHN R. STEVENSON, JEFFREY F. BROWNE and LORI FISLER DAMROSCH, *United States Law of Sovereign Immunity*, Euromoney publications, Bath, 1983, 24.

Security Exchange Commission e que, por este motivo, tiveram que nomear procurador com poderes para ser citado (*agent for service of process*), destacando-se entre outros a Finlândia, a Suécia, a Noruega e a Nova Zelândia. O mesmo ocorreu com inúmeras *agencies* de governos estrangeiros (autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas), que também indicaram procuradores para este fim, como foi o caso, entre outras, do Banco de Desenvolvimento do Japão, da *Caisse Nationale des Telecommunications* francesa e da *Electricité de France*. Há numerosos precedentes de *agencies* que aceitaram a jurisdição das cortes norte-americanas e admitiram serem citadas por procurador especial sediado nos Estados Unidos, sem que, todavia, os Estados garantidores aceitassem essas cláusulas, como foi o caso da França, por ocasião da emissão de títulos de *Electricité de France*, e do Japão, em relação aos títulos de emissão de sua entidade financeira de desenvolvimento (*The Japan Development Bank*) (14).

19. Em relação aos Estados estrangeiros, a citação poderá ocorrer na forma acertada contratualmente ou, no silêncio do contrato, por via diplomática, conforme regulamentação do Departamento de Estado (§ 1608, a). Em relação às *agencies* (*or instrumentalities*), entidades da administração indireta, a citação deverá ser feita de modo a garantir que o réu teve efetivamente notícia do processo, de acordo com o princípio do *due process of law*. Efetivamente, esclarece a lei que a citação deve ser feita em modalidade que seja razoavelmente considerada como dando ciência da ação ao réu (*reasonably calculated to give actual notice*, § 1608, b, 3), seja conforme previsto no contrato (*in accordance with any special arrangement for service between the plaintiff and the agency or instrumentality*), ou por carta com aviso de recepção que deverá ser devidamente assinado pelo representante legal ou convencional do réu, ou ainda por carta rogatória ou finalmente na forma da lei vigente no lugar onde a citação deve ocorrer (*as directed by order of the court consistent with the law of the place where service is to be made*) (art. 1608, b, 3).

20. A lei americana, que é de ordem pública, exclui, pois, da imunidade jurisdicional as atividades comerciais dos Estados estrangeiros e de sua administração indireta, considerando penhoráveis os seus bens comerciais para satisfação dos julgamentos contra eles proferidos (§ 1602). Firmou-se, na jurisprudência norte-americana, o entendimento de acordo com o qual a execução só poderá alcançar os bens comerciais, afastando a regra em relação aos bens públicos, em geral, do Estado e das entidades que não comerciam. Essa questão foi suscitada por ocasião do contencioso entre os Estados Unidos e o Irã. Na ocasião, o Governo norte-americano, por intermédio de um *amicus curiae*, firmou essa posição, concluindo que a renúncia estabelecida no tratado entre os dois países

“does not apply to the *property of the states themselves* and of *their non-commercial agencies and instrumentalities*, but rather

(14) JOHN R. STEVENSON e outros, obra citada, pp. 36 e 37.

that it applies only to the property of publicly owned or controlled commercial or business enterprises of the state". (Não se aplica aos bens do Estado e das entidades públicas não comerciais, mas tão-somente aos pertencentes às empresas comerciais controladas pelo Estado) (15).

21. As autoridades e a jurisprudência norte-americanas reconheceram o caráter de ordem pública das normas contidas no *Foreign Sovereign Immunities Act* de tal modo que, mesmo quando os Estados estrangeiros não se submeteram voluntariamente à jurisdição norte-americana, nos casos de emissão de títulos no mercado financeiro, a *Security Exchange Commission* (SEC) determinou que constasse nos prospectos que, não obstante a inexistência de tal renúncia (*waiver*), poderiam os credores recorrer aos tribunais norte-americanos, nos termos da legislação do país, desde que o Poder Judiciário reconhecesse que o levantamento de empréstimo constitui uma atividade comercial nos termos da lei acima referida. Assim, no empréstimo levantado, em 1978, pela Finlândia, a SEC mandou que constasse da respectiva documentação que:

"the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 may provide any effective means of service and preclude immunity in such actions" ("a lei referente à imunidade dos Estados soberanos pode garantir os meios adequados de citação e excluir a imunidade em tais ações" (no caso de inadimplemento do devedor) (16).

22. A doutrina norte-americana explica essa posição pelo fato de envolver necessariamente a emissão de títulos, no mercado financeiro norte-americano ou internacional, uma atividade comercial sujeita às disposições imperativas da legislação vigente nos Estados Unidos. Efetivamente, embora o texto legal não se refira expressamente aos financiamentos, a interpretação dada ao texto levou os tribunais norte-americanos à conclusão de serem os financiamentos enquadrados no conceito de "atividades comerciais" às quais se refere a lei. Efetivamente, nos trabalhos preparatórios de elaboração do texto legislativo, ficou esclarecido que os débitos decorrentes de financiamentos obtidos, nos Estados Unidos, de fontes públicas ou privadas deveriam ser considerados como oriundos de atividades comerciais, para fins da aplicação da lei. Chegou a haver, na oca-

(15) Posição do "amicus curiae" no processo *Electronic Data System Corp. Iran v. Social Security Organization of Iran*, n.º 79, Civ. 1711 (S.D.N.Y. May 23, 1979 e 610 F. 2d 94 (2d Cir. 1979) apud JOHN R. STEVENSON e outros, ob. cit., p. 88).

(16) Registro da emissão de títulos da responsabilidade da Finlândia, registro da SEC n.º 261.659 (1978).

sião, uma emenda com a finalidade de excluir os empréstimos públicos, levantados no país (USA) por Estados soberanos estrangeiros, mas a mesma foi rejeitada, com base no seguinte argumento:

“Moreover, both a sale of bonds to public and a *direct loan from a U.S. commercial bank to a foreign government* are activities which are of a *commercial nature* and should be treated like other similar transactions.” (Acresce que uma venda de títulos ao público ou um empréstimo direto de um banco comercial norte-americano a um governo estrangeiro constituem atividades de natureza comercial e devem ser tratados como as demais atividades comerciais similares) (17).

23. Por sua vez, os tribunais norte-americanos reconheceram que tanto a venda de títulos de entidade pública estrangeira nos Estados Unidos como o funcionamento, no país, de filial de banco estrangeiro, não são atividades que possam ser consideradas não sujeitas à jurisdição norte-americana (18).

C) Conclusões

Aplicando-se, assim, a lei do local onde foram firmados os contratos, que é a lei norte-americana, e considerando-se o aspecto exclusivamente comercial da renegociação da dívida, conclui-se que evidentemente inexistiu qualquer violação da soberania nacional, não ocorrendo, no caso, qualquer inconstitucionalidade, como aliás acaba de reconhecer o Procurador-Geral da República ao arquivar representação da Ordem dos Advogados do Brasil (19).

A aceitação pelo Banco Central do Brasil da aplicação de Lei do Estado de Nova Iorque decorre, pois, de determinação imperativa da lei local que se coaduna e compatibiliza, no particular, com a lei brasileira.

(17) *House Report* já referido, n.º 17.

(18) No tocante à emissão de títulos a decisão se refere ao caso *Jackson v. People's Republic of China* 550 F. Supp. 869, 873 (N.D. Ala. 1982) e em relação ao funcionamento de banco estrangeiro o acórdão é do processo *State Bank of India v. Chicago Joint Board*, Case 13-RC-14061, decisão do National Labor Relations Board de 20-5-1977, ambos mencionados in JOHN R. STEVENSON e outros, obra citada, pp. 68 e 71.

(19) Despacho de 17-1-84, in *Diário da Justiça da União*, de 19-1-84, fundamentando-se no parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda, publicado no *Diário Oficial*, de 10-1-84, Seção, I, pp. 413/432.

Recurso em matéria tributária

GERALDO ATALIBA

Professor titular das Faculdades de Direito da Universidade de S. Paulo e Universidade Católica de S. Paulo.

SUMÁRIO

- a) *Preliminares.*
- b) *Considerações gerais.*
- c) *Momento pré-legislativo e direito positivo.*
- d) *Justiça pura e Justiça formal.*
- e) *Conseqüências práticas da distinção entre ciência das finanças e direito financeiro.*
- f) *Traços diferenciais entre ciência das finanças e direito financeiro.*
- g) *Caráter dogmático do direito.*
- h) *A função jurisdicional e o caráter dogmático do direito. Justiça formal.*
- i) *A legislação é função política.*
- j) *Função de elaboração legislativa e função de aplicação da lei.*
- k) *Aplicação à matéria.*
- l) *Conflito fisco versus contribuinte.*
- m) *Contencioso fiscal.*
- n) *Contencioso propriamente dito.*
- o) *Procedimento administrativo tributário.*
- p) *Princípios do procedimento.*

Primeira espécie: Lançamento. Consulta.

Segunda espécie: Sanções tributárias. Princípios. Oficialidade. 1. Legalidade. 2. O princípio da ampla defesa. 3. Quanto à igualdade das partes. 4. Ônus da prova. 5. Oficialidade do procedimento. 6. Informalismo em favor do acusado.

a) *Preliminares*

Neste estudo, limitamo-nos a cuidar dos princípios gerais concernentes ao tema, tendo por centro de preocupações a esfera administrativa.

As referências à função judicante e à postura dos juízes se justificam, se se considerar ser desejável — além de constituir-se em salutar tendência generalizada — assimilar, em grau máximo, as peculiaridades do Poder Judicial, a estrutura, função, processos e estilos de atuação dos sistemas de proteção aos direitos dos contribuintes, na esfera administrativa.

b) *Considerações Gerais*

É muito conhecida, na doutrina jurispúblicista italiana, a distinção entre interesse público primário e secundário.

O primeiro (sinônimo de primeiro, anterior, principal, mais importante) consiste na realização (efetividade) da ordem jurídica.

É primacial interesse público — para o qual todos devem concorrer — a plena efetividade da Constituição e de todas as leis e normas nela fundadas.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em trabalho recentemente publicado, foi quem melhor desenvolveu reflexos sobre o tema, no Brasil. Escreveu:

“Relembre-se que ao Poder Público não é lícito satisfazer interesses secundários, salvo quando coincidentes com interesses públicos primários, pois a função administrativa se traduz na busca destes últimos. Quem o observa é o eminente RENATO ALESSI. O doutíssimo administrativista averba que os interesses públicos coletivos:

“... dei quali l'amministrazione deve curare il soddisfacimento, non sono, si noti bene, semplicemente l'interesse dell'amministrazione intesa come apparato organizzativo, sibbene quello che è stato chiamato l'interesse collettivo primario formato dal complesso degli interessi individuali prevalenti in una determinata organizzazione giuridica della collettività, mentre l'interesse dell'apparato, se può essere concepito un interesse dell'apparato unitariamente considerato, sarebbe semplicemente uno degli interessi secondari che si fanno sentire in seno alla collettività, e che possono essere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti di siffatta coincidenza, con l'interesse collettivo primario” (*Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano, Giuffrè, 1960, pp. 197/198).

E, sublinhando que a função administrativa se traduz na busca do interesse público primário, comenta CELSO ANTÔNIO a lição de ALESSI, com estas oportunas palavras:

“O precitado mestre apostila que o interesse coletivo primário ou simplesmente *interesse público* é o complexo de interesses coletivos prevalentes na sociedade, ao passo que o interesse secundário é composto pelos interesses que a Administração poderia ter, à moda de qualquer sujeito de direito. Seriam puros interesses — não direitos — subjetivos, na medida em que pertinem em abstrato ao patrimônio de alguém. Dá como exemplo de interesse secundário da Administração o de pagar o mínimo possível a seus servidores, idéia contraposta ao interesse público, que consiste em retribuí-los de modo suficiente. Aventa, ademais, o interesse secundário do Estado de onerar tributariamente os cidadãos ao máximo para abarrotar-se de recursos, em *contraposição* ao interesse público primário de não gravá-los além de certa medida (*op. cit.* pp. 198/199, notas de rodapé 3 e 4).” (Parecer, in *Revista de Direito Público*, vol. 39)

Por isso SEABRA FAGUNDES diz, lapidadamente: “administrar é aplicar a lei de ofício”.

Desde ARISTÓTELES — que estabeleceu a distinção entre justiça distributiva e comutativa — a civilização ocidental adotou como valor em si mesmo a obediência às leis, regras gerais editadas pelos órgãos de governo da sociedade política.

Na concepção aristotélica, a justiça absoluta e substancial é feita pelo legislador, ao editar a lei e dispondo quais são os deveres e direitos de todos, na sociedade. Nas leis, pois, se definem, de modo objetivo, quais os direitos e deveres recíprocos do Estado e do cidadão.

A justiça ou eventual injustiça da lei — avaliadas num plano sociológico, político, ético ou econômico — são de responsabilidade do legislador.

E o modo de correção de suas injustiças está na alteração legislativa. A lei injusta deve ser substituída por outra. Deve ser modificada, alterada, revogada. Perseguir a justiça substancial é tarefa política, incumbente ao legislador.

E os meios de que dispõem os atingidos pelas eventuais injustiças do legislador são os institucionalmente estabelecidos pela Constituição de cada país.

c) *Momento pré-legislativo e direito positivo*

Dois momentos — ensina PAULO BARROS CARVALHO — devem ser considerados: a elaboração legislativa (obra política) e a exegese e aplicação do direito (tarefa jurídica).

É já cediço que a feitura da lei incumbe ao legislador (que é um político) e não ao jurista. E o político não é especialista em direito, nem em matéria alguma. É, como acertadamente se disse, um especialista em generalidades.

O tipo de problemas com os quais deve se haver o legislador é completamente diverso daquele que preocupa o jurista: ao fazer a lei tributária, por exemplo, o legislador deve verificar — informado pela ciência das finanças — se é oportuno e justo fazê-lo e qual a medida do tributo a ser criado, quais os efeitos que irá causar, quem os suportará, que reações terá etc.

Já o jurista não pensa em nada disso: seu papel (como advogado, juiz, consultor jurídico, funcionário etc.) é conhecer a lei e saber como aplicá-la.

É preciso recordar a clássica e decisiva distinção formulada por ARISTÓTELES, entre justiça comutativa e justiça distributiva, que encontrou a plenitude máxima de sua aplicabilidade — evidenciando o esplendor do seu rigor científico — com a teoria de Kelsen, tão valorizada por tributaristas do porte de ALFREDO AUGUSTO BECKER ou SOUTO MAIOR BORGES.

d) Justiça pura e justiça formal

Efetivamente, ao legislador é que verdadeiramente incumbe fazer justiça: ele é que é justo ou injusto, ao fazer a lei. Na ordem social, a justiça é virtude do legislador e só subsidiariamente — e na medida em que ele o permita — dos outros órgãos ou pessoas.

Na verdade, o legislador é justo ou injusto, quando fixa a alíquota de um imposto; quando determina qual a matéria tributável; quais as isenções; quem arcará com a carga tributária, quando e como.

Já os funcionários públicos (aplicação de ofício da lei), os juízes (aplicação jurisdicional, com força definitiva), os assessores e advogados (conselho sobre aplicação) são justos ou injustos — segundo um critério formal — conforme a apliquem (ou aconselhem a sua aplicação) corretamente ou não.

O Poder Judiciário — único a aplicar de modo definitivo a lei — é justo ou injusto, segundo a aplique corretamente ou não.

A justiça do juiz reside em aplicar bem a lei. Não lhe é dado julgar de sua conveniência e oportunidade; não lhe é lícito discutir o mérito da lei, não lhe é concedido deixar de aplicá-la ou aplicá-la diversamente do que seus mandamentos lhe impõem.

Sua função é obedecer à lei e fazê-la obedecida, ainda quando discorde do legislador.

Em outras palavras: nisso consiste o caráter dogmático do direito, tão bem exposto por RECASENS, que ensina que o jurista, enquanto jurista, deve receber o mandamento legal como dogma, como um comando indiscutível, inexorável, que deve ser obedecido, “sem vacilações”, como quer PAULO BARROS CARVALHO.

Pois a ciência do direito — que tem por finalidade dar ao jurista os conceitos, categorias e técnicas para compreensão e correta aplicação do sistema jurídico — tem como postulado fundamental este caráter do direito, *muito apropriadamente designado dogmático* (sagrado e indiscutível, que impõe inexoravelmente obediência).

Muito ao contrário, a ciência das finanças nada tem de dogmático; da mesma forma não considera assim o direito. Ela discute o direito, critica-o, aponta erros, falhas e deficiências, propõe sua alteração e substituição. E, o que é mais, reduz a norma a um simples dado, ao lado de inúmeros outros, que considera, na sua elaboração científica.

A ciência das finanças é, precisamente, a fonte onde vai se abeberar o legislador. Ela o orienta e conduz e lhe antecipa os efeitos extrajurídicos de sua obra (efeitos políticos, sociais, econômicos etc.), na lúcida concepção de ROQUE GARCIA MULLIN.

Aí as diferenças entre ciência das finanças e direito financeiro (critério válido também para a distinção entre a ciência da administração e o direito administrativo), como as coloca um mestre da qualidade científica de JOSÉ PEDRO MONTEIRO TRABEL.

e) Conseqüências práticas da distinção entre ciência das finanças e direito financeiro

A primeira grave conseqüência do que foi exposto reside na irremediável imprestabilidade das considerações de ciência das finanças, para resolver problemas exegéticos de direito financeiro (inclusive tributário).

Ao interpretar e aplicar (isto sempre depois daquilo, lógica e cronologicamente) a lei, o jurista se mune de instrumentos da ciência do direito e se vale de considerações jurídicas e nada mais. De nada lhe serve invocar argumentos financeiros (econômicos, sociológicos, políticos, éticos, administrativos etc.) quando desempenha tarefa dogmática (a que lhe é profissionalmente própria e institucionalmente designada).

Porque, ou estas considerações foram desenvolvidas oportunamente pelo legislador e se incorporaram à norma — nela se consubstanciando suas conclusões, quando idoneamente formuladas — ou não.

No primeiro caso, a simples aplicação da lei, dispensadas outras considerações que não as exegéticas (propriamente jurídicas), já conduz aos resultados desejados. No segundo, de nada valerão todos os argumentos

financeiros do universo, contra o texto da lei. Logo, de nada vale argumentar com raciocínio de ciência das finanças, na exegese do direito financeiro, porque, ou a argumentação é ociosa, ou inútil. Nas duas hipóteses, inadequada.

É vezo muito disseminado, e profundamente errado, buscar na elaboração legislativa (essencialmente política), ou em outros elementos não jurídicos, a vontade do legislador (que, por sua vez, nada tem de jurídica ou de relevante, no plano exegético).

f) *Traços diferenciais entre ciência das finanças e direito financeiro*

Por ocasião de um julgamento, o Min. ALIOMAR BALEEIRO — insigne mestre de ciência das finanças e direito constitucional e Juiz da Suprema Corte brasileira — pronunciou algumas frases não só saborosas, como informadas de profunda sabedoria, alicerçadas nas mais sólidas lições de ciência do direito.

No correr de seu voto e dos debates (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 44, pp. 54 e segs.), disse, por exemplo: “não me cabe psicanalisar os eminentes representantes da nação”. Pouco depois, citando D'ARGENTRÉ: “não julgo a lei, julgo segundo a lei”.

Logo mais: “quem se queixar da justiça da lei, que vá às eleições e substitua os deputados e senadores... Nosso papel não é fazer leis, mas justiça, segundo as leis constitucionais”.

Essa argumentação, discutindo um tema jurídico importante — estava em pauta julgamento sobre a constitucionalidade de um decreto-lei, na Suprema Corte brasileira —, usou o Min. BALEEIRO de frases de sabor não técnico-jurídico, para sintetizar posições doutrinárias e científicas profundas e sólidas.

Na verdade, cada frase destas encerra um acervo de meditações da filosofia do direito e muitas lições propedêuticas da ciência do direito. Tais concepções, resultantes de arraigadas convicções nossas, partilhadas por PAULO BARROS CARVALHO (v. *Teoria Geral da Norma Tributária*, S. Paulo, Ed. Lael, 147), merecem meditação.

Estas frases resumem o enunciado conclusivo de lições, que são longas, são fundamentais e, como dito, de profundo alcance, para compreensão da função do julgador, assim administrativo como judicial.

Sobre elas desejamos chamar atenção, fazendo as oportunas aplicações à ciência das finanças e ao direito financeiro.

E propositadamente foi que escolhemos este mestre, com justiça reputado internacionalmente e, sem sombra de dúvida, o escritor de finanças públicas mais conceituado e prestigioso que o Brasil tem e cujas lições são invocadas além das nossas fronteiras.

No dizer do Min. ALIOMAR BALEEIRO, não lhe cabe — como juiz, no ato de julgar determinada questão — “psicanalisar os legisladores”, para interpretar a lei. Quis assim reforçar a tese de que não tem validade o argumento hermenêutico da indagação da vontade do legislador, para determinação do sentido da lei. Combate, assim, colocação primária, infelizmente muito disseminada entre nós, como o denunciou o eminente SOUTO MAIOR BORGES.

Vale dizer: é irrelevante, juridicamente, a vontade do autor da lei, na interpretação e aplicação desta.

Ao juiz ou a qualquer outro intérprete não cabe — ao aplicar a lei a um caso concreto — indagar qual tenha sido eventualmente a vontade ou inclinação psicológica dos elaboradores da lei.

Sob a perspectiva jurídica não tem cabimento pesquisar a motivação e o *desideratum* do legislador, ao fazer a lei.

ALIOMAR BALEEIRO mostra o ridículo do argumento, ao dizer: “não me cabe psicanalisar os representantes da nação”: saber quais as razões profundas que determinaram tal ou qual comportamento.

É a posição de PONTES DE MIRANDA, ao denunciar as teorias animistas de interpretação, que pretendem esdruxulamente ver no pensamento do legislador a “alma” da lei.

O que ao jurista importa conhecer é a vontade do Estado, veiculada pela lei e não a vontade do eventual legislador.

O comando, contido na lei — sistematicamente harmonizado com a ordenação jurídica na qual se insere —, é que se constitui no objeto da exegese jurídica.

Muita vez, ao mencionar a vontade do legislador, o exegeta está fazendo referência — embora de forma incorreta — à vontade do Estado. Quando, porém, na verdade, esteja voltado para a vontade ou a motivação, ou o desígnio do legislador, está incidindo em terrível falta de técnica (de desastrosas conseqüências) e cometendo desvio de função, com prejuízo sensível para seu trabalho, que, assim, deixa de ser científico e seguro, para se transformar em empírico e aleatório jogo de palpites.

Esta colocação sadia do jurista — posto no papel de julgador, absolutamente correta tanto sob a perspectiva prática, quanto sob o aspecto da filosofia do direito — é imposta pelo reconhecimento do caráter dogmático do direito, tão bem estudado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (v. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais).

g) *Caráter dogmático do direito*

Consiste este caráter do direito naquela peculiaridade própria às normas jurídicas, pela qual estas são recebidas pelo jurista como dogmas. Ao

jurista não cabe, absolutamente (não incumbe de forma alguma), discutir o mérito da lei, a sua conveniência, a sua oportunidade. Ao jurista, enquanto jurista, incumbe, isto sim, compreender, entender a norma jurídica — tal como inserta no sistema jurídico — e aplicá-la aos casos concretos, ou ajudar (orientando) aqueles que devem praticar os comportamentos determinados pela norma, a obedecerem-na com correção.

Não se espera do jurista (não é sua tarefa, não é sua missão, nem para isto é formado) que discuta o mérito político, sociológico, biológico, psicológico, financeiro, econômico, administrativo (ou outro qualquer) da norma jurídica.

A norma jurídica é essencialmente um comando, um mandamento imposto pelo legislador às pessoas que são colhidas por sua hipótese de incidência e que, por isso, devem praticar os comportamentos previstos na sua parte principal (comando). A discussão do mérito das normas jurídicas não é tarefa jurídica, mas, tarefa política, resolvida e desempenhada pelo legislador, num momento pré-jurídico: o momento da elaboração legislativa.

Feita a lei, posta em vigor, não pertence mais ao político, mas, ao jurista, que deve compreendê-la, segundo critérios jurídicos, dotado e instrumentado pelos meios de compreensão e aplicação que lhe são postos à disposição pela ciência do direito. Se lícito fosse ao intérprete e aplicador substituir os critérios do legislador pelos seus próprios, então necessidade nenhuma se teria da existência da função legislativa.

Quando ALIOMAR BALEEIRO se nega — como intérprete e aplicador da lei — a pesquisar tanto a vontade manifestada pelos responsáveis pela aprovação da lei, quanto os desígnios manifestos ou secretos dos mesmos (ao praticarem a ação legislativa), está se negando a discutir o mérito da lei e a pesquisar qual tenha sido a vontade do legislador.

Na verdade, não se confundem a vontade do legislador e a vontade da lei. Ao juiz, como a todo aplicador, importa conhecer a vontade da lei, que significa conhecer a própria lei e aplicá-la ao caso concreto. Irrelevante, totalmente insignificante, é a vontade do legislador.

h) A função jurisdicional e o caráter dogmático do direito. Justiça formal

Coerente com este raciocínio e na linha da mesma argumentação, cita ALIOMAR BALEEIRO a frase “não julgo a lei; julgo segundo a lei”. Salienta aí mais uma vez a função judicante, na sua essência, naquilo que tem de mais sagrado, naquilo que não pode ser ignorado ou dispensado: a reverência ao caráter dogmático do direito.

Não incumbe, absolutamente, ao juiz julgar a lei; não lhe incumbe, de forma alguma, dizer se a lei é boa ou má, oportuna ou inoportuna, conveniente ou inconveniente, própria ou imprópria. Ao juiz cabe — assim o impõe a ordem institucional — julgar comportamentos humanos segundo a

lei e determinar se os comportamentos humanos foram conformes com a vontade legal (o comando normativo), ou não.

Não incumbe ao Poder Judiciário fazer a justiça pura, a justiça absoluta, mas “julgar segundo a lei”. É a tarefa específica do Poder Judiciário aplicar as leis aos casos concretos, sejam estas leis boas ou más e ainda que elas pareçam injustas, inoportunas, inconvenientes, ou inadequadas, pelo juiz.

Esta é a doutrina jurídica consagrada em todo o mundo civilizado. Esta teoria decorre do reconhecimento da impossibilidade de se conferir ao Judiciário a tarefa da realização da justiça pura, da justiça absoluta. Ao Judiciário incumbe fazer a justiça formal: aplicar a lei.

O mesmo raciocínio é aplicável aos julgadores na esfera administrativa.

No momento em que o político, que não é jurista, determina qual a alíquota de um imposto, determina quais os sujeitos passivos do imposto; ao elaborar o enunciado normativo ou, ainda, quando gradua uma determinada pena em função de um determinado comportamento delituoso, ou mesmo quando dispõe quem, quando, e em que condições deverá fazer serviço militar, neste momento, o político, enquanto legislador, está realizando justiça, boa ou má, só corrigível por processos políticos.

Ele, portanto, é injusto ou justo, conforme disponham as normas genéricas e abstratas que lhe incumbe elaborar.

Doutro lado, como o salienta PAULO BARROS CARVALHO, a “justiça” do Poder Judiciário é uma justiça meramente formal: consiste essencialmente em aplicar aquela lei abstrata e genérica a casos concretos previstos e enquadrados na sua hipótese. O mesmo se deve dizer do julgador administrativo.

i) A legislação é função política

Por isso BALEEIRO afirma com veemência: “quem se queixar da justiça da lei que vá às eleições e substitua os deputados e senadores”.

Efetivamente, não é aos tribunais, não é ao Poder Judiciário que se vai pedir justiça contra a lei; não é o juiz que deve corrigir a injustiça contida na lei. Não é função da magistratura substituir, pelos seus critérios, os critérios de justiça do legislador.

O mecanismo institucional, por isso mesmo, confere às pessoas que não se conformem com o critério de justiça contido nas normas jurídicas, o caminho de exercerem influência sobre o político (o legislador), para que altere ou substitua aquelas normas que reputa injustas.

Ao Poder Judiciário o que se pede é a correta aplicação da lei: esta é a justiça do Poder Judiciário. A sagrada atribuição judicante é muito bem

sublinhada pelo mestre ALIOMAR BALEEIRO, quando prossegue: “nosso papel não é fazer leis, mas justiça segundo as leis constitucionais”.

Efetivamente, fazer leis é papel da função legislativa, tradicional e universalmente incumbente aos políticos. Já a função de fazer justiça (formal), esta, sim, é a função judicial. E deve ser feita, como o salienta BALEEIRO, “segundo as leis constitucionais”. Porque, se estas leis não forem constitucionais, não poderá, ainda assim, o Poder Judiciário fazer justiça, segundo o critério destas leis.

j) Função de elaboração legislativa e função de aplicação da lei

Estas considerações de ordem geral põem em relevo a existência de um momento pré-jurídico (momento da elaboração legislativa) e de um segundo momento, já propriamente jurídico (aquele que se inicia quando a lei é posta em vigor e assume integralmente seu caráter dogmático).

Na primeira hipótese, estamos no campo do político; estamos nos domínios da justiça pura, estamos no campo aberto às discussões e opiniões. Na segunda hipótese, estamos no plano exegetico e propriamente dogmático, específico do jurista, que precisa — munido do instrumental científico, que lhe é fornecido pela ciência do direito — entender e aplicar as normas jurídicas.

O primeiro, o legislador, o político, sem dúvida alguma, para formar os seus critérios de conveniência, oportunidade, justiça etc., deve informar-se, assessorar-se, auxiliar-se dos subsídios fornecidos pelos sociólogos, pelos economistas, pelos técnicos em geral, inclusive deve ouvir e consultar o sentimento popular, a opinião pública, a fim de bem orientar-se na produção do instrumento normativo.

Não está preso a critérios jurídicos, senão aos constitucionais, que fixam a sua competência e balizam a sua esfera de atribuições. Quanto ao mais, é livre e vinculado somente à sua informação e inteligência.

O aplicador (judicial ou administrativo) trabalha no plano exegetico e só se preocupa de conhecer a norma jurídica, o comando legislativo, tal e qual foi produzido pelo legislador, para corretamente saber aplicá-lo às hipóteses concretas. A distinção entre justiça distributiva e comutativa, de ARISTÓTELES, dá idéia de diferença entre as perspectivas do legislador e do aplicador, mostrando que o primeiro trabalha com o conceito puro de justiça e o segundo só com o conceito formal.

k) Aplicação à matéria

Tais os elementos necessários à compreensão das distinções entre a ciência das finanças e o direito financeiro. A ciência das finanças é um conjunto enciclopédico de conhecimentos e meditações sociológicas, políti-

cas, econômicas, administrativas, psicológicas etc., que servem de instrumentação política para o legislador. É eminentemente uma ciência auxiliar do legislador, é uma ciência nitidamente pré-legislativa. Ao contrário, o direito financeiro é uma ciência dogmática, é uma ciência exegética, que habilita — mediante critérios puramente jurídicos — os aplicadores a compreenderem e assegurarem eficácia às normas jurídicas, substancialmente financeiras, postas em vigor.

Os pontos de contato, portanto, entre estas duas ciências são necessariamente poucos e reduzidos. O direito financeiro é mero capítulo do direito administrativo, que, por sua vez, é ramo do direito público. A ciência das finanças é conjunto de conhecimento nos quais predominam os econômicos, e onde preocupações políticas e sociológicas assumem importância bem maior.

Daí por que os conceitos e definições de uma e de outra matéria nem sempre, nem necessariamente, concordarem ou convergirem.

Daí por que a perplexidade e a confusão em que incidem aqueles que — inadvertidos destas essenciais diferenças — são levados a extrapolar conclusões ou princípios de uma a outra ciência. Mais flagrantes se tornam os inconvenientes destas confusões quando se pretende conceituar e definir os institutos de direito tributário — capítulo do direito financeiro — adotando-se, de forma lamentavelmente equivocada e errônea, critérios e preconceitos da ciência das finanças. E infelizmente este gravíssimo vício é generalizado, precisamente em razão da inadvertência aqui assinalada.

A fecunda produção científica de ROQUE GARCIA MULLIN é bem a expressão desse modo de pensar.

Postas estas premissas — que permitem extremar o plano pré-legislativo do campo da aplicação —, torna-se fácil colocar objetivamente o tema da proteção jurídica do contribuinte, unicamente dependente da adequada compreensão da função estatal julgadora, nos planos administrativo e judicial.

1) Conflito fisco versus contribuinte

Estabelece-se conflito entre o fisco (órgão fazendário do Estado) e o contribuinte, sempre que aquele manifesta uma pretensão resistida por este.

Ao exigir o fisco um tributo, uma multa ou um dever acessório, pode o sujeito passivo dessas exigências a elas resistir, por entendê-las infundadas ou excessivas.

A divergência — ensejadora do litígio, contenda, dissídio — sempre se fundará em diversa interpretação da norma jurídica aplicável ou na diferente apreciação ou qualificação jurídica dos fatos relevantes para os efeitos de aplicação da norma.

Como a Constituição protege o patrimônio e a liberdade contra a ação estatal — somente consentindo que esses bens jurídicos sofram diminuição ou detrimento mediante lei —, dessa divergência surge o direito de o contribuinte pedir ao Poder Judiciário a declaração da correta aplicação da lei ao caso concreto.

Diversas razões recomendam que se crie um sistema de eliminação célere e eficaz desses conflitos, tendo em vista a harmonia fisco-contribuinte e os interesses públicos em jogo.

Se todas as divergências forem submetidas ao Poder Judiciário, este submergirá sob o peso de um acúmulo insuportável de questões para julgar. Além disso — e também por isso — tardarão muito as soluções, em detrimento das partes envolvidas.

Daí a razão pela qual, em quase todos os países, se criaram organismos e sistemas para reduzir o número de causas instauradas perante o Poder Judicial.

m) Contencioso fiscal

Genericamente, se designa por contencioso fiscal o organismo criado pelos Estados, para, sob forma processual, permitir a discussão das pendências entre fisco e contribuinte.

A rigor, só se pode dizer que haja contencioso nos sistemas jurídicos que atribuem a tal organismo parcelas de poder (competências) quase judicial, que se caracteriza pela definitividade de suas decisões. É requisito essencial, neste caso — segundo os padrões constitucionais próprios do Estado de direito —, que os julgadores gozem de condições objetivas e subjetivas de atuação imparcial. Que os seus cargos sejam dotados das características de uma magistratura. Isto decorre do princípio segundo o qual ninguém pode ser juiz e parte concomitantemente.

Se as controvérsias forem deduzidas sob forma processual — quer dizer, obedecendo às solenidades e formalidades que assegurem amplo contraditório — e decididas por um magistrado imparcial, então é possível reputarem-se satisfeitas as exigências postuladas pelos princípios peculiares ao Estado de direito, tal como definido pelo professor de Milano, o constitucionalista GIORGIO BALLADORE PALLIERI.

Observados esses requisitos, tal contencioso pode suprir ou excluir a tutela do Poder Judicial, conforme a disciplina que a Constituição de cada país estabeleça.

Em outros casos, o contencioso fiscal — empregada a expressão sem rigor e por mera analogia parcial — se limita a tentar compor as controvérsias, dirimindo-as sem caráter definitivo.

Grande número de litígios podem assim ser resolvidos, sem que os contribuintes, quando vencidos, recorram ao Poder Judicial. Para tanto, basta que o contencioso seja célere, equânime e enseje ao contribuinte a mais ampla oportunidade de produção de provas e dedução de argumentos.

Em geral, nos países que adotam tal sistema, o contribuinte é estimulado com certas vantagens (como, por ex., a dispensa de depósito de importâncias, ou suspensão do curso de prazos) para dirigir-se à via administrativa.

Embora recebendo a designação de "contencioso", esse sistema não exclui a possibilidade de apreciação judicial dos dissídios. Elimina quantidade variável deles, de acordo com uma série de predicados que possa ter, conforme dito.

Como fórmula intermediária, há — é a hipótese agora surgida no Brasil — um sistema misto em que a lei pode forçar o contribuinte a esgotar a via administrativa (desde que esta decida dentro de certo prazo), antes de recorrer ao Judiciário.

O sistema é misto, no sentido de que, no prazo constitucionalmente fixado, o contribuinte não pode ir ao Poder Judicial, mas dispõe unicamente do contencioso, como meio de superar suas divergências com a Fazenda. Só após esgotado o prazo (no Brasil, de seis meses), abre-se a possibilidade de o contribuinte bater às portas do Poder Judicial.

Esse tipo de contencioso deve ser integrado por corpo imparcial de julgadores e deve atuar sob forma rigorosamente processual.

Assim, poderá elidir número substancial de litígios, evitando que cheguem à Justiça, e, pois, desonerando-a de tarefas e abreviando a pacificação das divergências.

No Brasil, se prevê — para o caso de qualquer das partes (fisco ou contribuinte) vencida no contencioso desejar ir ao Judiciário — a simplificação da tramitação processual, mediante a propositura de uma ação especial, designada por ação de revisão, já diretamente perante a segunda instância judicial.

Diz-se misto esse sistema, porque os dissídios serão julgados por uma instância administrativa e uma judicial.

n) Contencioso propriamente dito

Há, rigorosamente falando, verdadeiro contencioso administrativo, nos sistemas cuja Constituição reserva a decisão de questões entre administração e administrado a órgãos não integrados no Poder Judicial e sim no Executivo, mas dotados de competência para decidir definitivamente, produzindo decisões "firmes". Tal é, por excelência, o esquema vigente na França.

Nesse sistema, organismos integrados por quase-magistrados — cujas garantias individuais repousam mais em vetusta e respeitada tradição do que em normas expressas — dirimem as controvérsias também fiscais.

Sejam quais forem os sistemas adotados, é requisito essencial, a ser observado pela legislação dos contenciosos, que se assegure um mínimo de estilos processuais, capazes de ensejar amplo contraditório.

Para que tenham eficácia, é fundamental que os julgadores gozem de condições funcionais efetivas de independência.

Mas, é igualmente decisivo que esses julgadores atuem conscientes do cunho dogmático do direito positivo e, como para-magistrados ou quase-magistrados, façam justiça formal, promovendo, nessa sua atuação, eficientemente, o interesse público primário — na concepção de CELSO ANTÔNIO e ALESSI.

Quanto mais próximos os sistemas estiverem desses padrões, melhor será a confiabilidade dos resultados de sua ação.

o) Procedimento admsitrativo tributário

Para eficaz realização do interesse público primário — objetivo dos sistemas de composição de litígios e dissídios — que concilia, de modo conspícuo, os interesses do cidadão e da sociedade, a civilização ocidental consagrou princípios que devem informar os procedimentos administrativos contenciosos.

Em ciência jurídica se reserva o emprego da expressão “processo”, para designar a relação triangular, regida pelo direito judiciário, entre autor, juiz e réu.

Já a expressão “procedimento” — que é forma de exteriorização de uma relação jurídica não processual — é adotada para a designação dos meios mediante os quais, entre outros, a administração pública se relaciona com os administrados.

Efetivamente, é objeto deste tópico o estudo das formas mediante as quais se processam os contatos — tendo em vista a realização do direito — entre o fisco, os contribuintes e terceiros envolvidos pelas relações jurídicas que entre eles se estabelecem.

p) Princípios do procedimento

Ensina o professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO que princípio é uma diretriz ou norma fundamental de um sistema jurídico.

Reproduzindo o professor AGOSTINHO GORDILLO, lembra CELSO ANTÔNIO que princípio é norma e, mais do que norma, preceito que fixa todo o sentido de um sistema, ou parte de um sistema (subsistema).

Conforme a matéria objeto dos procedimentos, variam os princípios aplicáveis.

Em duas partes, pois, se deve dividir a consideração desta matéria.

A primeira tratando do procedimento para realização dos direitos patrimoniais do Estado.

A segunda diz respeito aos procedimentos tendentes à apuração de infrações e aplicação das respectivas punições.

Esta dicotomia corresponde ao discernimento fundamental que conduz a distinguir a classificação entre os interesses públicos ou interesses que devem ser perseguidos pelo Estado, por seus organismos. O interesse público primário, consistente na realização da ordem jurídica, e o interesse público secundário, que consiste na realização do interesse material imediato do Estado; no caso, o levantamento de recursos para que possa se manter.

Primeira espécie

Pode-se entender, *lato sensu*, que é procedimento administrativo tributário o conjunto de regras que regulam toda matéria que didaticamente se compreende como inserida sob esta rubrica; seja o lançamento de ofício, o autolancamento ou qualquer tipo de petição dirigida pelo particular-administrado ao fisco.

Já, numa acepção estrita, é procedimento administrativo tributário somente a reclamação contra lançamento ou o próprio autolancamento. Todos eles devem obedecer ao ritual legal ou regulamentar estabelecido para regular as relações entre a administração fiscal e os administrados.

São princípios que informam essa legislação os seguintes:

- a) princípio da amplitude da prova;
- b) princípio da livre convicção do julgador;
- c) princípio da indisponibilidade sobre a marcha do processo;
- d) princípio da igualdade das partes.

Comentemos ligeiramente estes tópicos.

a) o princípio da amplitude da prova pode sofrer determinado tipo de restrição formal. É que o legislador pode estabelecer "como se prova" determinada matéria. *Aí, não há liberdade para a produção da prova.* É o caso, por exemplo, de o legislador estabelecer que somente mediante determinado tipo de documento formal se tem por provado determinado fato.

Não será, na esfera administrativa, suficiente a produção dessa prova por outros meios, senão a exibição do próprio documento legalmente exigido. A este respeito é útil ler o estudo do professor FREDERICO MARQUES (publicado na *Revista de Direito Público*, vol. 4, p. 76).

b) quanto ao problema da livre convicção do julgador, efetivamente, algumas vezes sofre restrição, pelas presunções legais, figuras amplamente conhecidas. Nessas hipóteses, é evidente que o aplicador da lei não pode decidir contrariamente às presunções, nem reformular aquilo que o legislador colocou — em termos normativos — como conclusão obrigatória.

c) quanto ao princípio da igualdade das partes, esta se estabelece na esfera administrativa, em termos estritamente jurídicos, os quais nem sempre correspondem a uma realidade objetiva — como muito bem expõe o professor CELSO ANTONIO, no seu livro *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, quando trata dos princípios que formam o regime jurídico administrativo — por causa do princípio da supremacia do interesse público, os subprincípios da presunção de verdade das afirmações da administração, bem como o subprincípio da auto-executoriedade do ato administrativo com que esta auto-executoriedade do ato administrativo leva a que esta igualdade se equacione de maneira um tanto quanto diversa, conforme o tipo de procedimento.

Por outro lado, na esfera administrativa, a administração é sempre juiz e parte, concomitantemente, o que faz com que a igualdade, neste caso, seja radicalmente diversa daquela que caracteriza a igualdade das partes perante o processo judicial.

O procedimento administrativo pode não existir, desde que não esteja previsto em lei. Nestas hipóteses, os administrados sempre terão o chamado direito de petição, que é um direito individual, previsto no § 30 do art. 153 da Constituição brasileira vigente.

Este direito de petição tem um determinado conteúdo que exige, no mínimo, que a administração pública se pronuncie sobre o que lhe for postulado. Nos casos de resposta negativa, é o administrado posto na contingência de recorrer ao Poder Judiciário, na forma do que prevê a disposição do § 4.º do art. 153 da Constituição. Na *Revista de Direito Público* (vol. 29), há excelente estudo de RUBENS GOMES DE SOUSA a este respeito.

A inexistência do procedimento administrativo seria irracional, anti-econômica e contrária a todos os preceitos e recomendações da ciência política e da ciência da administração. Não seria, entretanto, injurídica.

Essa discussão, a respeito da possibilidade da inexistência de procedimento administrativo, não deixa de ser acadêmica, já que, na tradição do nosso direito e na nossa realidade presente, existe legislação quase minuciosa para regular, quer na esfera municipal, quer estadual, quer federal, o procedimento administrativo.

Lançamento

Concebemos o lançamento — de acordo com RENATO ALESSI — como ato administrativo (quer dizer: regido pelo direito administrativo), pelo qual o fisco prevê:

a) o reconhecimento oficial do fato imponível; e

b) o qualifica juridicamente, declarando a subsunção do fato imponível à hipótese de incidência.

Os procedimentos administrativos terminam pelo lançamento definitivo, na esfera administrativa. A maioria deles (procedimentos) gira em torno do próprio lançamento, já que se consubstanciam ou em atos da administração pública tendentes ao lançamento, ou atos dos particulares insurgindo-se contra o próprio, ou contra medidas preparatórias ou conseqüentes do mesmo.

Consulta

A legislação brasileira na esfera federal prevê uma fórmula de entendimento entre fisco e contribuinte, mediante a qual este seja orientado oficialmente sobre a maneira pela qual as autoridades fiscais interpretam o direito positivo. Pelo procedimento da consulta, se estabelece uma fórmula de diálogo entre contribuinte e fisco.

A consulta é um meio procedimental administrativo, para que se possa saber qual a inteligência oficial a respeito da interpretação de disposições legais concernentes à matéria tributária.

Nessas normas se prevê que "... nenhum procedimento fiscal será instaurado contra o sujeito passivo, relativamente à espécie consultada...".

É o princípio de segurança do direito, que se traduz, no caso, no princípio da lealdade de relacionamento entre a administração e administrados, que preside a compreensão dessa disposição.

Toda vez que o contribuinte ou terceiro interessado tenha necessidade de saber antecipadamente qual é a orientação oficial a respeito da interpretação de uma norma legal, tem o direito de consultar a administração pública, ficando esta inibida de instaurar qualquer tipo de procedimento contra o interessado, enquanto não dê resposta à consulta e não abra prazo para que o consulente tenha oportunidade de se comportar na conformidade das exigências da própria resposta.

Das decisões dadas pelas autoridades, nas consultas, cabe recurso que verse exatamente a discussão do direito material tributário, que foi seu objeto.

É também, e por derradeiro, um princípio do procedimento administrativo tributário a "imodificabilidade" das decisões administrativas. Estas

criam direito subjetivo para o contribuinte, de tal maneira a inibir o fisco de modificar — com relação aos atos já praticados — a orientação oficial sobre a matéria.

Nestes casos, só o próprio contribuinte, em regra, pode ir a juízo pleitear modificação da decisão tomada. Este é assunto bastante estudado e conhecido no Brasil. A modificação de orientação administrativa só pode operar para o futuro. Se até a lei, mais alta manifestação de vontade do Estado, não pode retroagir, com maior razão não o podem os atos administrativos que lhe são inferiores.

Segunda espécie

Bastante distintos — por outro lado — são os princípios que regulam os procedimentos administrativos que têm por finalidade a realização do interesse primário do Estado, consistente na realização integral da ordem jurídica. Especialmente singulares são os princípios que regulam um tipo de procedimento dessa espécie, que é aquele tendente à aplicação de sanções. Trata-se de regular a ação do Estado no exercício do *jus puniendi*.

Toda vez que o Estado atua, ainda que só administrativamente, no exercício do seu direito de punir, há necessidade de observância de uns tantos preceitos que asseguram o respeito a valores fundamentais do homem, valores estes que são socialmente consagrados e de tal maneira importantes que vêm arrolados no próprio texto constitucional.

Neste caso, assim a liberdade como a propriedade das pessoas são atingidas pelos castigos que o Estado impõe, na aplicação da legislação punitiva. No caso em estudo, legislação administrativo-punitiva.

Ao aplicar sanções punitivas da legislação administrativa e tributária, o Estado é obrigado a observar os princípios constitucionais pertinentes.

Sanções tributárias

Discernimos, na generalidade das sanções costumeiramente previstas pela legislação tributária, seis espécies, classificadas das letras *a* a *f*:

- a*) juros de mora;
- b*) multa de mora;
- c*) multa reparatória;
- d*) multa punitiva;
- e*) outras penalidades;
- f*) penas criminais.

Esta é uma mera proposta de classificação, já que se trata de uma das matérias mais difíceis e delicadas.

É a nossa tentativa, baseada aliás em boa doutrina e em farta meditação, de contribuir para o estudo do assunto.

- a) Juros da mora — em geral 1%.
- b) Multa de mora — em geral 10%.
- c) Multa reparatória (indenização) — em geral igual ao imposto devido.
- d) Multas punitivas — duas vezes, cinco vezes etc. o imposto devido.
- e) Outras penalidades — as não compreendidas nas demais categorias.
- f) Penas.

De acordo com essa classificação, reconhecemos a dificuldade de distinguir as multas reparatórias das multas punitivas, quando o legislador — gozando de ampla margem de discricção — pode estabelecer parâmetros que as igualem. Quanto às multas reparatórias, ou indenizatórias, muitas vezes assumem o caráter de sobretaxa, como bem o demonstrou o constitucionalista JOSÉ HORÁCIO MEIRELLES TEIXEIRA, saudoso professor da Universidade Católica de São Paulo. As sobretaxas são estudadas na doutrina italiana sob a rubrica “sopratassa”.

Neste estudo, vamos somente cuidar das multas reparatórias, das multas punitivas e das chamadas outras penalidades, sob as letras *c*, *d* e *e*.

Não vamos cuidar dos juros da mora, nem da multa da mora, porque são institutos regidos mais por princípios gerais do direito, aplicáveis de modo geral ao direito tributário, do que por princípios específicos do nosso ramo.

Também não vamos cuidar das “penas”, porque invadiríamos a província específica do direito penal, que é de aplicação exclusiva pelo Poder Judiciário, matéria, portanto, inteiramente excluída das nossas cogitações, aqui. A respeito do direito penal tributário, gostaríamos de recomendar a leitura do livro recente de HECTOR B. VILLEGAS — o melhor trabalho doutrinário existente sobre a matéria — *Direito Penal Tributário*, que tivemos a honra de prefaciar.

Inicia-se o procedimento administrativo-punitivo tributário, mediante o auto de infração. O auto de infração tem eficácia após a “regular ciência” do infrator, ou pretenso infrator, ou seu representante. A respeito há o trabalho do administrativista FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA (publicado à p. 119 da *Revista de Direito Público*, vol. 5).

Termina o procedimento administrativo-punitivo tributário pela decisão de última instância administrativa irrecorrível.

Princípios

São princípios informativos do procedimento administrativo-punitivo tributário:

1. *Legalidade.*

2. Ampla defesa (§ 15 do art. 153 da Constituição, que determina que "a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes). Corresponde ao princípio "due process of law".

3. *Igualdade das partes.*

4. Ônus da prova, a cargo de quem alega (onus probandi incumbit ei qui dicit, non ei qui negat). Não comporta presunção.

Em matéria de direito punitivo, prevalece o princípio da verdade material sobre o princípio da verdade formal, ao contrário do que acontece em matéria patrimonial ou de realização de desígnios econômico-patrimoniais.

Oficialidade

Não necessitam as partes de requerer o que lhes seja de direito, incumbindo ao julgador providenciá-lo, a fim de melhor instruir o processo.

Informalismo em favor do acusado (o que interessa é realizar o direito material, tal como nele está disposto).

Examinemos cada item, com breve comentário.

1. *Legalidade*

Não carece de maiores explicações. As sanções aplicáveis em matéria punitiva são somente aquelas contidas em lei. Aos regulamentos não é dado ampliá-las, restringi-las ou modificá-las, de nenhuma maneira. O aplicador deverá sempre curvar-se aos mandamentos legais, sendo até de seu dever ignorar quaisquer disposições regulamentares a respeito de punições. Constitui, efetivamente, abuso do poder regulamentar o estabelecimento de qualquer tipo de punição, em normas contidas em decretos ou em atos administrativos inferiores. Ao legislador é reservada, com exclusividade, a faculdade de prescrever todo e qualquer tipo de punição.

Punição consiste na privação de um bem jurídico estimável pelo punido, com base em lei.

Conforme o grau da aflição imposta ao administrado, pelo Estado, no exercício do *jus puniendi*, se extrema o campo penal do administrativo-punitivo.

Aqui, evidentemente, só cuidamos, como visto, deste último.

2. O princípio da ampla defesa

O princípio da ampla defesa tem aqui cabal aplicação. Na verdade, ele não se restringe à esfera do direito penal, mas a todo o campo do chamado direito punitivo. Em outras palavras, toda vez que estivermos diante do Estado desempenhando sua função de punir — compreendida sob a designação genérica de *jus puniendi* —, tem plena, absoluta e cabal aplicabilidade a disposição do § 15 do art. 153 da Constituição, que trata de assegurar ampla defesa.

Ampla significa lata, extensa, aberta, irrestrita. É causa de nulidade dos procedimentos qualquer tipo de constrangimento ou restrição que reduza, de qualquer forma, a possibilidade que têm os acusados de deduzirem as suas razões em juízo, assim como produzirem todas as provas testemunhais, documentais, periciais e outras, em seu benefício, em defesa de seus direitos.

Com relação ao termo “acusados”, empregado pelo § 15 do art. 153 da Constituição, não há dúvida de que se refere não só aos acusados perante a Justiça criminal, como a todo e qualquer tipo de acusado de infração de toda e qualquer norma jurídica, inclusive na esfera administrativa.

Fazendo a Constituição referência aos “recursos” inerentes à ampla defesa, deve-se entender que há necessidade não só da previsão de possibilidade de recurso, como da existência de mais de um recurso.

A interpretação desta cláusula constitucional tem suscitado alguma dúvida.

O Professor RUBENS GOMES DE SOUSA tem opinião sólida e fundamentada a respeito (*Revista de Direito Público*, vol. 29), sustentando que a existência de um recurso, na esfera administrativa, e a possibilidade sempre aberta a todo e qualquer acusado de ir ao Judiciário já satisfazem a pluralidade de recursos, tal como previstos nessa cláusula constitucional.

3. Quanto à igualdade das partes

Quanto à igualdade das partes, nesta matéria punitiva é muito mais estritamente interpretada do que em outras matérias. Entretanto, na esfera administrativa, sempre sofrerá os detrimentos decorrentes da circunstância de a administração ser concomitantemente juiz e parte. Isto, entretanto, não prejudica essencialmente os direitos do eventual acusado, dado que em nenhum instante se afasta a soberania da disposição contida no § 4.º do art. 153 da Constituição, que assegura, de qualquer maneira, em todas as hipóteses e casos, a via judiciária para reparação das eventuais ilegalidades praticadas, sempre que implicando lesão de direito individual.

4. Ônus da prova

Não pode ser aplicado qualquer tipo de punição com base em presunções. Por outro lado, também não pode — sem ampla comprovação, con-

vincente aos olhos do julgador — ser reconhecida a existência ou autoria de qualquer fato ilícito.

Na verdade, em matéria punitiva, todo ônus da prova incumbe à Administração, ficando ao acusado simplesmente a prova das circunstâncias ou fatos que sejam excludentes, elidentes ou de quaisquer atenuadores das circunstâncias que o prejudicam.

5. *Oficialidade do procedimento*

É conseqüência desse princípio que as partes não precisam requerer ao julgador a aplicação da legislação, nem a produção de determinadas provas, que sejam absolutamente elementares para a produção da convicção. Não prevalece, aqui, a concepção duelística do procedimento, que resulta, em matéria patrimonial, na vitória daquele que, com maior habilidade, saiba promover o próprio interesse de parte.

Pelo contrário, aqui deve prevalecer soberanamente o princípio da busca da verdade por parte do julgador, ainda que a despeito da incúria ou inércia das partes, principalmente do acusado.

6. *Informalismo em favor do acusado*

Neste caso, o princípio exige que se realize o direito material. O que efetivamente interessa soberanamente é a aplicação integral da lei, tal como nela está disposto. Nenhum desvio é consentido, sob nenhuma excusa, ao aplicador, nesta matéria. A este respeito, o livro *Instituciones de Derecho Administrativo* do professor JOSÉ ROBERTO DROMI — eminente jurista argentino — é altamente elucidativo e esclarecedor.

A observância das formalidades tendentes a assegurar o direito que tem o acusado de defender-se da maneira mais ampla e irrestrita, sem qualquer tipo de cerceamento, tem como consectário um informalismo, também em seu benefício. Assim, a inobservância de prazos, bem como das formas processuais, toda vez que o beneficiário, deve ser relevada pelo julgador, sempre em acatamento ao princípio de que se deve buscar, a qualquer custo, a plena verdade, nesta matéria.

Em síntese, pode-se dizer que os procedimentos administrativo-punitivos obedecem aos princípios do processo penal. Com isto, não se afirma que devem obedecer ao código processual penal, mas somente àquelas diretrizes fundamentais que ele contém e que encerram as prescrições legais referentes à proteção da liberdade individual, em pleno acatamento ao princípio constitucional da ampla defesa.

A este respeito, recomenda-se a leitura das conclusões a que chegaram as “VI Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributário”, realizadas em Punta Del Este, em 1970, e que — à página 671 da publicação respectiva — estão resumidas com objetividade.

Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública

Uma análise sistêmica

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

Professor de Direito Público e
Ciência Política

“Nunca se fala em dever de liberdade!”...
“Nunca se pensa na responsabilidade para
com a liberdade.”... “O cumprimento do de-
ver de construir a liberdade é o único funda-
mento eficaz e legítimo e que possibilita no
mundo a implantação efetiva do direito de
liberdade.”

EDUARDO PRADO DE MENDONÇA

(“A Construção da Liberdade”)

“Liberdade para buscar a verdade”

(“Pacem in terris”) JOAO XXIII

“Definitivamente, uma existência huma-
namente valiosa não é possível nem em absoluta
liberdade nem na ordem absoluta.”

AGUSTIN GORDILLO

(“La Administración Paralela”)

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Metodologia sistêmica.* 3. *Or-
dem no sistema.* 4. *Ordem pública.* 5. *Segurança pú-
blica.* 6. *A segurança pública como sistema.*

1. INTRODUÇÃO

O tema

Os debates constitucionais e o agravamento dos problemas de violên-
cia urbana alçaram a considerável destaque os conceitos de ordem e segu-
rança públicas. Embora tendo surgido na crista de uma crise, a reaprecia-
ção teórica da ordem pública se tem mostrado profícua e imaginativa.

O repisado tratamento pela imprensa, as dezenas de painéis e entrevistas pela televisão, o reexame oficial do problema, empreendido pelos Poderes Públicos da União e dos Estados, produziram mesmo, no campo do direito administrativo, uma resposta original, com a publicação de um primeiro livro especializado: o *Direito Administrativo da Ordem Pública*, no final do ano de 1986 ⁽¹⁾.

Essa obra, de autoria de ÁLVARO LAZZARINI, CAIO TÁCITO, HELY LOPES MEIRELLES, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR e SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, para a qual também contribuí, com o artigo "Direito Administrativo da Segurança Pública" ⁽²⁾, teve, além do inegável pioneirismo, o mérito de revelar, na multiplicidade de conceitos e enfoques, sobre os temas *Ordem e Segurança Públicas*, uma até então insuspeitada indefinição doutrinária que, ao contrário, não ocorreu com o tratamento do outro importante tema no mesmo livro versado: o *Poder de Polícia*.

Enquanto que a extensa e profunda base doutrinária, nacional e estrangeira, da temática do *Poder de Polícia* e da *polícia*, como organização e função, nos deram um quadro rico de enfoques mas bastante coerente e homogêneo, a escassa e contraditória doutrina da *Ordem* e da *Segurança Públicas*, revelando a "heterogeneidade dos modos de ver e situar a matéria, no que cada qual ajunta, à erudição especializada, os reflexos da vivência pessoal dos problemas da dinâmica administrativa", como observou o Mestre MIGUEL SEABRA FAGUNDES, nosso prefaciador ⁽³⁾, causam perplexidade e, em face das circunstâncias, frustração.

A busca de bases coerentes, que tenham condições de lograr um razoável consenso, à semelhança do que ocorre com os grandes lineamentos do direito administrativo, tornou-se, assim, uma provocante área de pesquisa, eventualmente recompensada pelos aspectos práticos, que dela poderão defluir, nessa quadra da vida nacional, em que é alta a demanda por definições e soluções de temas políticos e jurídicos cruciais, com vistas aos processos constituintes e pós-constituintes, que polarizarão as atenções de políticos e juristas por alguns anos ainda, mesmo depois de promulgada a nova Carta.

Com essa motivação, concordando com BERTALANFFY, e a partir de SOROKIN ⁽⁴⁾, que "a ciência social é a ciência dos sistemas sociais" ⁽⁵⁾ e, por essa razão, como ficam esclarecidos muitos aspectos relacionais, à luz da "Teoria Geral dos Sistemas", propus-me a utilizar alguns instrumentos

(1) Rio de Janeiro, Forense, em segunda edição, 1986/1987.

(2) *Op. cit.*, pp. 109 a 146.

(3) *Op. cit.*, Prefácio, p. XII.

(4) A referência é à obra de PIOTR A. SOROKIN, *Contemporary Sociological Theories*, New York, Harper Torchbooks, 1964.

(5) LUDWIG VON BERTALANFFY, *Teoria Geral dos Sistemas*, Petrópolis, Vozes, 1973, p. 259.

metodológicos sistêmicos para captar e situar esses fugidios conceitos de ordem e segurança públicas, ensaiando uma tentativa de sistematização da matéria na enciclopédia juspolítica.

A sociedade como sistema

Iniciaremos concebendo o *grande sistema da sociedade*, ou a “megamáquina”, como a chamou LEWIS MUMFORD⁽⁶⁾, que é, na verdade, um *polissistema do poder*, desdobrável em incontáveis sistemas que se escalam, que se superpõem e que se imbricam, de mil maneiras, no todo social.

Mas esse *polissistema social* tem a sua própria *organização*, dos elementos integrantes que o constituem, o que leva, necessariamente, a perguntar sobre a *ordem* com que nela se dispõem. Temos, assim, a *organização* e a *ordem social*, como seus aspectos mais importantes.

Os sistemas inscritos no *polissistema social*, que são *inumeráveis*, tantos quantos identifiquemos e os estudemos, caracterizar-se-ão, por sua vez, por sua organização e ordem próprias, surgindo, destacadamente, a *organização* e a *ordem políticas*, referidas ao *sistema político* da sociedade, e a *organização* e a *ordem jurídicas*, referidas a seu *sistema jurídico*.

O mesmo método serve para estudar quaisquer sistemas sociais que se deseje: econômico, familiar, religioso, acadêmico etc., destacando-se, em cada um, respectivamente, a *organização econômica, familiar, religiosa, acadêmica* etc., seguindo uma *ordem*, ainda respectivamente, econômica, familiar, religiosa, acadêmica etc.

Sistema de convivência pública

Para convergirmos ao tema de nosso estudo, deve-se partir, também, de um sistema social específico: o *sistema da convivência pública*, que será conceituado substantivamente para que se possa analisar sua *organização* e sua *ordem* características e, a partir daí, chegar-se à *segurança pública*, como conceito adjetivo.

Destacando, posteriormente, essa segurança pública, como um sistema, em si próprio, proponho-me a identificar seus *subsistemas*, particularmente o *policial*, dedicando-lhe uma breve menção para encerrar o ensaio.

Acredito que esta revisão, iluminando e definindo articulações entre esses conceitos, abrirá, aos colegas, novos ângulos de pesquisa e, aos iniciantes, um instrumento de aprendizagem coerente e metódico que, parece-me, lhes tem faltado.

Esse último desiderato, que me é o mais caro, gostaria, sinceramente, de tê-lo atingido, em benefício de uma dedicada e zelosa juventude que faz da segurança pública sua digna profissão.

(6) LEWIS MUMFORD, *The Myth of the Machine*, Londres, Secker and Warburg, 1973, I, p. 261.

2. METODOLOGIA SISTÊMICA

Método

Quando nos debruçamos sobre um fenômeno ou sobre um conjunto de fenômenos, sejam físicos ou sociais, não podemos deixar de nos maravilhar com a intrincada *organização* que qualquer um deles apresenta.

Diante dessa complexidade, que deve enfrentar a cada passo, no caminho do conhecimento, o homem desenvolveu um *método* (do grego, caminho para chegar a um fim), partindo do geral para o particular, do complexo para o simples, do todo para suas partes, reduzindo a realidade observada à sua expressão mais simples (análise), para buscar entender a integridade pela compreensão dos elementos integrados (síntese).

A ciência clássica procurava, assim, o *objeto* isolado, positivo e irreduzível, a partir do qual ser-se-ia capaz de formular *leis objetivas* e, com elas, construir o edifício do conhecimento científico, claro, espaçoso e bem distribuído.

Objetividade

A *objetividade* destacava o fenômeno em estudo da realidade cultural do observador; o *isolamento*, destrinchava-o das estruturas a que está relacionado; a *positivação*, caracterizava-o sempre por seus elementos e propriedades afirmativas, e a *irreduzibilidade*, fazia partir a cadeia relacional de um objeto indecomponível, indivisível, insecável, permanentemente buscado em todos os ramos da gnose.

Por isso é que, na síntese de EDGAR MORIN, “a ciência clássica fundou-se sob o signo da *objetividade*, isto é, dum universo constituído por *objetos* isolados (num espaço neutro) submetido a leis objetivamente universais” (7).

O século XIX viu a máxima expressão desse método redutivo-dedutivo-objetivo, beneficiando-se, todas as ciências, de suas inúmeras vantagens. As ciências naturais a objetividade deu azo à especialização e proporcionou a revolução tecnológica. As ciências sociais não poderiam deixar de se contagiar pelo êxito das naturais, esgalhando-se, também, em múltiplas especializações e procurando o caminho das aplicações práticas. Ambas, todavia, tinham se tornado corpos de conhecimento *objetivo*, de partes *isoladas* do universo fenomênico.

O cosmo parecia coerente e simples, formado de corpos celestes, de átomos, de células e de instituições: o todo se explicava pelas partes.

(7) EDGAR MORIN, *La Méthode. 1 — La Nature de la Nature*, Paris, Ed. du Seuil, 1977, (trad. portuguesa das Publicações Europa-América, p. 93).

Revolução metodológica

A revolução científica do século XX foi, antes de tudo, uma revolução metodológica. Já no seu início, aquela construção cosmogônica, marmórea, coerente e enxuta, começou a apresentar rachaduras; algo de terrível acontecerá no plano da observação: o átomo era *um conjunto de partículas* e por isso... não era mais a-tomo (indivisível)!

A unidade irreduzível da matéria, tomada como referencial necessário para qualquer estado, propriedade ou movimento, havia sido cindida. Descobriu-se que, em vez de ser um objeto isolado, positivo e irreduzível, o átomo era um *sistema*, constituído por partículas de propriedades opostas, positivas e *negativas*, polidivisível e, ainda por cima, *instável*, pois várias daquelas partículas transformavam-se, transmutavam-se, e erravam, ora com causa, ora ao acaso.

As descobertas na física atômica não poderiam deixar de repercutir em cadeia sobre todo o conhecimento. Sucederam-se as revisões epistemológicas e metodológicas para adequá-lo à nova visão do universo: não mais existia o objeto irreduzível, mas o sistema; não mais existia o objeto positivo, mas um sistema, ao mesmo tempo, afirmativo e negativo, ordenado e desordenado, auto-organizador e autodestruidor, sobreexistindo não *apesar* dos contrários mas *em razão* deles (8).

T. S. KUHN, o teórico das revoluções científicas, definiu-as pelo surgimento de novos "paradigmas" conceituais que proporcionam novos ângulos de abordagem dos mesmos problemas; tratava-se, portanto, fundamentalmente, de uma *revolução metodológica*.

A vantagem da abordagem sistêmica estava na possibilidade de "reconstruir" a realidade ao mesmo tempo que se analisava. Se só existem sistemas, nada mais lógico que estudar como se identificam, como se situam, como se articulam, como se aglomeram, como se integram, como se decompõem etc.

A tal ponto esse conceito revolucionou a visão simplificada e unissistêmica do cosmos novecentista, objetivo e bem-comportado, constituído de "blocos" irreduzíveis, que ARTHUR KOESTLER, para explicá-lo, desenvolveu a idéia do *holon* (do grego, *hólos*, inteiro, integral, completo): uma arquitetura intercambiante de sistemas interagentes em que cada um deles poderia ser, ao mesmo tempo, a parte e o todo.

Estavam lançadas as bases para os enfoques sistêmicos nas ciências sociais, destacando-se, nesse esforço, TALCOTT PARSONS (9), na sociolo-

(8) "A ordem que se rasga e se transforma, a onipresença da desordem, o aparecimento da organização, suscitam exigências fundamentais: toda a teoria deve trazer agora a marca da desordem e da desintegração, toda a teoria deve relativizar a desordem, toda a teoria deve nuclear o conceito de organização". In EDGAR MORIN, *op. cit.*, p. 79.

(9) *The Social System*, Glencoe, Free Press, III, 1951.

gia, e DAVID EASTON⁽¹⁰⁾, na ciência política, aos quais muito ficamos devendo na descoberta do novo cosmos convivente.

3. ORDEM NO SISTEMA

Conceito de sistema

Por volta da década de cinquenta, LUDWIG VON BERTALANFFY, Professor da Universidade de Alberta, no Canadá, propôs uma "Teoria dos Sistemas", conceituando-os como "um complexo de elementos em interação"⁽¹¹⁾.

Esse conceito ficaria, entretanto, incompleto, se não lhe agregasse um outro elemento, já observado por FERDINAND DE SAUSSURE, em 1931, no seu *Curso de Lingüística Geral*⁽¹²⁾: a *organização*, isto é, o *caráter regular e estável das interações dentro de um dado sistema*.

Organização

A partir dessa nova achega conceptual "podemos conceber o sistema como unidade global *organizada* de inter-relações entre elementos, ações ou indivíduos"⁽¹³⁾ ou, mais analiticamente: *um sistema é um conjunto de elementos que se inter-relacionam de maneira regular e estável*.

A idéia de organização, com sua regularidade e estabilidade, enriqueceu, assim, a concepção sistêmica, ao mesmo tempo que, ela própria, também se enriquecia, para servir a todos os ramos do conhecimento, em termos de coerência e univocidade.

É certo que as ciências sociais, desde seus primórdios, se apoiaram no conceito organizacional mas, até o advento da Teoria Geral dos Sistemas, faltavam-lhes os outros dados, que proporcionam a visão da sociedade como um *plurissistema*. Enquanto a sociologia buscou seu "átomo social", para isolá-lo e descrevê-lo; enquanto o direito buscou a "norma pura", para isolá-la e descrevê-la, o objetivismo e o positivismo metodológico foram hegemônicos.

Mas toda organização necessita de um princípio de disposição dos elementos e de inter-relações do sistema, de modo que ela venha a produzir os resultados a que se propõe.

(10) *A Framework for Political Analysis*, N. Jersey, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1965.

(11) *Teoria Geral dos Sistemas*, op. cit., p. 84. O original, *General System Theory*, foi publicado pela Ed. Braziller, Inc., N. York, 1968, mas o autor versou o tema, pela primeira vez, no artigo "The Theory of Open Systems", publicado no *General System Yearbook*, de 1956.

(12) *Cours de Linguistique Générale*, Genebra, Ed. Payot, 1931.

(13) EDGAR MORIN, op. cit., pp. 99/100.

Ordem

A *ordem* é, pois, esse pré-requisito funcional da organização. *Qualquer organização* não se estabelece, natural ou artificialmente, senão para desempenhar determinada função.

A expressão *pré-requisito funcional* é consagrada, na literatura sociológica, no sentido de "condição básica indispensável para o funcionamento de uma sociedade, concebida como um sistema social" (14).

Em outros termos, *a ordem é a disposição interna que viabiliza uma organização*.

É claro que, se se trata de um sistema natural, a organização se refere a elementos integrantes físicos, químicos ou biológicos e a *ordem* deve ser descrita a partir da constatação da regularidade e da estabilidade dessas inter-relações.

Por outro lado, se se trata de um sistema social, a organização se refere a elementos integrantes sociológicos, psicológicos, econômicos e políticos e a *ordem* deve ser descrita a partir da constatação da regularidade e da estabilidade das inter-relações que apresentam.

Os sistemas sociais, à diferença da concepção clássica, ocupam-se também da *desordem*, como dado essencial, que deve ser levado em consideração e estudado tanto quanto a ordem.

Em ambos esses casos, as ciências são *descritivas*: expõem os sistemas, sua organização e seus princípios de ordem.

Ordem normativa

As ciências naturais se esgotam no estudo dos *sistemas reais*, o estudo do ser; todavia, as ciências sociais, além de tratarem dos sistemas reais, ocupam-se, também, dos *sistemas ideais*, do *dever-ser*, concebidos como uma superior conformação da sociedade. O sistema ideal tampouco nega a desordem, admite-a, mas pretende apresentar melhor resposta dialética, em termos de *funcionalidade*.

Nos sistemas do *dever-ser*, a organização, para operar de acordo com a concepção idealizada, deverá contar com pré-requisitos funcionais alterados; "melhorados", segundo quem os imagine, como sendo uma *superior disposição*, voltados ao aperfeiçoamento do plurissistema da sociedade. A ordem, neste caso, resulta de uma disposição que se *pretende impor* à organização da sociedade: é uma *ordem normativa*.

As ciências sociais desdobram-se, destarte, em dois ramos: o *descritivo*, em que a ordem existente é objeto de constatação e de descrição, e o *normativo*, em que a ordem é objeto de imposição, mediante normas de conduta.

(14) JOSÉ A. GARMENDIA, in *Dicionário de Ciências Sociais*, Rio, FGV, 1986, p. 966.

Ordem social

Em consequência, quando se fala da *ordem* do polissistema da sociedade, a ordem social no seu sentido mais lato, há uma ambigüidade a ser sempre e preliminarmente esclarecida: tanto pode ela referir-se aos pressupostos funcionais *reais* observáveis numa organização social — a *ordem social descritiva*, como pode dizer respeito aos pressupostos funcionais *ideais*, impostos à organização social — a *ordem social normativa*.

Não existe, portanto, fenômeno social, sistema social, ou organização social que prescindida do conceito de ordem⁽¹⁵⁾, fato que leva, a muitos, a confundi-la com os próprios fenômenos, sistema ou organização sociais⁽¹⁶⁾.

Ora, como uma sociedade apresenta incontáveis sistemas em seu plurissistema, ter-se-ão tantas organizações e ordens sistêmicas específicas quantos sejam os sistemas que resolvamos identificar, destacar, analisar e, depois, voltar a inserir no todo, para saber como o influencia e como é por ele influenciado (*inputs* e *outputs*).

O plurissistema social passa a ser o meio no qual se insere e do qual se identificam e se destacam, para estudo, todos os sistemas sociais, como o econômico, o político, o psicológico, o familiar, o religioso, o educacional etc. E cada um deles ganhará, por seu turno, e respectivamente, uma *expressão descritiva* e uma *expressão normativa*.

Ordem política

Se queremos identificar um *sistema político*, deveremos buscar seu referencial nos fenômenos da *direção da sociedade*: são os *fenômenos do poder*, que *direta ou indiretamente* importam na condução de todo o grupo social⁽¹⁷⁾.

Os fenômenos do poder apresentam elementos interagentes segundo padrões estáveis e regulares: concentração do poder difuso, destinação do poder na sociedade, atribuição do poder do Estado, distribuição do poder no Estado, exercício do poder pelo Estado, contenção do poder do Estado e detenção do poder do Estado. Podemos, pois, falar de um *sistema político* e,

(15) "Le phénomène social implique nécessairement le concept d'ordre"; JEAN SUSINI "Structure et organisation de la Police Française" in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* n.º 2, Paris, Sirey, 1976, p. 504.

(16) "On a même prétendu que la Sociologie scientifique s'est avant tout intéressée à l'ordre, comme structure même de la réalité". *Ibidem*. Evidentemente, uma concepção ultrapassada, na medida em que, como vimos, a *desordem também faz parte* dos sistemas, real ou ideal: do real, porque ela existe, e do ideal, porque *deve ser tomada em conta*, para que o ideal seja possível e não se confunda com o utópico, que é o ideal impossível.

(17) A esse respeito, remeto o leitor aos conceitos cratologicamente orientados, de ciência política, recentemente por mim expostos no artigo "Metodologia Constitucional", in *Revista de Informação Legislativa*, a. 23, n.º 91 jul./set. 1986, Brasília, Senado Federal, item 3, pp. 78 a 89.

assim, de uma *organização política*, que não prescinde de seu respectivo pré-requisito funcional: a *ordem política*.

Observe-se que se abrirem referências, ao arrolarem-se os fenômenos do poder, ao *Estado* — uma constante regularmente *observável* nas sociedades políticas contemporâneas — de modo que não teria sentido excluí-lo: *as condições de inter-relação social, no universo do poder, visando à direção da sociedade, que se objetiva com a ordem política, referem-se, direta ou indiretamente, ao Estado e a seu poder.*

Sob essas considerações, a ordem política pode ser enunciada como *um aspecto de ordem social que diz respeito à disciplina dos fenômenos do poder no Estado e em relação a ele.*

Do mesmo modo como qualquer ordem social, a ordem política tanto pode ser entendida como a descrição de uma *situação*, de uma sociedade política, como um *modelo normativo* para que aquela situação venha a existir.

A ordem política pode ser, portanto, *descritiva*, e interessar, predominantemente, ao estudo da *ciência política*, como ser *normativa*, e interessar, preferentemente, ao *direito político*.

Ordem jurídica

Aparece aqui a *idéia do direito* como uma ciência que se ocupa da norma jurídica e de sua atuação na sociedade. Se existe uma ordem normativa genérica, para todo o plurissistema, e ordens normativas específicas, para cada um dos sistemas sociais identificáveis, pode-se conceber, também, *esse sistema específico* que, erguido no plano do *dever-ser*, envolveria todos os elementos normativos, suas inter-relações, sua organização e *sua própria ordem*: um *sistema jurídico*, abrangendo os *fenômenos jurídicos*, a *organização jurídica* e a *ordem jurídica*.

Como o poder está em toda parte mas, de maneira especial, concentrado no Estado, impõe-se que o plano normativo considere esse seu papel no sistema jurídico, em especial, no que concerne à *formulação e imposição da ordem jurídica*, que se haja imaginado como a melhor para todo o polissistema social, e, ao mesmo tempo, disponha sobre o relacionamento dessa ordem com os poderes privados remanescentes na sociedade, não atribuídos ao Estado, que poderão ou se submeter a essa ordem ou contrariá-la, no *exercício de sua liberdade*.

A *idéia valorativa*, de fundo moral, o direito acrescenta a impositividade, mediante o poder do Estado, para fazer, da norma social, uma *norma jurídica*.

Assim, a *ordem jurídica* pode ser tomada no seu sentido descritivo ou material, como o *resultado* da observância social às normas jurídicas, mas é, principalmente, no sentido normativo ou formal, como *conjunto de princípios e normas impositivas vigentes numa sociedade*, que é comumente entendida e referida.

4. ORDEM PÚBLICA

Sistema de convivência pública

Para situar-se a Ordem Pública, *crux* deste ensaio, é necessário voltarmos ao plurissistema social para nele identificar-se mais um sistema específico.

Todas as modalidades de expressão do poder que não foram conceituadas e atribuídas ao Estado remanesçam e continuam a coexistir diluídas na sociedade. A *convivência*, polifacética e cambiante, coalesce em sistemas diversos, organizações diversas e outras diversas *ordens* respectivas dentro do polissistema. Uma dessas modalidades de convivência é muito importante, porque diz respeito às relações que, entre si, travam os indivíduos, independentemente do Estado e de outras instituições a que pertençam ⁽¹⁸⁾: o que releva é a *interação individual pública*, permanente ou ocasional, nas diferentes circunstâncias de espaço e de tempo.

São as relações nas ruas, nas praças, no trabalho, nas fábricas, nos escritórios, nos salões, nas salas de aula, nos estabelecimentos abertos ao público, nos locais de diversões, nas lojas, nas estradas, nas praias, nos sítios de lazer etc., enfim, onde quer que mais de uma pessoa se congreuem, onde quer que ocorra uma *convivência pública*.

Há, pois, um sistema de *convivência pública*, caracterizável nas agregações humanas, seja qual for sua dimensão, seja qual for o seu propósito, deliberadas ou fortuitas, permanentes ou ocasionais. Ora, para que todos possam exercer tranqüilamente a sua respectiva liberdade individual, em tais circunstâncias, é necessário que, nessa convivência, se estabeleça uma nova *organização mínima* em que se observe, *obrigatoriamente*, uma *ordem ética mínima*. Chegamos, assim, à conclusão de que o sistema de convivência pública pressupõe também a sua ordem — a *ordem pública*.

Ordem pública

Na acepção sistêmica, a ordem pública é o pré-requisito de funcionamento do *sistema de convivência pública*. Não só ele contém no polissistema social como é imprescindível a seu funcionamento, uma vez que viver em sociedade importa, necessariamente, em conviver publicamente.

É necessário dispor-se a convivência pública de tal forma que o homem, em qualquer relação em que se encontre, *possa gozar de sua liberdade inata*, agir sem ser perturbado, participar de quaisquer sistemas sociais que deseje (econômico, familiar, lúdico, acadêmico etc.), sem outros impedimentos e restrições que não os necessários para que essa convivência se mantenha sempre possível, sem outra obrigação que de observar a normatividade que lhe é imposta pela *ordem jurídica* constituída para todo o polissistema e admitida como o mínimo necessário para assegurar, na convivência, a paz e harmonia indispensáveis.

(18) Só o homem convive; o Estado e as demais instituições coexistem, mas não convivem. Daí não serem objeto do sistema de convivência pública.

A essa disposição da convivência pública, pré-requisito de funcionamento do respectivo sistema, é que se denomina de *ordem pública*.

É por essa razão que JEAN SUSINI, emérito Professor da Universidade de Montreal, chama a ordem pública de *condição de liberdade* (19). Com efeito, acentua, “a liberdade não seria possível, não por causa do Estado, mas pela impossibilidade da convivência.”

A *noção de ordem pública*, precisamente porque a convivência pública é polifacética e cambiante, não poderia deixar de ser, também, muito extensa e variável. É por isso que WALINE a qualificou de “vaga e ampla” (20). Também, pelo mesmo motivo, são tão díspares os conceitos e os enfoques dos autores que dela tratam (21).

Tudo se resolve, porém, com a distinção metodológica entre o que vem a ser sua acepção descritiva ou *material* e sua acepção normativa ou *formal* (22).

Acepções material e formal da ordem pública

No *sentido material*, ou descritivo, a ordem pública é uma *situação de fato*, ocorrente numa sociedade, resultante da disposição harmônica dos elementos que nela interagem, de modo a permitir-lhe um funcionamento regular e estável, assecuratório da liberdade de cada um.

No *sentido formal*, ou normativo, a ordem pública é um conjunto de valores, de princípios e de normas que se pretende *devam* ser observados numa sociedade, impondo uma disposição ideal dos elementos que nela interagem, de modo a permitir-lhe um funcionamento regular e estável, assecuratório da liberdade de cada um.

Acepção material de ordem pública

A acepção material de ordem pública, como *situação*, modelo real, resultado da observação, é a mais antiga. Já a encontramos em Roma, confundida com o conceito de *mores*, os costumes do povo romano, e, no direito intermédio, vinha a ser os “bons costumes” dos legistas e glosadores. Modernamente, LOUIS ROLLAND, que acolheu a acepção, desdobrou o seu conteúdo em três aspectos: “tranquilidade pública, segurança pública

(19) JEAN SUSINI, *op. cit.*, p. 504.

(20) MARCEL WALINE, *Droit Administratif*, Paris, 1965, 9ª ed. p. 642.

(21) A respeito, leia-se a pesquisa de ALVARO LAZZARINI no artigo “Polícia de Manutenção da Ordem Pública e a Justiça”, na coletânea *Direito Administrativo da Ordem Pública*, *op. cit.*, pp. 5 a 15.

(22) Distinção semelhante, das duas acepções da ordem pública, nos oferece GIUSEPPE DE VERGOTTINI, um dos ilustres colaboradores do *Dizionario di Política*, Torino, Utet, 1983, v. pp. 741 e 742.

e salubridade pública" (23) e, posteriormente, o monografista PAUL BERNARD, da mesma forma, distinguiu: "ausência de perturbação, paz pública e disposição harmoniosa da convivência" (24).

Entre nós, o conceito material é o encontrado no dicionarista jurídico DE PLÁCIDO E SILVA: "a situação e o estado de legalidade normal" que "não se confunde com a ordem jurídica embora seja uma conseqüência desta e tenha sua existência formal justamente dela derivada" (25). O reparo que me permito fazer, a esse conceito, está na expressão restritiva quanto à observância da "legalidade normal"; entendo que o referencial é bem mais amplo — a ordem *jurídica*, como, acertadamente, depois vem mencionado.

Como expusemos alhures, a ordem jurídica, em suas atuais dimensões doutrinárias, ultrapassa a antiga idéia de *conjunto de normas*. Assimilarse a ordem jurídica à ordem legal positiva, ou à "legalidade normal", não é errado mas insuficiente. A ordem jurídica engloba outros elementos que lhe são essenciais e que a tornam não só mais ampla como qualitativamente distinta da legalidade positiva. Isto ocorre porque, como tão bem expôs SANTI ROMANO, o "direito não se esgota nas normas, senão que estas são o produto da vontade que as fixa" (26).

Entre nós, a acepção material de ordem pública é a adotada pelo cuidadoso monografista ÁLVARO LAZZARINI: "situação de legalidade e moralidade normal" (27), e pelo sempre claro HELY LOPES MEIRELLES: "situação de tranquilidade e normalidade" (28). Ambos, como se lê, ultrapassam a mera legalidade e se aproximam, neste particular, do rico conceito de PAUL BERNARD.

É o sentido material, também, o que melhor se presta para dessumir um "conceito operativo" de ordem pública, tal como o fez a Polícia Mili-

(23) LOUIS ROLLAND, *Précis de Droit Administratif*, Paris, Daloz, 1947, 9ª ed., p. 399. A inserção da "segurança pública" como aspecto ou parte da ordem pública viria a causar grande confusão conceitual e terminológica.

(24) PAUL BERNARD, *La Notion d'Ordre Public en Droit Administratif*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1962, p. 252. Escrevendo quinze anos depois, embora tripartindo a ordem pública em componentes, como LOUIS ROLLAND, o monografista PAUL BERNARD substituiu "segurança pública", que não é uma situação mas uma garantia de situação, por "paz pública" e, também, acertadamente, retirou a "salubridade pública", que não é adequada a um conceito de natureza *convivencial*, substituindo-a pela "disposição harmoniosa da convivência" aperfeiçoando, sobremaneira, com isso, a apresentação do conteúdo material da ordem pública.

(25) DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, vol. III, Rio de Janeiro, Forense, 1963, p. 1.101.

(26) SANTI ROMANO, *El Ordenamiento Jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, p. 88.

(27) ALVARO LAZZARINI, "Polícia de Manutenção da Ordem Pública e a Justiça" in *Direito Administrativo da Ordem Pública*, op. cit., p. 13.

(28) HELY LOPES MEIRELLES, "Polícia de Manutenção da Ordem Pública e suas atribuições", in *Direito Administrativo da Ordem Pública*, op. cit., pp. 156/157.

tar do Rio de Janeiro, em documento de doutrina: "ordem pública é o estado de paz social que experimenta a população" (29).

Esta acepção é também a adotada pelo Professor catarinense e dicionarista de direito político, OSVALDO FERREIRA DE MELO: "Diz-se do estado de estabilidade e de segurança do organismo social obtido e mantido pelo Estado, através de seu poder de polícia" (30), com o qual discordamos na parte em que atribui *exclusivamente* ao Estado sua obtenção e manutenção, pois a ordem pública pode ser alcançada e até restabelecida espontaneamente, *sem* a intervenção do Estado por seu poder de polícia. A intervenção do Estado é *assecuratória* e, portanto, *post hoc*; a convivência pública precedeu historicamente ao Estado e tem, por isso, instituições sociais suasórias eficientes, embora insuficientes para superar os graus agudos de perturbação. Finalmente, é ao sentido material que me referi no conceito oferecido na obra coletiva, tantas vezes mencionada: *ordem pública, objeto da segurança pública, é a situação de convivência pacífica e harmoniosa da população, fundada nos princípios éticos vigentes na sociedade* (31).

Ao analisá-lo, encontramos, abrindo-o, a *vinculação causal operativa* com a segurança pública; a afirmação, central, de que se trata de uma *situação*; o conteúdo dessa situação, na referência à *paz e harmonia da convivência social*, e o fundamento, o parâmetro axiológico, contido nas *vigências éticas* da sociedade: seu direito, seus costumes e sua moral.

Acepção formal de ordem pública

A acepção formal de ordem pública, como conjunto de princípios, modelo ideal, resultado de uma concepção abstrata e de uma afirmação de vontade, também é importante e conta com excelentes expositores, tendo destinação prática bem distinta da que se dá à acepção material.

A ordem pública formal atua como um *conceito geral de direito*, um sistema abstrato de referência, não apenas da convivência pública mas da própria ordem jurídica. Um "sobredireito", como o chama PONTES DE MIRANDA (32), capaz de balizar os limites à manifestação da liberdade individual, de qualquer uma de que se trate, *vis à vis* o polissistema social.

Esse conjunto de princípios delinearía como que uma *fronteira* entre o campo do interesse individual, disponível, e o campo do interesse coletivo, indisponível, protegendo a este dos excessos e dos abusos anti-sociais das liberdades individuais.

(29) "Manual de Bases Doutrinárias" — *Boletim Reservado PM* n.º 68, de 15 de abril de 1982.

(30) OSVALDO FERREIRA DE MELO, *Dicionário de Direito Político*, Rio, Forense, 1978, p. 91.

(31) DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, "Direito Administrativo da Segurança Pública", in *Direito Administrativo da Ordem Pública*, *op. cit.*, p. 138.

(32) PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, Rio de Janeiro, Forense, Tomo I, p. 124.

É nesse sentido formal de ordem pública que se fala em “leis de ordem pública” ou se adota como *limite* para a aplicação das “leis, atos, sentenças de outro país, bem como as disposições e convenções particulares” que, pelo artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, “não terão eficácia” se a ofenderem⁽³³⁾.

A exposição, quiçá mais metódica, sobre esse sentido formal é a com que nos brinda JOSÉ ANTONIO DORAL, ilustre Mestre da Universidade de Navarra, em sua monografia *La noción de orden pública en el derecho civil español* (34), atendendo a tantos reclamos de precisão conceptual (ver nota 33). Com ela, o autor diferencia a posição clássica, que tem seu epígono no grande HENRY CAPITANT, na qual a noção de ordem pública é assimilada às “leis imperativas”, da posição moderna, que prefere denominar de “estrita”, que se refere ao “conjunto de princípios considerados essenciais ao bem comum, integrantes de toda a sociedade ou de um grupo social; em suma, os princípios fundamentais à vida social em seu conjunto” (35).

Mas é ÁLVARO LAZZARINI que nos aponta substancial ajuda, para exemplificar alguns conceitos formais de ordem pública, graças à pesquisa que nos proporcionou no *Direito Administrativo da Ordem Pública*, do qual fez a abertura e o mais alentado contributo.

Recorda-nos, o autor, a CALANDRELLI: “altas concepções morais, políticas, religiosas e econômicas que fundamentam a organização do Estado, dentro do equilíbrio normal da vida do indivíduo e da nação”; a SALVAT: “conjunto de princípios de ordem superior, política, econômica, moral e algumas vezes religiosa, aos quais uma sociedade considera estreitamente vinculada a existência e a conservação da organização social estabilizada”; a DESPAGNET: “princípios jurídicos que, dadas certas idéias particulares, admitidas em determinado país, consideram-se ligados a seus interesses essenciais”; a FORTUNATO LAZZARO: “princípios fundamentais de cuja observância depende o bom andamento da vida social e que constituem os fundamentos de todo o ordenamento jurídico” e a GUILLERMO CABANELLAS: “conjunto de normas e instituições cujo objetivo consiste em manter em um país o bom funcionamento dos serviços públicos, a segurança e a moralidade das relações entre os particulares” (36). E é do próprio

(33) Por esse motivo, por funcionar como um referencial próprio a cada país, a limitarem-se reciprocamente, gerando grande dificuldade na aplicação do direito internacional privado, CLOVIS BEVILAQUA nos informava, no seu clássico *Código Civil Comentado*, que “o Instituto de Direito Internacional, há anos, fazia votos para que, em cada Estado, se definisse o que se deve entender por ordem pública” (*Revue de Droit International et Législation Comparée*, 1810, p. 334), Ed. Francisco Alves, 11ª ed., 1956, Vol. I, p. 131.

(34) JOSÉ ANTONIO DORAL, *La noción de orden pública en el derecho civil español*, Pamplona, Ed. Univ. Navarra, 1967.

(35) JOSÉ ANTONIO DORAL, *op. cit.*, p. 48.

(36) *Apud* ÁLVARO LAZZARINI, *op. cit.*, pp. 7 e 8.

monografista a observação-síntese que “todos, porém, compreendem e sentem que ela (ordem pública) se constitui dos princípios superiores que formam a base da vida jurídica e moral de cada povo” (87).

Entre nós, JOSÉ CRETILLA JÚNIOR frisa a diferença entre as duas acepções de ordem pública na seguinte passagem da mesma obra coletiva: “Na França, por exemplo, predomina a idéia de *proteção imediata da ordem pública*, resolvendo-se, pois, a *ação policial*, em atividade administrativa assecuratória daquela ordem, no sentido de ordem exterior dos fatos, mais do que do direito, pois o conceito de *ordem pública*, referente aos limites da atividade jurídica dos indivíduos, é noção distinta. Esta *ordem pública*, por exemplo, existe sobre o direito privado, limitando a liberdade de contratar especialmente em certas esferas (trabalho, serviços públicos). Não é a esta ordem pública que se refere a *polícia administrativa*” (88).

Complementaridade

Em conclusão, saltam aos olhos as *diferenças* mas também a *complementaridade* entre as duas acepções. Elas se relacionam como um objeto e sua sombra, um ideal e sua realização: a acepção formal indica-nos o *dever ser*, o que se deseja ver realizado na sociedade e, em particular, no sistema de convivência pública, que aqui nos interessa; a acepção material mostra-nos o *ser*, o que se pôde realizar, o que de fato ocorre na convivência pública.

Interação

A ordem pública *formal* age como um molde para que a realidade rebelde se contenha em seus limites abstratos e, sob este aspecto, a ordem pública *material* é sua projeção imperfeita. Reciprocamente, a ordem pública *material*, realidade histórico-cultural, também se projeta sobre a *formal*, para informá-la das vigências espontâneas e das limitações pragmáticas. São, portanto, além de complementares, *interagentes*.

Em outras palavras: o sistema social da convivência pública apresenta uma ordem pública real — a *situação* — e uma ordem pública ideal — os *princípios superiores* de toda a sociedade, que se interagem e se complementam na dinâmica juspolítica.

5. SEGURANÇA PÚBLICA

Estabilidade do sistema de convivência pública

Sabendo-se o que se quer: a ordem pública, como pré-requisito do funcionamento do sistema de convivência social, pode-se passar comodamente ao capítulo de sua realização.

(87) ALVARO LAZZARINI, *op. cit.*, p. 7.

(88) JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, “Polícia Militar e Poder de Polícia no Direito Brasileiro”, in *Direito Administrativo da Ordem Pública*, *op. cit.*, pp. 185/186.

Instituições e técnicas várias devem ser desenvolvidas e ativadas para *estabilizar e manter vigente* esse pré-requisito, a salvo das inevitáveis perturbações, de todo tipo, que possam comprometê-lo, evertê-lo ou subvertê-lo.

Ora, o sistema de convivência social, precisamente porque não gira em torno de instituições de linhas definidas, assume maior interesse para o polissistema da sociedade como um todo. Suas miríades de relações podem, facilmente, extravasar daquela situação normal, que PAUL BERNARD denominou de “disposição harmoniosa da convivência”, e descambar em *desordem*.

Homeostasia

Em termos de Teoria Geral dos Sistemas, o problema está, pois, em assegurar dinamicamente a “disposição harmoniosa”, que vem a ser o equilíbrio do sistema. Dá-se-lhe o nome de *homeostasia*: um conjunto de processos que devem atuar para manter a estabilidade do sistema pela prevalência de sua ordem, a despeito das perturbações de qualquer natureza ⁽³⁹⁾.

Para NORBERT WIENER, pai da cibernética, a homeostasia nos seres vivos é um “conjunto de processo” destinado a contra-arrestar a corrupção e a degenerescência ⁽⁴⁰⁾.

Como em todo o sistema, a par dos elementos positivos, que o sustentam, há os negativos, que forcem a sua destruição e as suas mudanças, a homeostasia é um processo permanente e contínuo; a batalha entrópica travada em cada sistema, e a cada momento de sua existência.

Com a homeostasia de um sistema, de qualquer um, evita-se a sua desorganização: *a perda do caráter regular e estável de suas interações*.

Realizar a homeostasia é, portanto, uma atividade permanente, contínua e conatural ao sistema.

Ora, se a *ordem é a disposição que viabiliza a organização*, tudo o que a reduz ou a elimina desorganiza o sistema.

Temos, em síntese, que a *homeostasia* de um sistema é, fundamentalmente, *a manutenção de sua ordem*.

Em conseqüência, *a homeostasia de um sistema da convivência pública consiste na manutenção da ordem pública*.

(39) O conceito de homeostasia, tomado pela Teoria Geral dos Sistemas, formado pelos radicais gregos *homeo*, semelhante, igual e *stasis*, parada, foi desenvolvido a partir da observação do processo de autoguarda dos sistemas orgânicos (V.W.B. CANNON, in *Wisdom of the Body*, N. York, Ed. Norton, 1932).

(40) NORBERT WIENER, *Cybernetique et Société*, Union Générale d'Éditions, Paris, 1962, p. 260 (trad. franc. de *The Use of Human Beings; Cybernetics and Society*, N. York, Doubleday, 1950).

Segurança pública como conjunto de processos homeostáticos da ordem pública

Ao conjunto dos processos homeostáticos da ordem pública chamamos de segurança pública. Mas, ao inserir o vocábulo *segurança* nessa acepção, é útil examinar-se sua adequabilidade, tanto semântica como científica.

Com efeito, tenho que a escolha do termo “segurança” satisfaz essa dupla razão de ser: é etimologicamente certa e tradicionalmente empregada na linguagem técnica.

Segurança

A voz “segurança” significa o “estado ou qualidade do que é seguro” (41) e, por sua vez, “seguro” é o que está livre de risco; protegido, acatelado, *garantido* (42); vale dizer: “segurança é o estado do que está garantido”. Ou, por metonímia, *segurança é a própria garantia*.

Essa acepção encontra pleno reconhecimento e usança em ciências sociais, como se pode ler no verbete de DANIEL LERNER para “Segurança”, do recém-publicado *Dicionário de Ciências Sociais*: “segurança, na verdade, equivale a proteção, e pressupõe existência de *perigo* físico ou *garantia contra ele*, estendida, ainda, no mesmo verbete, a outras formas de perigo, não físicas, que perturbam a sociedade” (43).

Também outro dicionarista especializado, OSVALDO FERREIRA DE MELO, no verbete “segurança individual”, refere-se a *amparo e garantia contra um perigo* (44).

É claro que essa acepção de “garantia” não é a única. Encontramos, também, as de *estado* e de *função*.

Na acepção de *estado*, situação, a segurança se confunde com a ordem; a redundância torna supérfluo o termo e, da mesma forma, continuar-se-ia a necessitar de um vocábulo para exprimir o amparo e a garantia inerentes aos processos homeostáticos (45).

Discutida essa acepção, restaria a de *função*. Aqui, a colocação é ligeiramente mais complexa porque se trata de uma idéia parcialmente adequada à de *garantia*. Mas, embora uma *garantia* se expresse por uma *função*, ela necessita, também, de uma *estrutura* que a suporte.

(41) AURÉLIO BUARQUE DE HOLLANDA FERREIRA. *Novo Dicionário*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1975, verbete “Segurança” — 2, p. 1.282.

(42) *Ibidem*, verbete “seguro”, p. 1.282 (n/grifos).

(43) *Dicionário de Ciências Sociais*, Rio, FGV, 1986, verbete “segurança”, B. 1, p. 1.104 (n/grifos).

(44) OSVALDO FERREIRA DE MELO, *op. cit.*, p. 116 (n/grifos).

(45) MARIO PESSOA, in *O Direito da Segurança Nacional*, São Paulo, Bibliex, p. 7, refere-se à segurança pública como “estado antidelitual”.

E DE PLÁCIDO E SILVA, em seu léxico jurídico, anota esse duplo conteúdo de segurança: “afastamento de perigo” (função), “por meio de organizações próprias” (estrutura) (46).

Preconceito semântico

Mas a outra razão que recomenda o uso do vocábulo *segurança*, com o significado de garantia da ordem, é a tradição de seu emprego. A este ponto vale uma observação contra preconceitos semânticos ultimamente postos em moda.

Não será pelo fato de um termo ter sido abusado ou mal empregado, em alguma circunstância, que deixa de ser bom. Sua prestabilidade se refere à precisão e à clareza que veicula a idéia. Não é o caso de “puni-lo” pelo abuso dos que o usaram indevidamente, ainda porque, se o fizéssemos, teríamos que rever todo nosso vocabulário político e cada mudança de governos e de regimes, como se sugere na fantasia de GEORGE ORWELL (47).

Deixe-se, ao contrário, a ciência intocada pelas flutuações, nem sempre coerentes, da conjuntura, ainda porque esta é breve e, aquela, permanente.

É no sentido de garantia de proteção que está vazada a “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, nos seus arts. 3.º — “todo indivíduo tem direito à *segurança* de sua pessoa”, e 7.º: “todos têm o direito de serem protegidos”.

Como necessidade básica do homem e dos grupos sociais, a *segurança* é um termo e um tema multidisciplinar por excelência: podemos enfocá-la pela filosofia, pela religião, pelas ciências naturais, pelas ciências sociais, pela doutrina política e até pela técnica de sua realização. A nenhum propósito aproveitaria bani-la de um desses setores do conhecimento, seja por preconceito ou mero espírito mudancista; ao contrário, é de toda a utilidade prosseguir garimpando no veio comum porque, assim, se encontrará essa grande jóia científica, que é a coerência.

Neste ensaio, situei a *segurança* como um fenômeno *juspolítico*, interessando-nos, é claro, muito mais o seu estudo científico que suas aplicações técnicas.

Defesa

Por outro lado, a dimensão enciclopédica da *segurança* extrema-a, também, da *defesa*, de conteúdo próximo, porém mais restrito, isso tanto sob o aspecto semântico como no sentido técnico e doutrinário especializado.

A acepção semântica de *defesa* é de *ato* (48), no que se difere da ordem (situação) e da *segurança* (garantia). Um ato pode *executar* uma garantia,

(46) DE PLÁCIDO E SILVA, *op. cit.*, verbete “Segurança Pública”, p. 1.417.

(47) “1984”.

(48) AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, *op. cit.*, verbete, “defesa” — 1, p. 426.

mas a garantia, ainda assim, pode existir sem que se expresse em nenhum ato.

A acepção técnica de defesa é, igualmente, de *ato*: “uma atividade desenvolvida para garantir a segurança”, como define GIUSEPPE DE VERGOTTINI, para a ciência política (49) ou um “ato diretamente ligado a determinado tipo de ameaça caracterizada e medida”, para a doutrina de ação política nacional da Escola Superior de Guerra (50), que a estuda em profundidade.

Como um ato isolado, ou como uma série de atos, a *defesa* é o deflagrar das potencialidades da segurança e estão, por isso, também, numa relação de *causa e efeito*!

Classificação de segurança

A segurança, sob o aspecto juspolítico, pode ser classificada sob dois critérios muito usuais: o primeiro, relativo à *oportunidade* da garantia adotada em relação ao perigo — e temos, de um lado, a *segurança preventiva*, que se antecipa ao perigo e, de outro, a *segurança repressiva*, que se propõe a reduzi-lo ou a eliminá-lo, e, o segundo critério, em face dos *valores* garantidos — e aqui identificamos cada sistema em que atua e as respectivas ordens que lhe cabe assegurar.

Referencial valorativo de segurança

Examinemos a segunda classificação. Deixando, desde logo, de lado os sistemas naturais, os físicos, os químicos e biológicos, atenhamo-nos aos *sistemas sociais*.

Na *sociedade*, tomada como polissistema, a garantia de sua existência estável é a manutenção da *ordem social*. A *segurança da sociedade* é, pois, a poligarantia da ordem social.

No *sistema político*, a garantia de sua existência estável é a manutenção da *ordem política*; a segurança política será sua *garantia específica*.

A mesma colocação pode-se fazer para definir a segurança econômica, a segurança familiar etc.

Segurança pública

No *sistema de convivência pública*, que nos interessa neste estudo, a *garantia de sua existência estável* é a manutenção da *ordem pública*, que demanda, por seu turno, a funcionalidade eficiente das garantias proporcionadas pela *segurança pública*.

Segurança pública, assim, não é “um aspecto da ordem pública”, como entendeu PAUL BERNARD (51), mas sua *garantia*.

(49) “Sempre in senso strumentale si parla propriamente di Defesa con riferimento all'attività svolta per garantire la sicurezza” (o grifo é do próprio autor), in *Dizionario di Política*, *op. cit.*, p. 320.

(50) *Manual Básico*, Rio, ESG, 1986, p. 223.

(51) PAUL BERNARD, *op. cit.*, p. 13.

Tampouco, a *segurança pública* pode ser entendida como uma ordem pública mais reduzida, no que ousou discordar de ÁLVARO LAZZARINI quando afirma que “a noção de ordem pública é muito mais *ampla* e envolvente que a de segurança pública” (52).

Tenho que a relação entre *ordem pública* e *segurança pública* não é de todo para parte, nem de continente para conteúdo, mas de *efeito para causa*.

Realmente: se as garantias proporcionadas pela segurança pública são eficientes e satisfatórias, tem-se *mantida* a ordem pública. Se as garantias proporcionadas pela segurança pública são deficientes ou insatisfatórias, tem-se *abalada*. Se as garantias proporcionadas pela segurança pública são insuficientes, está *sacrificada* a ordem pública. É, pois, como se vê, uma relação *causal*.

Conceito de segurança pública

Essa, também, é a razão pela qual, sinteticamente, definimos a *segurança pública* como a *garantia da ordem pública*, e expus ser esta o objeto daquela, no artigo inserto na coletânea *Direito Administrativo da Ordem Pública* (53).

Por isso, concluímos que *segurança pública* é o conjunto de processos políticos e jurídicos, destinados a garantir a ordem pública na convivência de homens em sociedade.

Em termos de funcionalidade homeostática, a segurança pública é o conjunto de *estruturas* e *funções* que deverão produzir atos e processos capazes de afastar ou eliminar riscos contra a ordem pública.

Resta-nos, assim, terminar este ensaio, apresentando a própria segurança pública como um sistema social.

6. A SEGURANÇA PÚBLICA COMO SISTEMA

Sistema de segurança pública

Se a segurança pública compreende estrutura e funções para prática de atos para a garantia da ordem pública, ela é, *em si mesma, um sistema*, com seus elementos definidos, em inter-relação, com sua própria organização e com sua característica intrínseca; e aí temos o *sistema da segurança pública*.

Definidos os elementos do sistema, será fácil adentrar a *organização* de suas inter-relações a partir de cada caso, pois ela variará de país para país e de época para época. Existem, assim, incontáveis modalidades de organização da segurança pública.

(52) ÁLVARO LAZZARINI, *op. cit.*, p. 128, com o que o autor prossegue fiel a PAUL BERNARD, que fez, de uma, “aspecto” da outra (nota anterior). O grifo é nosso.

(53) *Op. cit.*, p. 128.

Subsistemas da segurança pública

A organização político-jurídica dos Estados, para atender às peculiaridades da segurança pública, se desdobra em *subsistemas* especializados, dando surgimento a, pelo menos, três *subsistemas da segurança pública* básicos: o *policial*, o *judicial* e o *penitenciário*.

O subsistema policial faz parte do Poder Executivo; o subsistema judicial, do Poder Judiciário, e o penitenciário, de ambos os Poderes.

Tocando a todos esses subsistemas, acionando-os, fiscalizando-os e dando-lhes coerência, o subsistema do *Ministério Público* cumpre um papel imprescindível.

De todos esses subsistemas, entretanto, é o *subsistema policial* o mais problemático: é o que está mais próximo das perturbações da ordem pública, é o que deve atuar *imediate, concreta e diretamente* em benefício dela e é o que, por isso, tem sua atuação preponderantemente *discricionária*, inescotável em fórmulas casuísticas.

Direito administrativo da segurança pública

É por essa razão que o *direito administrativo da segurança pública*, ramo didático do qual venho cuidando desde a segunda edição, de 1974, do meu *Curso de Direito Administrativo* ⁽⁵⁴⁾, continua a ser o de mais escasso tratamento doutrinário, em relação ao direito penal, processual penal e penitenciário, que regem os demais subsistemas aludidos.

O agente de segurança pública, ao qual cabe manter ou restabelecer a ordem pública, deve responder direta, imediata e discricionariamente a miríades de situações que dificilmente se enquadram nas tipificações e generalizações positivadas. No desempenho de suas atribuições cabe-lhe o exercício do *poder de polícia*, poder instrumental do Estado, não só para promover a garantia da ordem pública mas para preservar outros valores mínimos da convivência social, como o são a salubridade, o decoro e a estética, contra o exercício abusivo das liberdades e direitos individuais.

Assim, no *subsistema policial da segurança pública*, releva, como instituição central, a *Policia de Segurança Pública*, à qual cabe *manter a ordem pública*, pelo que também pode ser chamada *Policia de Manutenção da Ordem Pública*, como o preferem ALVARO LAZZARINI e HELY LOPES MEIRELLES ⁽⁵⁵⁾.

A estrutura e as funções da *Policia de Segurança Pública*, por sua vez, espelham a classificação quanto à oportunidade da atuação funcional: *policia preventiva* e *policia repressiva*.

(54) Rio de Janeiro, Forense, em destaque, nas edições posteriores na Seção II do Capítulo XV.

(55) Este último, desde 1976, na quarta edição de seu consagrado *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais. E, ambos, nos próprios títulos de seus artigos no *Direito Administrativo da Ordem Pública* (op. cit. p. V).

Da mesma forma, surge a classificação funcional tradicional, entre *Polícia Judiciária* e *Polícia Administrativa*, ambas amplamente estudadas, pelo que reporto-me ao texto do meu artigo no *Direito Administrativo da Ordem Pública* ⁽⁵⁶⁾, para esclarecimentos complementares.

É na *Polícia Administrativa* que encontraremos as instituições que têm por objetivo a ação direta, imediata e discricionária da segurança pública (competência), para a manutenção da ordem pública (finalidade), mediante atos e procedimentos, formais ou informais (forma), diante de riscos àquela ordem (motivo) e para prevenir ou reprimir ações e processos que a perturbem (objeto), preenchendo, como se observa, os requisitos elementais do ato administrativo.

Balizada, assim, a atividade da *Polícia Administrativa da Segurança Pública*, relativamente aos requisitos da ação administrativa proposta pelo Estado em caso de perturbação de ordem pública, ou de sua ameaça, segundo a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto dessa ação, já estamos em condições de defini-la.

Polícia Administrativa da Segurança Pública é o ramo da Polícia Administrativa, inserida no sistema da segurança pública, que tem por atribuição a prática de atos de prevenção e de repressão, destinados a evitar, reduzir ou eliminar, direta, imediata e discricionariamente, as perturbações à ordem pública.

Essa importante contribuição cabe, no ordenamento constitucional brasileiro, como "missão primordial", na expressão de HELY LOPES MEIRELLES ⁽⁵⁷⁾, às *polícias militares*, por força do art. 13, § 4.º, da Carta de 1969.

Com essa derradeira lembrança e à guisa de conclusão para o presente ensaio, queremos sublinhar a necessidade de preservar e de aprimorar a solução institucional das polícias militares, consagrada em cento e setenta e oito anos ⁽⁵⁸⁾ de tradição nacional, que, por sua estabilidade e constante progresso, em tão longo período, merecem esse reconhecimento, pois o requisito para garantir estabilidade é ser estável, assim como, para proporcionar progresso, é progredir também.

Essas forças públicas estaduais, expressão preferível à atual, mercê de sua histórica e rica fé de ofício, constituem-se, ademais, num instrumento indispensável ao federalismo. Pensar em federação sem autonomia em termos de segurança pública é como pensar em soberania sem segurança nacional. As forças públicas cumprem, em termos de autonomia, em benefício dos Estados-Membros, um papel de segurança, tal como as Forças Armadas, em termos de soberania, em benefício da União.

(56) *Op. cit.*, pp. 121 a 124.

(57) HELY LOPES MEIRELLES, *op. cit.*, p. 154.

(58) A criação da Divisão Militar da Guarda Real da Polícia na Cidade do Rio de Janeiro foi efetivada por Decreto de 13 de maio de 1809, de D. João VI, Príncipe Regente.

O acidente de Goiânia e a responsabilidade civil nuclear

CARLOS ALBERTO BITTAR
Professor Adjunto na Faculdade de
Direito da USP

S U M A R I O

1. Introdução: o sistema restrito da Lei nº 6.453, de 1977. 2. A não abrangência do acidente radiológico na citada lei. 3. Outros usos não alcançados pela lei. 4. Medidas de segurança necessárias ao sistema. 5. Goiânia: o mais grave acidente radiológico. 6. Paralelo com Chernobyl: o mais grave em instalação nuclear. 7. Âmbito e alcance do acidente de Goiânia. 8. Necessidade de extensão da ação fiscalizadora. 9. Conseqüências diretas e indiretas do acidente. 10. Necessidade de medidas subseqüentes: obrigações do Estado Nacional e do de Goiás. 11. Responsabilidades no âmbito jurídico: os níveis possíveis. 12. Necessidade de subsunção à lei dos acidentes radiológicos. 13. Conclusões.

1. Aumenta, sensivelmente, o número de acidentes nucleares, inclusive em nosso país, de sorte que cada vez mais *presentes e oportunas* são as palavras que, como jurista interessado pelos direitos da pessoa humana, inserimos, em 1982, em nossa tese "Responsabilidade Civil nas Atividades Nucleares" (publicada em São Paulo, pela Editora Revista dos Tribunais, em 1985), ao analisar a Lei n.º 6.453/77, que regulou a responsabilidade denominada "nuclear", *sem*, no entanto, a *abrangência* que merecia:

"Observa-se, assim, infelizmente, que a nossa lei opta pelo sistema fechado de delimitação das atividades nucleares, circunscrevendo-as, apenas e expressamente, às realizadas nas instalações nucleares... com projeção externa apenas em relação

ao transporte de substâncias nucleares de uma para outra instalação. Traça, pois, linhas bem restritas para as atividades nucleares, inclinando-se, em consequência, por um *sistema mínimo de proteção às eventuais vítimas*.

Com efeito, em face da citada orientação e em consonância com a diretriz interpretativa anotada, *escapam de seu contexto* as demais atividades nucleares que se não engendram no circuito enunciado — e, portanto, *sem* as suas garantias especiais —, ficando subordinadas aos princípios e regras da teoria geral da responsabilidade civil e, quando muito, conforme o caso, aos das atividades perigosas, se possível o encarte, em função dos parâmetros à ocasião expostos (assim, por exemplo, as aplicações feitas nos diferentes campos possíveis, como industriais, em laboratórios, em institutos e outros locais em que se empregam substâncias radioativas).

Não nos parece tenha o nosso legislador acolhido o posicionamento mais adequado — expresso, em nosso entender, na lei espanhola —, pois, conforme salientamos, se, por uma parte, devem ser incrementadas essas atividades — em face do extenso leque de novas utilidades proporcionado —, há que se garantir, como *valores maiores* na sociedade, *a vida e a saúde das pessoas* que nela se integram, as quais ficam à mercê dos infinitos riscos defluentes de *qualquer atividade* relacionada à utilização de materiais nucleares” (grifos atuais). (ob. cit., pp. 162 e 163) (v. tb. p. 169).

2. Com efeito, ao restringir o conceito de dano nuclear àquele que envolva materiais nucleares existentes em “instalação nuclear” (e, esta, nos limites estreitos fixados na lei), ou dela procedentes ou a ela enviados, a lei *deixou a descoberto*, de seu rígido e adequado sistema protetivo, *os eventos danosos relativos a “instalações radioativas”*, que, em outros países, também se encontram sob a égide da “responsabilidade nuclear”, como na Itália, na Alemanha, na Áustria e, principalmente, na Espanha.

Vale dizer: recebem *tratamento especial* também os acidentes relacionados às entidades que *manipulam* materiais radioativos (institutos de pesquisas e de aplicações), a fim de que possam as vítimas merecer, sob os aspectos civil e penal, a *necessária* proteção legal, a partir de um *complexo de normas*, que envolve o Estado, os órgãos de controle, as entidades explo-

radoras das atividades nucleares e as manipuladoras de substâncias radioativas.

Como assinalamos no citado trabalho,

“o perigo” — justificador da diretriz assumida nesse campo — “reside não só na instalação, mas também — e *principalmente* — nas próprias substâncias nucleares, em razão das propriedades que oferecem, como bem se aperceberam os legisladores nacionais na Itália, na Alemanha e, em ênfase maior, na Espanha. Daí a necessidade de abrigar-se, sob o manto da legislação especial, toda a trajetória por elas tomada, nas utilizações em que esse perigo assuma grau considerável” (p. 164).

Com isso, *ajustar-se-ão* ao seu espírito protetivo as atividades desenvolvidas nas *instalações radioativas*, assim consideradas aquelas em que existam riscos de contaminação pelo *grau de perigo* que as substâncias empregadas concentrem, em face do respectivo espectro.

3. Há usos, porém, em que *tão mínimo* é o potencial radioativo que se poderia *dispensar* o encarte no sistema em debate, como, aliás, ressaltamos no texto citado, *verbis*:

“Deve-se excluir, desse contexto, no entanto, a utilização de radioisótopos em medicina, na indústria alimentícia, na agricultura e em fins nos quais os riscos não assumam a gravidade justificadora da aplicação da responsabilidade nuclear” (p. 164).

Nesses usos, é tão pequeno o risco que o *sistema comum* de responsabilidade se mostra *suficiente* para a reparação de eventuais danos ocorridos.

4. Contudo, sempre se faz mister um regime *rígido e eficiente de controle* desses materiais, desde a sua produção à respectiva aplicação, a fim de se evitarem acidentes, conforme também já preveníamos no mesmo estudo, *verbis*:

“Mas, de qualquer sorte, *deverão sempre ser observados os mecanismos de segurança necessários*, operando-se, ademais, os respectivos aparatos por técnicos habilitados. Regras adequadas nesse sentido cumpre, pois, *sejam editadas*, em obediência aos motivos e princípios enunciados. Nesse sentido, aliás, a lei austríaca *disciplina* o uso de radioisótopos, fixando, como assinalado, *responsabilidade inclusive para o detentor*” (p. 164).

5. Pois bem: o espetáculo burlesco do acidente de Goiânia — já reconhecido, por técnicos, como o *mais grave* acidente radiológico do mundo — vem a confirmar a *absoluta e premente necessidade* de estender-se a responsabilidade nuclear a casos de contaminação por substâncias radioativas acontecidos fora de instalações nucleares.

De fato, já *em outras ocasiões*, o nosso país foi agitado por fenômenos relacionados com falta de cautela no manuseio de materiais radioativos — *como no caso dos topázios* — e, agora, em situação em que a absoluta indiferença ao perigo, ao respeito e à vida se alia à ânsia de obtenção de vantagem pecuniária pessoal, assiste-se ao desenvolvimento do acidente com materiais radiológicos *de maiores proporções em todo o universo*, com mais um inusitado e infeliz *record* para o nosso país!...

6. Com efeito, se *Chernobyl* representa — superando a primazia antes conferida a “Three Miles” (v., a respeito da seqüência de acidentes, nosso livro, pp. 174 e segs., em que comentamos os riscos, os acidentes e suas conseqüências) — *o mais temível acidente* em instalação nuclear havido até o presente, com saldo declarado de mais de trinta mortes e um espectro que envolveu quase toda a Europa (com conseqüências futuras ainda insabíveis), *Goiânia* passa agora para o rol dos acidentes radiológicos (fora das instalações) como o *mais grave* e o de *maior extensão* acontecido até o presente!

Enfatizamos esse paralelo, embora de origens e de conseqüências diferentes os dois acidentes, exatamente para mostrar a total procedência de nossas ponderações e para *alertar o legislador pátrio* para a obrigatoriedade de *pronta e imediata tomada de posição* quanto à *integração*, ao referido regime, dos acidentes havidos fora do âmbito restrito das instalações nucleares.

É verdade que, no caso de *Goiânia* — a cujo controle parece haver chegado, como se noticia, o Governo, através de eficiente ação comandada pela CNEN (a quem cabe o controle e a fiscalização das atividades nucleares no país) —, as conseqüências são de *menor vulto* diante da gigantesca liberação na atmosfera, de material radioativo ocorrida em Chernobyl, sob forma de vapor (nuvens radioativas), enquanto que, em Goiás, se circunscreveu a material sólido (cápsula de césio-137, envolta em chumbo e, depois, violada), com *limitado* campo de atuação aos pontos em que se estendeu a ação do pó radioativo: região do Aeroporto de Goiás e outros sítios detectados e isolados.

7. Restringindo-nos à análise do acidente de Goiás, parece-nos *incompreensível*, de início, o *abandono* a que foi relegado o perigoso material

(bomba de césio, de 867 kg, composta de chumbo, com cápsula de 100 gramas, sob forma de tijolinho, com 3 cm, de cada lado, conforme veiculado pela imprensa), de uso medicinal (radioterapia), especialmente quando se tem presente que *estão a ele relacionadas* entidades de assistência, oficiais e privadas, do Estado de Goiás, e que havia *litígio judicial* com respeito ao terreno em que foi deixada a bomba! E, conforme noticiado pela imprensa, *sequer* havia a CNEN (que controla a utilização, o funcionamento e o transporte de qualquer material radioativo no país) sido informada de que a bomba havia sido deixada entre os escombros de um hospital demolido! . . .

É *inacreditável o descaso* havido com *tão perigoso material*, que, afinal, acabou, em face da atuação de outras pessoas (que o removeram, indevidamente, para posterior negociação a retalho, no comércio de ferro velho), *provocando* o patético suceder de ações, nas quais, de um lado, a ânsia do lucro fácil, o desconhecimento de valores básicos, o imediatismo e o pragmatismo da sociedade atual e, de outro, o medo do desconhecido, a revolta, o inconformismo, foram as sensações que o país, estarecido, viu desfilar pelos programas de televisão e pelas notícias dos jornais! . . .

A ação oficial (desde a entrega, como consta, do material que “irradiava luminosidade à noite”) e a campanha de esclarecimento da imprensa escrita e falada, aliadas ao espírito de colaboração e de solidariedade observado em muitos setores, contribuíram — felizmente — para *reduzir* as proporções do incrível acidente, onde também pontificou o absoluto desconhecimento, por alguns, da periculosidade existente em materiais radioativos!

8. As medidas de detectação, de isolamento e de rastreamento de focos de contaminação foram, nas circunstâncias *adequadamente acionados* sob a égide da CNEN e, ainda, com a colaboração de países e organismos internacionais, mas, mesmo assim, o *saldo negativo* desencadeado a partir da contaminação direta e indireta, a modificação da paisagem local nas áreas atingidas e as marcas que o “lixo atômico” fatalmente deixará são *amargas lições*, que, esperamos, possam *contribuir* para, ao lado do ajuste legislativo proposto, conscientizar a todos que manipulem substâncias radioativas do *real perigo* que representam e da necessidade do *mais absoluto rigor* no seu uso e em sua conservação.

O acidente leva-nos, ainda, a propor *que se estenda a ação fiscalizadora* preventiva da CNEN, ampliando-se o leque de providências prévias de controle, a partir, inclusive, da *imposição* de outras obrigações, além das

existentes, aos usuários de materiais radioativos, como, por exemplo, a expedição de relatórios *periódicos* quanto a seu estado e sua conservação, com a *conseqüente intensificação* das visitas de inspeção dos técnicos oficiais, sob *severas sanções*, a fim de se obviarem situações tão constrangedoras como a de Goiânia!

9. As pessoas *irradiadas* dificilmente sobreviverão. Transplantes de medula — de resultados não totalmente definidos, inclusive, em face da experiência, ainda recente, de Chernobyl — não são possíveis enquanto permanecerem nesse estado! Outras, atingidas em níveis diferentes, poderão ter conseqüências, quanto à sua vida e à sua saúde, inclusive genética, reveladas apenas muito posteriormente, eis que os acidentes nucleares sempre apresentam resultados negativos *diretos e indiretos, presentes e futuros* (descritos em nosso livro citado, pp. 170 e segs.), em razão de fatores vários (grau de exposição e de contaminação, saúde da pessoa, local de instalação etc.).

No caso de Goiás, *diversos efeitos* produzir-se-ão nas pessoas e nos locais atingidos, porque houve contato direto com o material, com a *violação da bomba, o transporte (inclusive por ônibus) e a guarda pessoal*; e *indireto*, com o desprendimento do pó e sua instalação nos locais detectados.

De fato, a rápida ascensão à atmosfera, pelos trilhões de desintegração por minuto que as reações do átomo em cadeia provocam, acaba por alcançar pessoas que, no momento, nem sequer se aperceberam e que só *no futuro* poderão ver aparecer sinais da ação da radioatividade, que, como se sabe, *vítimou a própria descobridora do fenômeno!*

A contaminação ocorre pela liberação, no caso do material de Goiânia, de partículas alfa e beta, provocando, de imediato, queimaduras na pele e, nas hipóteses de maior gravidade, pelo desprendimento de raios gama, de alto poder penetrante, que pode, em função da intensidade da exposição, destruir tecidos e órgãos internos e influir diretamente nos componentes genéticos, ainda consoante apontamos no citado livro (p. 192) (daí, a divisão dos danos em somáticos, ou diretos, e genéticos, ou indiretos).

Com efeito, conforme escrevemos no livro citado, frente a *experiências passadas*,

“Essas radiações podem ser: *a)* externas, ou seja, limitar-se aos elementos periféricos do corpo; ou *b)* internas, ou seja, penetrar no interior do organismo, afetando ou destruindo os tecidos e componentes externos, ou provocando o câncer, lesões internas e

até a morte da pessoa (já se constataram, dentre outras manifestações, as de astenia, febre, anemia, distúrbios da pele e nas mucosas, nas formas agudas; e câncer, necrose óssea, catarata, esterilidade, ulcerações, nas crônicas)" (p. 192).

10. Ante essa observação e para efeito de obviarem-se desdobramentos futuros, no caso de Goiás, às medidas tomadas *deverão seguir-se outras*, dentro do repertório que integra o denominado "sistema de proteção contra radiações", ou "disciplina jurídica contra radiações" "ou de proteção contra radiações" — a que se referem os autores —, sistema esse descrito na p. 177 de nosso livro — e à luz das resoluções até aqui baixadas pela CNEN (ver p. 173), sempre sob a sua coordenação.

Isso significa que, inobstante todo o trabalho já levado a efeito (que permitiu a identificação do espectro atual do acidente), *atitude permanente* de vigília e de monitoramento deve ser adotada por todos os órgãos de defesa da população, em particular os de caráter setorial, sempre sob o comando da CNEN, que acreditamos deva, periodicamente, *acompanhar* de modo direto a evolução dos fatos em Goiânia, para pronto atendimento a necessitados.

É *obrigação* do Estado Nacional essa perene atenção às vítimas do acidente, a fim de, quanto possível, minimizar-lhes as conseqüências de tão doloroso episódio da vida da nação, em especial do Estado de Goiás, que *também* deverá manter-se em postura de constante vigília e de socorro aos eventualmente atingidos pelas partículas radioativas!

11. No âmbito jurídico, em que *responsabilidades* existem a três níveis — administrativo, civil e penal —, os inquéritos policiais já instalados e outras medidas que se acionarem deverão conduzir-se com *todo o rigor* necessário, para que os culpados por essa tragédia recebam as sanções cabíveis.

O *sancionamento* deverá perpetrar-se à luz da teoria geral da responsabilidade civil e do estatuto repressivo — para as indenizações e as penas cabíveis — conforme as ações desenvolvidas pelos agentes sejam caracterizadas como *ilícitos civis ou penais*, a par de eventuais *repercussões* na área do direito administrativo, caso se configurem ações ou omissões suscetíveis de enquadramento no estatuto próprio, tudo a ser apurado pelas autoridades competentes e à vista da prova produzida em cada situação.

O *máximo empenho* das autoridades no desate da questão é, agora, a esperança maior daqueles que, atingidos pelos efeitos das radiações, esperam ver, ao menos *atenuadas* — frente à compensação que a ordem jurídica

lhes puder oferecer — as danosas conseqüências que em suas vidas experimentaram, ante a ignorância, a desídia e a cupidez humanas, reunidas tão tristemente no fatídico episódio! . . . E isso porque é somente da *demonstração* da culpabilidade dos envolvidos que defluirão as sanções possíveis!

12. Em termos de projeção para o futuro, impõe-se, *imediatamente*, a *formulação de projeto de lei*, por parte de nossos legisladores, tendente a *submeter aos efeitos da Lei n.º 6.453, de 17-10-77, os acidentes radiológicos* ocorridos fora de instalações nucleares ou de transporte de substâncias nucleares (estes, já por ela alcançados), abrangendo-se todas as situações possíveis, inclusive as decorrentes de *desídia no uso*, na *guarda* e na *conservação de materiais nucleares*.

Com isso, *objetivar-se-á* a responsabilidade — que, no caso de Goiânia, embora solidária, alcançando *todos que contribuíram* para o evento, dentro do correspondente nexos causal, é insuficiente, em face das limitações do direito comum — decorrendo, assim, o sancionamento e a conseqüente indenização ao lesado da *simples constatação* da existência do acidente nuclear, *independentemente*, portanto, de *prova de culpa* (como naquela lei)! . . .

13. *Somente assim* poderá o Estado brasileiro *resgatar a dívida* para com a sociedade, contraída com o *acionamento* das atividades nucleares *sem uma legislação compatível* com os riscos delas decorrentes — isso, aliás, por estranha coincidência, *dez anos, exatamente*, de sua promulgação (*outubro de 1977*) — *em todas as aplicações* possíveis à exceção das já apontadas.

Que o triste e doloroso espetáculo de Goiânia possa servir, pelo menos, para um *novo despertar* na consciência dos responsáveis pela condução de nosso país, no sentido de que o centro de suas preocupações se volte para as *pessoas humanas* que formam a nossa nação, na preservação de seus *valores fundamentais*, de que se sobressaem a vida, a saúde e a dignidade! . . .

Por outras palavras: que a tão apregoada *expansão tecnológica não mais se faça com o sacrifício de vidas humanas e com o devastamento ecológico*, como tem acontecido em outras paragens, onde, aliás, a verdade imorredoura das proféticas advertências do Chefe indígena deve estar ecoando em toda a sua plenitude, para infelicidade de todos aqueles que nelas não acreditaram! . . .

Pontofinalizando: *progresso material algum justifica* o ceifamento de vidas humanas ou a violação da natureza, esses, sim, os *valores máximos* da Criação! . . .

O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro

CLÓVIS V. DO COUTO E SILVA

Catedrático de Direito Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Introdução

Para conhecer a situação atual de um sistema jurídico, ainda que em suas grandes linhas, é necessário ter uma idéia de seu desenvolvimento histórico, das influências que lhe marcaram as soluções no curso dos tempos. De outro modo, ter-se-á a justaposição de soluções jurídicas, sem que se defina a sua estrutura íntima. Convém, assim, examinar a posição do direito de determinado país em face dos Códigos mais influentes e, nesse caso, não haverá dúvida que a questão é a de saber em que medida o direito privado brasileiro, especialmente o Código Civil Brasileiro, sofreu influência do Código Napoleônico, ou do Código Civil Germânico, de 1900, levando-se em conta o fato de que ele foi publicado em 1916.

Conviria ressaltar que a maioria dos Códigos latino-americanos sofreu profunda influência do direito francês — e não poderia ser diversamente —, porquanto eles foram editados antes de 1900. Não se pode, porém, dizer que tenha sucedido o mesmo com o direito brasileiro. Não é, entretanto, difícil estabelecer as razões pelas quais o direito civil brasileiro manteve-se imune à influência do Código Napoleônico, ao contrário do que sucedeu com o Código Comercial de 1850, que sofreu forte influência do Código Comercial Francês de 1805. A razão principal está no fato de terem vigorado no País as Ordenações Filipinas com as suas leis complementares, que no curso do século se publicaram tendo-se na devida conta que esse corpo legislativo esteve em vigor em Portugal desde 1603 até 1867; e no Brasil até a entrada em vigor do Código Civil Brasileiro, em 1916, portanto, por mais de 300 anos.

A primeira questão — que dá originalidade ao direito civil brasileiro — é o fato de não havermos adotado ou recebido em extensa medida — pois recepção de idéias ou métodos como da Escola da Exegese sempre há de ter existido — o Código Civil Francês, tendo em vista a sua importância em confronto com a doutrina do direito comum.

Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Florença, em 6 de maio de 1986, na qualidade de Professor visitante, a convite do "Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno".

A razão pode residir no fato de não haveremos tido no século XIX uma revolução como ocorreu na Itália com o *Risorgimento*, que favoreceu, decerto, a adoção de idéias do Código Civil Francês no Código de 1865. Os juristas brasileiros, anteriores à Independência do Brasil, eram todos praxistas, preocupados com a aplicação no Foro dos princípios das ordenações e suas leis complementares ou extravagantes. Com a Independência do Brasil, em 1822, ocorreu o oposto: surgiram juristas, especialmente Teixeira de Freitas. A própria Constituição de 1824, Constituição Imperial, havia determinado em seu artigo 179, n.º 18, que se organizasse “um código civil e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade”.

Para se ter uma idéia a respeito do direito atual brasileiro, seria talvez necessário dividir o trabalho em duas partes. Numa em que se expusesse a situação do direito português e brasileiro até a entrada em vigor do Código Civil Brasileiro, e depois os progressos que a partir daí ocorreram. Numa primeira parte, poder-se-ia examinar o desenvolvimento histórico do direito brasileiro, especialmente a sua posição em face do Código Napoleônico. Depois, seriam estabelecidos os princípios do direito privado brasileiro atual, designadamente a orientação do Projeto do Código Civil Brasileiro, no pertinente à propriedade, direito de família e direito contratual, ainda quando dele não se desenhe mais do que uma simples visão geral.

I. *O centralismo jurídico e o direito brasileiro*

A particularidade mais importante do direito civil brasileiro é o seu desenvolvimento orgânico, sem acidentes notáveis, desde o período reinícola até os nossos dias. A razão de ser para esse desenvolvimento pode ser encontrada no centralismo jurídico vigorante a partir das Ordenações Manuêlinas e o direito romano que se infundiu nessa legislação e no direito subsidiário que se deveria aplicar nas suas lacunas. Por isso, uma questão é sempre importante: por que não se recebeu no Brasil o Código Civil Napoleônico, como sucedeu, por exemplo, no Código Italiano de 1865 e, em boa medida, no Código Civil Português de 1867 e em certas regiões da Alemanha antes de sua unificação? Quais as causas dessa imunidade, quando outros países de grande tradição jurídica — e a Itália mais do que qualquer outro — não puderam evitar — ou até mesmo desejaram receber, além das classificações, os princípios gerais constantes no Código Napoleônico?

No século XIX nenhum direito igualara a extraordinária influência do Código Civil Napoleônico. Para esta influência convergiram dois elementos fundamentais: a excelência mesma de seus princípios, a sua modernidade, e o prestígio cultural da França. Qual desses dois fatores terá prevalecido, será difícil dizer. Ambos parecem ter sido igualmente fortes. É ainda um capítulo aberto, em termos de recepção, o fato de a excelência de um Código se constituir no fator primordial de sua recepção; ou se o prestígio cultural — e atualmente político e econômico — das nações hegemônicas não é,

só por si, fator de transferência de suas soluções jurídicas e de sua peculiar metodologia.

A partir das Ordenações Afonsinas, Portugal passou a contar com uma legislação unitária e centralizada. A filosofia que impregnou as Ordenações a partir da primeira, as Afonsinas (1446 ou 1447), foi a de coordenar a legislação, dar-lhe a unidade, ao mesmo tempo que se manifestou a decadência do direito local e consuetudinário, mantida pelas posteriores Ordenações Manuelinas e Filipinas. O centralismo é, assim, um fenômeno antigo no direito português, não havendo lugar para a discussão a respeito da superioridade do direito costumeiro ou local, pois o direito romano não foi apenas o inspirador da legislação geral portuguesa, mas também importante fonte subsidiária (1).

No século XV, é notável a dispersão das leis; em face disso, cresceu de ponto a necessidade de se consolidarem as disposições vigentes, o que veio a suceder com as Ordenações Afonsinas. Essas Ordenações eram divididas em V Livros: e no Livro IV está toda a matéria de direito civil. Nesse livro, estão disciplinados os contratos de aforamento e arrendamento; o regime de mercadores estrangeiros; fretamento de navios; a celebração dos contratos; direitos dos cônjuges e das viúvas; a usura; contrato de trabalho; compra e venda; sucessão, incluindo os testamentos; tutela e curatela; fiança; doação; locação; parceria rural; regime de terras, e prescrição.

Este é o núcleo inicial no qual se compendiam — sem sistema, é verdade — os principais modelos que se irão manter, com modificações profundas, é certo, até nossos dias. Assim, as disposições de direito romano, colhidas nas fontes ou nas leis das Sete Partidas — lei castelhana que foi direito subsidiário antes das Ordenações —, os costumes do reino e as decisões dos Tribunais passam a constituir direito escrito e a serem aplicados normativamente.

A razão estava em que o estudo que se fazia na Universidade de Coimbra era de direito romano e canônico, e, nos corpos administrativos das Chancelarias, como sucedia em toda a Europa, encontravam-se pessoas com essa formação.

Por isso, já nas Ordenações Afonsinas a influência do Código de Justiniano não poderia deixar de ser muito grande. À sua vez, a Consolidação das regras num Código — inclusive os costumes — enfraqueceu as que não foram incluídas nas Ordenações. Em razão disso, operou-se um fato peculiar que terá enormes conseqüências no futuro: o centralismo jurídico português que se instaura ao tempo dos descobrimentos, e que as caravelas civilizadoras levaram consigo para os mais diversos pontos do mundo. Mas, ainda assim, essas Ordenações, embora constituíssem direito pátrio em vigor, não eram estudadas na Universidade de Coimbra, até que sobreviesse, com

(1) Ver ALMEIDA COSTA, *Apontamentos para a História do Direito*, Lisboa, 1979, pp. 473, 485.

o Iluminismo, a reforma do Marquês de Pombal da Universidade de Coimbra, em 1772.

Houve prevalência absoluta do raciocínio segundo o direito romano, que era, aliás, juntamente com o direito canônico, direito subsidiário, isto é, o conjunto de regras aplicáveis quando a espécie não estivesse prevista nas aludidas Ordenações. É curioso observar que, em Portugal, houve, na Idade Média, decerto um regime senhorial, mas não a prática de contratos feudo-vassálicos, razão por que muitos autores negam a existência do feudalismo⁽²⁾. Em razão desse centralismo, não obteve sucesso o que WALTER ULLMANN denomina de "ascending conception of government and law", em que o direito se concentra no próprio povo, resultando desse fato a responsabilidade dos órgãos que o exercem, como seus delegados. A outra concepção é a de o poder promanar do rei, não tendo o povo nenhuma participação relevante — "descending conception of government or law"⁽³⁾. No direito português, prevaleceu a tese descendente, a partir das Ordenações Afonsinas, ao contrário do que sucedeu no direito inglês, em que o fundamental era "La Ley de la Tierra", em cuja feitura participavam o rei, os nobres, o clero, toda a comunidade do reino. Dessa diferença notável, resultaram conseqüências importantes no Estado do direito (os *Inns of Court* do direito inglês) e, em Portugal, a manutenção por largo espaço de tempo do direito romano e canônico; e deram lugar às concepções sistemáticas que viriam séculos após.

No sentido de manter íntegro o sistema de Ordenações, as lacunas eram preenchidas pela aplicação do direito romano e canônico e, no que fossem omissos, pelas glosas de Acursio e Bártolo, salvo se fossem contrárias à "communis opinio doctorum".

Por isso, afirma GUILHERME BRAGA DA CRUZ que "a atribuição de valor normativo em Portugal à Glosa Magna de Acursio e às opiniões de Bártolo, a título de direito subsidiário — e que vai durar até o século XVIII, 1769 —, representa, que saibamos, um caso singular no quadro dos direitos europeus. Apenas em Itália há notícias de a glosa de Acursio, mas não a obra de Bártolo, ter sido mandada aplicar subsidiariamente pelos

(2) Ver MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português*, pp. 149-176, Lisboa/São Paulo, 1981. Nunca houve, no direito português, por exemplo, algo semelhante à Magna Carta, em que é evidente a característica feudal do pacto, porquanto o rei se obriga em face dos barões e enfraquece, com isso, o Poder Real (WALTER ULLMANN, *Government and Politics in the Middle Ages*, London, 1966, p. 171).

(3) WALTER ULLMANN, *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, cit., pp. 20 e segs. O direito público português conheceu a "Curia Regis" ou as Cortes como passaram a ser denominadas. Embora fossem relevantes as suas funções no curso dos tempos (ver especialmente MARCELLO CAETANO, *Subsídios para a História das Cortes Portuguesas*, Lisboa, 1961; *História do Direito Português*, cit., pp. 475-480, em que se enumeram as emendas das reuniões das Cortes, no reinado de D. João I e D. João II, de 1387 a 1490), não tinham elas a mesma função legislativa do Parlamento inglês.

Estatutos da cidade de Verona" (4). Essa disposição proveio da Carta Régia de 18 de abril de 1426, anterior ainda às Ordenações Afonsinas, que D. João I dirigiu ao Conselho de Lisboa.

A afirmação serve para demonstrar que o apreço pelos textos do direito romano foi sempre uma característica do direito português e depois do direito brasileiro, ao ponto de determinar-se, de modo normativo, a sua aplicação, sempre mais importante e ampla, tendo em vista que as Ordenações, inclusive as Ordenações Filipinas, continham inumeráveis lacunas. É certo que a partir de 1769, com a Lei da Boa Razão, foram suprimidas as aplicações subsidiárias de Acursio e Bártolo, e só foram aplicadas as soluções do direito romano conformes com a boa razão. O direito subsidiário, que não deixou de existir, em razão de as disposições do Livro IV, das Ordenações, que regulavam o direito privado, possuírem muitas lacunas, passa a consistir primeiro na utilização frequente dos autores do "usus modernus pandectarum": STRUVE, STRYK, BÖHMER LEYSTR e HEINECIUS (5); e, depois, na aplicação do direito estrangeiro, no século XIX, especialmente do Código Civil Francês e o Código Geral da Prússia. Ainda quando não se tenha feito um exame da prevalência dos Códigos estrangeiros, em época anterior à edição do Código Civil de 1867, não parece desarrazoado pensar que a primazia deve ter competido ao Código Civil Francês, embora se deva admitir a importância do Código Geral Prussiano. Para isso colaborou a circunstância enfatizada por muitos de ser o Código Napoleônico o código da burguesia que recolhe certas exigências da Revolução que não eram diversas do *Tiers État*, especialmente a da igualdade de todos perante a lei, podendo concluir-se, sem dificuldade, que o Código Civil é o representante mais genuíno do espírito francês, penetrando nos costumes, na sua vida cultural e literária. Há, por igual, outra particularidade: o Código Civil Português é de 1867 e nele não se vislumbra a influência dos autores do direito comum mais recente, como SAVIGNY. A reforma do direito português com a supressão do método da exegese e o exame da doutrina mais moderna européia, especialmente a germânica e a italiana, começa bem mais tarde, na viragem do século XIX, com GUILHERME ALVES MOREIRA (6).

(4) GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário na História do Direito Português*, Coimbra, 1975, p. 221, nota 56; NUNO SPINOZA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, Lisboa, sd. pp. 341 e segs.; ALMEIDA COSTA, "La Présence d'Acursio dans l'histoire du Droit Portugais", in: *Atti del Congresso Internazionale di Studi Acursiani*, vol. 2, Milano, 1968, pp. 1055-1066; PONTES DE MIRANDA, *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, § 4.º, Rio de Janeiro, 1981, pp. 34-41; e Das Zivilgesetzbuch und die Soziale Entwicklung, Entstehung und Einheit Brasiliens, in: KARL HEINSHEIMER, *Die Zivilgesetze der Gegenwart*, vl. III, Manheim, Berlin, Leipzig, 1928, pp. 20-38.

(5) Ver, por último, MÁRIO REIS MARQUES, in: Elementos para uma aproximação do "Usus Modernus Pandectarum", in: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Vol. LVIII, p. 813.

(6) NUNO SPINOZA GOMES DA SILVA, A Ciência do Direito no último século em Portugal, in ROTONDI, *Inchieste de Diritto comparato*, 1972, pp 547/566.

Com a Independência do Brasil, em 1822, não se instituiu a República; manteve-se a monarquia, e o Patriarca da Independência, José Bonifácio de Andrada e Silva, era licenciado pela Universidade de Coimbra, na Faculdade de Leis e na de Filosofia, onde se cultivavam as ciências naturais, tornando-se inclusive um mineralogista ilustre nos fins do século XVIII, e não tinha nenhuma simpatia pela Revolução Francesa e, decerto, pelo seu Código Civil.

Mesmo que o Código Civil Francês haja tido uma influência sem paralelo, porquanto, como salienta HATTENAUER, os seus colaboradores trabalharam com espírito de missão, uma vez que o Código deveria servir ao mundo todo, conferindo a todos os homens a igualdade e a liberdade no campo do direito civil (7), ainda assim, muitos juristas preferiram, ao invés da recepção de idéias do Código Napoleônico, a adoção como Código do "System des heutigen römischen Rechts" de SAVIGNY. Para isso, basta lembrar FEDERICO DEL ROSSO, professor da Universidade de Pisa, que afirmou não haver necessidade de nenhum outro Código; o "Sistema", de SAVIGNY seria o verdadeiro Código: "Ecco il vero Codice" (8). Nesse grupo de juristas conservadores, sem os excessos de FEDERICO DEL ROSSO, deve-se incluir TEIXEIRA DE FREITAS (9), um grande espírito sistemático, que, como advogado, teve de voltar-se, desde cedo, para a prática do direito; e, por esse motivo, pôde com segurança publicar em 1857 a sua monumental *Consolidação das Leis Cíveis*, e mais tarde o *Esboço de Código Civil Brasileiro*, que se começa a publicar em 1860.

Sem muita demora, TEIXEIRA DE FREITAS tomou conta da cena jurídica brasileira, e com ele ganham corpo muitas idéias inspiradas em SAVIGNY. Nesse ponto, o direito brasileiro separou-se, em verdade, do de Portugal, combinando novas influências, sendo a mais importante delas a de SAVIGNY, decerto o maior jurista do século XIX. Vale registrar que a teoria da posse de SAVIGNY foi por ele adotada, conforme diz TEIXEIRA DE FREITAS em sua *Consolidação das Leis Cíveis*, e, mais tarde, quando realiza o *Esboço*, é visível essa sua influência nos modelos que ele faz incluir em sua Parte Geral. Porém, houve setores em que concepções do direito

(7) *Die geistgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts zwischen Hierarchie und Demokratie*, Heidelberg, 1980, n.º 162, trad. espanhola de Maclás Picavea, Madrid, 1933, pp. 81 e segs.

(8) Ver FILIPPO RANIERI, Savigny e il Dibattito Italiano sulla Codificazione nell'Età del Risorgimento, in: *Quaderni Fiorentini*, vol. 9, 1980, p. 365; sobre FEDERICO DEL ROSSO, ver PAOLO GROSSI, Tradizioni e Modelli nella Sistemizzazione Post-Unitaria della Proprietà, in: *Quaderni Fiorentini*, 5-6, 1976-1977, p. 215.

(9) Pode parecer paradoxal, mas a influência de SAVIGNY não levou TEIXEIRA DE FREITAS a recusar a idéia de codificação, como sucedeu com muitos, especialmente com FEDERICO DEL ROSSO. Ao contrário, TEIXEIRA DE FREITAS em seu *Esboço de Código Civil* adotou conceitos de SAVIGNY, representativos do direito romano, do "heutiges römisches Recht"; isto deve ter resultado do fato de Portugal estar vivendo por longo espaço de tempo sob uma codificação, as Ordenações.

francês ingressaram no direito civil. Em sua *Consolidação das Leis Civis*, um verdadeiro código em sua aplicação, TEIXEIRA DE FREITAS traz à colação a orientação do Código Comercial Brasileiro de 1850 que não foi imune às idéias do direito privado francês. Dos seus estudos resultaram duas idéias extremamente importantes para TEIXEIRA DE FREITAS, e que vão levá-lo à celebridade.

A primeira, a da necessária inclusão num Código de uma Parte Geral em que os conceitos de pessoa, bens e fatos jurídicos, conceitos que deverão vigorar em todo o direito, fossem claramente disciplinados, como depois se veio a fazer no Código Civil Alemão. A outra foi a da unificação das obrigações civis e comerciais. Estas duas idéias sistemáticas tiveram uma repercussão na história recente do direito brasileiro e, de certo modo, inauguram um debate que perdura até nossos dias. É oportuno lembrar que a aludida unificação se operou no Código Suíço das Obrigações, de 1912, e no Código Italiano de 1942. O Código Civil Brasileiro, obra de CLÓVIS BEVILÁQUA, contém uma parte geral, mas o direito das obrigações civis e comerciais permanece separado. A influência do direito germânico cresce no direito brasileiro com a orientação que lhe deu TOBIAS BARRETO, orientação conhecida sob a denominação de Escola de Recife⁽¹⁰⁾. O Código Civil Brasileiro recebe em grande medida estas novas idéias, pois o seu autor era um dos corifeus dessa orientação cultural.

O Projeto de Clóvis Beviláqua, de que resultou o Código Civil Brasileiro, é uma obra de cunho doutrinário, de um professor de direito, regente da Cadeira de Legislação Estrangeira, como então se denominava o direito comparado. Nele, mesclam-se muitas influências, não só jurídicas, como filosóficas.

Não fazia muito, em 1889, um movimento revolucionário extinguiu a monarquia e instaurara a República. A filosofia dominante na República era o positivismo de AUGUSTO COMTE, decorrendo daí a separação da Igreja e do Estado, que passa assim a legislar a respeito da família e do casamento, o que veio a suceder com a Lei n.º 180, de 1891, exarando princípios, que vieram a integrar o Livro do Direito de Família no Código Civil Brasileiro.

A influência positivista era dominante, não havendo sinais de nenhuma orientação marxista, sendo interessante anotar que, em muitos países, especialmente na Europa Central, o positivismo foi uma vigorosa barreira ao desenvolvimento das idéias marxistas⁽¹¹⁾.

(10) Sobre a influência da Escola de Recife, ver por último, MARIO LOSANO, que escreveu um excelente estudo: "La Scuola di Recife e l'influenza tedesca sul Diritto Brasiliano" in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, Raccolto de Giovanni Tarello, IV, Bologna, 1974, pp. 323-415.

(11) Ver LUCJAN BLIT, *The Origins of Polish Socialism*, Cambridge, 1971: a condenação do marxismo provinha do fato de ser contrário "to the scientific laws governing the economic and social life of modern nations".

Se examinarmos os institutos básicos do Código Civil Brasileiro de 1916, veremos que ele é um dos melhores Códigos do século XIX, ainda quando publicado no século XX.

As noções de propriedade, família e contratos são ainda as da última fase do direito comum, pois o Código Civil Germânico publicado em 1900 não foi considerado durante o período de tramitação do Código Civil, e poderia ter sido, pois ele somente foi publicado em 1916.

As restrições ao direito de propriedade, as concepções mais modernas a respeito da família e dos contratos não eram ainda conhecidas, porquanto talvez não houvessem elas ainda sido adotadas em termos legislativos, o que veio a suceder, em geral, após 1918. A família era eminentemente patriarcal; o divórcio não era admitido, não tanto por influência da Igreja Católica, mas sobretudo por força das idéias de AUGUSTO COMTE. A propriedade era compreendida segundo a tradição liberal, e as poucas restrições que dela decorriam provinham do direito de vizinhança. O direito contratual tinha sua fonte na autonomia da vontade, não se levando em conta o aparecimento dos denominados "contratos de adesão", como os denominou RAYMOND SALEILLES, ao verificar que a autonomia concreta das partes havia diminuído extraordinariamente por força da desproporção do poder de discutir as cláusulas contratuais existentes entre as partes. Também a doutrina da cláusula "*rebus sic stantibus*" não fora adotada, e o meio econômico não a poderia exigir. Numa economia agrária, com moeda estável, não haveria por que sugerir-se a adoção dessa cláusula, vigorante apenas em épocas de crise.

A responsabilidade civil era, salvo raras exceções que provêm do direito romano, fundada na culpa. Estava-se, ainda, no início do século e nem se pensava na responsabilidade fundada no risco. Entretanto, na Prússia, uma legislação de 3-11-1838 (§ 25) cuidou de casos em que a responsabilidade por risco poderia ter maior abrangência, especialmente com o desenvolvimento das vias férreas⁽¹²⁾. Em 1912, foi editado o Decreto-Lei n.º 2.681, que instituiu, entre nós, a responsabilidade objetiva para esse tipo de transporte. Considerada, apenas, um "topos", localizado em setor específico, essa nova situação não foi considerada no Código Civil, que a ela não referiu.

Em suma, o centralismo jurídico teria de levar indesejavelmente à idéia do Código, no seu sentido tradicional e positivista, como algo que incorpore em seu universo a totalidade normativa de um País. Em razão dessa situação peculiar foi possível manter, num País com as dimensões do Brasil, uma uniformidade de aplicação do direito desde a época do descobrimento até nossos dias.

E o direito positivo foi, na generalidade dos casos, aplicado às mais diversas regiões e etnias, sem que houvesse necessidade de recorrer-se ao

(12) Ver MICHAEL R. WILL, *Quellen erhöhter Gefahr*, München, 1980, pp. 2 e segs.

denominado "group rights", como sucedeu em algumas nações, talvez porque na colonização portuguesa a miscigenação foi elemento civilizatório de elevada importância.

Há autores que sustentam que, sem as instituições específicas do feudalismo inglês, não se poderia compreender nem o seu sistema constitucional, nem a Constituição americana (13), pois seriam decorrências da "ascending conception of government and law". O certo é que a aplicação de cada princípio produz conseqüências diversas, atendendo às situações peculiares em que ele se insere.

O "centralismo jurídico" levou à Codificação e à unidade nacional. É difícil saber o que teria acontecido com a aplicação simultânea da "ascending conception of government and law"; como se teria obtido um equilíbrio na aplicação de princípios tão divergentes, no curso de nossa história, que é, em grande medida, a história de Portugal?

É preciso considerar que desde cedo no direito inglês se constituiu um "estamento de juristas" que se tornou depositário do direito, sem o que não se teria operado o desenvolvimento orgânico da "common law".

Por fim, o direito subsidiário, no longo espaço de tempo em que foi praticado especialmente a partir da Lei da Boa Razão, fez com que muitos juristas observassem, com interesse, as idéias dos juristas e das legislações estrangeiras, porquanto a solução do caso dependia da "descoberta" da opinião do autor que, em face do caso concreto, representasse a "Recta Ratio". A "Boa Razão" consistia, principalmente, segundo o § 9.º da Lei de 18 de agosto de 1769, "nos primitivos princípios que contêm verdades essenciais, intrínsecas, inalteráveis, que a ética dos mesmos romanos havia estabelecido e que os direitos romano e natural formalizaram (...).

Guardadas as proporções, eram esses princípios, como se vê, uma "cláusula geral" permitindo que a jurisprudência agisse com maior liberdade.

(13) SIDNEY PAINTER, *Feudalism and Liberty*, Baltimore, 1961, p. 253; WALTER ULLMANN, *Individual and Society in the Middle Ages*, Baltimore, 1966, p. 68. É uma curiosidade a verificação de que, instaurada a República no Brasil, foi, pouco depois, promulgada a Constituição Republicana de 1891, que "recebeu", em grande medida, princípios da Constituição americana de 1787. Entre esses princípios, "modelo interno", estavam o federalismo, a separação de poderes e o controle constitucional das leis e atos do Poder Executivo pelo Poder Judiciário. Ocorreu, porém, que prevaleceu na redação desses princípios, na construção de seu "modelo externo", uma técnica analítica — pode-se dizer romanística —, e não a forma sintética da Constituição americana. Na aplicação pendeu-se para o modo interpretativo peculiar ao direito privado, em que a norma se constitui como limite à função-hermenêutica, sob pena de infringir-se o princípio da separação dos poderes, e não o seu início. Aplicou-se, assim, a Constituição com as técnicas hermenêuticas do direito privado (ver CLÓVIS DO COUTO E SILVA, *As Idéias da Constituição de 1891*, in: *Revista de Direito Público*, vol. 55, 1980, pp. 54-60). Em conseqüência, não foi o direito civil absorvido pelas técnicas interpretativas do direito constitucional americano; mas o direito público foi aplicado segundo técnicas do direito privado, fruto da grande "vis atractiva" desse setor do direito.

Ficou, de tudo, o gosto — maior talvez em Portugal que no Brasil e ainda em pleno vigor em nossos dias — em argumentar com as opiniões de autores e textos estrangeiros em confronto e complementação do direito nacional.

Esse intercâmbio de idéias pode ser considerado como uma permanente recepção do direito estrangeiro, com o que se supera o fatal imobilismo dos códigos.

II. *A descentralização jurídica e a idéia de Código*

O aspecto característico do direito privado atual reside na progressiva edição de leis especiais, não raro contendo regras de direito material e processual. Por isso, conviria examinar o que sucedeu no direito brasileiro após a edição do Código Civil de 1916, no pertinente ao direito de propriedade, ao direito de família e ao direito contratual, indicando as principais modificações. Elas põem novamente em discussão a idéia de Código, como o universo das normas em vigor em determinado momento. Assim, apenas havia sido publicado o Código Civil Brasileiro quando foi editada a Constituição de Weimar que, em seu art. 153, entre outras regras, exarou um princípio que se iria tornar célebre "*Eigentum verpflichtet*", a propriedade obriga. Não foi fácil estabelecer o seu significado. Por um lado, porque o direito constitucional e o direito civil eram considerados *territórios autônomos*, incomunicáveis, conseqüência natural da separação nítida entre o Estado e a sociedade, própria à concepção liberal então dominante; por outro, porque vigorava uma neutralidade valorativa que definia o direito privado.

Em obras notáveis, PAOLO GROSSI tem analisado as concepções da propriedade, no direito medieval e moderno. Numa polémica com SCOZZAFAVA a respeito das concepções de POTHIER sobre a propriedade, e a questão da propriedade em sentido moderno, adverte PAOLO GROSSI: "A propriedade tinha conteúdos diversos, segundo a finalidade dos bens: com relação às coisas imóveis, a propriedade de um bem alodial e de uma "tenure" são realidades bem diversificadas; e no interior desta última não estão, decerto, no mesmo plano, a propriedade do vassalo, do *censitaire*, do *champartier*. A unidade jurídica é, em 1771, algo que ainda pertence ao futuro, e será a Revolução que a realizará, transformando tudo em bem alodial, reduzindo tudo à propriedade alodial" (14).

Denomina-se essa unidade jurídica de neutralidade valorativa, fruto da excessiva generalização e da perda do conteúdo empírico da noção de propriedade. E assim perdurou, por dilatado espaço de tempo, durante todo o século XIX, até que o conceito de propriedade se vinculou a valores que começaram a ser inscritos nas Constituições, conferindo-lhe um forte sentido social.

(14) PAOLO GROSSI, *Un paradiso per Pothier, Quaderni Fiorentini*, vol. 14, Milano, 1985, p. 439.

Quando o art. 153 da aludida Constituição de Weimar exarou o princípio de que “a propriedade obriga”, dando expressão a uma idéia ainda informe, mas vigorante no mundo social, MARTIN WOLFF assinalou que se tratava de um princípio tradicional do direito germânico⁽¹⁵⁾. Este princípio deveria servir como uma diretiva para adequar as decisões às necessidades dos novos tempos. Em suma, segundo MARTIN WOLFF, “do aludido princípio resultaria para todo e qualquer direito subjetivo, e não apenas para o de propriedade, uma dupla obrigação para o seu titular: o dever de exercer o direito se for de interesse público que ele seja exercido e não fique paralisado; e o dever de exercer o direito de uma forma que satisfaça ao aludido interesse público”.

Acresce ainda que, conforme MARTIN WOLFF, o princípio “a propriedade obriga” tem ainda o significado de que o “patrimônio obriga”, para concluir que nesta última fórmula vive, concomitantemente, uma fração do postulado revolucionário da Fraternidade.

Assim, a concepção moderna de propriedade toma uma outra conotação, e a diversidade dos objetos sobre os quais ela recai passa a exigir uma regulamentação que lhe seja própria, de tudo resultando vários tipos de propriedade. A grande modificação que se operou no direito brasileiro se relacionou, como na maioria dos países, com a propriedade agrária e urbana⁽¹⁶⁾, em última análise, com a reforma agrária e urbana.

A concepção social da propriedade teve acolhida legislativa nas Constituições de quase todos os países e, no Brasil, a Constituição de 1934 (art. 113, n.º 17) inicia essa orientação, sendo que a Constituição de 1946 (art. 141, § 16) amplia essa posição permitindo a desapropriação não só por necessidade ou utilidade pública, mas também por interesse social. Essa mesma orientação, com maior amplitude, foi acolhida pela Constituição de 1967 (art. 157, inc. III e § 1.º); e pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969 (arts. 160, inc. III e 161). As disposições constitucionais, de natureza ampla, têm sido consideradas, no geral, como regras programá-

(15) MARTIN WOLFF, *Rechtsverfassung und Eigentum*, in: *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl*, Tübingen, 1923, p. 8. Mas há autores, como WERNER V. SIMSON (*Das Eigentum Jenseits von Martin Wolff*, in: *Festschrift für Ernst von Caemmerer*, Tübingen, 1973, pp. 241-254), que consideram a posição de MARTIN WOLFF demasiadamente positivista, porque, no fundo, estaria ainda vinculada ao conceito de coisa, conforme a definição do BGB (§§ 903 e 905). Pretendem alguns autores que, ao modelo da “common law”, a tutela da propriedade deveria abranger todos os interesses e expectativas legítimas, como sucede, em grande medida, com a tutela constitucional da propriedade, que não se restringe ao conceito de propriedade conforme o direito civil. Será, porém, difícil considerar como propriedade, em termos de direito civil, todas as espécies de “property rights”, atendendo à peculiar estrutura do direito de propriedade no campo do direito privado, e não apenas a sua eficácia (Ver W. FRIDMANN, *Law in a Changing Society*, Berkeley, 1959, pp. 66 e segs.).

(16) O problema aparece com intensidade semelhante em todos os países. Ver LUDWIG RAISER, *Das Eigentum in deutschen Rechtsdenken seit 1945*, in: *Quaderni Fiorentini*, vols. 5-6, Milano, 1976-1977, especialmente pp. 763 e segs.

ticas, tanto vale dizer, em geral não são elas auto-executáveis (*self executing*). Por isso, a concretização dessa disposição geral a respeito da função social da propriedade dependerá sempre de lei ordinária que venha determinar as espécies de restrições ao direito de propriedade.

A questão da reforma agrária se prende, no Brasil, ao fato do excessivo fracionamento de propriedade rural em certas regiões ao mesmo tempo que, em outras, há enormes regiões praticamente inaproveitadas, os latifúndios. O direito das sucessões brasileiro não conheceu o direito de primogenitura (*Anerbenrecht*), nem também o sistema em que a propriedade é atribuída ao filho mais jovem, que, em algumas regiões, permanecia com seus pais.

A propriedade rural e a urbana obedeciam ao sistema geral do direito das sucessões com a divisão entre os herdeiros, não tendo o direito de primogenitura grande importância na sucessão legítima no sistema das Ordenações⁽¹⁷⁾. Por outro lado, muitas vezes foram ocupadas terras por pessoas que não possuíam nenhum título, e o problema ganhou tamanhas proporções que a Lei n.º 601, de 1850, veio a regular a matéria. Durante longo espaço de tempo, a questão das terras e dos seus ocupantes ficou regulada apenas pelo Código Civil, que não tinha nenhum dispositivo relevante no particular, e pela aludida Lei n.º 601, de 1850, tendo, afinal, sido editado o Estatuto da Terra (Lei n.º 4.054, de 30 de novembro de 1964).

O Estatuto da Terra consagrou o módulo rural⁽¹⁸⁾, ou seja, a dimensão mínima em que o imóvel rural pode ser fracionado. Surgiram, contudo, questões a respeito da aplicação do módulo porquanto, como se poderia resolver o conflito, quando nas sucessões os herdeiros não podem dividir, faticamente, a propriedade? Configura-se um condomínio, sem possibilidade de divisão, não restando outra solução senão a de que um dos condôminos venha a adquirir a propriedade do outro para, por esse modo, extinguir a indivisão.

Observa PAOLA PORRÙ⁽¹⁹⁾ que o módulo rural do direito brasileiro coincide com as disposições dos arts. 846 e 847 do Código Civil Italiano, no qual se exaram regras a respeito da "minima unità culturale", que impede o fracionamento dos imóveis rurais. E define o módulo rural como "l'estensione di terreno necessaria e sufficiente per il lavoro di una famiglia agricola".

Para a extinção dos latifúndios, previu-se a desapropriação por necessidade social⁽²⁰⁾, dando-se eficácia concreta às disposições do art. 147 da

(17) Ver GALVÃO TELLES, *Apontamentos para a História do Direito das Sucessões de Portugal*, Lisboa, 1963, p. 185.

(18) Lei n.º 4.054, art. 65.

(19) *Analisi Storico-Giuridica della Proprietà Fondiaria in Brasile*, Milano, 1983, p. 124.

(20) Lei n.º 4.132, de 10 de setembro de 1962.

então Constituição Federal de 1946, que facultou, pela primeira vez entre nós, esse tipo de desapropriação.

Uma outra técnica destinada a dar valor concreto à concepção social de propriedade está em reduzir os prazos de usucapião para os que tornarem a terra produtiva. Esta forma de colonização é das mais antigas, e peculiar a uma situação em que haja abundância de terras não cultivadas. É curioso observar que na "Lex Baiuvarorum" (Título 17, c. 25) se denomina a posse, de que resulta a propriedade, de "opera".

Essa mesma idéia permaneceu através dos séculos e inspirou as várias espécies de usucapião rural.

Muitas vezes idéias relativas à usucapião aparecem mescladas com elementos próprios à especificação. O trabalho humano, mesmo em matéria imobiliária, teria a virtude de produzir uma "species nova", resultando daí um tipo peculiar de especificação.

No direito brasileiro, a utilização da usucapião de terras, para fins de reforma agrária, abreviando-se o prazo para aqueles que a tornaram produtiva ou nela estabeleceram a sua morada, vem da Constituição de 1946⁽²¹⁾.

O prazo para aquisição, segundo o Estatuto da Terra, era de 10 anos. A recente Lei n.º 6.969, de 10 de dezembro de 1981, reduziu o prazo para 5 anos e adotou regras constantes no Projeto do Código Civil, especialmente a do art. 1.240, segundo o qual: "Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, possuir, como seu, contínua e incontestavelmente, por 5 anos consecutivos, imóvel considerado por lei suficiente para assegurar-lhe a subsistência e a de sua família, nele tendo a sua morada, adquirirá o domínio, independentemente de justo título e boa fé."

Essa orientação já vinha desde as primeiras leituras do Projeto do Código Civil e acabou por cristalizar-se na Lei n.º 6.969, de 1981.

O conceito de propriedade tem sido, entretanto, objeto de outras modificações substanciais especialmente quanto ao direito de vizinhança. O direito de vizinhança, segundo o Código Civil, conferia uma tutela restrita às propriedades vizinhas⁽²²⁾. O desenvolvimento de técnicas modernas passou a exigir uma proteção maior, que não se restringisse a simples imissões de prédios contíguos mas que viesse a atingir valores ou interesses que nem sempre se subjetivam em determinadas pessoas. Sob esse aspecto, o direito brasileiro recentemente regulamentou a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens ou direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico⁽²³⁾.

(21) Art. 156, § 3.º; Estatuto da Terra, art. 98.

(22) Arts. 554 e segs.

(23) Lei n.º 7.437, de 22 de julho de 1985, art. 1.º.

Como nem sempre é possível estabelecer-se uma legitimação concreta nesses casos, admitiu-se que, além do Ministério Público e entidades de direito público, certas entidades privadas poderiam representar os interessados e as indenizações daí resultantes passariam a formar parte de um fundo (24).

Em suma, a aplicação da concepção social de propriedade, em suas linhas mais simples, se veio a alargar, por um lado, as hipóteses de desapropriação, especialmente a desapropriação para fins de reforma agrária, por outro, reduziu o prazo de usucapião de bens rurais para 5 anos, desde que neles os interessados tivessem suas moradas e houvessem tornado produtiva a área de terras. Procurou-se estender também essa proteção aos danos à ecologia, tutelando-se os interesses difusos, através da legitimação de entidades criadas para essa finalidade.

No direito de família, as modificações foram profundas. Ao tempo do Código Civil, a família era extremamente patriarcal e o problema da emancipação feminina e o da igualdade dos cônjuges no casamento se foram propondo progressivamente em nosso meio.

Não são muitos os textos legislativos que consagraram essa progressiva modificação. Entre as disposições do Código Civil, incluía-se o princípio da incapacidade relativa da mulher casada, mantida por largo espaço de tempo até a edição da Lei n.º 4.121, em 1962. Essa foi a primeira reforma do direito de família; através dela extinguiu-se a incapacidade relativa da mulher casada e procurou-se conferir a ambos os cônjuges, no plano patrimonial, uma relativa igualdade. Essa situação não era, entretanto, suficiente. O direito brasileiro caracterizou-se até a Emenda Constitucional n.º 9, de 21 de junho de 1977, por não admitir o divórcio. Admitia-se, apenas, a separação, ficando impedidos os cônjuges de realizar novo casamento. Essa era a situação enquanto se discutia o Projeto do Código Civil; e não havia como alterá-la. Entretanto, com a modificação do texto constitucional, sobreveio a Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, e o seu respectivo processo. Cuida-se de uma lei mista, regulando não só os aspectos de direito material como também os de direito processual pertinentes.

Não se conclua que a Lei n.º 6.515, de 1977, disciplina apenas aspectos relativos ao divórcio, pois trata, por igual, da proteção da pessoa dos filhos, do uso do nome e dos alimentos, constituindo-se numa pequena reforma de todo o direito de família. Pode-se afirmar que essa lei se inspirou bastante em princípios já existentes no Projeto do Código Civil, ainda quando se deva levar em conta que nele não se previu o divórcio, mesmo porque, à época, vigorava a proibição constitucional.

A Lei n.º 6.515, de 1977, que introduziu pela primeira vez o divórcio em nosso país, combinou o princípio do desfazimento da sociedade conjugal por culpa com hipóteses de dissolução sem culpa. Não temos,

(24) Arts. 5.º e 13.

portanto, o chamado “divorce-faillite”, “divórcio-falência” na totalidade dos casos. A regra entre nós é de que o autor da ação de separação deve imputar a outro cônjuge a prática de “conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento ou torne insuportável a vida em comum” (25). Foram previstos dois casos em que não há necessidade de imputação de alguns dos fatos anteriormente mencionados; e isso pode suceder quando houver ocorrido o que se denomina de “ruptura da vida em comum” por mais de 5 anos consecutivos e decorrendo, desse fato, a impossibilidade de sua reconstituição (26). Outra hipótese que pode ser fundamento para o pedido de separação judicial que antecede obrigatoriamente o divórcio é o “de grave doença mental, manifestada após o casamento, e que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que após uma duração de 5 anos a enfermidade tenha sido reconhecida como de cura improvável” (27).

Na discussão do Projeto do Código Civil no Senado Federal, houve quem propusesse a existência de um único tipo de divórcio, o divórcio-falência, excluindo-se o divórcio com base na culpa, como é ainda a regra básica do Projeto do Código Civil e da Lei n.º 6.515, de 1977, a Lei do Divórcio. Todavia, não me parece que no Brasil, ainda hoje, seja possível a aplicação do divórcio-falência em todos os casos, pois ele supõe um tipo de família diverso do existente em nosso país. Acresce a particularidade de o Brasil possuir diversas realidades, não sendo matéria fácil estabelecer uma uniformidade de regramentos para os cônjuges, excluindo, por completo, a culpa nas hipóteses de dissolução do casamento.

Longe estava ainda de resolver o problema da família, porquanto ainda que a Lei n.º 6.515, de 1977, tivesse igualado os filhos legítimos aos ilegítimos, para efeitos patrimoniais, como veio a fazê-lo em texto expresso, não se tinha ainda disposto, com amplitude, sobre o princípio da igualdade. Este princípio da igualdade veio a ser consagrado no Projeto do Código Civil.

A progressão do princípio da igualdade, no Brasil, apresenta características curiosas. Após a Lei n.º 4.121, de 1962, houve como que uma paralisação, que durou largo espaço de tempo, pois nem mesmo a Lei do Divórcio, Lei n.º 6.515, de 1977, conseguiu nivelar os cônjuges no casamento.

O Projeto do Código Civil, entretanto, procura aplicá-lo em sua totalidade, apesar de adotar, como regime-regra, o regime da comunhão parcial, em que não é fácil a realização desse princípio. Para isso, o regime da participação final nos aqüestos, adotado como supletivo no Projeto do Código Civil, poderia ser uma solução melhor, uma vez que, nesse sistema, durante o casamento, os bens são considerados como separados para se comunicarem ao tempo de sua dissolução.

(25) Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 5.º

(26) Art. 5.º, § 1.º

(27) Art. 5.º, § 2.º

Um dos institutos mais importantes é o da adoção. Há algum tempo o direito brasileiro consagrou a legitimação adotiva para os menores abandonados. E o Código de Menores consagrou a chamada adoção plena. (28).

Cuida-se agora de saber se seria o caso de incluir-se, no Projeto do Código Civil, um tipo de adoção sem possibilidade de rescisão da sentença que o constituiu. Ainda quando se tenha de admitir a adoção plena como uma necessidade em nossos dias, ainda assim a questão é extremamente delicada merecendo ser acolhidas hipóteses de rescisão da sentença que constitui a adoção. Admitir-se, como querem muitos, que essa sentença seja imune a qualquer rescisão, ou que consagre apenas algumas hipóteses de rescisão, que raramente ocorrem, acabaria até mesmo por violar direitos do adotado, especialmente o direito de investigar sua paternidade, que se configura como direito de personalidade. Tendo em vista o risco que disso decorre para as crianças adotadas, é necessário que se estabeleçam, ainda que contra a orientação da maioria das legislações modernas, hipóteses mais amplas em que essa revisão seja possível, sob pena de se criar gravíssimo risco para os adotados.

Há, por fim, um instituto em que o direito italiano influenciou bastante o Projeto de Código Civil: é o bem de família. Embora não se tivesse consagrado exatamente o patrimônio familiar do direito italiano, previsto nos arts. 167 e segs. do Código Civil sob a denominação de "fondo patrimoniale", na verdade, foi proposto um regime jurídico semelhante, e que veio a redundar numa composição entre o bem de família do direito americano (Home Stead) e o "fundo patrimonial" do direito italiano (29).

A questão estaria em saber se seria possível constituir, por exemplo, o bem de família apenas com ações, com a finalidade de obter uma renda, ou se deveria, obrigatoriamente, incluir, além das aludidas ações, um imóvel para a residência da família. Nessa última hipótese, modificava-se a concepção de "fundo patrimonial" como se configura no direito italiano, para aproximar-se do bem de família, do direito americano, muito embora pudesse ele ser acrescido de outros valores mobiliários com a finalidade de dar uma renda que permita a manutenção da família em sua residência. Prevaleceu a idéia de que o fundamental seria a afetação de um imóvel residencial para utilização dos cônjuges, podendo acrescentar-lhe, sob o mesmo regime jurídico, outros valores mobiliários que venham a produzir uma renda.

Modificações importantes ocorreram no direito contratual. Nessa matéria, a partir do início do século, começaram a surgir, sempre com maior freqüência, os contratos de adesão e as condições gerais dos negócios, que alteraram, profundamente, todo o sistema contratual.

Chegou-se mesmo a afirmar que esses contratos de adesão não pertenceriam ao direito civil, pois a sua esfera seria agora a do direito econômico. Foram inumeráveis as modificações no direito brasileiro, ainda quando essas

(28) Lei n.º 6.697, de 10 de outubro de 1979, arts. 29 e segs.

(29) Arts. 1.740 a 1.751.

modificações não tivessem uma guarida legislativa. Em muitos países, essa matéria ficou por conta da autonomia da vontade ou afetada à formação jurisprudencial, não se estabelecendo regras específicas, a não ser quanto a certos institutos. No direito germânico, só recentemente é que se fez incluir no Código Civil um tipo de contrato de empreitada, que obteve certa autonomia, o contrato de viagem⁽³⁰⁾. No nosso sistema jurídico, têm ganho sempre mais importância as promessas de venda, como figura substitutiva da compra e venda de bens imobiliários. Essas promessas de venda acabaram por ser consideradas como direitos reais "sui generis", porquanto todas as alienações estavam sendo feitas por este novo modelo jurídico, a partir do Decreto-Lei n.º 58, de 1937, e da Lei n.º 649, de 1949, hoje regulados pela Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979.

A natureza dessas promessas de vendas de imóveis, registradas, ocasionou inumeráveis discussões no sentido de saber que tipo de direito real poderia delas resultar. O certo é que elas se tornaram o meio normal das transmissões imobiliárias e o Projeto do Código Civil disciplina a promessa de compra e venda como um novo tipo de direito real⁽³¹⁾. Além disso, estabeleceu-se, ao lado do penhor, um contrato com a mesma finalidade, destinado a garantir as operações das mais diferentes espécies, especialmente no mercado financeiro, que é a alienação fiduciária em garantia. Regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 911, de 1.º de outubro de 1969, a alienação fiduciária em garantia, juntamente com a reserva de domínio, figura regrada apenas no Código de Processo Civil⁽³²⁾, tornaram-se as garantias mais importantes na venda dos bens móveis.

Por esse motivo, a alienação fiduciária em garantia foi objeto de regulamentação no Projeto do Código Civil⁽³³⁾.

Em suma, a idéia de Código, como totalidade normativa, "corpus juris" completo e acabado, não tem mais sentido. Em momento algum, pôde essa idéia realizar-se plenamente. Teria a idéia de Código perdido a sua importância em face do número crescente de leis especiais?

A complexidade social atingiu um grau tão elevado, acarretou a edição de tão grande número de leis, que, em todo o mundo, se observa a tendência de reduzi-las ao indispensável. É da constatação comum a existência de uma "Overregulation" ou "Verrechtlichung" que se propõe como o grande problema não só legislativo, como também regulamentar, em face do crescimento enorme e desordenado do Executivo, que se hipertrofia na edição de decretos que são verdadeiras leis. Ao observador apressado poderia parecer que a idéia de Código teria perdido, por completo, o seu sentido. E, na verdade, quem admitiria um Código que seguisse o modelo do da Prússia, com mais de 19.000 artigos?

(30) §§ 651 e segs.

(31) Arts. 1.226, IV, 1.415 e 1.416.

(32) Arts. 1.070 e 1.071.

(33) Arts. 1.360 a 1.367.

Conclusão

Não faz muito tempo ARTHUR STEINWENTER escreveu um ensaio notável a respeito da ciência jurídica austríaca sob o império do Código Civil de 1911 (34). Nesse ensaio, questionava aquele jurista famoso a respeito do modo como deverá o Código Civil da Áustria ser atualizado. Examinou as diferentes espécies de atualização de Códigos para fixar-se no próprio conceito de Código Civil. O Código Civil poderia ser um Código central.

O pensamento que norteou a Comissão que elaborou o Projeto do Código Civil Brasileiro foi o de realizar um Código central, no sentido que lhe deu ARTHUR STEINWENTER, sem a pretensão de nele incluir a totalidade das leis em vigor no país. A importância está em dotar a sociedade de uma técnica legislativa e jurídica que possua uma unidade valorativa e conceitual, ao mesmo tempo que infunda nas leis especiais essas virtudes, permitindo à doutrina poder integrá-las num sistema, entendida, entretanto, essa noção de um modo aberto. Não se trata, a toda evidência, de um modelo sistemático ao estilo das ciências exatas: porém, a concepção oposta tornaria incompreensível o direito, pois ele exige um núcleo valorativo e uma técnica comum no Código Civil e nas leis especiais. Não se pode, portanto, dizer que o grande número de leis se oponha à idéia de Código. Isto significaria, em última análise, a recusa absoluta à idéia de sistema.

Já se viu que a característica dos direitos português e brasileiro consistiu numa centralização normativa, com base nas Ordenações, especialmente nas Ordenações Filipinas, sem desconhecer que, no largo espaço de tempo em que estiveram em vigor, foram acrescidas por muitas disposições complementares ou extravagantes. Por esse motivo, houve necessidade que se fizesse uma Consolidação, tendo sempre como ponto de referência as próprias Ordenações, que não perderam, assim, a sua importância.

De um certo modo, não sucede outra coisa em nossos dias. Agora, mais do que antigamente, impõe-se a existência de um Código Civil, como elemento indispensável à preservação da unidade ideal do próprio direito privado, exigência constante, no desenvolvimento do nosso direito, desde o período dos descobrimentos até os nossos dias.

O Código Civil, como Código central, é mais amplo que os códigos civis tradicionais. É que a linguagem é outra e nela se contém "cláusulas gerais", um convite para uma atividade judicial mais criadora, destinada a complementar o "corpus juris" vigente com novos princípios e normas. O juiz é, também, um legislador para o caso concreto. E, nesse sentido, o Código Civil adquire progressivamente maiores dimensões do que os códigos que têm a pretensão, sempre impossível de ser atingida, de encerrar em sua disposição o universo do direito.

(34) Kritik am Osterreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch — einst und jetzt, in: *Recht und Kultur, Aufsätze und Vorträge eines Osterreichischen Rechtshistorikers*, Graz-Köln, 1958, pp. 57-64.

O nascituro no Código Civil e no direito constituendo do Brasil

SILMARA J. A. CHINELATO E ALMEIDA
Professora Assistente Doutora de Direito
Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Realizou-se em Bogotá, Colômbia, de 10 a 12 de agosto de 1987, o "Congreso Italo-Iberoamericano de Derecho Civil y Romano" sobre "La persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano" visando à elaboração de um Código Civil Tipo, congresso esse promovido pela Universidade Externado de Colômbia e Associazione di Studi Sociali Latino-Americani (Assla), com sede em Sassari, Itália.

Naquela oportunidade apresentamos a comunicação aqui reproduzida, tendo em vista a importância e atualidade do tema para a legislação constituenda da América Latina, inclusive para o Brasil, onde é tratado não só no Projeto de Código Civil, como também no Anteprojeto de Constituição Federal.

I. Considerações gerais

As controvérsias, ainda não pacificadas, acerca de o nascituro ser ou não ser pessoa, de ter ou não ter personalidade jurídica, é uma constante, na doutrina, com reflexos na jurisprudência, no tempo e no espaço.

O art. 4.º do Código Civil Brasileiro parece contraditório, pois, ao mesmo tempo em que afirma que a personalidade começa do nascimento com vida, reconhece *direitos* e *estados* ao nascituro, os quais efetivamente lhe são atribuídos através de vários de seus dispositivos. O problema do aborto, cuja maior liberação tem sido defendida por grupos sociais notadamente feministas e por alguns penalistas, deve ser acompanhado de uma

reflexão quanto ao direito à vida, ou melhor, quanto ao direito de nascer, como direito privado da personalidade, o que não tem sido feito.

O grande desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil que, nos dias atuais, atinge grande relevância através da crescente indenização de danos materiais, inclusive de danos causados a animais e do dano moral, ainda se mostra tímido quanto à indenização de danos causados ao nascituro.

Pelo menos no Brasil, a jurisprudência nega a indenização pela morte de nascituro, embora reconheça que a morte de animais, por culpa extracontratual ou por culpa contratual, deva ser indenizada.

*Deve-se também considerar o grande desenvolvimento da ciência, através das novas técnicas de fertilização "in vitro" e do congelamento de embriões humanos, o que influi no conceito atual de nascituro. O por nós proposto é o mesmo de RUBENS LIMONGI FRANÇA (in *Manual de Direito Civil*. 3.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 123): "é a pessoa que está por nascer, já concebida no ventre materno".*

É importante observar que, para nós, somente se poderá falar em "nascituro" quando houver nidação do ovo. Embora a vida se inicie com a fecundação, é a nidação — momento em que a gravidez começa — que garante a sobrevivência do ovo, sua viabilidade. Assim sendo, na fecundação "in vitro", não se considera nascituro, isto é, a "pessoa", o ovo assim fecundado, enquanto não for implantado no útero da futura mãe. Pelo menos no estágio em que a ciência se encontra hoje, a exigir a implantação no útero materno, do ovo fecundado na proveta, como condição de seu desenvolvimento, nascituro é um conceito que só existe quando há gravidez, seja ela resultado de fecundação "in anima nobili" (por inseminação natural ou por inseminação artificial) ou "in vitro". Destarte, também não é nascituro o embrião humano congelado — conforme recente técnica desenvolvida na Universidade de Monash, de Melbourne, Austrália —, que, no entanto, deve ser protegido jurídica e eticamente como pessoa virtual.

No direito estrangeiro, após estudarmos códigos civis de diversos países, entre os quais França, Itália, Espanha, Áustria, Portugal, Suíça, Argentina, Chile, Peru, Colômbia e até da China, observamos que todos eles reconhecem certa capacidade jurídica ao nascituro, desde a concepção, ainda que disponham que a personalidade começa a partir do nascimento com vida. Especial atenção merece o Código da Argentina, valiosa obra de VELEZ SARSFIELD, que estabelece o início da personalidade a partir da concepção, pois o nascituro tem certos direitos a partir de então, como se já tivesse nascido, tornando-se irrevogavelmente adquiridos se nascer com vida; considera expressamente o nascituro como pessoa por nascer, integrando o rol dos absolutamente incapazes (art. 54, 1.^o), tal como o faz o ilustre civilista brasileiro TEIXEIRA DE FREITAS na *Consolidação*

das *Leis Civis* e no *Esboço de Código Civil*. O Código Civil chileno, por sua vez, reconhece o direito à vida, que é incondicional, como um direito privado (art. 75).

Conforme muito bem demonstra o eminente Professor italiano PIERANGELO CATALANO — em relevante pesquisa específica intitulada “Os Nascituros entre o Direito Romano e o Direito Latino-americano”, a ser publicada na *Revista de Direito Civil* —, “deve-se admirar o esforço criativo dos juristas latino-americanos empenhados tanto na interpretação dos códigos hodiernos, quanto na elaboração de novos códigos, ao seguir a tradição romana justinianéia, contrapondo-se à interpretação germânica do direito romano”. Baseia-se o ilustre Professor italiano na análise cuidadosa do Código Civil peruano, de 1984, notável obra de CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, cujo art. 1.º considera o nascituro como sujeito de direitos para tudo quanto o favoreça, consagrando, ainda em sede de direito positivo, a tese que já sustentávamos em 1983, de que somente os direitos patrimoniais, como a doação e a herança, estão condicionados (resolutivamente) a que nasça vivo; relembra, também, o insigne romanista catalano, o Código Civil paraguaio, de 1985 — que no art. 31, tratando da representação, retoma o conceito de “pessoa por nascer” —, e o Projeto de Código Civil colombiano, de 1980, que rejeita a teoria da ficção, utilizando-se do conceito de ser humano para abranger o concebido no ventre materno (art. 35).

Ao tratarmos do início da vida, invocamos, como argumento filosófico, a doutrina aristotélico-tomista, segundo a qual, desde a concepção, o homem traz em si o germe de ser racional.

Do ponto de vista biológico, não há dúvida de que a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto. Assim o demonstram os argumentos colhidos na biologia. A vida viável começa, porém, com a nidação, quando se inicia a gravidez. Conforme adverte o biólogo BOTELHA LHUZIA — in prólogo do livro *Derecho a la Vida e Institución Familiar*, de GABRIEL DEL ESTAL (Madrid, Eapsa, 1979) —, em lição lapidar, o embrião ou feto representa um ser *individualizado*, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe. Por isso, não é exato afirmar-se que o embrião ou feto seja parte do corpo da mãe.

Alcançando grande desenvolvimento nos dias atuais, a perinatalogia — ramo da medicina dedicado primariamente ao feto e à criança recém-nascida — fez grandes conquistas em favor da saúde e do normal desenvolvimento do nascituro, através das técnicas de: amniocentese, transfusão de sangue na eritroblastose fetal, ultra-sonografia, etc.

Quanto à terapia médica, é possível administrarem-se medicamentos a fetos, seja fornecendo a droga à mãe, seja dissolvendo-a no líquido amniótico. Mais recentemente, em 1980, em Chicago, há notícia de nove

cirurgias intra-uterinas, bem sucedidas, indicadas nos casos de hidrocefalia e hidronefrose. Isto demonstra que a ciência se preocupa com o nascituro — seja embrião, seja feto — como ser autônomo e independente da mãe, procurando cada vez mais possibilitar-lhe o normal desenvolvimento tendo por objetivo o nascimento perfeito.

Examinadas as diversas correntes doutrinárias que tentam explicar a natureza jurídica do nascituro, podemos reuni-las em três grandes grupos: doutrina natalista (considera o início da personalidade a partir do nascimento com vida), doutrina da personalidade condicional, impropriamente denominada “concepcionista” (considera que a personalidade começa com a concepção, sob a condição do nascimento com vida) e doutrina verdadeira concepcionista.

Colocamo-nos entre os adeptos da última, que também tem por seguidores: JOSE TAVARES — in *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil* (Coimbra, Coimbra Editora Limitada, 1928, v. II), jurista português, e os juristas brasileiros, TEIXEIRA DE FREITAS — in *Consolidação das Leis Civis* (3.^a ed., Rio de Janeiro, H. Garnier Editor, 1986) e *Esboço de Código Civil* (Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1952), PONTES DE MIRANDA — in *Tratado de Direito Privado*, Parte Geral, Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas (Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, tomo I) e *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Direito de Família: Direito Parental. Direito Protectivo. (Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1955, tomo IX), R. LIMONGI FRANÇA — in op. cit. — ANACLETO DE OLIVEIRA FARIA e ANDRÉ FRANCO MONTORO — in *Condição Jurídica do Nascituro no Direito Brasileiro* (São Paulo, Saraiva S/A, 1953).

Segundo pensamos, o nascituro tem personalidade desde a concepção. Quanto à capacidade de direito que não se confunde com personalidade, apenas certos *efeitos* de certos direitos, ou seja! os patrimoniais materiais, dependem do nascimento com vida, como o direito de receber doação e de receber herança (legítima e testamentária). Os direitos absolutos da personalidade, como o direito à vida, o direito à integridade física e à saúde, independem do nascimento com vida. O direito a alimentos, intimamente ligado ao direito à vida, independe do nascimento e, ao contrário, a ele objetiva, conforme já se vê inquestionavelmente nos seguintes textos do *Digesto*: D. 37, 9, 1, 15, D. 37, 9,5 e D. 37, 9,6. A mesma dependência se verifica quanto ao direito à curatela e à representação. O nascituro é titular desses direitos, desde a concepção e *independentemente do nascimento com vida*.

Ainda que possa haver discordância quanto ao início da vida, do ponto de vista filosófico e religioso, pode-se prescindir de tais argumentos para afirmar que, biologicamente, não há dúvida de que a vida começa com a fecundação, e a vida viável, com a gravidez, que se inicia com a nidificação.

Juridicamente também não há como negar-se personalidade ao nascituro, o qual, em todas as legislações dos povos cultos, goza de certa

capacidade jurídica de direito e de "status", ambos elementos da personalidade, nem sempre dependentes do nascimento com vida.

A proteção ao direito à vida do nascituro, através da incriminação do aborto, também é uma constante na legislação estrangeira com poucas exceções. Se há outros interesses protegidos na incriminação do aborto, como o interesse da estirpe e interesses demográficos do Estado, na verdade o bem jurídico tutelado é, primordialmente, o direito à vida, conforme o reconhecem os autores, entre os quais se incluem VINCENZO LANZA — "Sull'oggetto del delitto di aborto e sul concetto di persona nel diritto penale" (in *Rivista di Diritto e Procedura Penali*. Milano, 1918, pp. 211-15) e EDUARDO NOVOA ALDUNATE — in "El Comienzo de la Existencia Humana y Protección Jurídica" (Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Universidad Católica de Chile. *Memoria*, n.º 46. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1969).

II. O nascituro no Código Civil Brasileiro

A despeito da redação aparentemente contraditória do art. 4.º do Código Civil, que, estabelecendo o início da personalidade civil a partir do *nascimento com vida*, concede *direitos* e não *expectativas de direitos* ao nascituro, é possível conciliá-lo consigo mesmo e com todo o sistema agasalhado pelo Código, que reconhece *direitos* e *estados* ao concebido, desde a concepção — nem sempre dependentes do nascimento com vida —, em harmonia com os diplomas legais de outros ramos do direito.

Utilizando-nos dos métodos lógico e sistemático de hermenêutica, entendemos que o art. 4.º em tela consagra a teoria *concepcionista* e não a teoria *natalista*, conforme tem sido erroneamente defendido pela maioria dos autores.

O nascituro é pessoa desde a concepção. Nem todos os direitos e estados a ele atribuídos dependem do nascimento com vida, como, por exemplo: o estado de filho (art. 458 CC), de filho legítimo (arts. 337 e 338 CC), de filho reconhecido (art. 353 CC), o direito à curatela (arts. 458 e 462 CC) e à representação (art. 462, *caput*, combinado com os arts. 384, V, e 385, todos do Código Civil), o direito à vida, ao qual se relaciona o direito a alimentos, o direito à integridade física (*lato sensu*), este último direito da personalidade no qual se compreendem o direito à integridade física *stricto sensu* e à saúde — direitos absolutos.

A personalidade — que não se confunde com capacidade — não é condicional. Apenas certos efeitos de certos direitos, isto é, os *direitos patrimoniais materiais*, como a herança e a adoção, dependem do nascimento com vida. A plenitude da eficácia desses direitos fica *resolutivamente* condicionada ao nascimento sem vida. O nascimento com vida, enunciado positivo de condição suspensiva, deve entender-se, ao reverso, como enunciado negativo de uma condição resolutive, isto é, o nascimento

sem vida, porque a segunda parte do art. 4.º do Código Civil bem como outros de seus dispositivos reconhecem direitos (não expectativas de direitos) e *estados* ao nascituro não do nascimento com vida, mas desde a concepção.

O nascimento com vida aperfeiçoa o direito que dele dependa, dando-lhe integral eficácia, na qual se inclui sua transmissibilidade. Porém, a posse dos bens herdados ou doados ao nascituro pode ser exercida, por seu representante legal, desde a concepção, legitimando-o a perceber as rendas e os frutos, na qualidade de titular de direitos subordinado à condição resolutiva. Fundamentam nosso entendimento os arts. 119, 1.186, 1.572, 1.778, todos do Código Civil e os arts. 877 e 878 do Código de Processo Civil brasileiro.

A tomada de posição de que o nascituro é *pessoa* importa reconhecer-lhe outros direitos, além dos que expressamente lhe são conferidos pelo Código Civil, uma vez que se afastam na espécie, por inaplicável a regra de hermenêutica "excepciones sunt strictissimae interpretationis". Reitera nosso modo de ver quanto à não-taxatividade dos direitos reconhecidos ao concebido, pelo Código, outro postulado de hermenêutica, no sentido de que a enunciação taxativa é indicada expressamente pelas palavras *só, somente, apenas* e outras similares, inexistentes no texto do art. 4.º que, ao contrário, refere-se genericamente a "direitos do nascituro".

Entre os direitos que também podem ser a ele atribuídos incluem-se, por exemplo: direito de ser beneficiário de estipulação a favor de terceiro (art. 1.098 CC), direito de ser beneficiário de seguro de vida (art. 1.474, combinado com o art. 1.169, ambos do Código Civil), direito a alimentos (arts. 396 a 405 do Código Civil), direito à vida (art. 1.537 CC), direito à integridade física (*stricto sensu*) e à saúde (art. 1.538 CC).

Assim sendo, propomos que o Projeto de Código Civil brasileiro, bem como a legislação constituída, em geral, adotem a orientação do *Esboço de TEIXEIRA DE FREITAS*, estabelecendo que a *personalidade se inicia* com a concepção, e o nascituro seja expressamente considerado como sujeito de direito. Somente certos atributos de sua *capacidade jurídica*, notadamente a aquisição de direitos patrimoniais materiais, como a doação e herança, ficariam resolutivamente condicionados ao nascimento com vida.

Quanto à responsabilidade civil por dano causado ao nascituro, entendemos ser indenizável a morte do *conceptus* porque ele é pessoa, desde a concepção, apesar da redação defeituosa do art. 4.º do Código Civil, que deve ser interpretado de acordo com todo o sistema por ele agasalhado e não isoladamente. Não há razão aceitável para não se indenizar a morte do *conceptus* conforme orientação dos poucos acórdãos brasileiros que tratam da questão. Nem o mencionado art. 4.º autoriza tal entendimento.

Segundo pensamos, o fundamento legal para a indenização civil pela morte do nascituro é o mesmo para a do já nascido. Na responsabilidade civil

extracontratual ou aquiliana, os fundamentos legais são os arts. 159, CC, 1.537, CC e a Súmula 491 do Supremo Tribunal Federal, que assim se enuncia: "É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado". Tratando-se de culpa contratual, como no contrato de transporte, por exemplo, fundamento da responsabilidade civil é o próprio contrato que acarreta a presunção de culpa, pelo transportador. Nesse sentido é o art. 17 do Decreto n.º 2.681, de 7 de dezembro de 1912, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro e que a jurisprudência brasileira estendeu a todo tipo de transporte oneroso como o bonde, o ônibus, o táxi e a barca.

Mesmo se se prescindia do inquestionável argumento de que o nascituro é pessoa, desde a concepção, a obrigação de reparar o dano que lhe causa a morte fundamenta-se no instituto da responsabilidade civil. O dano é moral e sua reparação — que visa a uma compensação e não a um ressarcimento — faz-se pelos mesmos critérios que norteiam a indenização pela morte de filho menor.

III. *Direito Constituinte*

A) *O nascituro no Projeto de Código Civil Brasileiro*

O Anteprojeto de Código Civil, de 1972, no art. 3.º, agasalhava dispositivo idêntico ao do art. 4.º do vigente Código Civil ("A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro").

O Projeto de Código Civil — Projeto de Lei n.º 634, de 1975, publicado no *Diário do Congresso Nacional*, de 17 de maio de 1984, suplemento ao n.º 47 — aprovado pela Câmara dos Deputados e ora em tramitação no Senado Federal — traz significativa inovação ao suprimir do texto anterior a expressão "desde a concepção":

"A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro."

Justifica o preclaro autor da Parte Geral do Projeto, Ministro MOREIRA ALVES, em sua obra *A Parte Geral do Projeto do Código Civil Brasileiro* (Saraiva, 1986, p. 86):

"Do art. 3.º (atual 2.º), suprimiram-se as palavras "desde a concepção", para atender-se à objeção de que essa restrição entraria em choque com os arts. 2.007, I, e 2.008 (atuais 1.987, I e 1.988) do Anteprojeto, os quais — como ocorre com o Código vigente (art. 1.718) — admitem à sucessão os filhos ainda não concebidos (*nondum concepti*).

Em que pese ao grande respeito que devotamos ao insigne autor da *Parte Geral do Código Civil Brasileiro*, entendemos que a objeção a que pretende atender não pode ser acolhida, pois o nascituro, ou *conceptus*, não se assemelha nem se identifica com o *nondum conceptus* ou *concepturus* entre nós denominado “prole eventual”. O nascituro já é pessoa, desde a concepção, no ventre materno, sem necessidade de valer-se da ficção, o que não ocorre com a prole eventual, pessoa ainda não concebida e que, eventualmente, poderá até nunca sê-lo. Ao introduzir-se no Projeto conceito genérico de nascituro para abranger tanto o concebido, que é pessoa por nascer, como a pessoa futura ou não concebida (e que, eventualmente, nunca o será), equiparam-se dois conceitos que não se equivalem no plano biológico, nem no plano jurídico. Se há semelhança é entre pessoa nascida e pessoa concebida, conforme se vê na codificação latino-americana e na própria tradição brasileira, desde as *Ordenações Afonsinas* (Livro 3.º, Título XVIII, § 7.º), *Consolidação das Leis Cíveis* de TEIXEIRA DE FREITAS (art. 1.º), *Esboço* (art. 53 a 61 e 221 a 227) do mesmo autor, *Projeto* de FELÍCIO DOS SANTOS (art. 77, § 1.º); *Projeto Primitivo* (arts. 2.º e 5.º) e *Projeto Revisto* (art. 4.º), ambos de CLÓVIS BEVILAQUA.

Embora o digno autor da Parte Geral do Projeto pretenda não incidir na crítica retromencionada, é de se salientar que o Projeto continua a fazer distinção entre “pessoa existente”, “pessoa concebida” e “prole eventual”, pois, enquanto o *caput* do art. 1.821 legitima a suceder as pessoas existentes ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, o inciso I do art. 1.822 dispõe que podem, ainda, ser chamados a suceder “os filhos, ainda não concebidos”, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”; continua, assim, agasalhando distinção entre “pessoa existente”, “pessoa concebida” e “pessoa não concebida” (ou “prole eventual”), o que demonstra que os dois últimos conceitos não se podem fundir em um único e genérico de “nascituro”, conforme entendemos.

Aplaudimos a observação do Professor Ordinário de Direito Romano da Universidade de Roma, PIERANGELO CATALANO (*op. cit.*), no sentido de que o Projeto, ao pretender assemelhar “nascituro” e “prole eventual”, encontra suas raízes não declaradas nas teorias pandectistas da ficção e direitos sem sujeito. Como consequência, teremos de interpretar taxativamente o texto legal, só cabendo aos nascituros os direitos que expressamente lhes forem consagrados, semelhantemente ao que ocorre com outras codificações influenciadas pelos pandectistas e ao contrário do que propusemos, à luz do texto hoje vigente e na esteira do entendimento de outros autores, entre os quais o Magnífico Reitor da Universidad Externado de Bogotá, Professor FERNANDO HINESTROSA, ex-Ministro da Justiça da Colômbia (in *Studi Sassaresi*, 1970/80, p. 436), a propósito da possibilidade de se admitir a adoção de nascituro, no âmbito de aplicação do Código Civil de ANDRÉS BELLO, ainda que não prevista em lei.

Quanto aos direitos expressamente reconhecidos ao nascituro, em cotejo com as disposições hoje vigentes, é de se lamentar que o Projeto tenha suprimido a adoção de nascituro que, ao contrário do que sustentam alguns, é de grande importância quando se encontrar na situação irregular descrita pelo inciso I, item *b*, do art. 2.º do Código de Menores (Lei n.º 6.697, de 10-10-1979): isto é, privado de condições essenciais a sua subsistência e saúde por manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las.

Com efeito, o direito de subsistência (incluindo-se alimentos e adequada assistência médica pré-natal) lhe é concedido *para que nasça vivo* — como já reconhecido por ULPIANO in D. 37, 9, 1, 15 — e poderá ser consequência da adoção, como obrigação do adotante.

Contempla o projeto o direito de receber doação (art. 542); atribui o estado de filho legítimo ao concebido na constância do casamento; estabelece o reconhecimento de nascituros (art. 1.623, parágrafo único); o art. 1.803, *caput*, estatui que será dado curador ao nascituro, se o pai falecer estando a mulher grávida e não tendo o pátrio poder; se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro (parágrafo único).

No Livro V, Direito das Sucessões, consagra inovação de primordial importância, a preencher lacuna no ordenamento, que é a outorga de capacidade sucessória ao *conceptus*, dentro da vocação hereditária, pois o Código vigente a admite de modo expresso, unicamente dentro da sucessão testamentária, conforme art. 1.718, embora a doutrina a reconheça também quanto à sucessão legítima. A prole eventual só pode adquirir por testamento, estabelecendo o projeto o prazo de dois anos, após a abertura da sucessão, para que seja concebido o herdeiro esperado (art. 1.823, § 4.º), inovando em relação ao Código vigente, que não estabelece prazo algum.

Não há mais dispositivos que contemplem expressamente direitos ao nascituro, cabendo à doutrina e à jurisprudência analisar se, diante da redação do art. 3.º do Projeto — que esperamos não prevaleça —, será possível interpretação meramente exemplificativa e não tão-somente taxativa, conforme parece sugerir.

B) Anteprojeto de Constituição Federal do Brasil

1. A Assembléia Nacional Constituinte, instalada no ano de 1987, através da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher — Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais —, assim consignou no anteprojeto:

“Art. (...) São direitos e garantias individuais:

I — a vida, desde a sua concepção até a morte natural, nos termos da lei;”

2. No Parecer e Substitutivo da mesma Comissão, no Título I (“Dos Direitos e Liberdades Fundamentais”), Capítulo I (“Dos Direitos Individuais”), o art. 3.º, inciso I, consagra:

“Art. 3.º — São direitos e liberdades individuais invioláveis:

I — a vida, a existência digna e a integridade física e mental:

a) adquire-se a condição de sujeito de direitos pelo nascimento com vida;

b) a vida intra-uterina, inseparável do corpo que a concebeu ou a recebeu, é responsabilidade da mulher, comporta expectativa de direitos e será protegida por lei;”

3. No Anteprojeto da mesma Comissão a matéria está assim regulada:

“Art. 3.º — São direitos e liberdades individuais invioláveis:

I — A VIDA, A EXISTÊNCIA DIGNA E A INTEGRIDADE FÍSICA E MENTAL:

a) adquire-se a condição de sujeito de direitos pelo nascimento com vida;”

4. Tal dispositivo — que representa lamentável, inexplicável e inaceitável retrocesso, *data venia* — fulmina o nascituro como sujeito de direitos, rompendo com a secular tradição romanística justinianéia que consagra a paridade do nascituro com o nascido, como regra geral, sendo as exceções aplicáveis a algumas partes do direito, anotando-se que não constitui ficção, mas sim constatação de uma realidade, conforme JULIANO in *Digesto* 1,5, 26, inteiramente aplaudido por TEIXEIRA DE FREITAS, na nota 221 do *Esboço de Código Civil*, repelindo crítica de SAVIGNY. Contrapõe-se, destarte, também à tendência louvável das legislações da América Latina, no sentido de se ampliarem os direitos do nascituro e não de restringi-los, muito menos de reduzi-los ao nada jurídico. É de se ressaltar que nenhum dos Projetos de Código Civil, desde TEIXEIRA DE FREITAS, até o projeto atual, pretendeu tal redução, que oscilaram entre atribuir personalidade condicional ou incondicional ao nascituro, mas sempre reconhecendo direitos em maior ou menor extensão.

Se prevalecer a norma em tela, o que esperamos não aconteça, possivelmente serão taxados de inconstitucionais quaisquer dispositivos que reconheçam direitos ao nascituro, no plano civil e nos demais ramos do direito, valendo lembrar que o próprio direito à vida — direito primordial do nascituro — protegido com relevância pela incriminação do aborto, como regra, não poderá ser invocado em seu favor.

Aguardamos, pois, que uma maior reflexão possa orientar nossos constituintes para que, se o início da personalidade for objeto de texto constitucional — o que não ocorre no projeto do Deputado Bernardo Cabral que segue, destarte, a tradição brasileira —, seja ela fixada na concepção e não no nascimento com vida.

Deformalização do processo e deformalização das controvérsias

ADA PELLEGRINI GRINOVER

Professora Titular da Universidade de
São Paulo

SUMÁRIO

I — O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO: 1 — *Notícia histórica*; 2 — *O modelo processual brasileiro*; 3 — *A crise da administração da justiça*; 4 — *Os novos esforços do processualista brasileiro*; 5 — *A tendência à “deformalização do processo” e “deformalização das controvérsias”*; **II — DEFORMALIZAÇÃO DO PROCESSO E TÉCNICA PROCESSUAL:** 6 — *O processo individual do trabalho*; 7 — *O código processual civil de 1973*; 8 — *O anteprojeto de reforma do código*; 9 — *Os Juizados Especiais de Pequenas Causas*; 9.1 — *Princípios e critérios*; 9.2 — *Competências legislativas e juízo de legalidade*; 9.3 — *A competência dos juizados*; 9.4 — *Partes, juiz, conciliadores e árbitros*; 9.5 — *Características da conciliação endoprocessual*; 9.6 — *O procedimento*; 9.7 — *Garantias constitucionais*; 9.8 — *A implantação dos juizados*; 10 — *Conclusões*; **III — DEFORMALIZAÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS: A CONCILIAÇÃO COMO ALTERNATIVA AO PROCESSO:** 11 — *A conciliação prévia extrajudicial no quadro da política judiciária*; 12 — *Função da conciliação prévia extrajudicial*; 13 — *Antecedentes brasileiros: a tentativa de conciliação prévia obrigatória*; 14 — *As tendências atuais*: 14.1 — *Conciliação prévia não institucionalizada*; 14.2 — *Conciliação prévia institucionalizada: órgãos de proteção ao consumidor*; 14.3 — *Canais institucionalizados propriamente ditos: Conselhos e Juizados de Conciliação*; 15 — *Conclusões*; **IV — A DEFORMALIZAÇÃO DO PROCESSO E DAS CONTROVÉRSIAS EM ÁREAS ESPECIAIS DA JUSTIÇA CIVIL:** 16 — *Deformalização do processo e das controvérsias segundo a natureza destas*; 17 — *Consumidor, relações de vizinhança, cobranças de pequena monta, proteção ao inquilino*; 18 — *Direito de família*; 19 — *Justiça do Trabalho e negociações coletivas*; 20 — *Arbitragem*; 21 — *Uma distorção no ordenamento brasileiro: a execução extrajudicial no Sistema Financeiro de Habitação*; **V — CONCLUSÕES GERAIS:** 22 — *Processo formal ou informal?* 23 — *Solução jurisdicional ou extrajudicial das controvérsias.*

Relatório brasileiro para o tema “Alternativas informais para procedimentos formais”, do VIII Congresso Internacional de Direito Processual, Utrecht, agosto de 1987.

1. Herdando de Portugal as normas processuais contidas nas Ordenações Filipinas de 1603 e em algumas leis extravagantes posteriores, o Brasil editou seu primeiro código de processo, para as causas comerciais, pelo Regulamento 737, de 1850, notável sob o ponto de vista da técnica processual, especialmente no tocante à economia e à simplicidade das formas. Em 1890, o governo republicano estendeu às causas cíveis, em geral, as regras do Regulamento 737, pelo Regulamento 763.

Com a Constituição de 1891, consagrou-se, a par da dualidade de justiças — justiça federal e justiças estaduais —, a dualidade da competência para legislar sobre processo, distribuída entre a União Federal e os diversos Estados. Assim, de 1898 a 1934, ao lado da legislação federal de processo, foram promulgados os códigos estaduais de processo civil, destacando-se entre eles os da Bahia e de São Paulo, por refletirem o espírito renovador e o pensamento científico que animava a doutrina processual alemã e italiana.

A Constituição de 1934 concentrou novamente na União a competência para legislar em matéria de processo, sendo essa regra mantida nas Constituições posteriores, até hoje.

Servindo-se dos paradigmas dos códigos da Áustria, Alemanha e Portugal, e adotando o princípio da oralidade, tal como caracterizado por Chiovenda — apesar de algumas concessões à tradição, notadamente quanto ao sistema de recursos e à multiplicidade de procedimentos especiais —, o anteprojeto de Pedro Batista Martins transformou-se no código de processo civil unitário de 1939, que permaneceria em vigor até 1973.

A partir do código de 1939, a doutrina processual civil, que sempre havia desfrutado do interesse dos estudiosos brasileiros, foi energicamente impulsionada, elevando-se a nível de verdadeira ciência, edificada em torno de rigorosos pressupostos metodológicos; e a permanência de Enrico Tullio Liebman em São Paulo, de 1940 a 1946, contribuiu sobremaneira para o movimento científico do processo. Afloraram, assim, à apreciação crítica da doutrina os defeitos técnicos do código de 1939, que havia sido em grande parte modificado por leis posteriores, seja de caráter complementar, seja de caráter modificativo, acabando por exigir a reformulação da legislação processual, com a preparação de novas codificações.

Foi então apresentado o Anteprojeto Alfredo Buzaid, que, depois de revisto, foi submetido ao Congresso Nacional e afinal aprovado, com diversas emendas, transformando-se no vigente código de 1973.

A sistemática adotada pelo código ajusta-se à moderna doutrina processual européia, sendo apurada e atualizada a técnica por ele introduzida. Trata-se, sem dúvida alguma, de um dos melhores códigos processuais da atualidade.

2. O modelo processual brasileiro liga-se a certos princípios tradicionalmente incorporados à cultura da nação. E mesmo as inovações, introduzidas pelo Código de Processo Civil, conquanto significativas, acabaram preservando as vigas mestras do sistema processual anterior: a unidade de jurisdição, afastado o sistema do contencioso administrativo; o juiz monocrático de primeiro grau; o processo civil condicionado à iniciativa de parte e o respeito à congruência entre o pedido e a sentença; a tipicidade dos atos processuais, que transparece no princípio da legalidade das formas, temperado pelo de sua instrumentalidade; a preocupação com os postulados essenciais do processo oral (imedição, concentração, identidade física do juiz); o duplo grau de jurisdição, a igualdade das partes, a participação pelo contraditório; a atividade do juiz, balizada pela necessária observância das normas do procedimento (as formas como garantia de justiça, pelo devido processo legal), mas deixando amplo espaço aos poderes do juiz na atividade instrutória; o julgamento legal e não da equidade. Tudo banhado pelos princípios e pelas normas constitucionais, a cuja luz as regras do processo são lidas e interpretadas.

3. Todavia, é preciso reconhecer um grande descompasso entre a doutrina e a legislação, de um lado, e a prática judiciária, do outro. Ao extraordinário progresso científico da disciplina não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da justiça. A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da justiça, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que o código lhe atribui; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à justiça, e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante conseqüência a de incentivar a litigiosidade latente, que freqüentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar aos "justiceiros").

Acresça-se a tudo isso que os esquemas processuais tradicionais, ainda que satisfatórios para acudir a um sistema capitalista e burguês, que antepunha face a face os clássicos detentores de interesses individuais, seriam de qualquer modo inadequados para a solução dos conflitos emergentes em uma sociedade de massa, em que despontam interesses metaindividuais (os denominados "interesses difusos") e interesses economicamente menores, mas que se multiplicam numa estrutura de intensa interação social (as denominadas "pequenas causas"). E teremos, a completar o quadro angustiante de uma justiça lenta, cara, complicada, burocratizada e inacessível até para os conflitos tradicionais, a pincelada dramática da falta de resposta processual para os conflitos, próprios de uma sociedade de massa.

É evidente, nesse enfoque, a nova visão que demanda a questão da autocomposição, da heterocomposição e do processo⁽¹⁾. Quanto à auto-composição, a submissão e a renúncia não são espontâneas, se ocasionadas pela inacessibilidade da justiça. E a heterocomposição só tem credibilidade quando conduzida por pessoas qualificadas, que apliquem à solução de litígios critérios eqüitativos. Não se pode falar em “equivalentes jurisdicionais”⁽²⁾ diante de situações de fato, que só aparentemente solucionam as controvérsias, estimulando em contrapartida a litigiosidade social.

4. Mas se a ciência processual, conquanto plenamente amadurecida, não fora capaz de moldar um processo que efetivamente servisse à atuação do direito material, tornava-se evidente a exigência de uma postura renovada por parte do processualista. O método técnico-científico, oriundo da Alemanha e da Itália e implantado no Brasil desde os anos 40, já havia levado à edificação de um sistema processual de rigorosa coerência interna, à construção de suas categorias dogmáticas, à elevação destas a princípios gerais. Conquistada a maturidade científica de sua disciplina, era preciso que o processualista se voltasse em outra direção. Assim se fez e, aproximadamente a partir dos anos setenta, o processo brasileiro tomou novos rumos: primeiro, os estudos constitucionais, em que as atenções se voltaram para o lado jurídico-constitucional, como resultante das forças políticas e sociais de determinado momento histórico; com isso, a transformação do processo, de instrumento meramente técnico, em instrumento ético de atuação da justiça e de garantia da liberdade; a partir desta visão externa, a percepção da necessidade da plena e total aderência do sistema processual à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos materiais; e, para isso, a visão da técnica processual como instrumento dirigido à predisposição dos meios destinados aos diversos escopos processuais. E assim foi que, sem descurar o cientificismo do processo, os novos processualistas brasileiros deslocaram o eixo de suas preocupações para outros enfoques e posturas, rumo ao *instrumentalismo substancial* do processo e à efetividade da justiça, quando todo o sistema processual passa a ser visto como instrumento para atingir os escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição e a técnica processual, como meio para a obtenção de cada um deles⁽³⁾.

(1) V. a clássica colocação de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, auto-composición y autodefensa*, ed. Textos Universitários UNAM, 1970, Caps. II, III e IV.

(2) CARNELUTTI (*Istituzioni del Processo Civile Italiano*, 5ª ed., Roma, Foro It., 1965, I, pp. 60 e ss.) utilizou a expressão “equivalentes do processo civil” — e não da jurisdição — dada sua colocação em torno da função processual (pp. 5 e ss.).

(3) Podemos citar, entre os que se alinham na postura que funde as duas tendências processuais — o pensamento e o método técnico-científico com o sociológico — Calmon de Passos, na Bahia; Galeno Lacerda, no Rio Grande do Sul; Barbosa Moreira, no Rio de Janeiro; e, em São Paulo, Cândido Dinamarco, Kazuo Watanabe e a autora.

5. A resposta do processualista brasileiro ao desafio criado pela crise da justiça civil desenvolveu-se em duas grandes vertentes: a jurisdicional e a extrajudicial.

Utilizando terminologia que, embora qualificada como “não entusiasmante” (4), é hoje tranqüilamente aceita por sociólogos e antropólogos (5) e adotada pelos juristas (6), pode-se falar em “deformalização” das controvérsias.

Todavia, o termo há de ser utilizado em duas distintas acepções: de um lado, a deformalização do próprio processo, utilizando-se a técnica processual em busca de um processo mais simples, rápido, econômico, de acesso fácil e direto, apto a solucionar com eficiência tipos particulares de conflitos de interesses. De outro lado, a deformalização das controvérsias, buscando para elas, de acordo com sua natureza, equivalentes jurisdicionais (7) como vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo, para solucioná-las mediante instrumentos institucionalizados de mediação. A deformalização do processo insere-se, portanto, no filão jurisdicional, enquanto a deformalização das controvérsias utiliza-se de meios extrajudiciais.

Nesse enfoque, e nas duas diversas acepções, utilizaremos o termo “deformalização”.

Claro é que o esquema da deformalização do processo e das controvérsias não esgota toda a matéria objeto das preocupações dos processualistas, ligada ao tema mais abrangente do acesso à justiça (8), em suas diversas facetas: desde as amplas questões da assistência judiciária, da igualdade de armas, da legitimação para agir, até pontos específicos, como a tutela

(4) DENTI, “I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative”, in: *Riv. Dir. Proc.*, n. 35, 1980, p. 421, aplicando a qualificação indicada no texto à terminologia “deformalização” e “delegalização” (entendendo-se, por esta, a utilização do juízo de equidade em substituição ao de direito).

(5) Sobre a terminologia, em chave sociológica, v. GALANTER, *Legality and its discontents: a preliminary assessment of current theories of Legalization and Delegalization*, in: “Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht”, na coletânea *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Opladen; 1980, vol. VI, p. 27.

(6) DENTI, “I procedimenti”, cit. pp. 421 e ss. V. também DENTI-VIGORITI, “Le rôle de la conciliation comme moyen d'éviter le procès”, Relatório geral apresentado ao VII Congresso Intern. Dir. Proc., Würzburg, 1983, in: *Effektiver Rechtsschutz und Verfassungsmässige Ordnung*, Habscheid, Bielfeld, 1983, pp. 364 e ss.

(7) Aqui se trata de verdadeiros “equivalentes”: ver retro, n. 3, *in fine*.

(8) Ver, sobre a questão, a monumental obra, em seis volumes, coordenada por CAPPELLETTI, *Access to Justice*, Milão, Giuffrè, 1978.

jurisdicional dos interesses difusos, a que o Brasil deu recente solução ⁽⁹⁾, instituindo ações coletivas, ou ideológicas ⁽¹⁰⁾, para sua defesa.

II — *Deformalização do processo e técnica processual*

6. Na verdade, não é nova, no Brasil, a tendência no sentido da utilização da técnica processual para a deformalização de certos processos, com o objetivo de adaptá-los à realidade sócio-jurídica englobada em determinadas controvérsias.

Exemplo eloqüente dessa preocupação e dessa tendência foi a instituição de um processo especial para as causas trabalhistas, de competência de tribunais federais especializados pela matéria.

A Justiça do Trabalho, fruto da Revolução de 1930, foi instituída pela Lei Fundamental de 1934, mas só se tornou parte integrante do Poder Judiciário na Constituição de 1946. E o processo do trabalho veio romper com os esquemas tradicionais do processo civil, rigorosamente dispositivo, abrindo caminho para a socialização do processo, por força da atribuição de poderes de direção e controle mais amplos ao juiz, da adoção de uma concreta igualdade das partes (desde o acesso à justiça até a paridade de armas dos litigantes, implementada pelo juiz) e do esforço em busca da conciliação, num exemplo marcante de transformação do processo rumo a um grau mais elevado de deformalização, democratização e publicização.

Pode-se dizer que o processo trabalhista brasileiro é permeado pela celeridade (concentração de atos, simplificação das formas e limitação dos recursos, até mesmo com a instituição da instância única em certos casos); pela economia (máximo de rendimento com o mínimo de esforço); pela eficácia (justiça real, corrigindo as desigualdades substanciais). Um alto grau de oralidade (com os seus corolários: a imediação, a concentração e a irrecorribilidade das interlocutórias), a aplicação da equidade (com a extensão e a revisão das sentenças, próprias do juízo determinativo), o tecnicismo e a especialização, a possibilidade de julgamento *extra petita* (reintegração do funcionário estável), o foro de eleição para a parte mais fraca, a conciliação, os efeitos da revelia e tantos outros princípios que tendem, cada vez mais acentuadamente, a ser transpostos para o processo comum ⁽¹¹⁾.

7. É certo que o Código de Processo Civil vigente, afeiçoado à boa técnica processual, marcou um expressivo passo no caminho da instrumen-

(9) Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

(10) A expressão "parte ideológica" é de CAPPELLETTI: "Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile", in: *Riv. Dir. Proc.*, n. 30, 1975, pp. 393/394, nota 2. Ver também, de ADA PELLEGRINI GRINOVER, "Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores", in *Adv. — Advocacia Dinâmica*, Seleções Jurídicas, setembro de 1986, pp. 3 e ss.

(11) Ver, da A., "Processo trabalhista e processo comum", em *O Processo em sua Unidade*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, pp. 122 e ss., em que se preconiza que muitas das inovações do processo trabalhista, com a necessária transformação da mentalidade do juiz, sejam adotadas, no processo comum, para certos tipos de causas.

talidade das formas, da simplificação dos ritos, da ampliação dos poderes do juiz, da abreviação do procedimento (com a possibilidade de um julgamento antecipado de mérito, quando não existirem provas a serem produzidas em audiência e em caso de revelia), da lealdade das partes, de certos postulados da oralidade (imedição, concentração, identidade física do juiz). Mas não é menos certo que ficou preso a certas posições tradicionais, como a adoção de procedimentos rígidos, marcados em suas fases pela preclusão, com a consequência da recorribilidade das decisões interlocutórias; ao predomínio da forma escrita no procedimento ordinário, salvo para a audiência; a um número ainda elevado de procedimentos especiais; à proibição do *ius novorum*, com raras exceções, na apelação. E algumas importantes inovações não tiveram fortuna na prática.

Assim, a tentativa de conciliação endoprocessual, obrigatória para as causas que versem sobre direitos patrimoniais de caráter privado e para os litígios relativos à família, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação, tem mostrado escassos resultados, talvez pelo momento procedimental em que é realizada (a audiência de instrução e julgamento, a que as partes já chegam com o ânimo exacerbado pelas atividades postulatórias) ⁽¹²⁾.

Também o rito sumaríssimo, mais simplificado e totalmente oral, previsto para certas causas em razão do valor (até aproximadamente US\$ 1.000) ou, independentemente do valor, em razão da matéria (reparação de danos causados em acidentes de veículos, cobrança de despesas de condomínio e de honorários de profissionais liberais, demandas sobre posse ou domínio de coisas móveis e semoventes, ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico, etc.), não tem alcançado os resultados que dele se esperavam, talvez por ter sido confiado aos mesmos juízes que processam e julgam as causas pelo rito ordinário.

8. Por isso, com o intuito de oferecer sugestões para agilizar a justiça civil, o Ministro da Justiça constituiu Comissão que ofereceu, em dezembro de 1985, proposta de reforma do Código de Processo Civil ⁽¹³⁾, cujas sugestões mais significativas são as seguintes:

— A antecipação da tentativa de conciliação para momento anterior à audiência de instrução, no procedimento ordinário.

(12) Resultados surpreendentes têm sido obtidos pela antecipação da tentativa de conciliação para momento imediatamente sucessivo à citação: v. EVANDRO A. CIMINO, "Como obter desfecho mais rápido nas ações", in: *O Estado de São Paulo*, de 30-12-79, relatando a inovação consistente em designar audiência prévia de conciliação, dentro de 20 dias a partir da citação e durante o prazo para a resposta. Obteve, assim, o magistrado paulista 80% de acordos, no segundo semestre de 1979, perante a 2ª Vara Distrital do Jabaquara.

(13) A Comissão foi composta por Luís Antonio de Andrade, J.J. Calmon de Passos, Kazuo Watanabe, Joaquim Correia de Carvalho Jr. e Sérgio Bermudes. V. o texto do Anteprojeto, com a Exposição de Motivos, in: *Adv. — Advocacia Dinâmica*, Coad, janeiro de 1986, pp. 3 e ss.

- Reformulação do procedimento sumaríssimo.
- Ampliação do cabimento de ações dúplices, com pedido do réu, apoiado nos mesmos fatos invocados pelo autor, sem necessidade de reconvenção, como no caso de acidentes de veículos.
- Extensão da citação pelo correio.
- Simplificação da prova parcial.
- Simplificação dos recursos.
- Simplificação do cálculo de liquidação da sentença.
- Julgamento conjunto de causas afins, com identidade de autores ou réus, para a decisão da tese de direito.
- Introdução do procedimento monitório no sistema brasileiro.
- Disciplina para a solução extrajudicial, mediante depósito bancário, alternativa à ação de consignação em pagamento.
- Introdução de sistema misto de multas e *astreintes* para a execução específica de obrigação de fazer ou não fazer.

Aguarda-se, agora, que o anteprojeto seja discutido e aprimorado, em mais um esforço no sentido da simplificação do processo brasileiro, com o intuito de tornar mais rápida a resposta jurisdicional.

9. Mas o que de mais significativo e alentador existe no Brasil, no momento, é a instituição dos denominados "Juizados Especiais de Pequenas Causas", para a chamada "Justiça menor", pela Lei federal n.º 7.244, de 8 de novembro de 1984.

9.1. Não se trata, aqui, da mera formulação de um novo tipo de procedimento, mas sim de um conjunto de inovações que vão desde uma nova estratégia no tratamento de certos conflitos de interesses até técnicas de abreviação e simplificação processuais⁽¹⁴⁾. E não se trata propriamente de diversos princípios processuais, mas sim de critérios que, informando o novo processo, assegurem sua fidelidade aos princípios clássicos, revolucionando-os em suas formas e em sua dinâmica⁽¹⁵⁾. Isso porque a *simplicidade* é expressão dos princípios da liberdade das formas processuais e da sua instrumentalidade; a *oralidade* é diretriz tradicional do processo brasileiro, agora levada aos extremos do diálogo entre o juiz e as partes; a *economia processual* e a *gratuidade* em primeiro grau de jurisdição respondem à pro-

(14) KAZUO WATANABE, "Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas", em *Juizado Especial de Pequenas Causas*, coord. por Kazuo Watanabe, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 1.

(15) CANDIDO DINAMARCO, "Princípios e critérios no processo das Pequenas Causas", em *Juizado Especial* cit., pp. 102 e ss.

messa constitucional do acesso às vias jurisdicionais; a *celeridade* vem a reboque de um procedimento extremamente concentrado, sem oportunidade para dilações e incidentes que protelem o julgamento do mérito; e a *conciliação*, incessantemente buscada em todo o processo, como sua verdadeira mola-mestra, também se insere no rico filão de incentivo à autocomposição das partes, atendendo às mais caras tradições do processo brasileiro e de suas vias alternativas (16).

Sem falar na possibilidade de acesso direto aos juizados, independentemente de advogado; sem descurar o importante papel da *informação e orientação jurídicas*, primeiro passo para a conscientização das classes menos favorecidas e para a *participação popular pelo processo*; e sem olvidar o importante *aporte do corpo social na administração da justiça*, pela conciliação e arbitragem: diretrizes todas que muito bem se coadunam com os esforços rumo à construção da democracia participativa, que empenham o Brasil de hoje (17).

9.2. Duas observações prévias são oportunas, a respeito da lei federal dos Juizados de Pequenas Causas no Brasil.

Em primeiro lugar, a de que contém ela normas processuais e procedimentais, uma vez que a competência legislativa, para a matéria, é reservada ao poder central, que legisla unitariamente sobre *direito processual*. A estrutura fundamental, as grandes linhas do rito, o funcionamento dos tribunais (estaduais) de pequenas causas estão conseqüentemente fixados na lei federal. Mas cabe a cada Estado federado, em observância ao critério constitucional de repartição de competências que lhes reserva a pertinente à *organização judiciária*, instituir concretamente os tribunais, levando em conta as peculiaridades locais. É por essa razão que a lei federal deixa ampla margem ao legislador estadual, que pode criar os juizados, onde e quando o considerar oportuno, detalhando as regras atinentes a seu funcionamento.

A segunda observação concerne ao julgamento pelo critério legal. Apesar de uma certa fluidez da fórmula legislativa ("o juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum", art. 5.º), não se trata de um juízo de equidade, diante da regra constitucional do art. 153, § 2.º, que resguarda o princípio da legalidade, pelo que só a lei, de caráter material, pode impor determinada conduta ao indivíduo. O entendimento vem corroborado pelo art. 26 da própria Lei n.º 7.244/84, que autoriza expressamente o árbitro (e não o juiz) a julgar por equidade. Juízo de direito, portanto, com um apelo ao julgador para a maior sensibilidade com a dimensão social da lei e com a necessidade de nesta buscar o sentido que melhor se afeioe aos

(16) DINAMARCO, "Princípios..." cit., principalmente p. 105.

(17) ADA PELLEGRINI GRINOVER, "Aspectos constitucionais dos Juizados de Pequenas Causas", em *Juizado Especial* cit., pp. 8 e ss.

valores sociais e aos próprios objetivos dos juizados especiais de pequenas causas ⁽¹⁸⁾.

9.3. A competência dos Juizados de Pequenas Causas é estabelecida combinando-se critérios de valor, matéria e pessoas. O limite máximo de valor é fixado pela lei federal em vinte salários mínimos (aproximadamente US\$ 1.000), podendo cada Estado federado reduzi-lo.

A competência pela matéria — combinada à de valor — é restrita às causas que tenham por objeto condenação em dinheiro; condenação à entrega de coisa móvel ou ao cumprimento de obrigação de fazer a cargo de fabricante ou fornecedor de bens e serviços para o consumo; e desconstituição e declaração de nulidade de contrato relativo a coisas móveis e semoventes.

Como se vê, é ainda restrito o universo abrangido pelos juizados brasileiros de pequenas causas, o que se pode explicar pela conveniência de caminhar gradativamente numa trilha nova para o País, da qual se espera uma verdadeira revolução na própria mentalidade dos operadores do direito. Mas já se pensa em ampliar essa competência para direitos disponíveis de família, para o direito de vizinhança, para pequenas infrações penais e outras controvérsias que se amoldem ao espírito dos *small claims* ⁽¹⁹⁾.

Quanto às pessoas, o acesso ao juizado, na qualidade de autor, é restrito à pessoa física capaz, muito embora possa a demanda ser dirigida a pessoa jurídica de direito privado: com o que se quis evitar a transformação do juizado, de tribunal do cidadão, em sede de cobrança de pequenos créditos contra a população carente ⁽²⁰⁾.

9.4. O acesso aos juizados é facultativo para o autor, que pode preferir o procedimento ordinário. As partes devem comparecer pessoalmente, sendo igualmente facultativo o patrocínio do advogado, em primeiro grau de jurisdição. Apesar disso, é observado o princípio da *par conditio*, na medida em que, se uma das partes dispõe de defesa técnica, ou sendo o réu pessoa jurídica, a outra pode valer-se do patrocínio gratuito, prestado por órgãos públicos, cuja existência e funcionamento, na própria sede do tribunal, é *conditio sine qua non* para a criação dos juizados. Estende-se, com isso, o próprio conceito de assistência judiciária, não mais necessariamente limitada aos carentes.

(18) Cf. DINAMARCO, "Princípios..." cit., pp. 114 e ss.; THEOTÔNIO NEGRÃO, *Juizado Especial de Pequenas Causas*, São Paulo, Edit. Revista dos Tribunais, 1984, p. 16, comentário ao art. 5º

(19) Exemplo dessa tendência é dado pelo Projeto Constitucional da Comissão Governamental Pré-Constituinte, apresentado em outubro de 1986 ao Presidente da República.

(20) Ver, nesse ponto, as críticas de DENTI a certas "small claims courts": "I procedimenti non giudiziali", cit., p. 423.

O juiz é togado, integrante do Poder Judiciário, o qual no Brasil é constituído, em nível estadual, por disposição da Constituição Federal, de magistrados que ingressam na carreira por concurso público de provas e títulos e usufruem das garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irreduzibilidade de vencimentos. A tendência é destinar aos tribunais de pequenas causas magistrados experientes, afinados com a nova postura deles exigida pela lei.

O juiz serve-se da colaboração de conciliadores e árbitros.

Quanto aos primeiros, a lei federal limita-se a recomendar que sejam recrutados entre bacharéis em direito, cabendo, conseqüentemente, a cada Estado ditar regras específicas para a sua escolha e eventual remuneração.

Mas a tendência é no sentido do recrutamento de conciliadores honorários, tendo sobretudo em vista os excelentes resultados da experiência do voluntariado no seio dos Conselhos de Conciliação existentes em diversas unidades da federação (21).

O conciliador não é órgão jurisdicional, nem exerce jurisdição. É auxiliar da Justiça e vale como multiplicador da capacidade do juiz, trabalhando sob a supervisão deste (22). A escolha de pessoas diversas do futuro, eventual julgador, para a atividade conciliativa, obedece a recomendações segundo as quais devem existir órgãos diversos para funções distintas (23), sem olvidar as críticas que se fazem à atribuição da função conciliativa ao juiz da causa, em razão da dificuldade de desvincular o papel mais ativo deste, na obra de convencimento das partes, de um verdadeiro pré-julgamento (24).

O juízo arbitral constitui solução alternativa e a segunda preferência do legislador brasileiro. Frustradas as tentativas de conciliação, as partes podem submeter-se ao compromisso arbitral, por acordo verbal, dispondo de um corpo de árbitros que atua na própria sede do tribunal. O juízo arbitral é, assim, imediatamente instaurado e o árbitro é autorizado a decidir por equidade por força do próprio compromisso (25).

Quanto aos árbitros, a lei federal estabelece a necessidade de que sejam advogados, indicados pela Ordem.

(21) V. adiante, n. 14.3.

(22) DINAMARCO, "Princípios..." cit., p. 113; ADA PELLEGRINI GRINOVER, "Aspectos constitucionais..." cit., pp. 11/12.

(23) DENTI, "I procedimenti..." cit., p. 432; CAPPELLETTI, "Appunti su conciliatore e conciliazione", *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1981, pp. 50 e ss.; PICARDI "Il conciliatore", *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1984, 1094 ss.

(24) Por razões como estas, a Inglaterra, a França e a Hungria atribuem a função conciliativa a órgãos extrajudiciais: cf. DENTI, "I procedimenti..." cit., p. 432; DENTI-VIGORITI, "Le rôle de la conciliation..." cit., p. 356.

(25) V. retro, n. 9.2.

9.5. A conciliação é buscada incessantemente no processo brasileiro de pequenas causas. Pode-se até dizer que constitui a tônica da lei, obstinadamente preocupada em conciliar (26).

Sua natureza é peculiar: embora endoprocessual, porquanto sua busca é sucessiva à instauração do processo, a atividade conciliativa é desempenhada por órgãos extrajudiciais — os conciliadores —, que operam sob a supervisão do magistrado (27). Nisso, também, o legislador brasileiro fugiu dos esquemas convencionais e das classificações tradicionais (28).

Tendo êxito a tentativa de conciliação, a transação, que é seu resultado, é imediatamente homologada pelo juiz, tornando-se irretroatável e constituindo título judicial executivo para o processo de execução forçada.

9.6. Não tendo êxito a conciliação, nem desejando as partes se submeterem ao juízo arbitral, inicia-se o processo jurisdicional das pequenas causas, com a imediata realização da audiência de instrução, que pode ser excepcionalmente fixada dentro do prazo máximo de dez dias, quando de sua imediata concretização puder resultar prejuízo para a defesa. Esta é oral, sendo proibida a reconvenção, mas permitindo-se a formulação de demanda pelo réu, se fundada nos mesmos fatos que deram origem à pretensão do autor (ação dúplice). As testemunhas são de regra levadas pelas partes, mas, se necessário, podem ser intimadas. Todas as intimações são feitas por via postal e só excepcionalmente por oficial de justiça. Não é prevista a carta precatória, podendo utilizar-se em seu lugar qualquer meio de comunicação idôneo, como o telefone. Não se permite, igualmente, citação edilícia: se não houver outro meio de citação, o processo se extingue.

As provas, verbais, são gravadas, sendo a gravação conservada até o trânsito em julgado da sentença, com o objetivo de permitir ao recorrente sua transcrição, a seu pedido e às suas expensas. A perícia é substituída pelo depoimento oral de técnicos da confiança do juiz, facultada às partes a apresentação de pareceres técnicos na própria audiência. A sentença de primeiro grau, imediatamente prolatada, não condenará o sucumbente nas custas e nos honorários advocatícios (sobre a facultatividade do patrocínio técnico, v. retro, n.º 9.1). Mas para a apelação, há previsão de umas e outros. É proibida a ação rescisória da sentença.

Todo o procedimento, incluindo a tentativa de conciliação, é realizado em horário noturno, a partir das 18 horas, a fim de facilitar o acesso à justiça do pequeno litigante e de permitir que as instalações e a estrutura do Poder Judiciário sejam utilizadas em período de ociosidade.

(26) DINAMARCO, "Princípios..." cit., p. 112.

(27) V. retro, n. 9.4.

(28) V. a excelente análise de LANCELLOTTI, "Conciliazione delle parti", in *Encicl. del Diritto*, vol. VIII, pp. 403 e ss., com as críticas às classificações tradicionais.

Como já foi dito, o processo das pequenas causas tem dimensão que transcende à mera instituição de um novo rito⁽²⁹⁾. A ampla liberdade e informalidade permitida às partes conjugam-se ao grande poder-dever de comando e investigação imposto ao juiz, numa ótica de compromisso renovado com a justiça⁽³⁰⁾.

A simplificação formal chega à abolição dos autos. O pedido do autor é anotado sucintamente em ficha, na qual são sumariamente lançados os acontecimentos da audiência. A sentença só relata os fatos relevantes ocorridos durante a instrução, dispensando o relatório, mas com uma breve referência aos elementos de convicção do juiz. A apelação, prevista só contra a sentença — não da decisão homologatória da transação, nem do laudo arbitral — não tem efeito suspensivo, exceto quando de sua imediata execução possa advir dano irreparável à parte⁽³¹⁾. E também para o julgamento da apelação não há necessidade de formação, remessa e distribuição de autos, porquanto a lei, com outra significativa inovação, atribui a competência para julgá-la a um colegiado de primeiro grau, formado por juízes monocráticos diversos do recorrido, que decidem o recurso na própria sede do Juizado.

A Constituição vigente, ademais, não permite o recurso para o Supremo Tribunal Federal de decisão do juiz de primeiro grau; e ainda que outra interpretação se dê ao dispositivo, diante da novidade de uma turma julgadora de recursos, composta por juízes de primeiro grau, permanece o fato de a Suprema Corte brasileira dispor de poderes legislativos, conferidos pela Constituição e exercidos via Regimento Interno, pelo que, embora sem chegar ao sistema do *certiorari*, usufrui ela de notável poder discricionário quanto à admissibilidade dos recursos que lhe são dirigidos.

Cumprido observar, finalmente, que o processo das pequenas causas se limita à cognição, excluída de forma expressa qualquer atividade executiva, reservada aos tribunais ordinários. Em anexo, junta-se fluxograma dos trabalhos dos juizados⁽³²⁾.

9.7. Deve ser realçado, ainda, que a generosa idéia de acesso à justiça, que moveu o legislador brasileiro na instituição dos Juizados de Pequenas Causas, não só não é incompatível, como é balizada pela observância das garantias do “devido processo legal”. E isso porque o acesso à justiça não se confunde nem se esgota na possibilidade de todos levarem

(29) *Retro*, n. 9.1.

(30) DINAMARCO, “O processo no Juizado das Pequenas Causas”, in: *Juizado Especial de Pequenas Causas*, cit., p. 128.

(31) O “dano irreparável” é conceito tradicional no sistema brasileiro, servindo de parâmetro ao *writ* do “mandado de segurança” contra ato jurisdicional, que a nova lei pretende assim substituir, ao menos em parte, deixando a critério do juiz a suspensão dos efeitos da decisão impugnada.

(32) Ver quadro anexo, n. 1.

suas pretensões aos tribunais, mas significa a oportunidade de efetiva e concreta proteção judiciária, mediante o justo processo, entendido como conjunto de garantias que permita efetivamente às partes a sustentação de suas razões, a produção de suas provas, a possibilidade de influir sobre a formação do convencimento do juiz.

Ora, a lei brasileira, embora simplificando ao máximo o procedimento, não significa o abandono das garantias clássicas da ação e da defesa. A imparcialidade do juiz, a igualdade a *par conditio*, o contraditório, a publicidade e até o duplo grau de jurisdição — nem por todos considerados como garantia fundamental do processo — são plenamente observados pela nova lei. Esta pode, quando muito, retratar a reestruturação das garantias, com a finalidade de adaptá-las aos conflitos emergentes na sociedade de massa. Mas não sua supressão.

O procedimento, de rígido, torna-se flexível. A forma, de escrita, oral, e contida nos limites instrumentais e na estrita dimensão de garantia; o juiz, de mero expectador, assume o papel de protagonista, adquirindo poderes amplos que, no entanto, não lhe retiram a indispensável imparcialidade (33).

Pode-se afirmar que o legislador brasileiro, no intuito de facilitar o acesso à justiça mediante um processo informal, rápido, social, público e democrático, soube encontrar o delicado ponto de equilíbrio entre essas exigências e a observância das garantias das partes e da própria jurisdição. Trata-se de tentativa, válida e honesta, de forjar um novo processo, célere e assistencial, idôneo sobretudo à solução de um determinado tipo de controvérsias, mas que poderá fornecer a chave para a parcial reestruturação de todo o sistema processual.

É o que claramente se vê das “Disposições Finais” da Lei n.º 7.244/84, que permitem se dê força de título executivo judicial à homologação, pelo juiz, de todos os acordos extrajudiciais, de qualquer natureza ou valor, e força de título executivo extrajudicial aos acordos referendados pelo Ministério Público; além de prever-se a possibilidade de os Estados instituírem a conciliação para todos os tipos de causa e de criarem órgãos colegiados de primeiro grau para as impugnações contra decisões de pequenas causas, ainda que não processadas segundo o novo rito.

9.8. A concreta implantação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas está começando a ocorrer, em diversos Estados da Federação. As razões da relativa demora em sua criação — a lei federal é de novembro de 1984 — podem ser atribuídas, em parte, ao desinteresse da cúpula dos tribunais de certos Estados, que têm iniciativa reservada para a legislação estadual sobre organização judiciária; em parte, ao desaparecimento dos órgãos estaduais, que necessitam investir algum recurso para o funciona-

(33) PELLEGRINI GRINOVER, “Aspectos constitucionais dos Juizados de Pequenas Causas”, in: *Juizado Especial*, cit., pp. 8 e ss., especialmente pp. 13/22.

mento da Justiça menor⁽³⁴⁾. Mas sobretudo — e este é um dado positivo — ao fato de que se preferiu aperfeiçoar primeiro as vias conciliativas extrajudiciais, adotadas sobretudo nos Estados mais populosos e industrializados do País⁽³⁵⁾ para, a partir da experiência nelas e por elas colhidas, caminhar progressiva e paulatinamente na via da deformalização do processo para as controvérsias de pequena monta⁽³⁶⁾. Aliás, como adiante se verá, as vias alternativas da justiça conciliativa extrajudicial têm representado a verdadeira semente para os juizados brasileiros de pequenas causas⁽³⁷⁾.

Desde novembro de 1986, encontram-se em funcionamento os primeiros Juizados de Pequenas Causas do País, instalados no Estado do Rio Grande do Sul. E a capital de São Paulo deverá instalar seu primeiro Juizado no início de 1988.

10. O que acima se disse, todavia, não significa que procedimentos abreviados e extremamente informais possam ser utilizados para a solução de todo e qualquer tipo de controvérsia. A visão instrumental do processo, que leva em conta a realidade sócio-jurídica subjacente e a efetividade da Justiça, conduz à afirmação de um “direito à cognição”, necessariamente adequada à natureza das controvérsias para cuja solução o processo é pré-ordenado. É, portanto, através de um procedimento idôneo que se atuam as exigências das pretensões de direito material, levando em conta sua natureza, a urgência da tutela, a definitividade, ou não, de sua solução. Nesse sentido, fala-se, no Brasil, em “cognição adequada”⁽³⁸⁾ em correspondência a um processo, entendido, no plano abstrato, como procedimento qualificado pelo contraditório; e, no plano concreto, como um processo cuja relação jurídica é dada estruturalmente — e não apenas formalmente — pelo procedimento.

A técnica processual deve necessariamente levar à concepção de processos diferenciados, com procedimentos adequados aos diversos tipos de controvérsias. A ampla deformalização do processo, indicada para algumas delas, pode ser perigosa, se generalizadamente aplicada a todas. São as pretensões de direito material mais ou menos complexas, mais ou menos urgentes, julgadas ou não em caráter definitivo — que devem balizar a técnica

(34) Ver retro, n. 9.4, quanto à necessária reestruturação dos órgãos públicos, incumbidos no Brasil da assistência judiciária, num conceito mais amplo, que abranja pessoas não propriamente carentes; bem como, quanto à necessária gravação das provas produzidas em audiência, retro, n. 6.

(35) Ver adiante n. 14.3.

(36) Ver adiante n. 15.

(37) Ver adiante n. 14.3.

(38) Ver a tese de doutorado de KAZUO WATANABE, *Contribuição ao estudo da cognição no processo civil*, São Paulo, 1985. Também CANDIDO DINAMARCO liga a instituição de procedimentos adequados à idéia de maior efetividade do processo: ver *A instrumentalidade do processo*, tese vitoriosa à cátedra, São Paulo, 1986, p. 280.

processual, na busca da solução adequada a cada uma delas. E, ainda, na busca do equilíbrio das exigências, freqüentemente conflitantes, postas pelos diversos escopos do processo ⁽³⁹⁾: justiça x celeridade ou, em lição clássica, celeridade x ponderação ⁽⁴⁰⁾. Tudo no jogo da certeza e probabilidade processuais, com os riscos calculados e as formas predispostas para sua correção ⁽⁴¹⁾.

III — *Deformalização das controvérsias: a conciliação como alternativa ao processo*

11. Os procedimentos conciliativos extrajudiciais, que nos interessa examinar agora, são os anteriores à instauração do processo, podendo servir como instrumento para evitá-lo ⁽⁴²⁾. E neles a conciliação surge como alternativa ao processo.

Embora se trate exatamente da denominada “deformalização das controvérsias”, que podem não ser submetidas à solução pelos meios, mais ou menos formais, do processo judicial, é oportuno notar que também essas vias alternativas, mesmo quando institucionalizadas, podem ser mais ou menos formais. E esse maior ou menor grau de formalização reflete-se, em alguns ordenamentos, no uso de expressões diversas ⁽⁴³⁾.

Mas o que releva notar é que o enfoque da conciliação, como procedimento institucionalizado para evitar o processo, dá ênfase à consideração da conciliação como atividade utilizada no quadro da política judiciária, para obstar à crise da administração da Justiça. Deixa-se, assim, de lado o aspecto negocial da conciliação, realçado em épocas anteriores. E isso também se reflete em uma diversa terminologia ⁽⁴⁴⁾.

12. O conjunto dos modernos estudos sobre a conciliação prévia extrajudicial evidencia claramente sua função, que se desdobra em diversos aspectos, dentre os quais os mais relevantes são: a) a *recuperação de controvérsias*, que permaneceriam sem solução na sociedade contemporânea,

(39) Ver retro, n. 4.

(40) CALAMANDREI, *Introduzioni allo Studio Sistematico di Provvedimenti Cautelari*, Pádua, Cedam, 1936, p. 20.

(41) Ver CANDIDO DINAMARCO, *A Instrumentalidade*, cit., pp. 214 e ss., principalmente p. 216.

(42) Com efeito, como já se viu, podem existir procedimentos conciliativos que, embora não jurisdicionais, são endoprocessuais. Exemplo eloqüente, no Brasil, é o da conciliação no processo das pequenas causas: v. retro, n. 9.5.

(43) Assim, por exemplo, nos Estados Unidos da América, os termos *mediation* e *conciliation* são, às vezes, utilizados indistintamente; mas é freqüente que o primeiro indique um procedimento mais formal, e o segundo o mais informal, de intermediação entre as partes, para levá-las à autocomposição: v. SANDERS, “Varieties of Dispute Processings”, in *Fed. Rul. Dec.*, 70 (1976), p. 115. V. tb. LANCELLOTTI, “Conciliatore”, verbete da *Enciclopedia del Diritto*, p. 411.

(44) V. DENTI, “I procedimenti...” cit., p. 411, destacando a utilização da expressão “dispute processing” no lugar da mais antiga, “dispute settlement”. V. também FELSTNER, “Influences of social organisation on Dispute Processing”, in *Law and Soc. Rev.*, 9 (1974), p. 63; LANCELLOTTI, “Conciliatore”, cit., p. 411.

sobretudo no campo da denominada "justiça menor", em matéria de tutela do consumidor, de acidentes de trânsito, de questões de vizinhança e de família, das ligadas ao crédito etc.; b) a racionalização da distribuição da justiça, com a conseqüente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos de mediação, ainda que facultativos; c) o reativar-se de formas de participação do corpo social na administração da justiça; d) a mais adequada informação do cidadão sobre os próprios direitos e sua orientação jurídica, elementos políticos de particular importância na conscientização das pessoas carentes⁽⁴⁵⁾. Tudo, aliado à convicção de que o método contencioso de solução das controvérsias não é o mais apropriado para certos tipos de conflitos, indicando a necessidade de atentar para os problemas sociais que estão à base da litigiosidade, mais do que aos meros sintomas que revelam a existência desses problemas⁽⁴⁶⁾.

É isso que vem finalmente indicar aquela que talvez seja a função primordial da conciliação: a *pacificação social*. Esta não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar autoritativamente a regra para o caso concreto; que, na grande maioria dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido, o qual contra ela costuma insurgir-se com todos os meios na execução; e que, de qualquer modo, se limita a solucionar a parcela de lide levada a juízo, sem possibilidade de pacificar a lide sociológica, em geral mais ampla, da qual aquela emergiu, como simples ponta do *iceberg*.

13. Essa sensibilidade para as multiformes facetas da função conciliativa leva ao renascer do instituto, em toda parte. Se é certo que, durante um longo período, os métodos informais de solução das controvérsias foram considerados próprios das sociedades primitivas e tribais, enquanto o processo jurisdicional representava insuperável conquista da civilização, ressurge hoje o interesse pelas vias alternativas, coexistentes ao processo e não excludentes deste⁽⁴⁷⁾. A ponto de falar-se de uma "cultura de conciliação"⁽⁴⁸⁾ que conheceu um impulso crescente na sociedade pós-industrial⁽⁴⁹⁾,

(45) Ver, entre tantos, PICARDI, "Il conciliatore" cit., pp. 1097 e ss.; CAPPELLETTI, "Giudici laici: alcune ragioni attuali per una loro maggiori utilizzazione in Italia", in: *Riv. Dir. Proc.*, n. 34, pp. 704 e ss.; VARANO, "Forme di partecipazione dei laici nell'amministrazione della giustizia in Inghilterra", in: *Studi in Onore di Liebman*, Milão, 1979, I, vol., p. 667; DENTI-VIGORITI, "Le rôle..." cit., pp. 368 e ss.; PELLEGRINI GRINOVER, "Conciliação", in: *Juizado especial...* cit., pp. 159/160.

(46) DENTI, "I procedimenti..." cit., p. 412, referindo-se ao estudo de DAVID SMITH, *A Warner Way of Disputing: Mediation and Conciliation* (no vol. "Law in the U.S.A. in the Bicentennial Era" — Hazard and Wagner Eds — supl. do vol. XXVI do *Am. Journ. of Comp. L.*, 1978, pp. 205/216); CAPPELLETTI, "Giudici laici..." cit., pp. 707 e ss., falando em "Justiça coexistencial" ou "de vizinhança".

(47) PELLEGRINI GRINOVER, *Conciliação...* cit., p. 160.

(48) DENTI-VIGORITI, "Le rôle..." cit., p. 350.

(49) Segundo DENTI ("I procedimenti..." cit., p. 418), o fenômeno seria próprio dos países "de capitalismo avançado" ou "maduro", enquanto CAPPELLETTI observa não ser típico ou exclusivo dos modernos países ocidentais, preferindo falar em "sociedade de economia avançada" ("Appunti su conciliatore e conciliazione", in: *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1981, pp. 53 e 64).

mas que tem, nos países em desenvolvimento, importante desdobramento, por indicar não apenas a institucionalização de novas formas de participação na administração da justiça e de gestão racional dos interesses públicos e privados, mas também por assumir relevante papel promocional de conscientização política (50).

14. No Brasil Império, os Juizes de Paz, honorários e leigos, foram investidos de função conciliativa prévia, como condição obrigatória para o início de qualquer processo, pela Constituição de 1824. No entanto, a instituição foi paulatinamente perdendo importância, até a transformação dos juizes de paz em órgão incumbido tão-somente da habilitação e celebração de casamentos.

Perdeu-se, assim, a oportunidade de ativar instituição que não só era vista como alternativa razoável na busca de um escoadouro para a litigiosidade e como expressão democrática na ordem judiciária (51), mas que ainda poderia ter dado margem ao aprimoramento de institutos tais como os juizados de conciliação, de vizinhança, de bairros etc (52).

14.1. Mas a pouca fortuna (53) e a deturpação das funções do juiz de paz brasileiro não significavam a indiferença da nação às vias conciliativas. Muito pelo contrário. Estas sempre foram bastante utilizadas no país, pelos meios informais representados por membros do Ministério Público, sobretudo no interior do país; pelos advogados incumbidos do patrocínio gratuito, principalmente nas grandes cidades; e por voluntários, em toda parte. Tudo em perfeita correspondência ao decantado espírito conciliador que caracteriza a nação brasileira, sendo do sentimento popular o refrão segundo o qual "mais vale um mau acordo, do que uma boa demanda".

14.2. A transformação da sociedade brasileira, com a mais intensa vida de relação, estimula a institucionalização de canais de mediação, mais ou menos formais, para a tentativa de conciliação, prévia e facultativa. A primeira experiência, neste campo, dirigiu-se às controvérsias próprias das relações de consumo. A proliferação de órgãos estatais de defesa do consu-

(50) Ver, de nossa autoria, *Conciliação...* cit., pp. 159/160, e "As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas", n. 5 (a ser publicado no Brasil, nos *Estudos em Homenagem a Alcides Mendonça Lima*, e na Itália, nos *Studi in Onore di Allorio*).

(51) CASTRO NUNES, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, Forense, 1943, pp. 511 e 512.

(52) CAETANO LAGRATA, "Juizado Especial de Pequenas Causas e direito processual civil comparado", in: *Juizados...* cit., pp. 58/59.

(53) Talvez por ser a tentativa de conciliação imposta, além de aplicável a qualquer tipo de controvérsia.

midor, a partir do início da década, foi acompanhada pelo incremento às vias conciliativas, muito utilizadas principalmente nas cidades industrializadas, com excelentes resultados.

Servem como mediadores, no caso, os próprios funcionários dos organismos de proteção ao consumidor, freqüentemente coadjuvados por membros do Ministério Público⁽⁵⁴⁾, especializados na matéria, e por advogados da administração pública, que assessoram o órgão. E, a partir da vigência da lei das pequenas causas, o acordo extrajudicial firmado pelos contendedores pode ser levado à homologação do juiz competente, passando a ter eficácia de título executivo judicial, enquanto o acordo ratificado pelo MP tem eficácia de título executivo extrajudicial⁽⁵⁵⁾.

É importante salientar que a proteção ao “consumidor”, no Brasil, não se restringe ao usuário de produtos industrializados, mas compreende as relações locatícias, securitárias, de utilização de serviços etc.⁽⁵⁶⁾.

14.3. No entanto, foi com os Conselhos ou Juizados de Conciliação que diversos Estados da Federação brasileira, a partir de 1982, conseguiram instaurar no país verdadeiros canais institucionalizados para a justiça conciliativa. Além de abrirem o caminho para os Juizados Especiais de Pequenas Causas⁽⁵⁷⁾.

Os Conselhos ou Juizados de Conciliação são órgãos não jurisdicionais, compostos por conciliadores honorários, recrutados entre advogados, membros do Ministério Público, advogados do Estado e juizes aposentados, todos voluntários, mas também estimulados pelo fato de seu serviço ser considerado de relevância social, o que no Brasil pode acarretar vantagens funcionais. As instalações utilizadas são as dos tribunais, inclusive dos foros descentralizados, localizados nos bairros das grandes cidades, em horário noturno (após as 18 horas), para as sessões de conciliação. Mas se estende pelo dia todo o trabalho de orientação jurídica aos interessados que, conforme o caso, são encaminhados aos órgãos competentes, inclusive da assistência judiciária, para a solução de questões não afetas à justiça conciliativa. A estrutura administrativa dos Juizados é fornecida pelo Poder Judiciário.

A atividade conciliativa propriamente dita é supervisionada por juiz de carreira, que coordena os trabalhos e, em caso de êxito da conciliação,

(54) O MP brasileiro tem funções muito amplas também no quadro do processo civil, havendo em diversos Estados curadorias especializadas para a defesa do consumidor, do ambiente etc.

(55) V. retro, n. 9.7, *in fine*.

(56) V. LUIZ OTAVIO AMARAL, “Relações de consumo”, in: *Revista de Injor-mação Legislativa*, n. 86, abr./jun. 1985, pp. 313 e ss.

(57) Com efeito, foi da experiência dos Conselhos de Conciliação do Estado do Rio Grande do Sul, depois disseminados em outros Estados do Sul — a região mais industrializada e densamente povoada do país — que se colheram os dados empíricos que conduziram à elaboração da lei das pequenas causas. V. retro, n. 9.

homologa imediatamente o acordo, que passa a ter força executiva de título judicial⁽⁵⁸⁾. O conciliador usa da equidade, sendo seu objetivo primordial pacificar os detentores dos interesses em conflito, evitando, contudo, pressões descabidas. Tudo é feito de maneira completamente informal, iniciando-se pela triagem das controvérsias que podem ser objeto de transação, com uma simples anotação da reclamação e a convocação, por carta ou pelo próprio reclamante, do reclamado para a sessão de conciliação, fixada em geral para a semana seguinte. A justiça conciliativa é inteiramente gratuita; o acesso é direto, mas, embora desnecessária, não se proíbe a presença do advogado, que no entanto é rara, salvo quando o reclamo é dirigido a uma empresa.

Apesar da facultatividade e da ausência de coerção para o comparecimento do reclamado, a procura dos Conselhos ou Juizados tem sido grande e representativa a quantidade de atendimentos à sua convocação, numa demonstração patente de que a população busca canais institucionalizados e idôneos para a solução pacífica de suas controvérsias. Considerável é também o número de voluntários. E os resultados obtidos apresentam índice elevadíssimo de solução amigável dos conflitos⁽⁵⁹⁾.

As controvérsias submetidas com mais freqüência aos Conselhos ou Juizados de Conciliação são as relativas às relações de vizinhança⁽⁶⁰⁾, aos danos oriundos de colisão de veículos, à defesa do consumidor e, provavelmente por contingências atuais oriundas do congelamento dos preços, à recusa de recebimento de alugueres residenciais, por parte do proprietário do imóvel.

No Estado de São Paulo o primeiro Juizado de Conciliação foi instalado, a título experimental, em fins de 1985, em populoso bairro de renda médio-baixa. O êxito da iniciativa já levou à criação de mais três Juizados na Capital, cobrindo as quatro regiões periféricas da cidade e, contemporaneamente, à de vários outros em cidades de porte grande ou médio no interior e no litoral. A título exemplificativo, junta-se quadro estatístico sobre as atividades do Juizado da Lapa, que foi o pioneiro, com o fluxograma dos trabalhos de conciliação⁽⁶¹⁾.

(58) Ver retro, n. 9.7, *in fine*.

(59) Em algumas Comarcas do Estado do Paraná, chegou-se a 98% de acordos.

(60) Muito comum, na capital de São Paulo, a controvérsia entre vizinhos decorrente de vazamentos hidráulicos, em que os conciliadores do Juizado do populoso bairro da Lapa têm conseguido das partes em conflito que convoquem um técnico escolhido de comum acordo, comprometendo-se o ocupante do imóvel em que o defeito ocorre a repará-lo.

(61) Ver quadros anexos, ns. 2 e 3.

Como se disse ⁽⁶²⁾, foi dos Juizados de Conciliação que se extraíram os dados empíricos que conduziram à elaboração da lei das pequenas causas. E são alguns deles que haverão de transformar-se em Juizados Especiais de Pequenas Causas ⁽⁶³⁾, numa eloqüente demonstração da importância da análise sociológica para a correta implantação das vias informais, jurisdicionais ou não, capazes de oferecer alternativas idôneas ao processo formal ⁽⁶⁴⁾.

15. Da experiência conciliativa brasileira, alguns dados podem ser extraídos, como critérios fundamentais para a eficácia da função conciliativa prévia, alternativa ao processo. São eles: *a) a instituição gradativa da via conciliativa, a ser submetida a avaliações de natureza empírico-sociológica, de modo a permitir sua expansão progressiva, com as necessárias correções e adaptações ditadas pela experiência; b) a determinação dos critérios orientadores para a adequada conciliação prévia extrajudicial. Tais critérios orientadores, pelo menos no Brasil, parecem ser os seguintes: b-1) a prévia determinação dos tipos de controvérsias que se coadunam com a conciliação; b-2) a firme possibilidade de acesso à Justiça, em caso de insucesso da conciliação; b-3) sua facultatividade, a fim de não obstacular o livre acesso aos tribunais; b-4) a equidade, que deve presidir à mediação por parte dos conciliadores ⁽⁶⁵⁾; b-5) a eficácia executiva da transação obtida pela via conciliativa extrajudicial.*

Quanto ao perfil organizativo da função conciliatória, alguns pontos firmes emergiram da experiência brasileira, tais como: *a) a necessária instituição de órgãos diversos para funções distintas (a conciliativa e a jurisdicional); b) o adequado método de recrutamento dos conciliadores; c) a utilização do voluntariado, com os correspondentes estímulos e as eventuais vantagens; d) a solução para as relações entre os diversos conciliadores e entre os conciliadores e o juiz.*

O correto enfoque da função e da estrutura da conciliação extrajudicial permite, assim, olhar para ela, no mais amplo quadro de acesso à justiça, como a um poderoso instrumento de solução de certos conflitos, alternativo ao processo, mas não excludente deste.

(62) Ver retro, nota 57.

(63) Ver retro, n. 9.8.

(64) A importância das pesquisas sociológicas para a correta instauração da justiça alternativa foi apontada por diversos autores, como CAPPELLETTI. ("Giudici laici..." cit., pp. 701 e ss.); PICARDI, ("Il conciliatore..." cit., pp. 1086 e ss.), JUAN CARLOS HITTERS (La justicia conciliatoria y los conciliadores, in: *La Justicia entre Dos Épocas*, Libreria Editora Platense, La Plata, 1963, pp. 159 e ss.). Ver, para a panorâmica bibliográfica, GOTTWALD, *Streit Bei Legung eine Urteil*, Tübingen, 1981, pp. 280/284.

(65) Aqui, sim, não se tratando de atividade jurisdicional, é apropriada a "delegação das controvérsias" a que aludem sociólogos e juristas: v. retro, nota 4. Para o juízo de legalidade do magistrado e para o de equidade do árbitro no processo das pequenas causas, v. retro, n. 9.2.

Até porque a crise da administração da justiça não pode levar, como última conseqüência, à falácia da promessa constitucional segundo a qual todos têm o direito de serem ouvidos perante os tribunais ⁽⁶⁶⁾.

IV — *A deformalização do processo e das controvérsias em áreas especiais da justiça civil*

16. Como acima foi dito ⁽⁶⁷⁾, a tendência à deformalização do processo e das controvérsias há de levar em conta a natureza destas, não se podendo indiscriminadamente abreviar e simplificar o processo nem buscar em qualquer hipótese soluções alternativas extrajudiciais.

17. A experiência brasileira, nos dois campos da deformalização ⁽⁶⁸⁾, tem identificado um determinado grupo de controvérsias que muito bem se lhe adaptam, à luz da realidade sócio-econômica nacional. As relações do consumidor com o produtor e o distribuidor do produto, as relações entre vizinhos, a reparação dos danos de pequena monta, as cobranças de menor expressão econômica, a proteção do inquilino e outras questões bagatelares têm sido submetidas e solucionadas com grande êxito pelas vias institucionalizadas da conciliação extrajudicial, conforme acima se viu ⁽⁶⁹⁾; e certamente o sucesso dos Juizados e Conselhos de Conciliação, para todos esses casos, será coroado de êxito ainda maior, à medida que o sistema for se complementando pelos Juizados Especiais de Pequenas Causas, que podem julgar a causa, com autoridade de coisa julgada, em caso de insucesso da tentativa de conciliação e sempre que as partes não queiram submeter-se ao juízo arbitral ⁽⁷⁰⁾.

18. Com relação às questões de família, há que distinguir. Tratando-se de direitos indisponíveis, em que não se admite a transação ⁽⁷¹⁾, não se pode pensar em conciliação extrajudicial, nem a deformalização do processo pareceria adequada. Mas quanto aos reflexos patrimoniais dos direitos indisponíveis — como, por exemplo, a fixação de pensão ao cônjuge ou dos alimentos devidos aos descendentes — as vias conciliativas prévias têm sido utilizadas, sobretudo por intermédio de canais não institucionalizados: é fre-

(66) No Brasil, o art. 153, § 4º, da Constituição vigente proclama que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Sobre o amplo sentido da norma constitucional, interpretada como tutela da ação e da defesa, em todo e qualquer processo, englobando as garantias processuais das partes e da jurisdição, ao longo de todo o *iter* processual, v. da Autora *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, Edit. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973.

(67) V. retro, ns. 10 e 15.

(68) V. retro, n. 5.

(69) V. retro, n. 14 e principalmente ns. 14.2 e 14.3.

(70) V. retro, n. 9 e principalmente ns. 9.5, 9.6 e 9.8.

(71) Nesses casos, o sistema brasileiro prevê a intervenção necessária do MP no processo, exatamente na defesa de direitos indisponíveis; e, nos casos de anulação do casamento, a concomitante intervenção de um curador ao vínculo.

quente, por exemplo, que os advogados públicos encarregados da assistência judiciária aos carentes convoquem o cônjuge, que se compromete ao pagamento de uma pensão mensal. E mesmo antes que a lei das pequenas causas permitisse ao juiz competente a homologação do acordo extrajudicial, que assim adquira força executiva (72), já era comum que as empresas, diante desses compromissos, descontassem em folha o obrigado aos alimentos.

Diga-se, ainda, que é possível que a experiência conciliativa brasileira e a deformalização da justiça civil, pelos Juizados de Pequenas Causas, leve à progressiva ampliação dos casos passíveis de serem submetidos às vias alternativas, judiciais e extrajudiciais (73).

Observe-se, finalmente, que, na hipótese de separação judicial e de divórcio consensuais, o procedimento brasileiro é inteiramente informal, limitando-se à tentativa de conciliação e, em caso de insucesso, à homologação do juiz. Já o mesmo não ocorre quando se trata de separação ou divórcio contencioso.

19. Como já se viu, o processo trabalhista para a solução das controvérsias individuais é extremamente simplificado, tendo servido de inspiração para a relativa deformalização do processo ordinário (74).

Mas é significativo o que está ocorrendo no Brasil com relação aos conflitos coletivos.

Embora as convenções (entre sindicatos) e os acordos coletivos (entre sindicatos e empresas) constem expressamente da legislação trabalhista brasileira (75), o clima político imperante no país durante os últimos vinte anos os havia deixado no estado latente, dando-se prioridade absoluta à solução jurisdicional das controvérsias coletivas. De resto, é oportuno lembrar que durante muito tempo a greve e o *lock-out* foram vistos com desconfiança, chegando a ser proibidos em determinados períodos.

Com a Nova República, instaurada em 1985, o esforço pela reconstrução da democracia trouxe novas perspectivas ao país. E, em março de 1986, logo após a reforma monetária e econômica, o Governo, pelo Decreto-Lei n.º 2.284, embora utilizando técnica autoritária, postou-se numa posição de franco favorecimento das negociações extrajudiciais para reajustes salariais, dando assim novo alento às convenções e acordos coletivos. É certo que a recente normação não criou mecanismos especiais de negociação, que conti-

(72) V. retro, n. 14.1.

(73) V. retro, n. 9.3, sobre as tendências para a ampliação da competência dos Juizados de Pequenas Causas; e n. 15, quanto à instituição gradativa das vias conciliativas.

(74) V. retro, n. 6.

(75) A Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, é devida ao governo progressista, mas totalitário, de Getúlio Vargas. O capítulo atinente às convenções e acordos coletivos de trabalho foi reescrito pelo Decreto-Lei n.º 229, de 1967, outro documento autoritário dos últimos Governos militares.

nuam os previstos na antiga legislação. Mas é igualmente certo que a mudança de postura oficial com relação a negociações extrajudiciais poderá levar a modificações profundas na matéria.

20. Afora os contratos internacionais, regidos por convenções de que o Brasil é signatário, prevendo a eficácia vinculante da cláusula arbitral, independentemente de compromisso⁽⁷⁶⁾, pouca ou nenhuma relevância tem no país a arbitragem comercial para os contratos internos.

Em parte, isso é devido à tradicional postura que via no Estado a única autoridade capaz de resolver os litígios e que ainda pode levar a uma posição de desconfiança com relação à heterocomposição privada⁽⁷⁷⁾. Mas a disciplina do Código Civil de 1916, ratificada pelo código processual vigente, pode ser apontada como um dos grandes entraves ao desenvolvimento da arbitragem no Brasil⁽⁷⁸⁾, uma vez que o sistema brasileiro não confere à cláusula arbitral caráter instituidor do juízo arbitral, considerando-se simples *pactum de contrahendo*, a ser completado pelo compromisso arbitral. Ora, é evidentemente muito difícil que, já nascido o litígio, venham as partes a entrar em acordo para estabelecer as normas de arbitragem⁽⁷⁹⁾.

Nota-se, todavia, que certa tendência começa a tomar corpo no sentido de estimular-se o uso da arbitragem. Tendência retratada pela criação de algumas entidades⁽⁸⁰⁾, que podem constituir importante passo para o desenvolvimento do instituto, bem como pela apresentação de anteprojeto de lei⁽⁸¹⁾ que certamente representa mais um indício do interesse em se alterarem as estruturas legais que inviabilizam o desenvolvimento da arbitragem comercial no plano interno⁽⁸²⁾.

Por outro lado não se deve esquecer a possibilidade de os Juizados de Pequenas Causas exercerem considerável papel promocional com relação à arbitragem. Como se viu⁽⁸³⁾, o arbitramento surge na recente lei brasileira

(76) Como o Protocolo de Genebra, de 1923 (em vigor no Brasil pelo Decreto nº 21.187, de 22-3-1932). Ver JOSÉ CARLOS DE MAGALHAES, "A cláusula arbitral nos contratos internacionais", in: *Arbitragem Comercial*, de J. C. MAGALHAES e LUIZ OLAVO BAPTISTA, Ed. Freitas Bastos, 1986, pp. 58 ss.

(77) V., por todos, JOSÉ CARLOS DE MAGALHAES, "A experiência brasileira em arbitragem comercial", in *Arbitragem Comercial*, cit., p. 13.

(78) Cf. MAGALHAES, "Arbitragem internacional privada", *ibidem*, p. 25.

(79) MAGALHAES, "A experiência brasileira", cit., pp. 8 e 10, e "Arbitragem internacional", cit., p. 25.

(80) Trata-se do Centro Brasileiro de Arbitragem, filiado à Comissão Interamericana de Arbitragem, e da Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá.

(81) O anteprojeto de lei da arbitragem, divulgado pelo Ministério da Justiça em 1981, recebeu sugestões providas de vários pontos do Brasil.

(82) Cf. MAGALHAES, "A experiência brasileira...", cit., p. 16.

(83) V. retro, n. 9.1.

como segunda alternativa, logo após a tentativa de conciliação. E o fato de os árbitros atuarem no próprio tribunal, sem formalidade, imediatamente após a tentativa de conciliação, poderá conferir nova dimensão à arbitragem, ao menos para as pequenas causas civis.

21. Inteiramente desvinculada das generosas razões que informam a tendência rumo à deformalização do processo e das controvérsias, a execução extrajudicial para o Sistema Financeiro de Habitação, prevista no Decreto-Lei n.º 70, de 21-11-66, e na Lei n.º 5.741, de 1.º-12-71, representa distorção de origem autoritária que não se coaduna com os princípios processuais brasileiros.

Referidos diplomas legais permitem que a execução de operações ligadas aos mútuos para aquisição de casa própria se faça mediante procedimento administrativo sumário, instaurado por simples solicitação do credor ao agente fiduciário, sem possibilidade de defesa, sem contraditório, sem fase de conhecimento, ainda que incidental, e sem via recursal. O devedor tem o prazo de apenas 20 dias para a purgação da mora: diante da simples omissão, o imóvel é levado a leilão público pelo agente fiduciário; efetivada a alienação, transmite-se ao arrematante o domínio do imóvel hipotecado, mediante ação de imissão de posse.

Cumprir notar, ainda, que o agente fiduciário pode ser — e na maioria dos casos o é — o credor hipotecário. Nessa hipótese, concentram-se nas mãos da mesma entidade a legitimação ativa para a execução e a competência legal para os atos executórios.

A constitucionalidade do sistema tem sido defendida⁽⁸⁴⁾, argumentando-se com a necessária ação de imissão de posse, para a entrega compulsória do imóvel ao arrematante. Mas mesmo esse controle jurisdicional é insuficiente, porquanto a lide se circunscreve tão-só à verificação do preenchimento das formalidades legais, ficando a matéria restrita ao âmbito angusto da discussão sobre a posse.

A verdade é que a malsinada execução extrajudicial consagra uma forma de autotutela, repudiada no Estado de direito, salvo casos excepcionais; infringe o princípio constitucional da inafastabilidade da apreciação judiciária e fere os institutos da unidade da jurisdição e da atribuição da função jurisdicional ao juiz constitucional; além de violar os postulados que garantem o direito de defesa, o contraditório, a produção das próprias razões, sem os quais não pode caracterizar-se o “devido processo legal”⁽⁸⁵⁾.

Irrespondíveis são os argumentos do magistrado Arthur de Godoy, mostrando que a atividade executória, por ser tipicamente jurisdicional, há de

(84) LUIS RENATO PEDROSO, “Constitucionalidade das execuções extrajudiciais no Sistema Financeiro de Habitação”, in: *Rev. Tribs.*, vol. 457, pp. 19 e ss. Numerosos os acórdãos defendendo o sistema: TA São Paulo, Apelações n.º 243.634 e n.º 282.401; TFR, Agravo em Mandado de Segurança n.º 69.710; e mais: RT 457/19, 491/129 e 520/173.

(85) De nossa autoria, “As Garantias Constitucionais do Direito de Ação”, *cit.*, pp. 168/9.

ser reservada ao juiz constitucionalmente competente, sob pena de infração ao princípio do juiz natural⁽⁸⁶⁾. Só é juiz natural, no Brasil, o órgão da jurisdição a quem a Constituição atribui o poder de julgar. E só o juiz natural pode ser investido de funções tipicamente jurisdicionais, como as exercidas no processo de execução, mediante atos coativos contra o executado⁽⁸⁷⁾.

Assim sendo, no momento em que se procede à integral reformulação do Sistema Financeiro de Habitação, também se espera que o legislador brasileiro extirpe do ordenamento instituto que certamente não se insere na boa política judiciária e que não faz honra ao processo brasileiro.

V — Conclusões gerais

22. Do que tudo se disse, infere-se que a escolha entre um processo formal ou informal não se põe, no sistema brasileiro, como alternativa reciprocamente excludente.

O princípio da instrumentalidade das formas, que reconhece a necessidade destas na dimensão única de garantia, esforçando-se para contê-las nos limites necessários a que não se sufoque a aplicação do direito material, poderia, aqui ou acolá, ser levado mais adiante, numa tentativa de maior simplificação do processo civil vigente⁽⁸⁸⁾. Sem significar, porém, a generalizada deformalização do processo e firme restando a necessidade de a técnica processual instituir processos e procedimentos diferenciados, mais ou menos formais, de acordo com os grupos de lides e sua diversa natureza. É o que se mostrou na conclusão parcial do Capítulo II (n.º 10).

23. Também não se põe de modo alternativo e excludente a escolha entre o processo, como meio de solução dos litígios, e equivalentes jurisdicionais capazes de evitá-lo, como a conciliação prévia extrajudicial, atividade preparatória cuja finalidade é a autocomposição⁽⁸⁹⁾. Nem todos os tipos de controvérsia se coadunam com as vias conciliativas. E estas devem permanecer a nível facultativo e coexistente ao processo, a fim de que não se frustre a garantia constitucional da proteção judiciária dos direitos e dos interesses. Como se disse na conclusão parcial do Capítulo III (n.º 15).

(86) Declaração de voto vencido na preliminar, Apelação Cível n.º 282.401 do Tribunal de Alçada de São Paulo, 4 de outubro de 1979. O ilustre magistrado aponta a diferença entre essa forma de execução em relação à autorização legal para venda do bem alienado fiduciariamente pelo proprietário fiduciário, e da permissão conferida ao credor para a venda amigável do bem empenhado. E conclui pela inconstitucionalidade das disposições contidas nos arts. 31 a 38 do Decreto-Lei n.º 70.

(87) Ver, da Autora, "O princípio do juiz natural e sua dupla garantia", in: *O Processo em sua Unidade — II*, Forense, Rio, 1984, pp. 3 ss., principalmente pp. 24/26. O trabalho foi publicado na Itália, in: *Studi in Memoria di Giacomo Delitala*, Giuffrè, 1984, vol. III, pp. 1994 e ss.

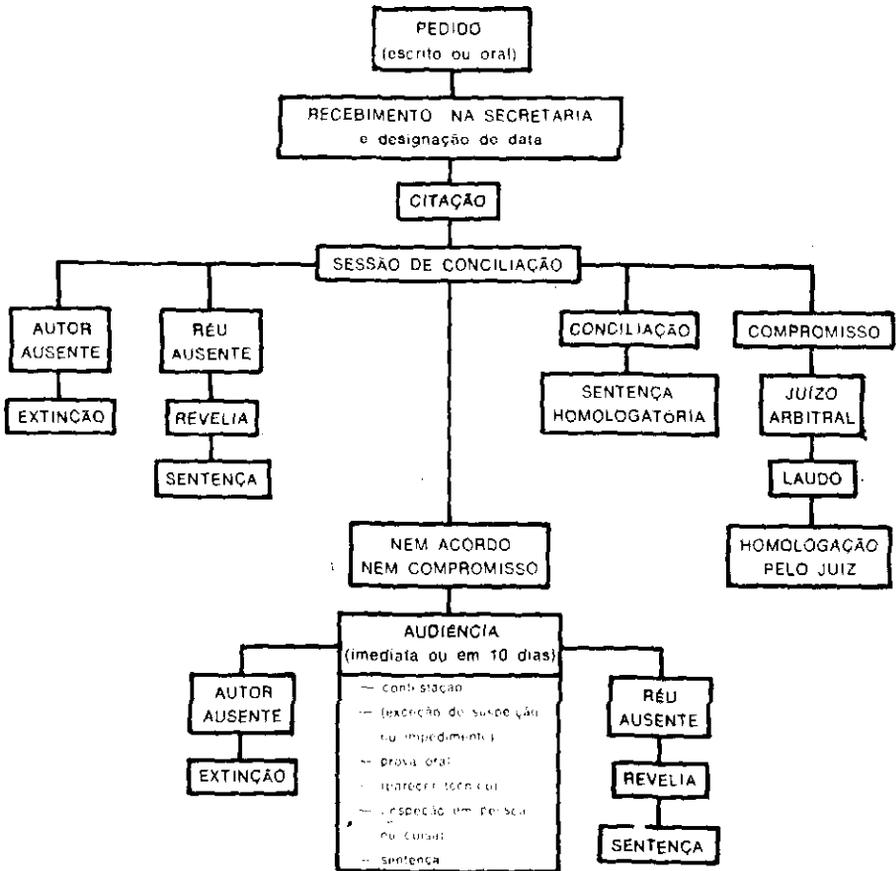
(88) V. retro, ns. 6, 7 e 8.

(89) V. LANCELLOTTI "Conciliatore...", cit., p. 411.

Anexo 1

JUIZADOS ESPECIAIS DE PEQUENAS CAUSAS

Esquema do procedimento *



* Fluxograma elaborado por Nelson Altemani e incluído por CÂNDIDO DINAMARCO no *Manual das Pequenas Causas*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1986, p. 57.

Anexo 2
SÃO PAULO – JUIZADO INFORMAL DE CONCILIAÇÃO
 Forum Regional da Lapa

MOVIMENTO DO MÊS DE ABRIL DE 1986

I – Número de reclamações		643
II – Não comparecimento do Reclamado	146	
Não comparecimento do Reclamante	7	
Não comparecimento de ambos	58	
Acordos fora de sessão	82	293
III – Sessões realizadas		350
Resultado negativo	77	
Acordos realizados em sessão	273	350

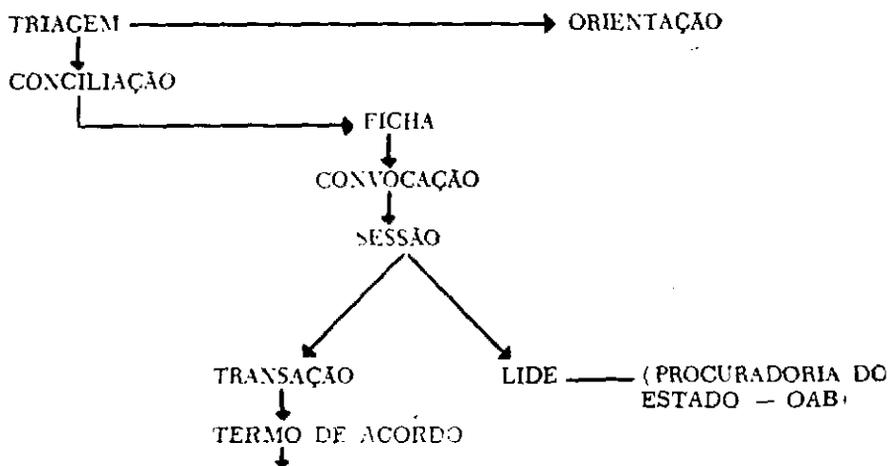
Estatística do mês:

Não comparecimento do Reclamado	22,7%
Acordos em sessão e fora da sessão, em relação às reclamações	55,2% *
.....	64,2% **
Acordos em relação às sessões realizadas	78%

Obs. * Sem computar o não comparecimento de ambas as partes como possível acordo não comunicado.

** Computando o não comparecimento de ambas as partes como possível acordo não comunicado.

Anexo 3
JUIZADOS INFORMAIS DE CONCILIAÇÃO DE SÃO PAULO
 Esquema de funcionamento *



Estimativa do pessoal necessário ao início das atividades

- 1 – Triagem: 5 voluntários, + 3 procuradores do Estado, + 1 promotor designado
- 2 – Orientação: 5 a 10 voluntários
- 3 – Fichas: 2 escreventes designados
- 4 – Sessão: 5 a 10 conciliadores voluntários, datilógrafos, 1 juiz designado

* Fluxograma elaborado pela A. e constante do *Manual das Pequenas Causas*, de CANDIDO DINAMARCO, cit., p. 142.

Os meios moralmente legítimos de prova

LUÍS ALBERTO THOMPSON FLORES LENZ
Advogado

“Em outros tempos as leis criminais asentavam na presunção de criminalidade, cujo corolário processual era a tortura engenhosamente uniforme e atroz. Todo réu se supunha culpado. Daí um sistema de investigação judicial empenhado todo ele em extorquir pela crueldade a confissão. O direito moderno, ao contrário, estriba na presunção de inocência. É a nossa presunção constitucional. A Constituição partiu desse pressuposto, cuja conseqüência era assegurar-se a defesa na sua maior amplitude.” (RUI BARBOSA, *Obras Completas*. v. 32, t. I, p. 36.)

SUMÁRIO

1. *Introdução*. 2. *Colocação do problema*. 3. *Distinção entre as provas ilícitas e ilegítimas*. 4. *Direito comparado*. 5. *Ordenamento brasileiro*. 6. *Posição do STF*. 7. *Conclusão*.

1. *Introdução*

Questão que tem suscitado discussão na doutrina e na jurisprudência é a da admissibilidade ou não das provas ilícitas e ilegítimas em nosso ordenamento jurídico.

O debate todo está polarizado entre os direitos fundamentais do homem e os princípios básicos que norteiam o processo e a necessidade da descoberta da verdade material, tanto para a proteção da sociedade, quanto para

a efetivação do ideal de justiça, que representa o anseio máximo e a razão de ser do direito.

2. Colocação do problema

Sensibilizado pelo fato de que as decisões proferidas pelos juizes e Tribunais baseiam-se fundamentalmente na lei, nas provas e na interpretação que os juizes fazem das provas à luz da lei, considero essencial estabelecer uma demarcação precisa da legitimidade da prova, e quando esta se torna inadmissível em juízo.

Debater o posicionamento do juiz quando se confronta com uma prova que, mesmo sendo ilegítima ou ilícita, elucidada a questão, demonstra, sem sombra de dúvidas, os responsáveis por determinado ato ilícito, ou terceiros que com ele não tenham nenhuma ligação, ou mesmo, quando essa prova ilegítima é contrária à prova dos autos.

Neste momento surge um dilema muito grande para o magistrado: ou valorizar a verdade, a qual foi demonstrada de forma inidônea, e assim procedendo, negar o direito, pois fundamentar uma decisão que, *a priori*, deveria ser sempre justa, com argumentos ou provas ilegítimas é, no mínimo, uma contradição, a qual cerceia a liberdade de defesa garantida pela Constituição Federal, ou, num segundo momento, não admitir uma prova, por esta ser ilegítima, e assim procedendo, negar a verdade pela presunção de que o que não está no processo não está no mundo jurídico, nem poderá ser apreciado pelo magistrado. Nesse caso, negando-se a verdade, também se estaria negando o direito, o qual, fundamentalmente, procura defender a verdade e a justiça.

A atuação do Estado encontra seus limites nos direitos e garantias do indivíduo. O binômio persecução penal e direitos do acusado deve ser respeitado, como refere ADA PELLEGRINI GRINOVER:

“... o Poder Judiciário serve à justiça, justo limite, estabelecido pela lei, entre a restrição de liberdade, que o direito opera, e a irrestrrição de liberdade, a qual a lei mesma, fora de suas limitações, conserva inviolável” (1).

Idêntico é o posicionamento de ANA MARIA BABETTE BAJER FERNANDES e PAULO SÉRGIO LEITE FERNANDES:

“... respeitar a liberdade jurídica do cidadão significa para o Estado a subsunção do poder àqueles lindes que o próprio Estado se impôs ao normatizar a liberdade jurídica do cidadão e, ao mesmo tempo, ao impedir que ele — Estado — extrapole aqueles mesmos parâmetros que gerou ao criar ou concretizar a norma

(1) GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e o Processo Penal*. 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 22.

proibitiva. É aí que quase sempre se fala em Estado de direito contraposto ao Estado de força" (2).

Segundo SERRANO NEVES, prova penal é aquela que, não atentando contra a moral, a saúde, a segurança e a liberdade individual, fornece ao juiz o material indispensável e seguro para a sentença.

A sentença, que é a manifestação do juiz e, conseqüentemente, do Estado, a respeito de um conflito de interesses, deve refletir um conjunto básico de valores protegidos e ressaltados pelo ordenamento jurídico, como fundamento de sua legitimidade e titularidade na aplicação da lei, a fim de proteger a sociedade.

Feitas essas considerações iniciais, podemos verificar a complexidade da questão objeto deste trabalho. É um tema novo, que surgiu com a evolução da técnica e dos meios de comunicação e que atualmente está sendo muito discutido na doutrina e na jurisprudência, sem que se tenha conseguido uma uniformidade de posicionamento.

3. *Distinção entre as provas ilícitas e ilegítimas*

Quando nos referimos à "prova proibida", devemos fazer uma distinção fundamental. Tanto ADA GRINOVER quanto CAMARGO ARANHA distinguem entre as provas proibidas a prova ilícita e a prova ilegítima.

Segundo estes, a prova ilícita é a que contraria normas de direito material, quer quanto ao meio, ou quanto ao modo de obtenção da prova em juízo.

Já a prova ilegítima é aquela que afronta normas de direito processual, tanto na produção quanto na introdução da prova no processo.

Com relação à prova ilegítima e a prova ilícita e ilegítima, o próprio direito processual a afasta. O problema aparece quando se trata da prova ilícita.

A legislação processual apenas limita a interceptação de cartas (art. 233 do CPP), mantendo-se omissa nos demais casos de ilicitudes. O Código de Processo Civil determina genericamente, no art. 332, que somente serão admissíveis em juízo os meios de prova desde que sejam moralmente legítimos. Já o Código Penal somente restringe a invasão física do domicílio e tutela o sigilo da correspondência (arts. 150 e 151 do CP).

Logo verificamos que tanto a legislação material quanto a processual quase nada falam sobre o assunto.

Também na doutrina o posicionamento não é pacífico.

(2) FERNANDES, Ana Maria Babette Bajer e FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Aspectos Jurídico-Penais da Tortura*. Editora Saraiva, 1982, p. 67.

4. *Direito comparado*

É interessante verificar a posição dos diversos países a respeito da matéria em estudo. Países estes com sistemas políticos e jurídicos diversos como os integrantes do sistema da *Common Law*, e os do sistema romano-germânico como é o nosso. O estudo do direito comparado serve para estabelecer um paralelo entre os diversos ordenamentos e suas limitações com relação à repulsa a estes meios inaceitáveis de prova em juízo ⁽³⁾.

Nos países integrantes do sistema da *Common Law*, a prova proibida é denominada "illegally obtained evidence". Estes países, fundamentalmente os países integrantes da Comunidade Britânica de Nações, apresentam atualmente duas tendências básicas. A tendência tradicional da Inglaterra e a tendência inovadora nos Estados Unidos.

Na Inglaterra vigora a máxima de que toda prova é válida desde que relevante. Ocorre que a Inglaterra não tem Constituição rígida que estabeleça os direitos e garantias individuais. Logo, a finalidade básica do processo inglês é a descoberta da verdade material e, como a ilicitude ou ilegalidade cometida na obtenção da prova não altera a verdade representada por esta prova, ela é tida como válida ou admissível em juízo.

Já os Estados Unidos apresentam uma tendência contrária, em regra, à vigorante na Inglaterra. Hoje, a partir do advento da IV e V Emendas, a Suprema Corte americana tem influenciado as instâncias estaduais e federais em sentido contrário à admissibilidade destas provas.

A IV Emenda americana é bem ampla quando dispõe que: "Será garantido o direito dos cidadãos à segurança das suas pessoas, domicílio, documentos e bens contra buscas, detenções e apreensões arbitrárias, não podendo ser passadas, sem razão plausível, apoiada em julgamento ou compromisso de honra, ordens de busca, detenção ou apreensão que não especifiquem o local, as pessoas ou as coisas sobre que recaem" ⁽⁴⁾.

Também a nível de legislação ordinária há restrições.

A interceptação de comunicações telefônicas é proibida pelo art. 605 do Federal Communications Act de 1934, segundo interpretação da Corte Suprema ⁽⁵⁾.

(3) Sobre a matéria referente às provas ilícitas e ilegítimas no direito estrangeiro, há o excelente estudo da Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, *op. cit.*, pp. 113 e seguintes. Também devo fazer referência ao artigo de ALÍPIO SILVEIRA, denominado "Torturas e Ilegalidades Policiais perante a Justiça Norte-Americana", publicado na *Revista Jurídica*, 1963, vol. 57, p. 29.

(4) DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 242.

(5) FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência Criminal*. São Paulo, 1979, José Bushatsky Editor, 3ª edição, vol. 2, p. 448.

Na França, a Constituição de 1958 estabelece, em seu preâmbulo, o respeito do povo francês aos direitos do homem e aos princípios que foram definidos pela Declaração de 1789.

O art. 34 desta Constituição determina que compete à lei ordinária a fixação de regras que deverão tutelar as garantias individuais e o exercício das liberdades públicas. Declara expressamente o referido dispositivo constitucional.

“Art. 34 — A lei é votada pelo Parlamento.

A lei estabelece os regulamentos referentes:

aos direitos cívicos e às garantias fundamentais concedidas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas; às obrigações impostas pela defesa nacional aos cidadãos quanto à sua pessoa e seus bens;

.....”

Logo, somente há proibição às provas ilícitas e ilegítimas na França, na medida em que exista norma processual ou material expressa neste sentido. Entretanto, o legislador ordinário francês não se preocupou em legislar restringindo estes meios probatórios, permanecendo a realidade de que, em princípio, não existe proibição a essas provas na França.

Na Alemanha, as provas ilícitas e ilegítimas são afastadas por serem inconstitucionais.

Há, igualmente, previsão expressa no ordenamento processual alemão em sentido contrário a esses meios de prova. Determina o art. 136 do Código de Processo Penal alemão:

“A liberdade da vontade de resolução e da vontade de participação dos acusados não pode ser prejudicada através de maus tratos, através de cansaço, através de usurpação corporal, por perseguição, por meios, através de tortura, através de engano, ou através de hipnose. A coação só pode ser empregada segundo o que permite o Direito Processual Penal. A ameaça de aplicar contra alguém, severamente, providência segundo seus regulamentos e a promessa de alguma vantagem legal são proibidas.

Medidas que prejudicam a memória ou a capacidade de inteligência dos acusados não são permitidas.

As proibições das alíneas 1 e 2 valem sem consideração do consentimento do acusado. Testemunhos que se realizam com ofensa dessas proibições não podem, pois, ser aproveitados, mesmo que o acusado concorde em sua utilização” (6).

(6) BARROS, Adherbal de. A Investigação Criminosa da Prova, *Revista dos Tribunais*, v. 504, p. 291.

Contudo o ordenamento jurídico alemão admite uma exceção à regra geral de que todas as provas proscritas (ilícitas e ilegítimas) sejam inadmissíveis em juízo.

A jurisprudência alemã criou a Teoria da Proporcionalidade, segundo a qual em circunstâncias excepcionais, e somente nestas, quando houver um bem jurídico relevante ameaçado, e não houver outro meio lícito e legal para resguardar este bem ameaçado, os tribunais alemães têm admitido provas ilegítimas em caráter excepcional.

Na Itália a questão referente a prova proibida também é tratada a nível constitucional. Os arts. 13, 14 e 15 da Lei Maior italiana restringem estes métodos de captação de prova. O disposto nos arts. 14 e 15 da Constituição italiana é semelhante ao conteúdo dos parágrafos 9.º e 10 do art. 153 da nossa Constituição. Eles resguardam o domicílio e a correspondência de violações indevidas.

A inovação encontra-se no disposto no art. 13, cuja redação é a seguinte:

“Art. 13 — A liberdade pessoal é inviolável.

Não é admitida forma alguma de detenção, de inspeção ou perquisição pessoal, nem tampouco qualquer outra forma de restrição à liberdade pessoal, a não ser por determinação da autoridade judiciária e, unicamente, nos casos e formas previstos por lei.

Em casos excepcionais de necessidade e urgência, indicados categoricamente pela lei, a autoridade de segurança pública pode adotar medidas provisórias que devem ser comunicadas no prazo de quarenta e oito horas à autoridade judiciária e, se esta não as reconhecer como válidas nas sucessivas quarenta e oito horas, as mesmas entender-se-ão revogadas e nulas para todos os efeitos.

É punida toda violência física e moral contra as pessoas, mesmo submetidas a restrições de liberdade.

A lei estabelece os limites máximos da prisão preventiva.”

É muito expressivo o disposto neste artigo. Ele vincula toda a atividade investigatória que se apresenta inovadora ou restritiva dos direitos individuais a prévia autorização do juiz e, unicamente, nos casos e formas delimitados por lei.

Mesmo em casos de anormalidade em que exista urgência, os quais deverão estar elencados expressamente na lei, as providências adotadas pela autoridade pública terão obrigatoriamente que ser comunicadas em 48 horas à autoridade judicial, para que esta as ratifique como legais, sob pena de se entenderem nulas para qualquer efeito.

Constatamos a posição muito firme do constituinte italiano, preocupado com o resguardo dos direitos dos acusados. Ele entende que não se pode

atingir a verdade a qualquer preço, pois existem valores outros que também devem ser resguardados na defesa da justiça.

5. Ordenamento brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta duas correntes no que tange às provas ilícitas e ilegítimas: a corrente contrária à admissibilidade destas provas em juízo, e uma segunda corrente, a que admite determinados meios ilícitos ou ilegítimos.

a) Corrente contrária à admissibilidade das provas ilícitas e ilegítimas

Segundo ADHERBAL DE BARROS, a finalidade básica do processo, e principalmente do processo penal, não é apenas a descoberta da verdade material. Para ele, o objetivo derradeiro do processo é a realização do direito.

O mencionado autor faz alusão a uma série de artigos que desprezam a verdade material em função de interesses outros protegidos pela norma como o art. 332 do CPC e o art. 233 do CPP.

O art. 332 do CPC condiciona que as provas, para serem admitidas no processo civil, sejam morais e legais. Já o art. 233 do CPP proíbe a admissão de cartas particulares interceptadas ou obtidas por meios criminosos.

Mesmo que o CPP somente se refira às cartas criminosamente obtidas, através de uma interpretação analógica desse artigo, podemos compreender o repúdio do legislador por qualquer espécie de prova criminosa.

“Analogicamente, não sendo evidentemente menor o interesse público na preservação da liberdade, da integridade corporal, do domicílio etc., também as provas criminosamente obtidas, com ofensa a esses bens, são inadmissíveis” (7).

Logo, para este autor, as provas ilícitas e ilegítimas são inaceitáveis em juízo, pois colidem com o fim do processo penal. A repressão à criminalidade exige uma postura ética por parte da autoridade policial. Esta não pode se valer dos mesmos meios empregados pelos delinquentes que combate.

Finaliza afirmando que a única solução cabível é a eliminação da prova criminosamente obtida.

Para SERRANO NEVES, prova criminal é aquela que, não atentando contra a moral, a saúde, a segurança e a liberdade individual, fornece ao juiz o material indispensável e seguro para a sentença. O que não estiver

(7) BARROS, Adherbal de. A Investigação Criminosa da Prova, *Revista dos Tribunais*, v. 504, p. 293.

contido nesse conceito não será prova, mas arremedo de prova ou, como denomina o autor, torpeza processual⁽⁸⁾.

A Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER defende a tese de que são inadmissíveis em juízo as provas proibidas. Todavia, para ela, em virtude da lacuna existente tanto em nosso ordenamento material, quanto processual neste sentido, compete à Constituição Federal coibir esses meios, visto que sempre será infringido um princípio constitucional na aquisição desta prova:

“Sendo inaceitável a corrente que admite as provas ilícitas, no processo, preconizando pura e simplesmente a punição do infrator pelo ilícito material cometido; afastada, como o fizemos, a simples visão unitária que pretende superar a distinção entre ilícito material e inadmissibilidade processual, em um posicionamento que se baseia na unidade do ordenamento jurídico, a necessária correlação entre o ato ilícito, material, da obtenção da prova e a sua inadmissibilidade e ineficácia processuais somente pode ser feita, como vimos, pela qualificação que os institutos processuais recebem do direito constitucional”⁽⁹⁾.

O Ministro NELSON HUNGRIA declarou-se favorável à livre admissão da prova em juízo, como um atributo do princípio do livre convencimento, que vigora amplamente no processo.

Identificando a finalidade do processo penal com a descoberta da verdade material e com o princípio do livre convencimento, alega que representa uma incoerência a limitação dos meios de prova. Conseqüentemente, a enumeração legal é apenas exemplificativa:

“... A desconcertante versatilidade dos fatos humanos e o constante progresso dos métodos técnicos aplicáveis à investigação criminal podem exigir ou justificar a adoção de meios probatórios estranhos à experiência do passado, sobre a qual se baseia a exemplificação da lei”⁽¹⁰⁾.

Todavia, embora entenda que existe a maior liberdade possível na apreciação dos meios de prova, esta não é total. O limite é aquele que garanta a exclusão das provas que atentem contra o pudor público, os subversivos da ordem pública, os violentos e os atentatórios à personalidade humana ou à moral pública.

(8) NEVES, Serrano. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, de J. M. de Carvalho Santos, vol. 42, p. 355.

(9) GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e o Processo Penal*. São Paulo, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 160.

(10) HUNGRIA, Nelson. A Liberdade dos Meios de Prova, *Revista Jurídica*, 1958, v. 33, p. 5.

Semelhante é o pensamento de JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR SILVA quando refere que o princípio "líder" em matéria de prova no Código de Processo Civil é o do art. 332, que condiciona a que as provas sejam morais e legais. Esse dispositivo legal se aplica tanto às provas nominadas, quanto às inominadas, pois ambas são reguladas por um mesmo princípio de legalidade e moralidade.

Da mesma forma, manifesta-se em sentido contrário à tese de que os meios de prova ilícitos e ilegítimos, embora não admissíveis em juízo como tais, possam sê-lo como indícios:

"Logo após o advento do Código vigente, passamos a receber notícias alarmantes acerca da presença em alguns feitos desses métodos, na expectativa de ser dada ao art. 332 uma interpretação que os favoreça. Se não considerados como meios de prova, já que como tal a lei os afasta, supõe, quem os produziu, valer como indícios (!). Já ouvimos opinião dessa natureza.

Todavia os indícios somados valem como meio de prova, pois conduzem a um resultado. Logo, deve ser fulminada essa absurda interpretação.

A imoralidade na obtenção da prova, seja de qual grau for, a invalida inteiramente. Se a lei não apresentou critérios apriorísticos de moralidade, e se esta, como bem adverte CARNELUTTI, não se pode medir, não obstante, terá ela sua presença ou ausência sempre constatável" (11).

b) *Corrente favorável a determinadas provas ilícitas*

Segundo o Desembargador NEY AHRENDTS, em regra, em virtude do previsto no art. 332 do CPC, somente seriam admissíveis em juízo os meios probatórios morais e legais.

Todavia, excepcionalmente, em virtude do caráter investigatório que o Código de 1973 conferiu ao juiz, pode este admitir uma prova obtida de maneira discutível, desde que não tenha sido descumprida norma de processo nem praticado ilícito civil, penal ou administrativo:

"O intérprete não pode admitir o choque mortal da lei instrumental com os princípios básicos da ordem jurídica, dando força à ilegalidade e instigando a fraude e o dolo com desrespeito à dignidade da pessoa humana" (12).

(11) AGUIAR SILVA, João Carlos Pestana de. Introdução ao Estudo da Prova, *Revista Forense*, vol. 247, p. 39.

(12) AHRENDTS, Ney da Gama, et alli. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Editora Bels, 1974, p. 117.

“Em certas hipóteses, todavia, notadamente quando se tratar de casos que envolvam má fé, dolo, ou utilização do processo para a perpetração de atos simulados, ou obtenção de fins vedados pela lei, ou, ainda, quando a convicção do julgador dependa, fundamentalmente, do exame de uma gravação, embora apanhada de maneira discutível, decidirá o prudente arbítrio do juiz, já que a lei confere ao magistrado o poder indispensável para investigar.

Em situações de natureza excepcional, cuida-se de ordem judicial, e a prova será levada para os autos sem infração punível e nem desobediência aos princípios processuais acima mencionados.

A regra, contudo, a observar só pode ser a da validade e proponibilidade da prova gravada, que seja lícita e legal, e também moralmente aceitável” (13).

Conforme HÉLIO TORNAGHI, a prova proibida pelo direito é inaceitável em juízo. Todavia, quanto à prova obtida através de violação de normas de direito material, ele não é tão categórico na sua restrição. Afirma que o juiz não pode admitir esse meio como “prova” em juízo. Entretanto, ele também não pode simplesmente desconsiderar que a parte disse alguma coisa, pois isso seria irresponsabilidade sua. Logo, não admite as provas ilícitas como prova, mas sim como indício, e tudo o que se descobrir lícitamente a partir destes indícios é válido e admissível em juízo.

Já o Ministro CORDEIRO GUERRA admite a apreciação em juízo de uma confissão extrajudicial, mesmo quando obtida mediante coação ou sevícia. Para o Ministro, pune-se o autor do ilícito, mas a prova é válida, desde que confirmado o seu teor pelas outras evidências colhidas na instrução judicial.

“Não creio que entre os direitos humanos se encontre o direito de assegurar a impunidade dos próprios crimes, ainda que provados por outro modo nos autos, só porque o agente da autoridade se excedeu no cumprimento do dever e deva ser responsabilizado.

Nesse caso, creio que razão assiste à nossa jurisprudência; pune-se o responsável pelos excessos cometidos, mas não se absolve o culpado pelo crime efetivamente comprovado” (14).

Igualmente é significativo o parecer do Ministro RAPHAEL DE BARROS MONTEIRO, que se posicionou sobre a matéria em acórdão de 1951.

(13) *Op. cit.*, p. 117.

(14) GUERRA, Cordeiro. Valor Probante das Confissões Extrajudiciais, *Rev. Forense*, v. 285, p. 5.

Diz a ementa: “Prova — Gravação de conversa telefônica — Captação por meio criminoso — Violação do sigilo da correspondência — Meio probatório não previsto em lei — Livre apreciação, todavia, pelo juiz” (15).

O Ministro BARROS MONTEIRO sustenta que a finalidade do juiz no processo é julgar, julgar com as provas que tem e não verificar a licitude ou legalidade da prova. O simples fato de terem sido captadas por meio criminoso não pode constituir motivo para que não se tome em consideração este meio de prova. Fundamenta seu ponto de vista na lição de CUNHA GONÇALVES, que afirma: “Os tribunais têm de julgar conforme as provas que lhes são apresentadas e não lhes compete investigar se elas foram bem ou mal adquiridas pelo respectivo litigante. Essa investigação é estranha ao processo e o Juiz que a fizer exorbitará de suas atribuições processuais” (16).

O Desembargador BARBOSA MOREIRA também se posicionou de forma favorável à admissão de uma gravação obtida de forma ilícita e ilegítima no caso concreto (17).

Diz o aresto: “Prova obtida por meio de interceptação e gravação de conversas telefônicas do cônjuge suspeito de adultério: não é ilegal, quer à luz do Código Penal, quer do Código Brasileiro de Telecomunicações, e pode ser moralmente legítima, se as circunstâncias do caso justificam a adoção, pelo outro cônjuge, de medidas especiais de vigilância e fiscalização.”

Conclui o eminente processualista que, realmente, existe a tutela da intimidade em nosso ordenamento jurídico, embora não prevista de forma expressa. Existe, mas, como todos os direitos integrantes do ordenamento jurídico, é limitado, devendo ceder diante de um bem jurídico superior, que, no caso, seria a reta administração da justiça ou a liberdade da parte de produzir prova em juízo.

“... Não pode, assim, haver dúvida acerca da posição fundamental do ordenamento em face do conflito de valores que se desenha. Sobre o interesse na preservação da intimidade prevalecem, em linha de princípio, os interesses legados à reta administração da justiça. Aquele não pode ter a virtude de obstar ao pleno atendimento destes. Todavia, deve atuar aqui, como alhures, o princípio de que os meios se proporcionam de modo necessário aos fins colimados. O direito à preservação da intimidade sujeita-se ao sacrifício na medida em que a sua proteção seja incompatível com a realização dos objetivos que se têm primordialmente em vista. Nessa medida, o ordenamento o tolera ou

(15) *Revista dos Tribunais*, 1951, v. 194, pp. 157 e seguintes.

(16) GONÇALVES, Cunha. *Tratado de Direito Civil*, volume XIII, nº 2.110.

(17) *Agravo de Instrumento* n.º 7.111, de 7 de novembro de 1983, publicado na *Revista Forense*, v. 286, pp. 270 e seguintes.

mesmo o impõe; além dela, não. Cumpre observar um critério de proporcionalidade, com o auxílio do qual se possa estabelecer adequado "sistema de limites" à atuação das normas suscetíveis de pôr em xeque a integridade da esfera íntima de alguém, participante ou não do processo" (Processo civil e direito à preservação da intimidade, in *Temas de Direito Processual*, Segunda Série, S. Paulo, 1980, pp. 9/10; grifos do original)" (18).

Não é outro o entendimento de PONTES DE MIRANDA sobre o assunto abordado.

De acordo com o saudoso jurista, existe o resguardo ao sigilo, direito da personalidade, mas é um direito que cede diante de outro mais alto, notadamente quando o objeto do sigilo é meio de prova em juízo (19). Ele exemplifica como direito mais alto a ser protegido, mesmo com infração ao direito à intimidade, o direito à vida, à integridade física, à verdade, à honra.

Afirma que o segredo da correspondência abrange o telegrama, o radiograma, o fonograma e o telefone.

Para PONTES não interessa a modalidade da prova. O essencial é o seu conteúdo, se este viola ou não norma material ou constitucional:

"Depois do que acima expomos, temos de entrar em novas apreciações, que se relacionam com os meios moralmente legítimos. Os microfimes, os *slides*, gravadores embutidos em estantes, mesas ou paredes, os computadores e outros meios de reprodução ou gravação não têm proibição. O que se há de examinar é aquilo que colhe, porque o conteúdo é que pode ofender o direito ao sigilo, ou não ser, por outro motivo, moralmente legítimo. O juiz, ao ter de negar ou admitir o meio de prova, há de recorrer ao direito material e até mesmo à Constituição, porque não fica às leis dizer, a seu arbítrio, o que se há de entender por sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas" (20).

Delicada é a questão referente à admissibilidade das provas ilícitas e ilegítimas no direito de família.

Aqui, conforme o Desembargador YUSSEF SAID CAHALI, o tratamento dispensado à matéria deve ser especial.

(18) Revista citada, p. 272.

(19) PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Editora Revista dos Tribunais, 1983, v. 7, p. 131, e *Comentários ao Código de Processo Civil* (1973), 2ª edição, 1979, tomo IV, p. 336.

(20) PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil* (1973), Editora Forense, 1979, 2ª edição, tomo IV, p. 344.

Ressalta que, no direito de família, é irrelevante o meio como a prova foi produzida. O essencial é o conteúdo. Havendo a prática de eventual ilícito na obtenção da prova, deve o juiz aproveitar o seu conteúdo, se relevante, visto que o direito de família persegue a verdade real, e enviar ao juízo criminal eventual indício da existência de ilícito penal.

“Quanto a nós, se inexistente regra específica em nosso direito, acompanhamos a lição de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, no sentido de que tal modalidade de prova será sempre admissível, sendo irrelevante qualquer distinção quanto a se saber se a carta foi obtida por meios ilícitos ou desleais, ou se foi interceptada por mera casualidade pelo cônjuge inocente” (21).

O autor assenta sua opinião em diversos julgados e no magistério de PONTES DE MIRANDA (22).

JOSÉ RUBENS MACHADO DE CAMPOS sustenta que o conflito entre o direito à intimidade e os meios ilícitos de prova deve ser objeto de muita reflexão no direito de família. Essa é uma área do ordenamento jurídico que está diretamente vinculada à intimidade das pessoas por sua própria natureza. Atualmente não se admite mais uma proteção absoluta às liberdades públicas e, entre elas, à intimidade. Estes direitos devem ceder sempre que entrem em confronto com a ordem pública e as liberdades alheias (23).

6. Posição do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a matéria tratada neste trabalho em duas oportunidades. Nos Recursos Extraordinários n.ºs 85.439 e 100.094, em que foram relatores, respectivamente, os Ministros XAVIER DE ALBUQUERQUE e RAFAEL MAYER, podemos constatar a orientação do STF sobre o tema aqui desenvolvido.

O primeiro caso trata de uma questão de direito de família, versando sobre o desentranhamento de fitas gravadas pelo marido e resultantes de interceptação de conversa telefônica da mulher, utilizadas no processo de separação. As gravações foram feitas clandestinamente, sem nenhuma auto-

(21) CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986, 5ª edição, 2ª tiragem, p. 390.

(22) Sustentando posição oposta, encontramos, entre outros, acórdão da lavra do eminente Des. MILTON DOS SANTOS MARTINS, em ação de exoneração de alimentos, publicado na *RJTJRS*, vol. 80, p. 276, cuja ementa é a seguinte:

“VIOLAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA. DESENTRANHAMENTO

Não vale prova a correspondência imoralmente obtida por interceptação e violação indevida. Fora assim, o processo seria estímulo ao ilícito, o que justamente abomina (arts. 332 e 125, III, do CPC).”

(23) MACHADO DE CAMPOS, José Rubens. Das interceptações telefônicas — Fonte de prova moralmente legítima? *Revista Forense*, vol. 286, p. 86.

rização judicial, e tinham por objetivo provar o adultério praticado pela mulher, para o marido conseguir o desquite.

Destaca a ementa:

“Prova civil. Gravação magnética, feita clandestinamente pelo marido, de ligações telefônicas da mulher. Inadmissibilidade de sua utilização em processo judicial por não ser meio legal nem moralmente legítimo (art. 332 do Código de Processo Civil)” (24).

O egrégio Tribunal entendeu que a conduta da parte havia infringido tanto a dispositivo constitucional quanto a normas materiais e processuais.

O aludido ato probatório atenta contra as garantias constitucionais da inviolabilidade da correspondência e da inviolabilidade do domicílio (art. 153, §§ 9.º e 10). Com relação ao Código de Processo Civil, o qual determina expressamente no art. 332 que somente são admissíveis em juízo os meios inominados desde que “moralmente legítimos” e, se a Lei n.º 4.117/1962 proíbe a utilização desta prova junto com norma constitucional genérica, logo não se trata de meio moralmente legítimo.

Em outra oportunidade, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 100.094, voltou o STF a se pronunciar sobre o assunto. Agora o relator é o eminente Ministro RAFAEL MAYER, e o caso também versa sobre uma gravação telefônica obtida de forma indevida.

Assinala o acórdão:

“Direito ao recato ou à intimidade. Garantia constitucional. Intercepção de comunicação telefônica. Captação ilegítima de meio de prova. Art. 153, § 9.º, da Constituição. Art. 332 do Código de Processo Civil.

Infringente da garantia constitucional do direito da personalidade e moralmente ilegítimo é o processo de captação de prova, mediante a intercepção de telefonema, à revelia do comunicante, sendo, portanto, inadmissível venha a ser divulgada em audiência de processo judicial, de que sequer é parte. Lesivo a direito individual, cabe o mandado de segurança para determinar o trancamento da prova e o desentranhamento dos autos, da gravação respectiva. Recurso extraordinário conhecido e provido” (25).

A fundamentação do Pretório Excelso foi basicamente a mesma. Tendo sido violada a Constituição, o Código de Processo Civil, o Código Penal e a legislação extravagante, este meio de prova somente poderia ter sido considerado inaceitável em juízo.

(24) *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, vol. 84, p. 609.

(25) *Revista acima citada*, vol. 110, p. 798.

Logo, podemos constatar a posição do STF, que tem se mantido constante no repúdio a tais meios de prova. Como compete ao Supremo interpretar tanto a Constituição quanto a lei federal e, tendo ele expressamente declarado que essa espécie de prova não pode ser considerada moralmente legítima, por mais progressistas e elásticos que sejam os padrões de moralidade que se possam utilizar, tem-se, por ora, qual seja a posição do ordenamento brasileiro acerca da complexa questão em debate.

Conclusão

Ao concluir este estudo, é essencial tecer algumas considerações a respeito do tema abordado.

Primeiramente, entendemos que o nosso ordenamento jurídico é muito deficiente na vedação das provas ilícitas e ilegítimas. Os vários artigos que tratam sobre a matéria, entre eles os arts. 153, §§ 9.º e 10 da Constituição Federal, 150 e 151 do Código Penal, 233 do Código de Processo Penal, limitam-se a restringir determinados meios específicos de provas proibidas.

O legislador brasileiro, até agora, não tinha se preocupado em legislar de forma abrangente, abolindo a totalidade das provas ilícitas e ilegítimas, apenas com a exceção prevista no art. 332 do Código de Processo Civil, que condiciona a admissibilidade das provas em juízo a que sejam morais e legais.

Entretanto, esse quadro vem se alterando. A nível de legislação ordinária, o Projeto de Código de Processo Penal (Projeto de Lei n.º 1.655-B, de 1983), no capítulo referente às provas, art. 255, condiciona a sua admissibilidade em juízo a que sejam morais e legais, e vai além, vinculando o seu aproveitamento a que sejam lícitas.

“Art. 255 — Todos os meios legais, ainda que não especificados neste Código, são admissíveis para provar a verdade dos fatos, e, quanto ao estado das pessoas, devem ser observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.

§ 1.º — As provas obtidas por meios ilícitos não podem ser consideradas pelo juiz para formação de sua convicção.”

Na esfera constitucional a questão também vem ensejando discussão.

A Proposta de Emenda à Constituição Federal n.º 11, de 1984, denominada “Emenda Figueiredo”, retirada do Congresso às vésperas de sua votação, traria profundas modificações à matéria em debate. Esta proposta objetivava a reforma da Constituição procurando atualizá-la e prepará-la para o momento histórico vigente, ou seja, período de transição. Houve uma alteração no enfoque concernente às provas ilícitas e ilegítimas na órbita constitucional.

Segundo a proposta, a redação do art. 153, § 1.º, seria a seguinte:

“Art. 153.

§ 1.º — São intangíveis os valores da pessoa humana e seus direitos fundamentais, devendo o Estado respeitar e proteger a intimidade do indivíduo e de sua família, seu nome e sua imagem. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça.”

Resta ainda abordar um ponto que nos parece essencial.

No momento, a questão da prova proibida vem surgindo perante os tribunais através das provas técnicas e interceptação da correspondência.

Ela é facilmente afastada quando se emprega a tortura física, que, de imediato, repugna ao julgador, pois, além de contrariar o direito, afronta, antes, a moral e a dignidade humana.

A dificuldade surge, entretanto, quando a violação ao direito ocorre através dos já mencionados meios técnicos e métodos de interceptação da correspondência.

Nesses casos, a ânsia do julgador em descobrir a verdade, em fazer justiça, pode facilitar a admissão de um meio de prova proibido. É, então, que o cuidado deve ser redobrado.

Todavia, também devemos entender que não cabe mais uma restrição absoluta a essas formas técnicas. Hoje, os gravadores, as máquinas fotográficas, os transmissores de sons, estão de tal forma difundidos, que o seu uso não se constitui mais em segredo a ninguém.

Assim, sempre que o seu emprego se faça sem dolo, mas de forma natural e em resguardo de um direito, o seu resultado poderá ser aproveitado pelo julgador.

Inadmissível é o dolo, a malícia, a torpeza na captação da prova.

É aliás o que está proibido no art. 332 do Código de Processo Civil.

A finalidade deste dispositivo não é restringir o emprego da técnica na produção da prova judicial. É, isso sim, conciliar o desenvolvimento tecnológico, tão almejado por todos, com um valor permanente ao homem, ou seja, a moral, a dignidade, a virtude humana.

Eis o cerne da questão, a identidade entre a prova e a finalidade do processo. Este é o meio pelo qual a pessoa física ou jurídica, ou o próprio Estado, procura resguardar um direito ou uma situação.

A sua razão de ser é muito ampla. Consiste em um somatório. Busca-se a realização do direito, através de um procedimento abstrato, que tem por

objetivo resguardar a dignidade e a moralidade do cidadão. Não uma aplicação da lei sem limites, e sim, uma realização do direito que encontre suas fronteiras na dignidade, na moralidade do cidadão.

A posição do juiz, como dirigente do processo e destinatário da prova, exige uma sensibilidade especial. Cabe a ele considerar que existem certos ramos do ordenamento jurídico, notadamente o direito de família, em que a captação da prova é mais difícil. Nestes deve ser mais flexível, isso sem prejuízo das garantias constitucionais do indivíduo,

O magistrado deve, acima de tudo, empregar o bom senso no exame destas provas.

Nessa matéria não cabe nem a restrição absoluta, nem a admissibilidade total.

Exige-se um meio termo. É preciso ter em mente que o processo é o "instrumento" de realização do direito material.

O fim a ser perseguido é a realização da justiça. Contudo, não se consegue justiça através de meios injustos.

B I B L I O G R A F I A

- ACOSTA, Walter P. *O Processo Penal*. 4ª edição, Editora do Autor, 1962.
- AGUIAR, João Carlos Pestana de. "Introdução ao Estado da Prova", *Revista Forense*, v. 247, p. 27, de 1974.
- "A Crise da Privacidade e os Melos de Prova", *Revista Forense*, v. 252, 1974, p. 68.
- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Editora Forense, v. IV, 1982.
- *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Editora Saraiva, 3ª edição, volume 2.
- ARIEL DOTTI, René. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- BABETTE BAJER FERNANDES, Ana Maria e LEITE FERNANDES, Paulo Sérgio. *Aspectos Jurídico-Penais da Tortura*. Editora Saraiva, 1982.
- BARROS, Adherbal de. "A Investigação Criminosa da Prova", *Revista dos Tribunais*, v. 504, p. 288.
- CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. Editora Revista dos Tribunais, 1986, 5ª edição, 2ª tiragem.
- CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. *Da Prova no Processo Penal*. Editora Saraiva, 1983.
- CORDEIRO GUERRA, João Baptista. "O Valor Probante das Confissões Extrajudiciais", *Revista Forense*, v. 285, p. 1.

- COSTA Jr., Paulo José da. *O Direito de Estar Só — Tutela Penal da Intimidade*. Editora Revista dos Tribunais, 1970.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. "Direito Material e Processual em Tema de Prova", *Revista Forense*, v. 251, p. 32.
- DUVAL, Hermano. "A Dimensão Jurídica da Fita Magnética", *Revista Forense*, v. 251, p. 385.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Editor Borsoi, 1960.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. 5ª edição, Editora Saraiva, 1984.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência Criminal*. José Bushatsky Editor, 3ª edição, 2º volume.
- GOMES, Orlando. "Direitos de Personalidade", *Revista Forense*, v. 216, p. 5.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e o Processo Penal*. 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1982.
- HUNGRIA, Nelson. "A Liberdade dos Meios de Prova", *Revista Jurídica*, v. 33, 1958, p. 5.
- MACHADO DE CAMPOS, José Rubens. "Das Interceptações Telefônicas — Fonte de Prova Moralmente Legítima?", *Revista Forense*, v. 286, p. 81.
- GAMA AHRENDTS, Ney da, et alii. *Estudos Sobre o Novo Código de Processo Civil*. Editora BELS, 1974.
- NEVES, Serrano. "Prova Criminal", *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro* de JM de Carvalho Santos, v. 42.
- PASSOS DE FREITAS, Gilberto. *Abuso de Autoridade*. 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1983.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. v. 7, Editora Revista dos Tribunais, 1983.
- . *Comentários ao Código de Processo Civil (1973)*. 2ª edição, Editora Forense, tomo IV.
- REALE, Miguel. "Emenda para uma política de consenso", *Revista Forense*, v. 290, p. 431.
- RIBEIRO, Leonídio. "A Narco-Análise", *Revista Forense*, v. 191, 1960, p. 391.
- SÁ Jr., Renato Maciel de. "A Prova Fonográfica", *Revista dos Tribunais*, v. 574, p. 302.
- SILVEIRA, Alípio. "Torturas e Ilegalidades Policiais Perante a Justiça Norteamericana", *Revista Jurídica*, v. 57, 1963, p. 29.
- TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. 3ª edição, Editora Saraiva, volume 3.
- . *Curso de Processo Penal*. Editora Saraiva, volume 1.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Edição Jalovi, volume 3.

Provas ilícitas no processo penal

MARIA DA GLÓRIA LINS DA SILVA COLUCCI

e

MARIA REGINA CAFFARO SILVA

Do Curso de Mestrado da Universidade
Federal do Paraná, sob a orientação do
Professor René Ariel Dotti

S U M Á R I O

1. *Introdução.* 2. *Vocábulo "prova" e suas implicações.* 3. *Provas lícitas e ilícitas.* 4. *Provas ilícitas: conseqüências.* 5. *Conclusão.*

1. *Introdução*

A teoria da prova retrata no processo penal uma crescente tendência à liberação dos *meios* de descoberta da verdade real, aliada à apreciação racional dos fatos pelo juiz.

Um longo processo histórico envolve a elaboração da teoria da prova, acompanhando os sistemas processuais penais⁽¹⁾: ora se consagram a prefixação e hierarquia entre as provas (certeza legal ou sistema da legalidade das provas); ora se atribui à subjetividade do juiz validade suficiente para examinar as provas e decidir com soberania e liberdades tais, que não precisa motivar ou mesmo expor os elementos de sua íntima convicção (*judgmento secundum conscientiam*). Num terceiro estágio, em respeito ao contraditório, fixou-se como pressuposto do direito de defesa o conhecimento pelas partes dos caminhos percorridos pelo juiz ao julgar (persuasão racional), cedendo-se ao julgador liberdade de valoração da prova, desde que acompanhada de demonstração lógica dos motivos da decisão. A motivação das sentenças e decisões de um modo geral tornou-se verdadeira garantia individual, evitando-se que a excessiva liberdade na avaliação das provas transformasse o processo penal em instrumento de opressão e terror, em vez

(1) Veja-se "Sistemas de Processo Penal", COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva e SILVA, Maria Regina Caffaro. In *Jornal Gazeta do Povo*, Curitiba, Paraná, em 10-8-86, p. 48.

de protetor das liberdades públicas. O livre convencimento do juiz não colide com a demonstração dos procedimentos lógicos utilizados na descoberta da verdade. O legislador pátrio, em diversas disposições, reporta-se à racionalidade na perquirição dos fatos, tais como: compatibilidade e concordância entre as provas (art. 197 do CPP); juízo de necessidade (art. 209 do CPP); exame das provas em conjunto (art. 200 do CPP); divergências entre testemunhas e seu esclarecimento (arts. 229 e 230 do CPP) etc., consagrando o art. 157 do mesmo diploma legal que: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova", acrescentando-se que, para validade da decisão, observará os requisitos do art. 381, incisos I a VI, do CPP.

O questionamento da ilicitude das provas envolve não apenas um juízo técnico quanto ao aproveitamento ou rejeição de determinados elementos probatórios recolhidos ao longo da *persecutio criminis*. Há, sem dúvida, uma dimensão ética, imprescindível à validade dos procedimentos utilizados na descoberta da verdade, sob pena de se impor uma política penal maquiavélica, em que os fins justificam os meios... No entanto, fica uma indagação: até que ponto interessa à comunidade e ao ordenamento jurídico rechaçar determinadas provas, rotulando-as de "ilícitas", em detrimento de uma efetiva investigação da verdade?

Devem ser estabelecidos limites ao princípio da verdade real, pressuposto e fim último do processo penal? Diante de "fatos incertos", que conduzem à absolvição do acusado em observância ao princípio do *in dubio pro reo*, acatado pelo legislador pátrio (art. 386, VI do CPP), deveriam interrogatórios, depoimentos ou mesmo buscas e apreensões feitas em discordância com o mandamento legal ser aproveitados? A resposta legal é negativa. A dúvida que gerou a realização desse breve ensaio reside na qualificação legal de uma prova lícita ou ilícita, e nos *critérios* adotados pelo legislador ao rotulá-la como tal: seriam de ordem técnica, ou teriam, na verdade, fundamentação ética? Considerando que a técnica e a ética evoluem, haveria um mínimo de eticidade a ser observado na qualificação legal das provas? Uma vez estabelecidos princípios ou critérios legais, deveriam estes ser aplicados apenas quando houvesse violência ou alguma forma de agressão à pessoa? Muitas são as indagações que o assunto envolve, não temos a pretensão de esgotá-las.

2. O vocábulo "prova" e suas implicações

O vocábulo envolve diversidade de acepções. Semanticamente, prova é a demonstração da veracidade ou autenticidade de alguma coisa⁽²⁾. De um modo geral, os compêndios jurídicos se referem à prova como *meio*, *ônus* e *resultado*, embora outros significados possam ser atribuídos ao termo.

Abstraídos os sujeitos poder-se-á considerar que: a prova implica na existência de *objeto* (os fatos relevantes), *meios* (instrumentos legais de

(2) BUARQUE DE HOLANDA, Aurélio. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Ed. Nova Fronteira, 1975.

pesquisa da verdade); *métodos* (procedimentos a serem observados na obtenção da verdade) e *resultado* (o que resta demonstrado nos autos como verdadeiro). Subjetivamente, as provas envolvem um *destinatário* e sua *convicção* (o juiz) e as *partes* (a quem compete o ônus de provar o alegado), tendo por *finalidade imediata* formar a convicção do juiz e *mediata*, realizar a justiça; no que toca ao desejo das partes, porém, no que respeita à essência do processo, a finalidade imediata é sempre a concretização da justiça ⁽³⁾.

Decorência da multiplicidade de significados do termo é a variedade de enfoques; todavia, uma breve referência a CARNELUTTI parece-nos suficiente, quando são classificadas as provas em *históricas, críticas, pessoais e reais* ⁽⁴⁾. As provas históricas envolvem documentos e testemunhos; ao passo que as críticas são decorrentes de uma avaliação de circunstâncias ou indícios; as reais envolvem um elemento exterior ao indivíduo, e as pessoais "... são aquelas cujo objeto instrumental está constituído por um ser com personalidade e consciência que contribui para formar o convencimento do juiz mediante declarações de conhecimento" ⁽⁵⁾.

Fixando apenas os significados mais frequentes da palavra, veremos que como *resultado* será "... demonstração, submetida ao crivo do contraditório processual, da real ocorrência dos fatos relevantes para o julgamento da pretensão do autor" ⁽⁶⁾. Poderá significar também *ônus* "... faculdade que tem a parte de demonstrar, no processo, a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse, o qual se apresenta como relevante para o julgamento da pretensão deduzida pelo autor da ação penal" ⁽⁷⁾. Enquanto *meio*, a prova corresponde "... ao conjunto de meios regulares e admissíveis que se empregam para demonstrar a verdade de um fato conhecido ou controvertido, ou para convencer da certeza de um fato ou ato jurídico; daí afirmar-se que o direito exige prova" ⁽⁸⁾.

O aproveitamento da prova, enquanto *resultado*, somente será possível, se tiverem sido observados os requisitos formais para sua obtenção (legalidade) e respeitados os princípios consagrados na lei processual (licitude). De sorte que: "... são inadmissíveis os meios de prova que a lei proíba e aqueles que são incompatíveis com o sistema processual em vigor. Tais são: a) meios probatórios de invocação do sobrenatural; b) os meios probató-

(3) SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1977, vol. II, p. 286.

(4) CARNELUTTI, *apud* MARQUES, Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, Forense, 1965, vol. II, p. 275.

(5) FENECH, Miguel. *Apud* MARQUES, Frederico, *op. cit.*, p. 276.

(6) JARDIM, Afranio Silva. "O ônus da prova na ação penal condenatória". In *Revista Brasileira de Direito Processual*, Forense, 1986, nº 51, p. 17.

(7) *Idem*, p. 18.

(8) SOARES, Orlando. *Curso de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, Ed. José Konfino, 1977, p. 242.

rios que sejam incompatíveis com os princípios de respeito ao direito de defesa e à dignidade da pessoa humana" (9).

A teoria da prova deita raízes comuns ao processo civil e penal, como aliás acontece com a maioria dos institutos processuais, cujas diferenças eventuais apenas aparecem para destacar as identidades. Desta forma, o preceito do art. 332 do Código de Processo Civil, no que toca à prova, enquanto *meio*, é de valia também para o processo penal: "Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa." Por outro lado, o art. 155 do Código de Processo Penal expressamente declara que não serão observadas no juízo penal restrições quanto à prova, salvo quanto ao estado das pessoas. A enumeração dos meios legais de prova não se choca com a livre investigação pelo juiz, que procederá na pesquisa da verdade com total iniciativa (princípio do impulso oficial) à vista do que dispõe a lei processual penal em inúmeros dispositivos, tais como: art. 156 (*in fine*); art. 205; art. 209; art. 242 etc. Cabe-lhe agir "sem preconceitos legais" quanto à aferição das provas, embora tenha o dever de motivar suas decisões (10).

A par de serem os *meios* de prova apenas enumerados exemplificativamente, fica o julgador livre de acatar como definitivos os laudos, consoante dispõe o art. 182 do CPP: "O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte". No mesmo sentido preceitua o art. 436 do CPC, com a ressalva do art. 335 também da lei processual civil.

Quanto ao *ônus* da prova, o art. 156 do CPP repete o princípio já consagrado, qual seja, de que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, no entanto, considerando a natureza dos interesses tutelados pela lei penal, não são os efeitos da omissão de defesa idênticos aos que ocorrem no processo civil (presunção de verdade — art. 302 do CPC); porque, como bem esclarece AFRANIO SILVA JARDIM, "... ao Estado também não interessa a condenação de um possível inocente, sendo mesmo preferível o risco da absolvição de um culpado..." (11). Por isso mesmo, ao juiz são dados poderes para, "... no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligência para dirimir dúvida sobre ponto relevante" (art. 156 do CPP).

A relatividade dos *meios* de prova é outro aspecto a ser considerado, no sentido de que nenhuma prova tem por si só idoneidade suficiente para demonstrar cabalmente a verdade. Tanto assim é que a lei não rejeita o testemunho único, consoante antigo brocardo *testis unus testis nullus*, que não mais se coaduna com os princípios da livre investigação das pro-

(9) MARQUES, Frederico. *Op. cit.*, p. 275.

(10) Exposição de Motivos do Código de Processo Penal (1941), item VII.

(11) JARDIM, Afranio Silva. *Op. cit.*, p. 30.

vas e da persuasão racional do juiz, diferentemente do procedimento ainda acolhido no século XVIII, cuja prática vem justificada por BECCARIA nos seguintes termos: “Apenas uma testemunha não é suficiente porque, se o acusado nega o que a testemunha afirma, nada resta de certo e a justiça então tem de respeitar o direito que cada qual tem de considerar-se inocente” (12).

Enquanto *resultado*, as provas serão encaradas pelo juiz individualmente e em conjunto, conforme a lei processual penal dispõe (art. 200), todavia, esbarrará em certos limites, tais como: nos delitos que deixam vestígios, a ausência do exame de corpo de delito, direto e indireto, não poderá ser suprida pela confissão do acusado (art. 156 do CPP) e quanto ao estado das pessoas estará jungido ao que dispõe a lei civil (art. 155 do CPP).

Por outro lado, se a verdade brotar de provas obtidas por meios criminosos, conforme expressamente prevê a lei processual penal quanto às cartas particulares (art. 233) ou implicitamente quanto à confissão ou depoimentos obtidos mediante qualquer tipo de coação, ou buscas e apreensões irregularmente feitas, serão repetidos os atos processuais em juízo, se lícitos, ou serão inadmissíveis, se ofensivos à lei ou à moral.

3. *Provas lícitas e ilícitas*

Há que se estabelecer, inicialmente, distinção entre legalidade e licitude quanto à prova.

São *meios legais* os especificados no Código de Processo Penal nos arts. 158 a 250. São lícitos (admissíveis) os meios não proibidos ou que não ferirem de algum modo os princípios processuais garantidos do “devido processo legal”.

A legalidade não se limita apenas à enumeração por lei dos meios de prova, que, aliás, é exemplificativa, mas também à observância dos procedimentos (formalidades) estabelecidos para obtenção da prova. Na grande maioria dos casos, uma vez descumpridas tais formalidades, poderá a deficiência ser suprida pela repetição do ato em conformidade com o mandamento legal, como, por exemplo, se o menor for ouvido sem a presença do curador (art. 194 do CPP), poderá ser realizado novo interrogatório; se o exame grafotécnico não observar o que dispõe o art. 174, poderá ser refeito; poderá ser efetuado exame complementar no caso de lesões corporais, se incompleto o primeiro (art. 167) etc. Na verdade, o que pretende o legislador ao estabelecer os procedimentos legais para

(12) BECCARIA. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo, Hemus — Livraria Ed., p. 26.

obtenção da prova é garantir a realização da justiça e não obstruí-la (art. 181 e parágrafo único do CPP). Tornando-se, no entanto, impossível a repetição dos atos probatórios, tais como: desaparecimento de vestígios (art. 167); modificação do estado das coisas (art. 169); se não tiver sido reservado material para posterior exame (art. 170) etc., poderá a incerteza daí decorrente ser suprida pelo conjunto das provas, uma vez que não há hierarquia ou prevalência entre as mesmas, com a ressalva do art. 158, conjugado com o art. 167, ambos do CPP.

A preocupação do legislador com a legalidade dos meios de prova transparece mais dos procedimentos a serem adotados do que da admissibilidade de outros meios, tanto que, consoante o espírito do art. 155 do CPP, são admissíveis outras provas desde que moralmente legítimas, "... tais as chamadas *provas emprestadas*, isto é, transportadas de outros processos..."⁽¹³⁾, ressalvando-se que serão aproveitáveis se de alguma forma não representarem ofensa ao contraditório.

Algumas formalidades são descritas de forma minuciosa pelo legislador no Código de Processo Penal, por exemplo: exame de corpo de delito (arts. 158, 159 e parágrafos); necrópsia (art. 162); exame do local do crime (art. 169); perícia de lesões corporais (art. 169); perícias de laboratório (art. 170); exame grafotécnico (art. 174); exame de instrumentos (art. 175); requisitos a serem observados na elaboração do laudo pericial (art. 160 e parágrafo único). No interrogatório do acusado são considerados aspectos gerais (arts. 185 a 191) e especiais ou típicos a certos acusados (mudo, surdo ou surdo-mudo — art. 192); quando não falar a língua nacional (art. 193); for menor (art. 194); analfabeto (art. 195 e parágrafo único). O depoimento de testemunhas apresenta formalidades bem detalhadas (arts. 203 a 225). O reconhecimento de pessoas e coisas (arts. 226 a 228), a acareação (arts. 229 a 230), a busca e apreensão (arts. 240 a 250) seguem pelo mesmo caminho.

Serão ilícitas (inadmissíveis) as provas que ofenderem expressa disposição legal, tais como a do art. 233: "As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos não serão admitidas em juízo"; a do parágrafo 2.º do art. 243: "Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito"; ou ainda a do art. 207: depoimento de pessoas que devam, por função, ministério, ofício ou profissão guardar segredo. Suas declarações caracterizarão a prática de ilícito penal (art. 154 do CP), se o depoente não tiver consentimento, expresso ou mesmo tácito (ausência de representação), do titular do segredo e sua divulgação produzir dano a outrem. Todavia, "... o consentimento não obriga o profissional

(13) SANTOS, Moacyr Amaral. *Op. cit.*, p. 290.

à revelação, nem mesmo em Juízo, como bem claro deixa o art. 207 do Código de Processo Penal, quando frisa: se quiserem dar o seu testemunho. Apesar de desobrigado pelo cliente, pode o bom nome do depositário do segredo ressentir-se com a revelação" (14).

Não muito freqüente, porém perfeitamente viável, é a obtenção de confissão judicial, mediante procedimento ilícito, atribuível ao juiz: "O art. 188, nos seus incisos I a VIII, dá o conteúdo do interrogatório, sobressaindo-se de todas as perguntas a relativa à verdade da imputação feita ao denunciado. Ele enseja sua confissão, cujo valor não se pode pôr em dúvida. Não é lícito, porém, ao Juiz forçá-lo à confissão, nem armar ciladas, provocar contradições etc., com o fim de prostrá-lo vencido à sua dialética. Tal combate, em que todas as vantagens estão, em regra, de um lado, não se coaduna com a majestade da Justiça" (os grifos são nossos) (15).

O magistrado FLÁVIO ARAÚJO, contestando o pensamento de MAGALHÃES NORONHA, adverte: "A prática de longos anos está a nos demonstrar que em condições normais não há qualquer possibilidade de o juiz forçar uma confissão. Quanto ao fato de se armar ciladas ou provocar contradições, a prática também tem demonstrado que praticamente setenta por cento dos acusados comparecem ao interrogatório convenientemente industriados" (16).

Cotejando os dois pensadores, poder-se-á observar que assiste razão a ambos, tanto que o eminente magistrado se refere a um percentual que deixa uma margem de trinta por cento, além de fazer menção a "condições normais". A ilicitude de qualquer prova repousa na anormalidade dos procedimentos... (17)

São legais as provas fotográfica, fonográfica ou cinematográfica, embora o Código de Processo Penal não lhes faça referência expressa, visto que à época de sua elaboração, eram bem pouco utilizadas como meio de comprovação da verdade. A menção do parágrafo único do art. 232 estaria ligada, quer-nos parecer, às cópias fotostáticas ou fotocópias de documento, embora a fotografia também possa ser utilizada para reprodução de documentos. Ainda hoje, são tidas como provas precárias, conforme se verifica do que dispõe o art. 383 do CPC: "Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade". O Projeto de Código

(14) NORONHA, Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo, Saraiva, 1969, p. 124.

(15) *Idem*, p. 116.

(16) ARAÚJO, Flávio. "Da Prova no Processo Penal em face das Modernas Técnicas da Ciência Médica". In *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, 1981, nº 24, p. 93.

(17) Veja-se BECCARIA. *Op. cit.*, p. 29.

de Processo Penal (n.º 1.655, de 1983) reproduz quase que literalmente esta disposição, e o seu parágrafo único, da mesma forma que o parágrafo único do art. 383 do CPC, expressamente estabelece que, uma vez impugnada a autenticidade da reprodução mecânica, o juiz ordenará a realização de exame pericial.

Cabe aqui uma indagação: Por que o legislador dispõe com tanta cautela quanto às provas em questão? Responde-nos CAIO MÁRIO: "Não se pode, em princípio, negar o seu valor probante. Mas, no estado atual do direito e do desenvolvimento desses processos técnicos, são de receber-se com grandes reservas. A gravação do som, feita diretamente ou pela conjugação do instrumento com aparelho telefônico, se tem o poder de fixar as conversas e depois reproduzi-las na vivacidade dos diálogos, presta-se, entretanto, a deturpações, supressão de trechos, enxertia de declarações etc., que se podem produzir sem deixar o menor vestígio. Por isso mesmo não é possível aceitar-se este tipo probatório, senão com o máximo de cautela. A fotografia, se bem que suscetível de alterações (arranjos fotográficos), é um seguro adinículo da evidência judiciária. As películas cinematográficas, igualmente sujeitas a manuseios, como cortes, inversão de seqüências etc., também têm seus préstimos no moderno sistema de provas. Cumpre, entretanto, a quem tiver de fazer uso desses ou outros processos técnicos agir com moderação e prudência, e sobretudo não se impressionar com a aparente exatidão, pois que podem ocultar manobras e contrafações, hábeis a desorientar ou mal-informar o julgador" (18).

As provas técnicas podem prestar-se com grande facilidade à obtenção de confissão ou testemunhos forçados (mediante escuta telefônica, por exemplo); ou imagens furtivamente obtidas (através de teleobjetivas ou instrumentos semelhantes), oferecendo-se como meios ilícitos de comprovação de fatos. Indaga-se: uma vez obtidas mediante fraude, poderiam tais provas ser utilizadas para demonstrar a verdade de um fato incerto, cuja inexistência de elementos probatórios levaria à absolvição do acusado?

Antepõem-se, à essa altura, dois interesses: de um lado o *aproveitamento* de provas obtidas mediante procedimentos ilícitos significaria, na ausência de outros elementos de convicção, a condenação de um culpado; de outro, a *rejeição* conduziria à absolvição do réu e aplicação do princípio *in dubio pro reo*, correspondendo, todavia, ao mandamento constitucional que determina sejam preservadas a integridade física e moral do detento e do presidiário (art. 153, § 14).

O Projeto de Código de Processo Penal já referido dispõe expressamente em seu art. 255, § 1.º: "As provas obtidas por meios ilícitos não podem ser consideradas pelo juiz para formação de sua convicção."

(18) PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1966, vol. I, p. 362.

Hoje, *parafraseando* a conhecida expressão de que a *confissão* é a rainha das provas, poder-se-á afirmar que a *tortura* é a rainha das provas ilícitas!

O envolvimento da tortura com a política não é recente, porque “o suplício, como os rituais do século XVIII o demonstram, foi um poderoso agente político e, segundo FOUCAULT, ele entra logicamente num sistema punitivo em que o soberano, de maneira direta ou indireta, exige, resolve e manda executar os castigos, na medida em que ele, através da lei, é atingido pelo crime. Em toda infração há um *crimen majestatis*, e no menor dos criminosos um pequeno regicida em potencial” (19).

Os procedimentos de tortura têm sido gradativamente ampliados e sofisticados de tal forma que nem vestígios deixam. Quais seriam as justificativas para este fato? “Essa praga pode derivar de inúmeros fatores, da imoralidade ao sadismo, mas só um deles — a funcionalidade — é responsável pela instalação da doença dentro da máquina do Estado. A tortura é considerada funcional porque, a despeito das restrições que lhe são feitas, é efetivamente capaz de produzir resultados. No mundo dos estudiosos da praga, denomina-se essa linha de raciocínio de “massuísmo”. É uma homenagem ao general francês Jacques Massu, que nos anos 50 enfrentou a insurreição da Argélia, então território pertencente à França, com o ostensivo recurso à tortura” (20).

Freqüentemente os algozes escapam ilesos, por falta de provas dos agravos praticados contra suas vítimas, que permanecem pelo resto de suas vidas marcadas física e psicologicamente. Principalmente nos chamados crimes políticos, embora não esteja afastada dos denominados crimes comuns. Os métodos utilizados contra as vítimas superam a imaginação de um cidadão comum. As confissões, depoimentos e apreensões realizados em tais circunstâncias carecem de qualquer respaldo legal, porque é notório que tais procedimentos desprezam e abominam a lei. A lei, ora, a lei! . . . O que pretende o torturador? “. . . não quer apenas defender o Estado, quer também ser recompensado dentro de sua máquina burocrática. . .” (21) e (. . .) “foi moeda corrente na cúpula militar brasileira a partir de 1969. Há pelo menos uma apostila da Escola Superior de Guerra na qual se sustenta que os presos da “guerra revolucionária” estão fora do alcance da Convenção de Genebra, que proíbe a tortura de prisioneiros. . .” “a tortura, efetivamente, funcio-

(19) DOTTI, René Ariel. “Notas para a História das Penas no Sistema Criminal Brasileiro”. Separata da *Revista Forense*, volume 292, p. 3.

(20) *Revista Veja*, 10-9-86. “O Tamanho do Porão”, p. 43.

(21) *Idem*, p. 43.

nava. Ela surgiu em 1968, e um ano depois Carlos Marighella, o principal teórico do terrorismo, estava morto” (22).

A variedade com que se apresentavam os procedimentos e “técnicas” utilizados pelos torturadores é espantosa: são, por exemplo, o conhecido “pau-de-arara”; os choques elétricos, a privação do sono, alimentos e água; a exposição a baixas e altíssimas temperaturas; os detectores de mentiras, as narco-análises, os espancamentos, as queimaduras e lesões, a inoculação de remédios e vírus para provocar doenças e morte aparentemente “natural”; ameaças à família da vítima, seqüestros, induzimento ao suicídio, o afogamento (chamados de “H2O”) etc.

A tortura tem sido condenada desde a primeira Constituição Brasileira, de 25 de março de 1824, quando o art. 179 “. . . proclamou a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos tendo por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade. Além das garantias gerais no campo das liberdades públicas e dos direitos individuais, a Carta Política previu a organização urgente de um código criminal fundado nas sólidas bases de justiça e equidade. Declarou, formalmente, a abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis. . .” (23).

As Constituições Brasileiras que se seguiram consagraram o direito à vida, à liberdade e à segurança individual como um dos postulados fundamentais; nesse sentido, temos: Constituição de 1891 (art. 72); 1934 (art. 113); 1937 (art. 112); 1946 (art. 141); 1967 (art. 150) e 1969 (art. 153). A Constituição de 1937 ressalva que, além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a lei poderá prescrever a pena de morte para os seguintes crimes: (art. 122, item 13) *alínea e*: “tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social”.

O fantasma da subversão tem sido o responsável pela infundável seqüência de atos de tortura, posto que, em nome de uma suposta ordem social ou política, muitos atos atentatórios à dignidade humana têm sido praticados. A impunidade de tais procedimentos é um estímulo à sua prática: “Num clássico estudo sobre a tortura, o professor americano Edward Peters, catedrático de História Medieval da Universidade da Pensilvânia, oferece uma chave para a compreensão do que houve, do que há e do que se espera que não volte a haver no Brasil. “O futuro da tortura depende do futuro dos torturadores, resume Peters. Enquanto se der aos torturadores, como direito

(22) *Idem*, p. 43.

(23) DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p. 3.

líquido e certo, a segurança de um bom futuro, igualmente promissor será o futuro da tortura” (24).

O Anteprojeto da Constituição, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, publicado em setembro de 1986, inclui expressamente, dentre os “Direitos e Garantias”, no art. 16: “Todos têm direito à vida, à existência digna, à integridade física e mental, à preservação de sua honra, reputação e imagem pública”. *Parágrafo único*: “A tortura, a qualquer título constitui crime inafiançável e insusceptível de anistia e prescrição”.

Os textos legais estrangeiros, como, por exemplo, o Código de Processo Penal português, também condenam a tortura e os meios ilícitos na obtenção de provas. Nesse sentido dispõe o art. 261 do mencionado diploma legal: “É proibido a qualquer entidade ou pessoa participante no processo penal: a) perturbar a liberdade de vontade ou de decisão do argüido através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) perturbar a capacidade de memória e de avaliação do argüido; c) utilizar a força contra o argüido, fora dos casos e dos limites expressamente permitidos pela lei; d) ameaçar o argüido com uma medida legalmente inadmissível ou prometer-lhe qualquer vantagem não prevista na lei” (in *Código de Processo Penal*, anotado e comentado por MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, Coimbra, Ed. Livraria Almedina, 1984, pp. 359/360).

A degradação moral produzida pela tortura não limita seus efeitos ao torturado e à sua família, mas se estende a toda a sociedade, abalando os alicerces do Estado, depondo governantes e provocando o incremento dos atos de terrorismo, na razão direta de que o ódio e a violência atraem igualmente o ódio e a violência.

Repudiada veementemente por BECCARIA, em pleno século XVIII, é humilhante que ainda tenhamos que conviver com tais práticas e estejamos à sua mercê, sem a conveniente proteção do Estado, que a institucionalizou, em vez de combatê-la: “É uma barbárie que o uso consagrou na maioria dos governos fazer torturar um acusado enquanto se faz o processo...” e acrescenta o grande humanista: “A tortura é, freqüentemente, um meio certo de condenar um inocente débil e absolver um criminoso forte” (25).

A verdade que se pretende resulte do processo penal há de ser, segundo JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, tomada em duplo sentido: “. . . de uma

(24) Revista *Veja*, reportagem cit., p. 43.

(25) BECCARIA. *Op. cit.*, p. 31.

verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo “absoluta” ou “ontológica”, há-de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, *não uma verdade obtida a todo preço, mas processualmente válida*”⁽²⁶⁾ e acrescenta: “De resto, o próprio pensamento filosófico mais recente veio mostrar que *toda verdade autêntica passa pela liberdade da pessoa, pelo que sua obtenção à custa da dignidade do homem é impensável*” (os grifos são nossos)⁽²⁷⁾.

4. Provas ilícitas: conseqüências

A ausência de formalidades legais exigidas para perfeição e aproveitamento dos atos probatórios somente ensejará a declaração de sua nulidade se resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa, este é o princípio geral do art. 563 do Código de Processo Penal. Observa-se que o art. 564, no inciso III, destaca apenas “as formas ou termos” cuja desconformidade com o estatuído em lei implicará em nulidade do ato; dentre elas, no que toca às provas, podem ser mencionadas: “b) o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no art. 167; c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos; h) a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei; e acrescenta o inciso IV: por omissão de formalidade que constitui elemento essencial ao ato” (por exemplo: falta de intérprete quando a testemunha não conhecer a língua nacional — art. 223; ausência de mandado de busca e apreensão, caso do art. 241 e/ou omissão dos requisitos do art. 243, ou mesmo redigido em desacordo com o que dispõe a Constituição no art. 153, § 10 etc.).

A nulidade do ato probatório é uma sanção de natureza processual, no entanto, não se resumem as conseqüências das provas ilícitas a isso, visto que podem ensejar a qualquer tempo a revisão criminal (art. 621, incisos II e III, do CPP) e uma justa indenização, nos termos do art. 630 e parágrafos do CPP.

As provas ilícitas podem ainda configurar inúmeros tipos previstos no Código Penal, sobretudo no caso de tortura: homicídio qualificado (art. 121, § 2.º, III); induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art.

(26) DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra, 1984, vol. I, p. 194.

(27) *Idem*, p. 194.

122, I e II); lesão corporal grave (art. 129, §§ 1.º e 2.º); maus tratos (art. 136); constrangimento ilegal (art. 146, §§ 1.º e 2.º); ameaça (art. 147); seqüestro e cárcere privado (art. 148); violência arbitrária (art. 322); exercício arbitrário ou abuso de poder (art. 350); arrebatamento de preso (art. 353, sobretudo os incisos III e IV) etc.

A busca e apreensão realizada sem a observância das formalidades legais poderá caracterizar violação de domicílio (art. 150, com a agravante do § 2.º); violação de correspondência (art. 151), ambos do Código Penal, com visível ofensa às garantias previstas nos §§ 9.º e 10 do art. 153 da Constituição Federal.

A testemunha, perito, tradutor ou intérprete poderão incorrer no delito de falso testemunho ou falsa perícia (art. 342). Surgirão, ainda, dependendo das circunstâncias, a coação no curso do processo (art. 344); sonegação de papel ou objeto de valor probatório (art. 356), ou mesmo a violação de segredo profissional (art. 154), todos do Código Penal.

5. Conclusão

Do exposto, observa-se que mesmo sendo a verdade real o fim último do processo, jamais se poderá encontrá-la por meios ilícitos, não apenas formalmente considerados (domínio da técnica), mas materialmente também (domínio da ética). Os critérios de licitude ou ilicitude, adotados pelo legislador, repousam “aparentemente” em fórmulas preexistentes, todavia, há princípios subjacentes, indispensáveis à sobrevivência do “devido processo legal”. O formalismo consagrado pela lei é freqüentemente burlado, no entanto, representa um “mínimo de eticidade”, de moralidade a ser observada na consecução da verdade. A violência ou agressão à pessoa humana não aparece somente quando lhe são infligidos suplícios, torturas, humilhações, perdas patrimoniais etc., mas todas as vezes que a lei é burlada. A Constituição Federal consagra como pressuposto de todos os direitos e garantias individuais o *princípio da legalidade*, exarado no art. 153, § 2.º: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Não há uma ética processual penal e uma ética processual civil. A ética processual é uma, o que corrobora na elaboração de uma Teoria Geral do Processo. Assim, se ao processo civil por vezes basta a verdade formal (o que dos autos consta), para o processo penal a verdade real é imprescindível (o que realmente aconteceu). Estará, por isto, havendo duas éticas? Não! A ética processual prima pela realização da Justiça, enquanto valor e poder do Estado, dependendo dos indivíduos, seus instrumentos físicos de viabilização. Tanto partes, quanto juízes, quanto auxiliares da

justiça, advogados, enfim, todos que do processo participam, hão de pautar-se segundo princípios éticos.

Os valores têm uma essência imutável através dos tempos, não apenas no que tange ao processo. As idéias de que a realização da Justiça no processo somente se atinge se os juízes, advogados e partes resguardarem um mínimo de probidade; de que a verdade é essencial ao atingimento da Justiça, e que a imparcialidade responde pelo equilíbrio das decisões judiciais, não são apanágio das legislações mais evoluídas, despontando, de fato, desde as mais rudimentares formas de ordenação da conduta. *Verbi gratia*, em Êxodo 18:21 lemos que Moisés, como líder político e religioso, recebeu de Deus a incumbência de escolher juízes probos: "Procura dentre o povo homens capazes, tementes a Deus, homens de verdade, que aborreçam a avareza. . . para que julguem este povo em todo o tempo". No Código de Hamurabi e na Lei das Doze Tábuas, o falso testemunho é punido severamente: "Se alguém em um processo se apresenta como testemunha de acusação e não prova o que disse, se o processo importa perda de vida, ele deverá ser morto", e o inciso XXIII da lei romana estabelece que "seja precipitado da Rocha Tarpéia aquele que prestou falso testemunho" (28).

Mais proximamente encontramos o direito de defesa e o respeito à dignidade do detido ou preso expressos na Magna Carta (art. 48). A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão dispõe que: "VII — Nenhum homem pode ser acusado, sentenciado, nem preso senão nos casos determinados pela lei e segundo as formas que ela tem prescrito". A Declaração Universal dos Direitos do Homem consagra definitivamente em seu artigo 10: "Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele" (29).

Enfim, o processo é autêntico ímã que atrai para si valores que a experiência humana consagra; ao mesmo tempo que funciona como termômetro desses valores, pois todas as vezes que a parcialidade, os acordos fraudulentos, a tortura e os desvarios dominam os labirintos da Justiça, a sociedade está em crise (30).

(28) ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos Direitos dos Povos*. São Paulo, Melhoramentos, 2ª ed., pp. 31 e 80.

(29) *Idem*, pp. 217 e 221.

(30) COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva. "Ética e Técnica no Processo". In *Revista Jurídica*, Diretório Acadêmico Clotário Portugal, Faculdade de Direito de Curitiba, 1983, nº 2, pp. 119 a 128.

Decreto-Lei n.º 201/67

Jurisdicionalização do processo ou liberdade procedimental ?

JOSÉ NILO DE CASTRO

Mestre em Direito Público pela UFMG.
Doutor em Direito Administrativo pela Université de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales de Paris. Advogado. Procurador do Município de Ipatinga. Professor de Direito Municipal na Faculdade de Direito Milton Campos. Diretor Executivo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo

1. Mesmo que o estudo do processo se revele fenômeno geral do direito, não se têm enfrentado, com a necessária clareza e segurança jurídica, problemas respeitantes à aplicação subsidiária da processualística civil e penal nos processos político-administrativos de cassação de mandatos de Prefeitos e Vereadores, à vista da omissão da legislação específica.

Sem embargo da assertiva, a doutrina, por vezes, tem acentuado a conveniência de se socorrer a princípios gerais do processo civil e penal, pela omissão do Decreto-Lei n.º 201/67, no aspecto particular (A. TITO COSTA, *Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores*, São Paulo, ERT, 1979, pp. 240/244/250). Até nós mesmos, na preocupação de vislumbrar sempre a nitidez e maior liberalidade quanto ao princípio constitucional da ampla defesa, enfaticamente relembramos a necessidade da aplicação subsidiária de princípios — e de normas (o que é desrazoável) —, do processo civil ou penal, nos processos político-administrativos de cassações de mandatos eletivos municipais (*A Defesa dos Prefeitos e Vereadores em face do Decreto-Lei n.º 201/67*, Belo Horizonte, Livraria Del-Rey Ltda., 1987, p. 82).

2. A omissão da legislação pertinente em matéria de processo político-administrativo tem acarretado situações deveras difíceis e embaraçosas para

o intérprete e o aplicador da lei. Assim, o Decreto-Lei n.º 201/67, art. 5.º, III, *in fine*, estatui: “Se a Comissão opinar pelo prosseguimento, o Presidente designará desde logo o início da instrução e determinará os atos, diligências e audiências que se fizerem necessários, para o depoimento do denunciado e inquirição de testemunhas.”

Não nos parece de todo clara a disposição normativa. Realmente tumultuária, pois que, sabendo-se que a instrução se inicia com as declarações do denunciado, para que referir que o Presidente “determinará os atos, diligências e audiências que se fizerem necessários”, como antecedentes ao depoimento do denunciado? Dever-se-á entender que os “atos” e “diligências” se compreendem entre aqueles respeitantes às intimações, notificações — atos — produção de provas técnicas — diligências —, mas, e as “audiências”? Entender-se-iam aqui quaisquer esclarecimentos de interessados, v.g., oitiva de peritos, necessários à apuração da verdade material? Responde-se pela afirmativa. Este início é, pois, preparatório ao depoimento do denunciado e à inquirição das testemunhas, núcleo da apuração da verdade material.

Se, a par de certa confusão, que lhe não altera o comando, a norma prescreveu que tais atos se realizarão, não dispôs, por outro lado, *como* se realizarão, isto é, o *modus faciendi*, o procedimento, o rito. Aqui é que reside o *punctum saliens* ensejador da invocação subsidiária de princípios da processualística civil ou penal.

3. Assente é na doutrina universal de direito administrativo que o “processo administrativo não está em regra sujeito a um formalismo rígido. A lei ou os regulamentos limitam-se quase sempre a indicar as formalidades essenciais e as linhas gerais da marcha do processo, deixando ampla margem quanto à prática ou preterição de outras formalidades, prazos, formas dos atos...” (MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Rio, Forense, tomo 2, p. 1.185; também MARCEL WALINE, *Traité de Droit Administratif*, Paris, Syrey, 6ème édition, 1952, p. 352; JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, Rio, Forense, VI/182-4; CAIO TÁCITO, *RDA* 37/347, 54/366; GONÇALVES DE OLIVEIRA, *RDA* 46/478, e HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, ERT, 11.ª edição, pp. 584/591), entre outros.

4. Não há nem pode haver, no processo administrativo, que não possua Código (Cf. A. B. COTRIM NETO, *Do Contencioso Administrativo e do Processo Administrativo*, *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal,

n.º 95, pp. 141/156), como no caso do processo político-administrativo de cassação de mandatos eletivos municipais, *submissão* ou observância de princípios e normas aplicáveis à processualística civil e penal. É que nos processos judiciais, enfatiza HELY LOPES MEIRELLES (*op. cit.*, p. 584), o Juiz deve cingir-se às provas indicadas no devido tempo pelas partes; no procedimento administrativo, porém, a autoridade processante ou julgadora pode, até o julgamento final, conhecer novas provas.

Adverte, também, JOSÉ ARMANDO COSTA (*Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar*, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 273) que, no âmbito da processualística disciplinar, onde é mais acentuado o domínio da verdade real sobre a formal, o ato, desde que preencha o mínimo atestador de sua existência, será tido e havido como válido.

Devem-se afastar do processo político-administrativo os ritos "sacramentais", as formas rígidas, porque, a par de se não haver prescrito a hipótese na lei, é da índole do procedimento ser simples e despido de exigências excessivas ou "sacramentais". Suficientes, portanto, as formalidades estritamente necessárias à obtenção da certeza jurídica.

Reforçando o entendimento, CAIO TÁCITO (*RDA 54/366*), com a clareza e segurança que lhe são peculiares, pontifica: "O processo administrativo não está, porém, sujeito aos rigores do processo judicial. O Presidente da República, prudentemente, vetou o art. 232 do atual Estatuto (Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952), que mandava aplicar subsidiariamente as disposições dos Códigos de Processo Civil e Penal. A autonomia da instância administrativa e o caráter discricionário do poder disciplinar, embora sujeito ao princípio da legalidade, não se compadecem com a identificação entre os dois sistemas processuais. O rito administrativo é, necessariamente, mais flexível e menos formalizado, admitindo certa liberdade na instrução como no julgamento. Não foram considerados pelo Congresso os projetos de fixação de normas gerais do processo administrativo. (...). A nosso ver, a ressalva de *ampla defesa* não significa, em si mesma, uma opção de ordem processual, que tenha inovado a legislação comum, alterando o rito estabelecido."

O entendimento da doutrina é inteiramente sufragado pela jurisprudência de nossos Tribunais (*RDP 8/277*): "é preciso reconhecer que a hipótese versa julgamento de infrações político-administrativas. E o processo de impedimento correspondente não fica sujeito aos rigores formais do processo judicial... Bem por essa razão, não será lícita maior aproxima-

ção ao processo penal, com a aplicação subsidiária de suas normas, a não ser que a lei expressamente o permita". Também: STF (RDA 26/158): "A interpretação dos preceitos disciplinares não obedece aos critérios próprios das normas de caráter penal"; idem (RDP 61/173).

5. Não raras vezes, no entanto, têm-se deferido medidas judiciais (limitares em mandado de segurança), durante a instrução prevista no artigo 5.º, III, do Decreto-Lei n.º 201/67, *in fine*, sob o fundamento de que, omissa a legislação específica, aplicam-se subsidiariamente as disposições do Código de Processo Civil, porque o próprio Decreto-Lei n.º 201/67, sobre não havê-lo prescrito, não proscreeveu, porém, observar o que determina, a respeito, o Código de Processo Civil ou Penal. Não se nos afiguram acertadas as decisões de juízes ordenando observância de normas processuais civis ou penais na omissão do Decreto-Lei n.º 201/67.

Assim, se se pudesse, v.g., aplicar as disposições do Código de Processo Civil, Seção VII, *Da Prova Pericial*, Capítulo VI, *Da Audiência*, Capítulo VII, à mecânica do processo político-administrativo de cassação de mandatos eletivos municipais, mesmo subsidiariamente, consumir-se-iam, inexoravelmente, todos os dias necessários (prazos e formas) à realização desses atos (perícia e audiência), com a fatal perda do processo, a teor do artigo 5.º, inciso VII, do Decreto-Lei n.º 201/67, porque a perícia e a audiência, quanto a seus atos preparatórios e conseqüentes, conforme o CPC, são atos *judiciais*. E a perícia, as diligências, a audiência, o depoimento do denunciado, inquirição de testemunhas, são todos atos *extrajudiciais* promovidos, quer pela autoridade processante ou sob a sua ordem e vigilância, quer por iniciativa das partes, através de técnicas particulares ou próprias, sem qualquer vinculação obrigatória do *modus faciendi* de atos semelhantes judiciais. O mínimo revelador da segurança procedimental é o suficiente à obtenção da certeza jurídica, da verdade material.

Com efeito, a redação do artigo 5.º, III, do Decreto-Lei n.º 201/67, é imperativa: "... Se a Comissão ..., o Presidente designará desde logo o início da instrução e determinará os atos, diligências ..." etc. Onde não se poder pautar por normas do processo civil ou penal o processo político-administrativo desse jaez, pois que, além de normas próprias, está revestido, como processo administrativo que é, do princípio do *informalismo*, não se adstringindo aos rigores formais de um processo judicial civil ou penal. O que se permite é a invocação e a aplicação de princípios gerais da processualística civil ou penal, não suas normas ou disposições, situações totalmente diferentes. E tais princípios se dessumem no contraditório, no princípio constitucional da ampla defesa, nas intimações, noti-

ficações, deferimento de provas — hipótese em que a autoridade processante não pecará por ser *liberal* —, declarações do denunciado, que se assemelham ao interrogatório, sem qualquer rigorismo dos interrogatórios judiciais. Aqui, pode o defensor do denunciado perguntar ou reperguntar, situação esta também não proibida para a autoridade processante, como por ocasião da inquirição das testemunhas e/ou esclarecimentos dos peritos e seus assistentes técnicos. Em matéria de produção de prova pericial, requerida pela defesa, cumpre salientar que a Comissão Processante não está obrigada a indicar ou nomear assistente técnico. Para que haja equilíbrio no exame e inspeção, será de bom alvitre, não indicando o assistente técnico — já nomeara o perito oficial —, facultar ao denunciante fazê-lo. A Comissão Processante também não é obrigada a formular quesitos, podendo facultar ao denunciante, como é direito do denunciado, fazê-lo, para que seu trabalho seja sempre isento e imparcial, seguro e neutro, ouvindo-se até o denunciante, se requerido e necessário.

6. O processo de julgamento das infrações político-administrativas é *vinculado* às normas do Decreto-Lei n.º 201/67 e não às do CPC ou CPP. E a indução da indispensabilidade de certos atos, como referido acima, não traduz nem impõe sejam os prazos e formas judiciais aplicados, com seus rigores, a processos político-administrativos de cassação de mandatos eletivos municipais.

Se se pudesse, portanto, aplicar, mesmo subsidiariamente, normas do CPC ou CPP, por ocasião de prática de atos periciais ou de inquirição de testemunhas, v.g., ao processo político-administrativo, estar-se-ia, indubitavelmente, diante de uma *jurisdicionalização* ou *judicialização* desse processo, hipótese que não previu o legislador, a tal ponto de *se extinguirem* as *instâncias administrativas*, carreando, a despeito da aberração jurídica, o caos judicial, tantos os processos desse jaez instaurados.

7. A Comissão Processante, que tem liberdade na colheita de provas, socorrendo-se de assessorias técnicas, de peritos, promovendo os atos necessários à apuração da *verdade material*, não se confundindo, pois, com o magistrado, que se serve do processo e, não, a ele, não pode, por outro lado, perder a imparcialidade, sua isenção e neutralidade na investigação, de vez que lhe competirá, a ela, Comissão Processante, emitir o *parecer final* sobre a denúncia, decidindo sobre questão de capital importância, qual a de se pronunciar pela procedência ou improcedência da denúncia.

8. Papel importante detém o Presidente da Comissão Processante, pois que lhe incumbe o poder e a força instrutória. Compete-lhe deferir provas, desde que pertinentes, não tumultuárias nem procrastinatórias, e conduzir

o processo segundo os princípios da legalidade objetiva, da oficialidade da verdade material, da garantia da ampla defesa e do informalismo procedimental, quando o próprio Decreto-Lei n.º 201/67 não dispuser de formas próprias.

9. Em matéria de defesa, pois, deve-se observar rigorosamente o formalismo do Decreto-Lei n.º 201/67. Assim, por exemplo, se, quando do recebimento da denúncia pela Câmara Municipal, não se constituir, por omissão do Presidente da Edilidade ou por outro motivo, a Comissão Processante, na mesma sessão, não se poderá constituir noutra. Deve-se repetir os atos, prejudicados os já operados, pois que não houve a complementação dos subseqüentes, relendo a denúncia e consultando de novo o Plenário da Câmara sobre o recebimento ou não da acusação. Pode ocorrer, na hipótese, que o denunciante, por pressão indireta de amigos do denunciado ou do próprio denunciado, desista da denúncia, oficialmente, alegando motivos multifários. Ora, depois de lida a denúncia e, *a fortiori*, recebida, torna-se juridicamente impossível aceitar a retratação. Mas, se antes de seu recebimento ou leitura, desistir o denunciante do libelo acusatório? Aqui, duas situações se nos vislumbram presentes: diante dos argumentos do denunciante — que se retrata —, faculta-se-lhe atender o pedido de retratação, mas, diante da gravidade das acusações, o Presidente da Câmara Municipal consultará o Plenário a respeito, o qual, soberanamente, acolherá ou não o arrependimento ou a desistência do denunciante, se for um só o subscritor da acusação; sendo mais de um, o processo prosseguirá normalmente.

10. Outro aspecto, do ponto de vista prático, interessante, é o da recusa de Vereadores a participarem da Comissão Processante ou sua renúncia. Admitimos que o Vereador sorteado não dispõe de liberdade para descumprir o que a lei lhe determina em função do exercício de seu mandato, salvo por motivo de saúde, apresentado ao Plenário, que tem poderes para liberar ou dispensar o interessado. Depois de iniciados os trabalhos, também, não é vedado a membros da Comissão Processante renunciar ao encargo por algum motivo superveniente e suficientemente explicado à Câmara Municipal, que é soberana para aceitar ou não a renúncia ou o afastamento. Desconstituída a Comissão Processante, faz-se novo sorteio, em reunião especialmente convocada para o fim ou outra imediata, para não se prejudicar o andamento do processo que tem prazo certo para findar-se (artigo 5.º, inciso VII, do Decreto-Lei n.º 201/67). Não há, por outro lado, extinção do processo, se, por acaso, toda a Comissão Processante renunciar e sua renúncia for aceita pelo Plenário: ato contínuo,

constitui-se outra para prosseguir os trabalhos. A Comissão Processante é apenas um desdobramento da Câmara Municipal, um prolongamento seu. A extinção daquela não alterará a existência desta, que possui competência para, em constituindo outra ou outras, determinar soberanamente a conclusão do processo político-administrativo, instaurado conforme a lei.

11. As fórmulas rígidas procedimentais repugnam ao processo político-administrativo. Assim, nossas Câmaras Municipais nem sempre são integradas por homens afeitos à mecânica dos processos judiciais ou parajudiciais, conhecedores da melhor técnica de perguntar e de reperguntar. Daí exsurge a hipótese de o Presidente da Comissão Processante, sorteado, e eleito, não dispor de conhecimentos, de tranqüilidade e segurança para inquirir testemunhas ou o denunciado e os peritos, enquanto na defesa do acusado se encontra profissional qualificado, conhecedor dos meandros e dificuldades processuais, nestas audiências e instrução processual. Ora, não violaria a lei, se o Presidente da Comissão Processante, impossibilitado por motivos razoáveis, pedisse a assessor jurídico da Câmara, v.g., para proceder à inquirição do denunciado e das testemunhas e reduzir a termo suas declarações e depoimentos, sob sua Presidência e ordem. Seria até recomendável, na hipótese, a prática, pois que, a despeito de se ter investigação real, correta, sem tropeços, a defesa não seria prejudicada. Tratando-se, porém, da sessão de julgamento, ao Presidente da Câmara não se nos afigura acertado e legítimo transferir-lhe as atribuições, quais sejam as de presidir à sessão, praticar os atos necessários, como formular diretamente os quesitos aos Vereadores, quer nos escrutínios secretos, quer nos escrutínios nominais, segundo a Lei e o Regimento Interno da Câmara Municipal, tanto no caso de o denunciado ser o Prefeito (ou Vice-Prefeito que pode praticar também infração político-administrativa, pelo exercício do cargo eventual de Prefeito ou pela própria condição de Vice-Prefeito — art. 4.º, inciso X, do Decreto-Lei n.º 201/67), quanto no caso de o denunciado ser Vereador.

12. Na cassação de mandato de Vereador, em que pese a ser ele o denunciado, o Presidente da Câmara deverá formular-lhe também, diretamente, os quesitos, mesmo em sendo nominal o processo de votação, conforme prevê a lei. O fato de ser acusado, de estar em julgamento pelo exercício de seu mandato eletivo, não lhe desnatura a circunstância a condição de Vereador e membro da Câmara Municipal, integrando-lhe o *quorum*. Desimpedido, deve votar também. Lei nenhuma lhe restringe este direito e autoriza o Presidente da Câmara a desconhecer sua presença de

Vereador acusado e lhe não recolher o voto. Se seu suplente está impedido de votar, como de participar da Comissão Processante, o Vereador denunciado, porém, não o está, possui o *direito-dever* de votar. Sua preterição pelo Presidente, mesmo que seu voto não venha a ser determinante para o resultado final, poderá comprometer irremediavelmente todo o processo. Não se lhe deve negar, ao Vereador denunciado, direito algum, muito menos o de votar a seu favor.

13. Embora a lei preceitue (art. 5.º, V, Decreto-Lei n.º 201/67) que o “processo será lido integralmente”, por ocasião da sessão de julgamento, deve-se entender não ser imprescindível a leitura de todos os atos, tais como as notificações, intimações, certidões, juntadas etc., impondo-se limitar apenas à leitura das peças principais, necessárias ao exame da edilidade, para a formação da vontade deliberativa de seus membros. Ler todos os atos que não se cingem à obtenção da verdade material, objetiva e real, a par de concorrer para o prolongamento da sessão, sempre demorada, pode revelar-se até um desserviço e castigo aos Vereadores (juízes), com prejuízo para a defesa, que, ao usar de seu tempo de até duas horas, para defesa oral, encontrará os edis indispostos fisicamente para ouvir e refletir, como sói operar-se na prática. O “será lido integralmente” cingir-se-á à leitura das peças principais para o ajuizamento eficaz dos Vereadores no Plenário. A defesa e o Presidente da Câmara podem entender-se quanto às peças processuais que deverão ser lidas, pelo secretário da Câmara, ou quem, da Câmara, for convocado para a leitura.

14. Respeitados, por conseguinte, os termos do Decreto-Lei n.º 201/67 (art. 5.º e seus incisos), que prescrevem o *modus faciendi* da cassação de mandatos eletivos municipais, qualquer remissão ou invocação a disposições ou normas do Código de Processo Civil ou do Código de Processo Penal, a despeito de ser desarrazoada, é tão impertinente quanto ilegítima. A autonomia da instância político-administrativa, província em que se acentua a discricionariedade do poder disciplinar e político-administrativo, sem ferir a legalidade objetiva e real, inadmite formas inflexíveis, no âmbito da apuração da responsabilidade político-administrativa que culminará ou não com a cassação de mandatos eletivos municipais.

A *jurisdicionalização* ou a *judicialização* do processo político-administrativo instaurado contra Prefeitos ou Vereadores é *inadmissível*. A *flexibilidade* e o *informalismo* procedimentais identificam-lhe a liberdade instrutória, respeitando-se o Decreto-Lei n.º 201/67 e o Regimento Interno da Câmara Municipal, a cujos comandos se *vincula*, com exclusividade, o procedimento político-administrativo. Exigir mais é desatender a lei.

Pontes de Miranda, teórico do direito

Ministro CLOVIS RAMALHETE

SUMÁRIO

- I — A “Escola de Recife” e as fontes culturais de Pontes de Miranda — O cientificismo do século XIX no Brasil: o Norte e o Sul, diferenças.
- II — “Sistema Positivo de Ciência de Direito” contém prévia formulação doutrinária da obra do comentarista, que se seguiu: Caso único da espécie, em todo o mundo.
- III — “A concepção do direito,” de Pontes de Miranda. Rejeição do subjetivismo. — A construção original de Pontes — Sua vinculação ao evolucionismo (Spencer) e ao monismo (Haeckel), por efeito da Escola de Recife. Também o é, a idéia de luta e adaptação (Darwin), aplicada por Pontes ao fato social — O Direito como produto natural e o processo de adaptação, conceito de Pontes de Miranda. Nem é universal, nem é imutável — A renúncia à metafísica. O sociologismo.
- IV — Notas sobre o comentarista. Domínio, por Pontes de Miranda, de toda a matéria jurídica. A investigação histórica na construção jurídica. Identificação necessária, por continuidade, do direito luso-brasileiro. A história como “sucessão de estruturas” — Um jurista que personalizou uma enciclopédia.

I

A “Escola do Recife” e as fontes culturais de Pontes de Miranda

1. Na história das doutrinas jurídicas no Brasil, a concepção do direito, que Pontes de Miranda formulou, mostra-se fato singularíssimo. Só na aparência ela é autônoma. Por isso convida à indagação das suas origens. No caso de Pontes de Miranda, remontar ao passado e a partir da sua obra conduz a descobrir ainda acesa nele a centelha da velha, fertilíssima “Escola do Recife”, construída sob o sopro do cientificismo dos fins do século XIX.

Conferência, na “Semana Pontes de Miranda”; Belém, 7 a 9 de setembro de 1987.

No século XX, Pontes de Miranda, tão livre e fecundo, revela-se um desdobramento da "Escola do Recife". — É o que tentarei demonstrar.

2. Nos fins do século XIX, ocorreram no Brasil os abalos iniciais na inteireza da sociedade política do Império. Surgiram o abolicionismo, então recrudescido, o ideário federalista, a crise da reforma eleitoral, a questão religiosa e a militar. Foram feições diversas de um só fenômeno no meio social e político do Império, e era a exaustão do regime, ao lado do surto de resistências renovadoras.

Coincidindo com tais fatores de resistência política à inteireza da ordem imperial, naquela época chegou ao Brasil o reflexo da Revolução científica, então empreendida e em curso na Europa, com Darwin, Lamarck, Haeckel, Claude Bernard, Spencer.

O método de formular, que pretendeu ser científico a partir só da experiência ou da observação, projetou-se no Brasil em certos grupos intelectuais. Eles recusaram a aceitação passiva das velhas doutrinas dominantes, sequer então revisadas, em religião, filosofia, política, ciências.

O Catolicismo até então tinha estado aquietado, com a sua doutrina do direito natural. Pois ambos receberam então embates críticos e negatórios. As grandes sínteses do cientificismo europeu — principalmente as do positivismo, do evolucionismo, do monismo — ganharam núcleos de seguidores no Brasil, criando líderes e propagandistas no seu meio, nos centros culturais do Recife, Rio de Janeiro, São Paulo; e espaiaram-se.

3. No entanto, o cientificismo, ao ser transplantado para tão grande País de reduzida comunicação entre as regiões, medrou em duas grandes áreas geográficas. Diferenciaram-se a região do Sul, e a do Norte, ainda que suas raízes estivessem na mesma origem, o cientificismo europeu. O Sul e o Norte dispuseram-se a aplicações distintas, um do outro.

O Sul, próximo do poder político central, dirigiu para a política a sua atividade de resistência e transformação. Difundiu Comte a jovens civis e militares. Lançou manifesto pela República e disputou eleições para o Parlamento. Deu força à pretensão federalista. Acabou fundando a República Federativa e pondo lema de Augusto Comte na bandeira nacional — "Ordem e Progresso".

No Sul, e nesta linha de ação para efeitos práticos imediatos, lograram mais influência Benjamim Constant, Miguel Lemos, Júlio de Castilhos e outros.

No Sul, o momento simbólico da penetração da idéia positivista, conduzindo os seguidores para a ação política, estará no lendário episódio ocorrido na Escola Militar do Realengo, no Rio de Janeiro. Ali, o aluno Euclides da Cunha tinha tramado, com demais cadetes, certo ato de desapeço ao Ministro da Guerra, que iria à Escola em visita de inspeção. Estava

no auge a Questão Militar. O Ministro chegou, passou em revista a Escola em formatura militar, pacificamente. A manifestação falhara. Vê-se então que certo cadete dá um passo à frente. Era Euclides da Cunha fora de forma; à frente do Ministro, tenta quebrar seu espadim, e brada um "viva" à República. Foi preso e desligado da Escola Militar. — Era um jovem estudante arrebatado por idéias políticas e impregnado da doutrina filosófica de Comte.

Entretanto, diferentes dos do Sul, no Norte os seguidores do pensamento científico europeu estavam longe do centro político das decisões nacionais. Entregaram-se à especulação, mas com a bravura dos rebeldes. Influenciaram a formação das novas gerações, do Ceará à Bahia. Fizeram obra duradoura na história das idéias, no Brasil.

Ainda não se estudou o suficiente a influência da economia do Nordeste — açúcar e algodão —, por gerar transporte marítimo direto à Europa. Os barcos, que levavam a produção, traziam de volta os manufaturados; e ali despejavam, além do mais, jornais, livros, revistas. A cultura européia nos novos livros chegava a Recife um mês depois de publicados na Alemanha, na França. — Este fator contribuiu para o surto e cristalização, no Nordeste, de um núcleo vinculado à Revolução científica européia dos fins do século XIX.

Suas maiores figuras iniciais encontram-se em Tobias Barreto e Sílvio Romero. Desdobram-se em Beviláqua, Artur Orlando, Martins Jr., Laurindo Leão e outros; e chega a Pontes de Miranda.

No início do movimento no Recife, ocorreu episódio famoso que tomo como o instante simbólico a um tempo do vigor da rebeldia e da radical convicção daquele grupo. Foi quando o moço Sílvio Romero, perante banca examinadora em concurso para certa cátedra, exclamou desafiador: "A metafísica está morta!" Mas, tendo ouvido o aparte irônico de um examinador, o jurista Coelho Rodrigues, — "Quem deu o tiro? — Foi o Senhor?", — altivo, Sílvio Romero retirou-se dos exames. Enquanto no Rio, o positivista Euclides da Cunha agiu como político, no Nordeste, o positivista Sílvio Romero atuou como um filósofo. Em ambos o mesmo radicalismo, o mesmo desafio.

4. A "Escola do Recife", agitada e violenta com Tobias Barreto e Sílvio Romero, no entanto depois tornou-se serena e cresceu com Clóvis Beviláqua. Em Pontes de Miranda ela veio a ganhar realização sistemática, inteira, entretanto mais abrangente do que em qualquer outro.

Nos conceitos e nas colocações de Pontes de Miranda, surpreendem-se os vestígios e flagram-se as marcas da sua ancestralidade cultural na "Escola do Recife". — São certas expressões verbais ou entes de raciocínio e de especulação advindas do evolucionismo de Spencer ou dos conceitos de luta e adaptação de Darwin, personagens, crenças e mitos do mesmo Olimpo, que foi erigido pelas abstrações científicas ou filosóficas da "Escola do

Recife". Inclua-se, entre os outros traços, a preferência de Pontes de Miranda pela cultura jurídica germânica — tal como em Tobias ou em Beviláqua.

II

O "Sistema Positivo de Ciência do Direito" contém prévia formulação doutrinária da obra futura de Pontes de Miranda

O jurista Pontes de Miranda (1892-1979) produziu obra, que é singular em todo o mundo.

Começou, tinha 29 anos, por formular uma acabada concepção da Ciência do Direito ("Sistema Positivo da Ciência do Direito" — 1922). Mas não ficou aí. A seguir e até a manhã de 22 de dezembro de 1979, quando faleceu, ele se entregou a explanações sobre quase todo o direito positivo público e privado. Redigiu tratados de direito dos diferentes ramos. E todos lhe saíram com alta qualidade. Mas, ao concebê-los, o escritor obediente submeteu-se àquela teoria jurídica que ele próprio havia anunciado, qual um mestre de si mesmo.

Entre juristas, não há exemplo em todo o mundo de tão completa atividade. Nas belas letras, sim; Balzac profetizou a própria obra, a *Comédia Humana*, um painel por ele previsto da sociedade da sua época. Nas letras jurídicas, entretanto, não há outro caso, o do jurista que tenha antes enunciado uma visão geral e teórica do direito, e depois passe a produzir dezenas de tomos sobre os vários ramos do direito, produzidos em coerência com sua prévia teoria.

Ninguém no mundo, como Pontes dentre seus pares em teoria do direito, depois de haver reduzido o direito à mera essência teórica geral, ninguém, de Hegel a Kelsen ou de Savigny a Erlich, nenhum outro teórico mostrou fôlego para prosseguir e ainda ir penetrar o mundo concreto do direito estatuído.

Pontes de Miranda o fez, e superiormente.

Pontes de Miranda diferenciou-se dos demais filósofos e teóricos do direito; e ultrapassou-os. Formulou sua singular concepção científica do direito, tendo-o como infenso à opinião e à vontade — pois, para Pontes, o direito mostra ser um feito da Natureza nas comunidades dos homens, um irmão da água, das árvores, dos pássaros, também produtos da Natureza. Passou depois à análise dos diversos institutos jurídicos tal como os deparou nas leis.

Transitou como senhor, por todo o direito privado e quase todo o direito público. E em cada qual de seus ramos acampou, soberano.

A cada lance, esse escritor profundo e seguro comentou em livros o resultado que, noutros autores, surgiu como a obra de uma vida. E passou a uma outra disciplina jurídica.

Pontes de Miranda elevou-se ao nível dos melhores do mundo — em processo civil (13 volumes) e em todos os temas do direito privado, o civil e o comercial (60 vols.), como em direito constitucional (7 vols.), dos *Comentários*, e especializou uma concepção pessoal da classificação e do entendimento do “direito de ação” (*Tratado das Ações*, 6 vols.).

É consequência natural da sua profundidade teórica o fato de os livros de Pontes de Miranda serem obras para uso de mentes maduras. Não obstante, sua linguagem é direta e quase coloquial. Para lê-lo, entretanto, há que a ele se chegar já com os pressupostos do saber jurídico.

A quem for possível esquecê-la, então esqueça a quantidade espantosa de volumes escritos e de especialidades tratadas, da autoria de apenas um escritor de direito. Antes, porém, que se medite na qualidade deles, de cada qual isoladamente, no trato do direito que Pontes imprimiu a cada corpo especial de sua numerosa produção. — Tudo é bom, em direito cambial, ou constitucional, ou predial ou no das obrigações, ou no mais.

Veja-se que nos começos de sua vida de escritor, ia ele pelos 29 anos, e com os 2 Tomos do seu monumental *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, já em 1922 Pontes superava os grandes revisionistas de então, do positivismo jurídico — tais como Ripert, Erhlich ou Timascheff.

Cada qual destes Mestres doutrinários havia cuidado apenas de aspecto parcial do direito, ou o das fontes, ou o da insuficiência das leis, ou o da sua feição sociológica. — Pontes, porém, deu uma conceituação, não apenas do direito, mas da ciência dele, abrangente e integral.

Não obstante com ele ocorreu algo maior.

Aqueles grandes especialistas na teoria do direito esgotaram-se, cada qual deles, e acabada a formulação que trouxeram à discussão. Nada mais deram, esvaziados. Pontes, porém, ultrapassou a todos. Propôs sua concepção positiva da ciência do direito integrando-a no quadro das ciências naturais. Mas depois de fazê-lo, decidiu-se a gastar seus dias por mais de meio século, curvado à mesa, a escrever e a escrever. Versou, então, seguidamente, vários ramos do direito.

Pontes de Miranda — ele próprio, uma enciclopédia —, com esta gigantesca parte de sua obra, doou aos profissionais maduros, aos advogados, juizes e mestres, uma fonte autêntica de boa doutrina jurídica.

Com a visão geral da obra de Pontes de Miranda, que tive a sorte de poder alcançar, tenho-o, por tudo isso, como um dos maiores juristas do Ocidente em sua época. Seguramente, em cada ramo positivo que explanou, Pontes alinhou-se entre os mais seguros tratadistas do seu tempo, no direito público e no direito privado.

É um caso que, só de conferi-lo, causa espanto.

Os processualistas o respeitam. Os comercialistas o acatam. Os civilistas o apontam à consideração. Mas cada qual destes especialistas reve-

rentes logrou dominar apenas uma das regiões do direito. Pontes de Miranda, porém, visitou-as todas. Penetrou-as como um senhor. A todas reuniu, integrou, fundiu, submetendo-as à sua concepção científica do direito — tal como a havia ele anunciado, desde os seus primeiros anos de escritor, já consciente de um plano oceânico a ser por ele desdobrado em sistema enciclopédico do direito positivo brasileiro.

III

O direito na concepção de Pontes de Miranda

Pontes acusou de não serem científicos o subjetivismo e o voluntarismo no direito (“Subjektivismus und Voluntarismus im Recht”, in *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, de Kohler e Berolzheimer, 16, 1922-1923).

Repelia conceber-se o direito como obra subjetiva e individual.

Pontes entendia que este idealismo individualista, provindo de Kant, era de estar sepulto. Desde Hegel, Savigny e Spencer, o direito tinha passado a uma ótica positiva e evolutiva. Mas a fragilidade de pensar cientificamente o direito dava alento às tendências subjetivas.

A contribuição original de Pontes de Miranda à teoria do direito assenta na tentativa dele de resolutamente incorporar o surto do direito ao próprio quadro dos fatos da natureza.

Para Pontes, a Natureza, que gerou os homens, engendra o direito nas comunidades humanas, como um processo de adaptação do indivíduo ao grupo. “O direito, fenômeno social, é processo de adaptação do homem à vida social” (*Sistema*, v. 2, p. 49).

“Não é em princípios metafísicos, abstratos, que se deve fundar o direito; nas realidades é que ele vive, porque é fenômeno objetivo como a queda dos corpos, o vôo dos pássaros, o curso dos rios e assim por diante” (*Sistema*, v. 2, p. 51).

E ainda: “O direito está contido nos fenômenos do mundo; a cultura transforma-o, não o cria: como a vida, é propriedade da natureza e da natureza com suas leis eternas” (*Sistema*, v. 2, p. 43).

“Na conciliação dos interesses coletivos com o dos indivíduos está a função do direito” (*op. cit.*, p. 50).

O direito — segundo Pontes de Miranda — por isso não constitui uma categoria universal e nem imutável, pois ele guarda relação com o grupo que o gerou, modifica-se no tempo com ele, e é uma realidade objetiva, exterior ao indivíduo.

“O que se conclui” — registrou PONTES, em um trecho que é exemplar de sua concepção estritamente objetiva e científica — “é que o direi-

to não é somente produto da cultura, do capricho ou da prepotência; não podemos saber-lhe a natureza última como também não conhecemos a do mercúrio, a do ouro, a do rádio ou outro elemento. Mas está contido nos fenômenos do mundo; a cultura transforma-o, não o cria; como a vida, é propriedade da natureza, e da natureza com as suas leis eternas" (*Sistema*, v. 2, p. 43).

"Na conciliação dos interesses coletivos com os do indivíduo está a função do direito" — pondera ele, em traço fundamental da sua visão objetiva do direito. Ele descreve a elaboração natural do direito como sendo uma atmosfera dos grupos humanos; e ainda que produto das mentes, uma espontânea exalação da convivência, e que é gerada pela natureza, como consequência imediata da racionalidade do homem.

Vêm da noite dos tempos o homem e o grupo. Indivíduo, mas gregário, é o corpo coletivo que para ele elabora, de modo espontâneo, os padrões para sua convivência. Donde, ao longo dos milênios, a função do direito, segundo Pontes — um processo de adaptação do indivíduo ao grupo, já que a redução do indivíduo pelo grupo é fato natural, e é iminente ao fato milenar a existência gregária.

A gritante originalidade desta abordagem do direito fomenta o sistema da ciência positiva que Pontes propõe. Pensou o direito como desprendendo-se da natureza, ao exalar-se do grupo humano, e sendo peculiar a cada rebanho desses seres racionais, rebanho que submete cada membro seu.

A inexistência de uma ordem estável e universal provém, para Pontes de Miranda, do fato natural do gregarismo. A diversidade do direito, no espaço e no tempo, decorre daí, de ser ele um produto natural de cada grupo, e apto a transformar-se por efeito das lutas de grupos por seus interesses (mutação, Darwin; evolução, Spencer).

Donde, esse teórico objetivo e relativista advertir: "Cumprir evitar qualquer vaidosa ciência ou filosofia que considere definitivo ou pelo menos realizado todo o conhecimento científico, como se não fosse ele produto, como se não tivesse gênese histórica, como se pudesse o homem libertar-se das leis que presidem à evolução do mundo e, portanto, à dele" (*Sistema*, v. 1, p. XVII).

Ele situou a ciência jurídica entre as ciências sociais, e distinguiu-a. "O direito é um dos principais elementos ou fatores da vida social e, quanto ao objeto, constitui seguramente uma das ciências sociais; porém, entre a ciência do direito e a social, existe diferença sensível, que é a do método: essa procede descritiva e indutivamente; aquela, dogmática e dedutivamente" (*Sistema*, vol. 2, p. 292).

Sua descrição figurativa do "mundo fático" e do "mundo jurídico" fornece a visão da dinâmica atuante do direito. Pontes de Miranda introduziu, na linguagem jurídica, a expressão, pouco elegante mas sugestiva, do

“suporte fático”. Alude, com ele, ao elemento que é indispensável à compreensão do instante em que o direito atua.

Esta, a mecânica da valoração jurídica dos fatos tal como apresentada por Pontes de Miranda, que, com sua visão teórica, criou uma expressão jurídica que se integrou no Brasil à linguagem corrente na jurisprudência e na doutrina — o suporte fático do direito.

5. *A renúncia à metafísica*

Todos os textos citados, aderidos à realidade e à natureza, como que fixam em Pontes de Miranda a renúncia à metafísica para explicar o direito.

Em oposição, condensa-se nele o socialismo. Pontes afasta-se, nesse passo, do papa da “Escola do Recife”, Tobias Barreto, negador sequer da possibilidade de existir a sociologia. “Eu não creio” — escreveu TOBIAS — “eu não creio na existência de uma ciência social. A despeito de todas as frases retóricas e protestos em contrário, insisto na minha velha tese: a sociologia é apenas o nome de uma aspiração tão elevada quão pouco realizável” (*Variações anti-Sociológicas, e Estudos de Direito*, ed. Liv. Progresso, 1951, p. 5).

Comte propusera a sociologia, encimando o quadro das ciências abstratas e mais complexas. Negava a sociologia e a metafísica. — Seu seguidor, Sílvio Romero, praticou sociologia no Brasil como fecundo pioneiro, e proclamou a morte da metafísica. Outro seguidor, este do Sul, Pedro Lessa, fez-se um positivista dissidente, declarando a metafísica imanente à atividade mental do homem. — Vê-se que a “Escola do Recife” só teve de comum a recepção, no Brasil, do pensamento científico naturalista do final do séc. XIX.

Pontes de Miranda, porém, praticou sociologia. “Nas portas das Faculdades” — escreveu PONTES — “devia estar escrito: aqui não entrará quem não for sociólogo” (em *Introdução à Política Científica, ou os Fundamentos da Ciência Positiva do Direito*, Ed. Garnier, 1924, p. 24). Ele sustenta “a natureza sociológica das normas de direito” (*Introdução à Sociologia Geral*, p. 207).

E aqui está jóia de seu pensamento sociológico: “Há em toda a comunidade, em todos os corpos sociais, certa virtude de organização intrínseca, para a qual somente existe uma explicação: o direito. Não poderia ser — cremo-lo bem — pura criação do Estado. Se algum deles criou o outro, foi o direito” (*Sistema*, v. I, p. 61).

IV

O comentarista das leis

Jurista múltiplo, Pontes de Miranda era equipado com a vasta e especializada erudição apropriada a cada departamento do direito. Sua mente

plástica era pronta em tomar a feição natural e diferenciadora do ramo do direito que passasse a versar em livro.

Pontes, sensível às características das divisões do direito, entendeu-as como regiões diferenciadas. Sabia serem criadoras, cada qual delas, de conceitos próprios a serem expressos em linguagem própria. — Traduziu tudo isso afirmando: “Tem-se de ser civilista quando se está no terreno do direito civil, constitucionalista no terreno do direito constitucional, administrativista no terreno do direito administrativo, e processualista no terreno do direito processual. O que importa é erguer a sistemática que serve à lei e fazê-la fecunda no seu plano e dentro dos limites em que tem de ser aplicada.”

Em Pontes de Miranda, o domínio de toda a matéria jurídica permitiu-lhe deixar estanques os diversos ramos do direito, cuja natureza profunda não permitia que se interpenetrassem. Não padeceu, nos seus escritos, da imperfeição encontrada, por exemplo, naqueles administrativistas cujas dissertações não destacam a natureza própria da administração, e que descrevem a atividade dela em linguagem e conceitos, no entanto, tirados ao direito civil.

Nos textos de Pontes de Miranda, por isso, as questões cambiais desenrolam a abstração imanente a seus vínculos; os temas de processo não se confundem com o interesse ou o bem negado ou ameaçado, a ser tutelado pelo Estado; a matéria constitucional alimenta-se das realidades do poder, no Estado, que para elas foi criado.

Evolucionista, comportou-se a partir de aceitar que a evolução consiste na passagem do homogêneo indefinido para o heterogêneo diferenciado (Spencer). O direito evoluiu assim, diferenciando-se ele próprio em categorias jurídicas especiais, ainda que todas coordenadas, como efeito da luta e da adaptação (Darwin).

Foi ainda um cientista do direito, também nisso. A obra de Pontes de Miranda reflete abertamente a especialização diferenciada das categorias jurídicas — e ele discorreu sobre cada qual delas como especialista autêntico.

Pontes processualista, ou civilista, ou constitucionalista, ou comercia-
lista, *aparta a matéria, a concepção e a expressão correta, adequando-se a seu trato diferenciado.*

Contudo, apegou-se à sua convicção central de que o direito é elaboração dos grupos humanos, nacionais ou não — donde ser imprescindível ao jurista a investigação histórica. E nisso, foi mais completo que o comum dos autores nacionais.

Ele viu no direito, e demonstrou, a combinação de matéria universal e nacional. No caso do direito privado nacional, Pontes sempre remontou às Ordenações e aos velhos e bons praxistas lusos, para dar autenticidade às suas interpretações vivificantes dos textos legais modernos.

Admirável, a massa de informações eruditas que manejou, as das antigas raízes históricas nacionais do direito, acomodadas às concepções modernas que delas advieram. Remonta às vezes aos fins da Idade Média portuguesa, e demonstra um tema atual de direito brasileiro.

No Prólogo, com que abriu os *Comentários ao Código de Processo Civil*, o de 1973, Pontes de Miranda mostra o material que manejou. Adotou as mais modernas concepções do direito de processo, sem dúvida encontradas e reveladas ao mundo, por Wach, e desdobradas por Von Bülow. Delas diz, com acerto e sempre com a visão histórica do direito, serem, no século XIX, a descoberta da presença do Estado, ali onde juristas no século XVIII só viam individualismo.

Mas ao aceitar estas descobertas, que são gerais no Ocidente, acoplou-as ao material luso-brasileiro, o dos velhos processualistas, criadores da literatura anterior portuguesa e brasileira, que nos vem de Mendes de Castro, Melo Freire, Pereira e Souza, Paula Batista e João Monteiro. — E nisso esteve fiel às concepções enunciadas no seu *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, já que esta varia no espaço e no tempo, ainda que guardando identidade na sua evolução continuativa.

Passava de um ramo a outro como um completo especialista que nele apenas se houvesse concentrado toda a vida — tal a adaptação, tal o conhecimento, tal a correção jurídica.

As súbitas, ele dá estocadas no erro aquietado pela aceitação. Então, põe etiqueta de errada e de erros superpostos, à denominação do “Direito Internacional Privado” — que na verdade é nacional e de direito público.

O pequeno achado desta moeda falsa, que é corrente no mundo jurídico em livros e nas cátedras, vem nas catas teóricas de Pontes de Miranda, incidentalmente. Foi quando incorporou a seu ferramental a concepção de “sobredireito”, de Zitelman, *recht über recht*.

Partindo da noção de que há regras que recaem em relações, e há regras que recaem em regras, Zitelman construiu a sua concepção. As primeiras criam de imediato as situações jurídicas. As outras referem-se a regras que governam a incidência de terceiras, no caso de normas coexistentes ou sucessivas. Estas são de *sobredireito*, necessariamente de natureza pública, promulgadas pelo Estado para ordenação interna e nacional, ainda que possa submeter, inclusive, regras estrangeiras.

Lendo-se Pontes de Miranda em direito constitucional, guarda-se a sensação de comunicar-se com um pensador dos problemas da organização nacional do poder, no Brasil, que a eles exclusivamente dedicasse seus longos anos de pesquisa, reflexão e escritos. O espantoso está em que outros apenas lograram isso — a exegese do direito pertinente ao Estado; Pontes, porém, exerceu esta exegese, e também as outras todas; e ainda submeteu-as a uma concepção própria da ciência jurídica.

Superiormente dissertou:

“Toda democracia é atenção ao querer e esforço para identificar: *marcha-se, sem que se saiba para onde; mas marcha-se.* O seu fim é, pois, esperança, e não, propriamente, fim; espera-se que se chegue ao acordo, pelas simetriações que atenuem as diversidades da vontade”. — “Não é só isso. Toda democracia é luta contra as lutas, porque organiza pleitos que evitem os choques. Ainda mais. Toda democracia supõe a vontade livre; portanto, liberdade, que precede à função democrática, e solução, que não a sacrifique: porque a democracia é no tempo, em soluções sucessivas e provisórias” (*Comentários à Constituição de 1946*, v. I, p. 15).

Não se recorda o civilista, o comercialista queda esquecido, quando se lê Pontes constitucionalista:

“A opinião pública como entidade unitária é, hoje, conceito falso, conceito sem qualquer fundo de realidade. Há democratas puros, social-democratas, fascistas, comunistas, federalistas, unitaristas; não há mais opinião pública. A democracia nasceu para exprimir a opinião pública, a opinião de todos unificada; hoje, se procura esse ídolo problemático, *desdemocratiza-se.* O destino da democracia está ligado a esse problema técnico, que agora se descobre ser o *seu* e de que agora, absurdamente, se quer que se desinteresse. Pretende-se matar a árvore quando ela começaria a dar frutos.”

A crise contemporânea do Estado e as suas transformações, sentiu-as Pontes de Miranda. Deu-lhes a origem histórica e as causas. Constatou a novidade da parte programática das Constituições após a I Guerra, sua intervenção no econômico e no social. Mas identificou nelas a timidez fatal que haveria de corrompê-las por dentro, detidas no problema ético e faltas dos fins políticos do Estado, de que resultou a corrosão delas nos focos da Itália e da Alemanha. “Eram Constituições de intenções teleológicas, que apenas atenuaram o liberalismo do tipo constitucional do séc. XIX e do fim do séc. XVIII.” E apodou-as de “vagas e ingênuas”.

Tão completa visão histórica da política e do direito não se improvisa. Noutros juristas, ela exigiu o devotamento duma existência. Em Pontes de Miranda, porém, tendo ele concluído sua última página sobre direito civil ou sobre a natureza abstrata do vínculo do aval, a sua prodigiosa intuição, quase genial e servida por uma erudição *acesa, logo lhe abria* estas visões panorâmicas sobre o Estado e suas transformações postas nas Constituições.

Ele, e não um outro, e nem algum político, *influiu na criação* de Territórios federais por desmembramento deles, dos Estados, já que, aqui, a Federação foi ato do Poder Central, os Estados-Membros surgiram por

decisão política do Estado unitário; a União não resultou de uma formação dos Estados nem é posterior a eles.

Em 1937, a Constituição adotou esta sugestão de Pontes, de tantos efeitos, lançada em seus comentários à Constituição de 1934. Aí se tem o jurista influenciando na prática do direito e sobre uma questão fundamental, a da divisão territorial do Estado Federal.

Ele sempre lamentou a omissão, nas Constituições anteriores, do trato da questão social: em 1891, o constituinte ausente dela; em 1934, satisfeito com referências vagas, “abrindo as possibilidades da prevenção e da repressão pela força” (*Comentários à Constituição de 1946*, p. 20), deixando Executivo e Legislativo “sem meios de atacar nas causas” — grifou ele — “os movimentos de subversão”.

Evolucionista, um jurista sucessor de Hegel e de Savigny, Pontes de Miranda proclama: “A história é sucessão de estruturas”. — “Sempre há estrutura que tem de substituir outra estrutura, como forma cômoda, quando mudam as circunstâncias, isto é, quando mudam os termos do problema”.

Questões de fundo, referentes à convivência do plano estadual com o federal, encontram-se versadas por Pontes de Miranda, que as atacou na essência.

Exemplo disto está na sua crítica à militarização e armamentarismo dos Estados-Membros, na Federação brasileira. “Diante das polícias estaduais ou, para dar o nome às coisas, diante dos exércitos estaduais que se formaram sob a Constituição de 1891 (que aliás as desconhecia), a Assembléia Constituinte de 1933-1934, ao invés de resolver de uma vez, no sentido histórico da nacionalidade, esse problema que nenhuma outra federação teria tolerado, agravou-o, consagrando-o em textos constitucionais” — grifou ele. — “As forças armadas e os brasileiros zelosos de seu País viram, com profundo constrangimento, esse sintoma de intemperante estadualismo” (*Comentários à Constituição de 1946*, I vol., p. 19).

Ainda uma vez, a reflexão sobre problemas de organização nacional brota amadurecida, de sua pena de jurista múltiplo, tão seguro no manejo do direito civil, como no do processual ou no do constitucional.

Pessoa desdobrada, matéria mental fluida a acomodar-se à forma do recipiente que a continha, não pára aí, porém, o admirável, em Pontes de Miranda.

Nele, a versatilidade adere à profundidade, a erudição submete-se à constatação da realidade, o pensamento universal serve à reflexão do nacional.

Personalizou uma enciclopédia — ele próprio — esse jurista multiplicado, esse escritor oceânico, no entanto um admirado espectador do mundo e da vida.

Espaço e tempo na concepção do direito de Pontes de Miranda

NELSON SALDANHA

Do Instituto Brasileiro de Filosofia da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal de Pernambuco

SUMÁRIO

1. *Pontes de Miranda: figura intelectual e ubicação histórica.*
2. *Fundamentos gerais de seu pensamento jurídico.*
3. *O social e o jurídico: o espaço e o tempo.*
4. *O direito positivo: do Sistema ao Tratado.*

“Se os elementos são idênticos e se a mesma força opera na formação do mundo, dando lugar ao maravilhoso equilíbrio de energias que a lei da gravitação em física, da hereditariedade e seleção em biologia e a existência de regras jurídicas e lingüísticas em ciência social nos denunciam, havemos o mais eloqüente arrazoado para a crítica favorável de nosso modo de conceber a evolução de um direito, diremos até a sua psicogênese” (PONTES DE MIRANDA, *A Margem do Direito*, 1912, pp. 162-163).

1. *Pontes de Miranda: figura intelectual e ubicação histórica*

A figura intelectual de Pontes de Miranda (1892-1979), cuja vida atravessou todo o século vinte até perto do fim da oitava década, impressionou desde o início de sua trajetória pela variedade dos temas de que tratou, pela erudição diversificada e pelo tom marcadamente pessoal de seus textos. Sua obra, extraordinariamente extensa, abrangeu vários campos incluindo ciências sociais, teoria política, direito e filosofia, além de eventuais produções literárias. De certa maneira, a abrangência de seus interesses temáticos representou — como em outros de seu tempo — a persistência de um padrão que foi cultivado inclusive pela chamada “Escola do Recife” (1), entre meados do século XIX e começos do XX.

Sua formação geral foi condicionada por fortes influências, correspondentes à cultura européia dos fins do século XIX e dos começos do XX, tanto no concernente aos temas como no referente às fontes e às diretrizes. Entre aquelas influências podem mencionar-se o repúdio à metafísica, o pendor evolucionista (com o apelo à idéia de “leis sociais”) e um certo cientificismo baseado no *standard* das ciências exatas. Com o pendor evolucionista relacionou-se uma certa preocupação com a história — nem sempre conciliável com o fisicalismo —, e com o cientificismo uma permanente preocupação gnosiológica e epistemológica. O pesado aparato bibliográfico em alguns de seus trabalhos revelou, ao lado do esforço de estar *aggiornato* em relação ao debate internacional, uma formidável capacidade de assimilação e de sistematização.

Superando-os na extensão da obra, PONTES figura de qualquer modo como um herdeiro dos grandes privatistas brasileiros: como em Bevilacqua e em Espínola, encontramos nele a larga presença das fontes alemãs; como em Teixeira de Freitas, um freqüente tom polêmico. Em PONTES se acha ainda uma explícita valorização dos “praxistas” portugueses, considerados por ele como fundamentais na origem da cultura jurídica brasileira (2).

A consolidação dos estudos basilares de PONTES DE MIRANDA e a redação de seus primeiros trabalhos correspondeu a uma época extrema-

(1) A. PAIM. *A Filosofia da Escola do Recife*. Rio de Janeiro, ed. Saga, 1966; NELSON SALDANHA. *A Escola do Recife*. São Paulo, Convívio — INL, 1985. Cf. também MARIO LOSANO. “La Scuola di Recife e l’influenza tedesca sul diritto brasiliano”, em *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, organiz. por G. Tarello, ed. Il Mulino, Bolonha, 1974, vol. IV.

(2) Cf. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, ed. Pimenta de Mello, 1928, Parte I, cap. I (passim).

mente rica. Entre 1910 e 1930 o mundo conheceu a Revolução mexicana, o advento do Estado soviético e a Primeira Guerra Mundial: esgotava-se a *belle-époque*, completavam-se as obras de Durkheim e de Weber, estendia-se a influência da fenomenologia, bem como a do neokantismo: surgia o *Wienerkreis*, apareciam as primeiras grandes obras de Hans Kelsen e de Carl Schmitt.

No Brasil, os ecos do movimento positivista — que tanto influíra sobre a instauração da república — entravam em crise, diante de uma certa “reação espiritualista” e da mudança na ordem de problemas: começava a influência sociológica de Alberto Torres e de Oliveira Vianna, ambos divergentes em relação a Rui Barbosa e tendentes a uma visão *soi-disant* “realista” dos problemas nacionais. Entretanto, o espiritualismo e a crítica a Rui Barbosa confluíram no movimento integralista, que por sua vez influiria nas teorizações referentes ao “Estado Novo”. Os juristas brasileiros, dispendo de um Código Civil desde 1916, retomavam em torno dele o trabalho que no século anterior tinha cabido a Ribas e a Lafayette, na geração que medeou entre Teixeira de Freitas e Bevilacqua⁽³⁾.

PONTES DE MIRANDA fez sua formação básica com grande interesse pela matemática — que compartiu com o eminente Amoroso Costa — e pelas ciências naturais em geral: vastas leituras sempre rigorosamente organizadas. Ele próprio afirmou que sua obra de jurista se fundava em três circunstâncias específicas: o forte domínio lingüístico, a familiaridade com a matemática e o trato permanente com a vida jurídica prática.

2. Fundamentos gerais de seu pensamento jurídico

São textos extremamente extensos e marcados por um estilo sempre enfático e afirmativo: a obra de PONTES, no período inicial — até o *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, este inclusive —, é a de um pensador preocupado com a estrutura do “social” e com as categorias adequadas para seu conhecimento. Nos livros de estréia (*A Sabedoria dos Instintos, À Margem do Direito*), havia uma certa inclinação literária que, sem se perder de todo, se tornou mais discreta nas obras posteriores; traços formais que ficaram até o fim, com frases marteladas, expressões peculiares, neologismos sugestivos e ênfases peremptórias.

A preocupação com o problema do conhecimento esteve presente no pensamento de PONTES DE MIRANDA durante todos os períodos da vida:

(3) Cf. MIGUEL REALE, “Pontes de Miranda na Cultura Brasileira”, em *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. XXX, fasc. 117 (Janeiro-março 1980).

há em alguns de seus trabalhos uma espécie de contraponto, por vezes não claramente perceptível, entre as indagações evolucionísticas (sempre expressadas com convicção peremptória) e as reservas gnosiológicas, sempre conduzidas por sua formação neopositivista e empiro-criticista. Sua teoria do conhecimento, esboçada em escritos juvenis e desdobrada fragmentariamente nos volumosos capítulos do *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, de 1922, tentou explicitar-se de modo completo e definitivo em 1937, com *O Problema Fundamental do Conhecimento*.

Ao iniciar a publicação do extenso *Tratado de Direito Privado*, em 1954, PONTES parecia ter dado por concluída a elaboração de sua teoria do conhecimento, embora — repitamos — persistissem em seu espírito as questões gnosiológicas básicas, estas sempre acompanhadas (repitamos ainda) de tematizações de antropologia física e de indagações evolucionistas, como havia ocorrido, ainda em 1953, com o livro *Garra, Mão e Dedo* (4).

Suas bases empiro-criticistas — pelas quais reabilitava Mach e Avenarius, no *Sistema*, contra a posição de Lenine — não o abandonaram jamais, e sua posição filosófica foi sempre essencialmente naturalística. Aplicando-se uma noção hoje corrente por conta da “filosofia hermenêutica”, a da pré-compreensão (*Vorverstaendnis*), poder-se-ia dizer que PONTES *partia* de uma dada ordem de problemas para ali situar *seu* problema. O equacionamento da idéia de “-jeto”, ponto central em seu livro de 1937, pressupunha a possibilidade de considerar a realidade sem colocar-se nem do lado do sujeito nem do objeto. Esta operação, a nosso ver impossível, é postulada através de um certo artifício verbal (a expressão “tudo o que se apresenta” substitui no texto de PONTES o termo “realidade”, que poderia induzir a idéia de objetividade), que entretanto é conduzido até às últimas páginas do livro e que na verdade *pressupõe* a inadequação do “subjetivismo” cartesiano e kantiano, bem como a dos materialismos do tipo do de Büchner e outros (5).

O naturalismo levou-o a aproximar da física e da química (chegaria até aos minerais) os problemas estruturais do direito. Na segunda parte do segundo volume do *Sistema*, o capítulo I versava sobre o “método científico no direito”. Neste capítulo, postulava o conhecimento da “matéria social na sua integridade”, preconizando para a sociologia a mesma análise usada com êxito na química (6).

(4) PONTES DE MIRANDA. *Garra, Mão e Dedo*. São Paulo, Ed. Martins, 1953.

(5) PONTES DE MIRANDA. *O Problema Fundamental do Conhecimento*, Porto Alegre, Globo, 1937, *passim*.

(6) PONTES DE MIRANDA. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Rio de Janeiro, Ed. Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922, volume II, *passim* e esp. p. 335. Cf. também a “Introdução” de *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Ed. Pimenta de Mello, 1928.

Em algumas passagens do *Sistema*, contudo, teve PONTES o cuidado de especificar sua referência à *aplicação* do direito, apontando no caso para uma alusão às regras e ao plano positivo da ordem jurídica; há uma distinção, nem sempre declarada mas perceptível, entre este tipo de problema e as referências ao *fenômeno* jurídico em sentido geral (que, segundo o pensador alagoano, encontra “equivalências” e analogias no próprio mundo inorgânico) e à *ciência* do direito como provisão de métodos e de conhecimentos concernentes quer ao direito como fenômeno, quer à sua aplicação positiva (7).

Um empirismo que se desdobra em naturalismo e fisicalismo, e que se apresenta como sociologismo implícito, explicitamente antimetafísico. Como se vê, PONTES não assimilou o neokantismo — apesar de conhecer as obras de seus expoentes maiores — nem tampouco o hegelianismo (este aliás sempre mal divulgado no Brasil). Adotou, por outro lado, um cientificismo tão característico quanto o das gerações de Tobias Barreto e de Sílvio Romero, mas fundado sobre premissas diferentes, ou seja, sobre a noção da “ciência unificada” trazida pelos neopositivistas do grupo de Viena. Para PONTES, como para os componentes daquele grupo, era descabida a dicotomia que separa ciências da natureza e ciências do espírito, sendo o saber um só e sendo todos os objetos do conhecimento integrantes de um mundo estruturado segundo leis, idênticas para todos os níveis e planos.

Como se sabe, PONTES conceituou o *direito*, numa acepção ampla, como processo de *adaptação*. Escreveu, neste sentido, que

“A adaptação e os movimentos (regras jurídicas) para corrigir os defeitos de adaptação do homem à vida social (o que é também processo de adaptação) *contêm todo o direito*. Tudo o que escapa a tal esfera, tudo o que excede a tais delineamentos e raias, não é direito, não é fenômeno jurídico, e deve ser estudado noutro domínio das ciências sociais” (8).

A ressalva, contida no final do trecho, não era porém uma redução muito grande, vez que o conceito basilar de *adaptação* ampliava a noção

(7) Entretanto, passava a palavra final ao sociólogo: “Fenômeno social, o direito pressupõe no jurista o sociólogo que fundamentalmente deve ser. Legislador, intérprete ou juiz, não se compreende que use de outros métodos antes de empregar o da ciência principal, que é a sociologia” (*Sistema de Ciência Positiva do Direito*, cit., vol. I, p. 256).

(8) *Sistema*, cit., vol. I, p. 256. Cf. no mesmo sentido a *Introdução à Sociologia Geral* (Rio de Janeiro, ed. Pimenta de Mello, 1926), onde os capítulos I e II da terceira parte versam sobre processos adaptativos.

de direito até proporções extremas, chegando PONTES a dizer que os problemas sociais são *problemas jurídicos*, e encontrando “equivalências” do jurídico no próprio mundo inorgânico, bem como um aspecto *mecânico* no “fenômeno social do direito”. Expressamente, PONTES converteu sua noção da unidade do real na recusa da distinção entre ser e dever-ser: para ele, o ser inclui o dever-ser, dentro de um monismo onde a própria dimensão sentimental do homem se subordina a fatos da física e da biologia (9).

Através de seus pressupostos, a concepção do direito de PONTES DE MIRANDA se afasta, portanto, do jusnaturalismo — recusado como abstração metafísica — e do juspositivismo normativista, que se estriba sobre a autonomia do dever-ser. Para PONTES, o direito surge como expressão do real, como expressão *real* das adaptações cósmicas e sociais, desdobrando-se, apenas no momento de sua aplicação, em norma legal, interpretação e decisão judicial. O incontornável naturalismo de sua concepção do mundo fazia-o inclusive ver no jurista um *Naturforscher*, mas a noção de natureza aí conotada não tinha sentido ontológico nem metafísico: tratava-se realmente de buscar o jurídico, empiricamente — embora com rigor científico —, nas diversas camadas da própria realidade.

O evolucionismo de PONTES se revelava, por outro lado, na idéia de que a vida social se entende em função de um determinado gasto de energia, e de que as *adaptações* correspondem a variações no *quantum* de energia, sendo que o passar do tempo leva a uma “diminuição do *quantum* despótico” (10). Nesta alusão, onde entra a terminologia da física conjugada à linguagem política, se confirma a visão monística que combina os fatos biológico-sociais aos éticos e aos jurídicos — sem qualquer referência à teoria dos valores —, justamente no mesmo sentido da recusa da cisão entre ser e dever-ser (11).

(9) Na *Introdução à Sociologia Geral*, PONTES destacou como processos adaptativos a religião, a moral, o direito e a economia (parte III, cap. I). Para o entendimento geral dos processos, destacava o uso das noções de espaço e tempo social e o “princípio de simetria” (ibidem). Entrementes, prevenira no *Sistema* contra o legalismo formalizante: “Os verdadeiros fundamentos da ciência positiva do direito não são as leis, documentos que podem mostrar fenômeno exclusivamente ou pelo menos preponderantemente político e não jurídico; mas a biologia, a psicologia, a economia, a sociologia, enfim o conhecimento do homem, ser vivo e pensante, nos seus agregados sociais. O respeito fanático dos textos é simples sobrevivência intelectual, superstição que nos ficou da teologia” (vol. II, pp. 420-421). — Está dito também, no *Sistema*, que “a ética continua a obra das adaptações puramente biológicas” (vol. I, p. 177: o grifo do autor assinala a identidade de plano entre o mundo moral e o físico).

(10) Cf. *Introdução à Política Científica ou Os Fundamentos da Ciência Positiva do Direito*, Rio de Janeiro, Ed. Garnier, 1924, capítulo IV. A idéia, evidentemente, corresponde à de Ihering sobre a “domesticação do poder”.

(11) “O direito é ser, no sentido da ciência, e não apenas ideal. Aliás, o próprio ideal é ser, se estudado pela ciência”. (*Sistema*, tomo I, p. 179).

3. O social e o jurídico. O espaço e o tempo

Sendo a vida social um complexo de *relações*, a serem estudadas de modo “científico”, e sendo o direito um fenômeno de adaptação análogo a tantos outros situados no largo quadro da natureza, o fato social e o fenômeno jurídico se entendem como coisas reais, como algo natural. PONTES não abandona o seu monismo, mesmo quando se defronta com problemas maiores, nem deixa de lado a concepção naturalística do direito, mesmo quando tem de aludir à sua aplicação e ao seu lado técnico.

Trata-se assim de um radical empirismo: o termo vai aqui no sentido de posição oposta a todo apriorismo, e de mentalidade vinculada aos métodos científico-naturais de estudo (é noutro sentido que PONTES recusa o “empirismo” das pessoas presas ao chamado senso comum e à falta de “rigor científico”).

Como realidades fácticas, o social e o jurista estariam ligados a condições concretas, inclusive ao tempo e ao espaço. Em certa passagem da *Introdução à Sociologia Geral*, PONTES mencionou o espaço social (com suas “variantes” de tempo) como fator de deformação do ser biológico, aludindo ao “organismo coletivo” que se conserva alterando-se, e também ao *quantum* despótico que faz variar na sociedade o grau de liberdade social⁽¹²⁾. O direito, basicamente visto como fenômeno de adaptação, confirma sob este prisma seu larguíssimo perfil: “onde há espaço social há direito”, diz certo passo do *Sistema*⁽¹³⁾, exibindo com ênfase uma visão fiscalista inconfundível. Visão fiscalista que — registre-se de passagem — estivera presente, com menores recursos bibliográficos, na “Escola do Recife” da segunda metade do século passado, e que, particularmente com Tobias Barreto e com Fausto Cardoso, procurou encontrar em Haeckel (Barreto procurou também em Ihering) o apoio para a compreensão da evolução do direito⁽¹⁴⁾.

(12) *Introdução à Sociologia Geral*, cit., pp. 271 e 272.

(13) *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, cit., vol. I, p. 63. E segue: “O vácuo é criação do artifício humano e por isto mesmo imperfeito. Aonde não vai a dilatabilidade de um direito surge a de outro que preenche o trato de espaço aberto à vida de relação. E no mundo jurídico — como no sistema físico com a expansão dos gases — é incompatível a pureza química do ambiente. Todos os sistemas jurídicos são heterogêneos, como o ar atmosférico.” Veja-se no mesmo sentido o vol. II, p. 335.

(14) Em um pequeno livro de um dos integrantes da “Escola do Recife” há uma breve referência ao problema da influência do tempo sobre o mundo jurídico, que se inicia com alusões genéricas e passa ao tema da retroatividade das leis (ARTHUR ORLANDO, *Propedêutica Político-Jurídica*. Recife, ed. na Tipografia de J. Edelbrock, 1904, pp. 171-173).

O tempo e o espaço de que tratava PONTES, ao situar o enquadramento real do social e do jurídico, não eram porém o tempo e o espaço no sentido de Kant; nem eram o tempo e o espaço *existenciais*, de que, com base sobretudo em Heidegger, tratou Lorenzo Carnelli em conhecido e sugestivo livro, no qual se situam épocas e prazos como dimensões da intrínseca temporalidade do direito⁽¹⁵⁾. No caso de PONTES, o tempo e o espaço eram entendidos efetivamente no sentido físico, como dados fisicamente mensuráveis e correspondentes a uma concepção naturalista do direito.

* * *

Sob certo aspecto, o conceito de direito como *adaptação* implica uma atitude pragmatista: evitando implicitamente todo teleologismo, PONTES, entretanto, aderiu à valorização dos resultados em termos de eficácia (e de “diferenciação”), situando os processos adaptativos num plano genérico, dentro do qual cabem os diversos níveis de vida, conflito, simetria e equilíbrio. Aliás, no *Sistema*, o capítulo concernente ao espaço e ao tempo como “variantes” revela um esforço que é em verdade o do livro todo: o de conjugar a visão física e geométrica com os processos biológicos e sociais; a visão dos “círculos sociais” terá sido, para tanto, um recurso retórico e ao mesmo tempo conceitual⁽¹⁶⁾.

Escrevendo, no primeiro volume do *Sistema* (Introdução, cap. 3), sobre a “naturalidade do fenômeno jurídico”, PONTES aludiu à constância física e à constância química como paralelas à “constante da harmonia social”, que corresponde ao direito. Para ele, o direito é algo tão real que não pode ser conceituado como objeto abstrato, nem sequer imaterial. Essa constância, relacionada à idéia de energia, e essa realidade material, confirmavam em seu conceito de direito a presença de dados físicos situados a partir do componente *tempo* e do componente *espaço*. E com a alusão a esses componentes, PONTES julgava trazer para o jurista uma identificação

(15) LORENZO CARNELLI. *Tempo e Direito*. Trad. E. Maciel. Rio de Janeiro, Ed. José Konfino, 1960. Para uma visão do problema do espaço e do tempo sob o ângulo neokantista, v. ERNST CASSIRER, *Filosofia delle Forme Simboliche*, trad. de Eraldo Arnaud, Florença, ed. “La nuova Italia”, 1967, vol. III (Fenomenologia della conoscenza), parte II, capítulos III e IV. Cf. ainda os excelentes textos de L. BAGOLINI, SERGIO COTTA e E. OPOCHER sobre direito e tempo na *Riv. Internazionale di Filosofia del Diritto*, ano LVIII (1981), n. 1, pp. 81 e segs.

(16) *Sistema*, vol. I, pp. 119 e seguintes. Não será irrelevante relacionar, ao *penchant* pragmatista de Pontes, seu constante recurso, no *Sistema*, a autores norte-americanos hoje um tanto esquecidos, como W. T. MARVIN, além do realmente admirável William JAMES.

epistemológica com todos os outros tipos de cientistas, unificados pelo método (17).

Ao construir, já nos anos 20, as coordenadas básicas de sua concepção do direito, PONTES realmente afastou-se de toda metafísica. E daí sua obra ser impermeável a todo jusnaturalismo — conforme lembramos acima —, bem como ao normativismo, em particular ao de tipo kelseniano ao qual se manteve imune mesmo na fase de elaboração do *Tratado de Direito Privado*, cujas bases rigorosamente juspositivísticas dispensam entretanto qualquer adesão ao formalismo logicista (18).

Compete registrar que em seu *Tratado de Direito Internacional Privado* (19), PONTES situou o tema do “Espaço — Tempo” com relação ao princípio da *lex fori* e do *instante* da aplicabilidade das normas, situando também a incidência do tempo sobre os conflitos espaciais de leis (“o direito intertemporal do direito internacional privado”).

Temos, porém, de registrar que PONTES não chegou — por falta de melhor perspectiva — a uma adequada idéia da *historicidade* do direito; nem retirou, das reflexões sobre o espaço, uma visão da pluralidade concreta dos sistemas, nem portanto, do direito comparado.

4. O direito positivo: do “Sistema” ao “Tratado”

Na longa, intensa e ininterrupta atividade intelectual de PONTES DE MIRANDA, a fase inicial — marcada por obras caracterizadas por um certo psicologismo — culminou em 1922 com o surgimento do vasto *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Posteriormente PONTES voltou a

(17) Sobre o direito como processo de adaptação, cf. *Introdução à Sociologia Geral*, pp. 207 e ss.; *Sistema*, volume I, pp. 256, 337 e outras. Sobre adaptação social, em sentido amplo, *Introd. à Sociologia*, p. 185. Sobre o tempo social, que PONTES associava à idéia dos círculos sociais e que conceituava com apoio em MINKOWSKI (e em sua obra *Raum und Zeit* editada em 1909), cf. *Sistema*, I, p. 159. É curioso registrar que PONTES, quase exclusivamente ligado à bibliografia alemã (pouco citava, estranhamente, os italianos), jamais mencionou — ao que parece — a obra de FRANZ JERUSALEM, *Soziologie des Rechts* (vol. I, Iena, Ed. G. Fischer, 1925), onde aparecem temas e tematizações semelhantes aos seus.

(18) O cotejo entre a obra de PONTES e o pensamento de Kelsen se acha feito com extrema competência no ensaio de DJACIR MENEZES, “Kelsen e Pontes de Miranda”, no volume *Estudos de Filosofia do Direito. Uma Visão Integral da Obra de Hans Kelsen*, coordenada por L. R. Prado e M. Karam, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1985. Cf. também SILVIO DE MACEDO, *Pontes de Miranda e a Universalidade de sua Mensagem Cultural*. Rio de Janeiro, Forense, 1982. Para outros aspectos, e apesar de que PONTES negava qualquer vínculo com a “Escola”, cf. o artigo de AURÉLIO W. BASTOS, “Pontes de Miranda: a Escola do Recife e o Direito Moderno”, em *Revista do Curso de Direito da UFCE, Fortaleza*, vol. 21, n.º 2, jul.-dez. de 1980.

(19) *Tratado de Direito Internacional Privado*, tomo I, Rio de Janeiro, J. Olympio, 1935, parte IV, capítulo II, e parte V, capítulo I.

escrever sobre sociologia e sobre teoria política, mas em proporção sempre menor em face do vulto de seus trabalhos jurídicos. Seus livros sobre direito, que vinham desde o juvenil *A Margem do Direito* de 1912, já eram vários quando da publicação do *Sistema*. A partir de certa fase, PONTES passou dos estudos monográficos, que vinham abrangendo tanto o chamado direito público como o privado, para os *Comentários* sistemáticos, a contar dos referentes à Constituição de 1934, e à de 1946, chegando à de 1967 e passando pelos amplos e complexos *Comentários* ao Código de Processo Civil.

Parece, contudo, que sua realização mais impressionante como jurista terá sido a elaboração do vastíssimo *Tratado de Direito Privado*, em 60 volumes (1955-1970). Este trânsito por vários “ramos” do direito deu a PONTES uma visão unitária da realidade jurídica em seu lado de positividade; e em seus trabalhos relativos ao direito positivo cabe procurar, de certo modo, a contraprova de suas concepções gerais sobre o “fenômeno jurídico”.

Não foi apenas a passagem dos temas mais genéricos (e sociológico-filosóficos) para o trato maior com o direito privado positivo que condicionou algumas alterações em seus esquemas gerais: houve também por certo o decurso do tempo — quase meio século entre a primeira edição do *Sistema* e a conclusão do *Tratado* —, decantando algumas opiniões, alterando outras: também nisso um outro “processo de adaptação” operado dentro da própria obra.

Nestes longos anos, oscilaram um pouco também os limites entre os diversos “domínios” em que se repartem as reflexões gerais. Sem ter nunca feito explicitamente uma “Filosofia do Direito”, PONTES abordou questões jurídico-filosóficas em alguns escritos: quanto a uma “Sociologia do Direito”, sua contribuição se acha mais visível na medida em que o *Sistema* — com ressonâncias várias na Sociologia Geral, que se lhe segue quatro anos depois — aborda expressamente temas sociológicos.

Entretanto, se perguntarmos pela concepção de PONTES sobre o que significa “Teoria Geral do Direito”, encontraremos no *Tratado* uma mudança de rumo. No *Sistema* a preocupação basilar e constante era a de uma visão global (e ao mesmo tempo natural, científico-natural) do direito; enquanto que no *Tratado* temos a Teoria Geral do Direito convertida em *parte geral* (!) do direito, e a “Parte Geral do Direito” considerada como “um dos ramos do direito”⁽²⁰⁾.

De certo modo, PONTES praticou um certo privatismo na concepção do direito utilizada no *Tratado*, o que é compreensível como adesão ao espí-

(20) *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsoli, (1954), Parte Geral, Tomo I — Introdução, Pessoas físicas e jurídicas. Cf. Prefácio, p. XLIX, onde inclusive escreve: “A parte geral do direito privado tem necessariamente de trabalhar com os conceitos que são comuns a todos os ramos do direito e a todos os ramos do direito privado”.

rito do campo em que se punha a trabalhar: seu conceito de “parte geral do Direito” era no fundo a *Allgemeiner Teil* do direito civil conceituada pelos civilistas do oitocentos. No *Tratado*, PONTES não vem a aplicar — mesmo nas explanações iniciais sobre Teoria Geral — suas concepções mais genéricas, que estavam no *Sistema* e em outros trabalhos: nem o empiro-criticismo, nem a teoria dos “-jetos” nem a noção física da simetria. E não que ele tivesse mudado suas posições filosóficas. Seria então de indagar-se se, diante da ingente tarefa de elaboração de uma obra exaustiva sobre o direito privado, teria PONTES posto “de lado” suas convicções genéricas, assumindo *ad usum* conceitos fundamentais mais próximos daqueles que o positivismo normativista tem difundido; conceitos que pressupõem uma Teoria Geral do Direito entendida antes como confluência e junção das categorias “gerais” de cada ramo do direito do que como visão global do direito em sua complexidade de aspectos⁽²¹⁾.

A distinção entre direito-fenômeno e direito-doutrina, nem sempre bastante nítida nas páginas do *Sistema* (apesar de óbvia), torna-se clara no *Tratado*, mas não propriamente explícita. As alusões ao papel da ciência jurídica, que no *Sistema* representava o “papel unificador” do conhecimento, desaparecem no *Tratado*, cedendo vez a uma implícita aceitação da existência de uma civilística cujo amplo patrimônio de conceitos há que utilizar — embora criticamente. Entretanto, segue empregando o termo *atos* para designar tanto as ocorrências mais gerais da vida como o conteúdo específico, do chamado “suporte fático”, objeto de incidência das normas jurídicas. Em certas passagens PONTES chega a surpreender: enquanto no *Sistema* se afirmava que o direito não é algo imaterial, nas páginas iniciais do *Tratado* a incidência das regras jurídicas é mencionada como “fato do mundo dos pensamentos”. Sequer se preocupa, nessas páginas, com as relações entre direito e Estado, tema de diversas passagens de suas obras dos anos 20 e 30 — bem como dos textos iniciais dos Comentários constitucionais — e excluído do *Tratado* pelo privatismo ali adotado⁽²²⁾.

(21) Talvez o positivismo jurídico exibido no *Tratado* se aproxime menos do kelseniano do que daquele dos alemães da geração de Bergbohm; de qualquer sorte trata-se de um positivismo implícito e sem maiores preocupações especulativas. Caberia também compará-lo com a posição de Bobbio e de sua “escola” (cf. a propósito *Riv. Internazionale di Fil. del Diritto*, abr.-jun. de 1984, IV série, LXI, pp. 337 e ss.). De todos os modos, cabe assinalar o contraste entre o biologicismo-fisicalismo do *Sistema* e o “juridicismo” do *Tratado*. Outro aspecto, que cabe mencionar ao menos de passagem, é a desatualização bibliográfica de PONTES, a partir pelo menos da década 50, em relação à “Teoria Geral do Direito” e à própria Filosofia Jurídica.

(22) Um privatismo implícito, que nos textos iniciais do *Tratado* se dispensa de maiores alusões ao tema da “divisão do direito”, embora PONTES fale algumas vezes nos “ramos” do direito. Concede, entretanto, uma referência discreta ao caráter “político” do direito objetivo, ao distinguir entre este e o subjetivo (*Tratado*, cit., tomo I, p. 5).

Uma das constantes terá sido talvez a valorização do conceito de sistema, presente nas obras da fase do *Sistema* e também no *Tratado*, apesar de seu esforço verbal redundar, neste, em alguns truísmos (23).

* * *

As amplas e enfáticas afirmações contidas no *Sistema* se transformam, no *Tratado de Direito Privado*, em enunciados mais sóbrios e mais técnicos, apesar da permanência do modo fundamental de expressão. Assim, as referências ao tempo e ao espaço. No *Sistema* — como na *Introdução à Sociologia Geral* —, o “mundo jurídico” se situava num espaço, o espaço social, da mesma maneira que no espaço físico se situam gases e plantas; havia uma preocupação básica com o “tempo social” tomado como conceito científico-natural. No *Tratado*, as alusões ao tempo e ao espaço se acham quase sempre dirigidas por um sentido técnico-jurídico: trata-se do problema dos limites temporais e espaciais da incidência das normas, paralela à ocorrência dos próprios “fatos”. No § 11 do volume primeiro do *Tratado*, os fatos são mencionados como tendo “data” e “lugar”, distinguindo-se os “momentos” que podem ser relevantes em sentido jurídico-positivo: no § 12, a menção ao tempo se desdobra, abrangendo uma referência a termo e prazo (24). As alusões genéricas do *Sistema* não são desmentidas, nem refutadas. PONTES não adota outra fundamentação filosófica (uma fundamentação que, por exemplo, o fizesse aceitar a cisão entre ser e dever ser, ou que o reconciliasse com a metafísica); tão-somente faz silêncio sobre o fiscalismo inicial e procura delinear as noções introdutórias sobre o direito (positivo) em geral e sobre o direito privado em especial, partindo das idéias de “fato” e de “incidência da norma”, e buscando reconstruir sobre elas o quadro genérico da privatística.

(23) Por exemplo, a frase “O sistema jurídico contém regras jurídicas; e essas se formulam com os conceitos jurídicos” (*Tratado*, I, p. X). Também as passagens sobre interpretação, no *Prefácio do Tratado*, são surpreendentemente pobres. Aliás, tanto chamava de “sistema” ao direito vigente em cada Estado, como a cada um dos “ramos”, o direito civil por exemplo (cf. p. XIX).

(24) Como ponto de partida, o texto vincula aí a noção de tempo à de “suporte fático”, ponto de referência da “incidência” da norma jurídica. Deste modo, o tempo se dimensiona apenas dentro das estruturas da ordem jurídica positiva, em função de uma visão já agora deliberadamente técnica. Em 1973, escrevendo o *Prólogo dos Comentários ao Código de Processo Civil* (cf. tomo I, Rio de Janeiro, Forense, 1974, p. XXXII), PONTES conceituava o processo como “atividade para a estrutura temporal e a eficácia da relação jurídica processual” (grifo nosso).

Norberto Bobbio e o positivismo jurídico

ALAOR BARBOSA
Advogado e Assessor Legislativo do
Senado Federal

S U M Á R I O

- *Norberto Bobbio em face da questão*
- *Formalismo jurídico*
- *Aspectos do positivismo jurídico*
- *Definições*
- *O positivismo jurídico reexaminado*
- *Conclusão: meu ponto de vista*

Quando se fala em positivismo jurídico, a primeira acepção dessa locução que me acode à mente é a de concepção da justiça como concordância com a lei. Justo é o que concorda com a lei. Justo é o que está posto na lei.

Claro que essa acepção não é tão simplista assim. Ela não exclui, penso eu, a idéia de que mesmo o sistema da lei posta — do direito positivo — não ignora ou exclui a idéia da perfectibilidade do direito posto. Essa idéia da perfectibilidade do direito, essa idéia da possibilidade de aperfeiçoamento incessante do direito não implica a idéia da existência de uma justiça ideal, equivalente à idéia de um direito natural; mas pode confundir-se com ela.

Nenhum positivista ignora que o direito não é o que está posto pela legislação, mas, sim, que *está* (transitória e provisoriamente, portanto) na forma em que está. Não existe um direito essencial, mas direitos que se sucedem, sistemas que se imbricam e substituem. O estado de *devenir*, ou *dever*, permanente é o estado permanente do direito.

Como se encontra a concepção positivista do direito atualmente? Antes de tentar, com base num livro de NORBERTO BOBBIO — *O Problema do Positivismo Jurídico* —, responder a essa pergunta, coloquemos algumas noções a mais sobre positivismo.

NICOLA ABBAGNANO, em seu *Dicionário de Filosofia*, informa que o termo positivismo foi empregado a primeira vez por SAINT-SIMON

para designar o método exato das ciências e a sua extensão à filosofia (*De la Religion Saint-Simonienne*, 1930, p. 3). Foi adotado por AUGUSTO COMTE para a sua filosofia e por obra de COMTE passou a designar uma grande corrente filosófica que, na segunda metade do século XIX, teve numerosíssimas e variadas manifestações em todos os países do mundo ocidental. A característica do positivismo é a romantização da ciência: a sua devoção o único guia da vida individual e associada do homem, isto é, o único conhecimento, a única moral, a única religião possível.

Convém ainda transcrever do texto referente ao verbete *positivismo*, do dicionário de ABBAGNANO, este esclarecimento:

“As teses fundamentais do positivismo são as seguintes:

1.º A ciência é o único conhecimento possível e o método da ciência é o único válido; portanto, o recurso a causas ou princípios que não são acessíveis ao método da ciência não dá origem a conhecimentos: e a metafísica, que justamente recorre a tal método, não tem nenhum valor.

2.º O método da ciência é puramente descritivo, no sentido de que descreve os fatos e mostra aquelas relações constantes entre os fatos que são expressos pelas leis e consentem a previsão dos mesmos fatos (COMTE); ou no sentido que mostra a gênese evolutiva dos fatos mais complexos a partir dos mais simples (SPENCER).

3.º O método da ciência, enquanto é o único válido, deve ser estendido a todos os campos da indagação e da atividade humana: e a vida humana inteira, individual ou associada, deve ser guiada por ele.”

De acordo com ABBAGNANO, o “positivismo jurídico” é a denominação dada por HANS KELSEN à sua doutrina formalista do direito e do Estado. A verdade, contudo, é que, antes de Kelsen forjar e tornar pública a sua concepção do direito, já o positivismo havia penetrado o campo da indagação jurídica. É anterior a Kelsen a idéia de que o direito é o direito posto, e de que, sendo uma realidade evolucionária, o direito se sujeita a mudanças ao longo do processo histórico-social.

Norberto Bobbio em face da questão

NORBERTO BOBBIO é um pensador do direito e da política preocupado com o problema do positivismo jurídico no qual se implica o de

justiça. Num pequeno livro (*), em que reuniu quatro estudos publicados, entre 1958 e 1962, separadamente em revistas diferentes, ele focaliza, com muita objetividade, o tema. Ele se reporta, com muita freqüência, à sua experiência de italiano, ou à experiência vivida pela Itália, sobretudo nos últimos cinquenta anos, nessa matéria.

BOBBIO — ele o diz — formou-se sob o domínio intelectual da teoria do positivismo jurídico, “sobretudo na forma apresentada pela “Teoria Pura do Direito” de HANS KELSEN. Para os da geração de NORBERTO BOBBIO, “fora de alguns cânones transmitidos pelas escolas positivistas, não havia possibilidades para o jurista que quisesse exercitar seriamente a sua tarefa”. “O direito natural” — acrescenta BOBBIO — “era considerado como o resíduo de atitudes não científicas e devia ser eliminado em qualquer parte que aparecesse”.

Depois da *Segunda Guerra*, a situação inverteu-se. “Temos visto”, diz ele, “muitos juristas, uma vez realizado seu exame de consciência, pronunciarem uma completa e pressurosa palinódia, arrojarem-se nos braços do direito natural antes rejeitado e deixarem cair sem remorso o positivismo entre as antiquilhas onde, até poucos anos antes, jazia o direito natural em completo abandono”.

Que o jusnaturalismo recobrava posição de domínio e espancava para um passado ultrapassado o positivismo até então dominante, NORBERTO BOBBIO o diz mais de uma vez. Já na introdução ao seu livro, ele se refere à “disputa reatada entre os partidários do jusnaturalismo que avança e os defensores do positivismo jurídico que foge”; e diz que o motivo dos seus estudos “era o de tomar posição em face” daquela disputa. No primeiro capítulo, intitulado “Formalismo jurídico”, BOBBIO diz que um estudo sobre as orientações da teoria do direito na Itália após a guerra devia ter o mesmo título que o livro de MORTON WHITE sobre a cultura norte-americana da época de F. D. Roosevelt: *a rebelião contra o formalismo*. São muitos os testemunhos dessa rebelião, mas BOBBIO escolheu dois: o trabalho “Confissões de um Jurista”, de ARTURO CARLO JEMOLO, de 1947, e uma conferência de PIERO CALAMANDREI, de 1950. “Juristas e não juristas”, cita BOBBIO a Jemolo, “sobretudo nas partes da Itália que sofreram a ocupação alemã, nos demos conta de que a vida moral não pode reduzir-se a fórmulas, por mais seguras e onicompreensivas que sejam”. E CALAMANDREI, ao abrir o Congresso Internacional de Direito Processual Civil que em 1950 se realizou em Florença,

(*) *El Problema del Positivismo Jurídico* (Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1966, trad. de Ernesto Garzón Valdés).

repudiou aquela espécie de “cortesia científica” que leva os juristas a “crerem que nossas construções lógicas, nossos sistemas, são mais verdadeiros, mais reais, pode-se dizer, do que a realidade prática que se vive nos tribunais”.

Diz BOBBIO que a oscilação entre formalismo e antiformalismo é, na jurisprudência, a mesma que existe entre classicismo e romantismo em estética, conservadorismo e radicalismo em política. E BOBBIO repete que sua geração começou a estudar direito debaixo do triunfo do tecnicismo jurídico, nome então atribuído “à nova encarnação do formalismo”.

Formalismo jurídico

BOBBIO examina o conceito de formalismo jurídico.

Que é formalismo jurídico?

Primeira acepção: formalismo jurídico é uma “certa teoria da justiça, em particular a teoria segundo a qual justo é aquele que é conforme à lei, e injusto, aquele que está em desacordo com ela”. Esse formalismo, diz BOBBIO, devia chamar-se formalismo ético. Diz BOBBIO que essa concepção não é “muito comum” entre os juristas. Estes pensam que o princípio da legalidade “é um critério para distinguir os atos jurídicos dos atos não jurídicos” e não para formular um juízo da sua justiça ou injustiça.

Segunda acepção: formalismo jurídico é uma teoria particular do direito, não uma teoria da justiça, quer dizer: uma teoria da atividade prática do homem, que se distingue da moral, do costume, da economia etc. Por essa teoria, pretende-se definir o direito tal como é, de modo a distingui-lo da moral, do costume, ou da moral e da economia. A doutrina de direito de KANT é um exemplo de teoria do direito como forma.

Terceira acepção: o normativismo, o direito como ciência formal.

Quarta acepção: o formalismo jurídico como teoria da interpretação jurídica.

BOBBIO salienta que a rebelião contra o formalismo se desenvolveu nos últimos anos (ele escreveu há mais de vinte anos, não se pode esquecer) paralelamente à crítica ao positivismo jurídico: as duas se confundem muito. Na Itália, a polêmica antipositivista, informa BOBBIO, tomou duas direções: “1) Uma direção jusnaturalista na qual se contrapõe ao direito positivo um direito *superior* que proporciona critérios de valoração do direito positivo; e 2) Uma direção realista segundo a qual o direito positivo — con-

siderado em sua acepção mais restrita como direito posto por fontes formais — é colocado ao lado de um direito *diverso*, isto é, aquele que emana diretamente do comportamento dos sujeitos (o chamado “direito espontâneo”).”

Aspectos do positivismo jurídico

Para BOBBIO, pode-se distinguir três aspectos diferentes da focalização do positivismo jurídico: como um modo de se encarar o estudo do direito; como uma determinada teoria ou concepção do direito; e como uma determinada ideologia da justiça. Como modo de encarar o estudo do direito, o positivismo jurídico se caracteriza por distinguir entre direito real e direito ideal. Faz o positivismo essa distinção empregando expressões equivalentes — direito como fato e direito como valor, direito que é e direito que deve ser etc. O positivismo acha que o jurista deve ocupar-se do direito real: do direito que é. É um direito científico. E deve ser neutro sob o aspecto axiológico. Direito é o que formalmente for direito. O positivismo jurídico como teoria é a concepção particular do direito “que vincula o fenômeno jurídico à formação de um poder soberano capaz de exercer a coação: o Estado”. Nessa concepção, o positivismo jurídico se identifica com a teoria estatal do direito. Como ideologia, “o positivismo jurídico”, diz BOBBIO, “representa a crença em certos valores e, com base nessa crença, confere ao direito que é, pelo só fato de existir, um valor positivo, prescindindo de toda consideração sobre sua correspondência com o direito ideal”.

BOBBIO apresenta três formulações sintéticas dos três aspectos do positivismo jurídico acima referidos. Invertendo a ordem em que os referiu, BOBBIO começa pelo aspecto *ideologia* do positivismo jurídico. É contra esse aspecto do positivismo jurídico que tem sido dirigida, nos últimos anos (anteriores a 1962), a luta da parte dos defensores do renascimento do direito natural. BOBBIO procura demonstrar que o positivismo jurídico não afirma a obrigação moral de obedecer às leis positivas: “a teoria da obediência, bem mais que a da resistência, foi afirmada pelas teorias jusnaturalistas tradicionais”. “Em geral diria que a aceitação da obrigação moral de obedecer às leis positivas não é nem jusnaturalista nem positivista, porque deriva da verificação, velha como a filosofia do direito, de que nenhuma ordem jurídica pode sustentar-se confiando unicamente em uma obediência baseada no temor da sanção.” Relembra BOBBIO que a doutrina positivista é que postulou, de MONTESQUIEU a KANT, os princípios de legalidade, da ordem como fim principal do Estado, da certeza como

valor do direito, e os postulou para “poder conter o despotismo, ou seja, como freios do arbítrio do príncipe, como defesa da liberdade individual contra a ilimitação do poder executivo, como garantia de igualdade de tratamento em face dos privilégios”.

O positivismo jurídico como teoria recebeu oposição no terreno da sociologia jurídica. É episódio “de outra oposição recorrente entre jurisprudência conceitual e jurisprudência sociológica, entre teoria estatal e teoria social do direito, entre formalismo e realismo”. BOBBIO apresenta as refutações do positivismo jurídico às diversas principais críticas que lhe são feitas. A crítica feita pela escola do direito livre à “onisciência do legislador” o positivismo jurídico respondeu com a teoria do espaço vazio, segundo a qual “o caso não regulado pelas leis positivas não é uma lacuna da ordem, mas um fato juridicamente irrelevante”; e com a teoria da norma jurídica exclusiva, segundo a qual “o caso não regulado pela norma especial cai no âmbito da norma geral que exclui da regulamentação da norma especial todos os casos possíveis que não entram nela”. Lembra BOBBIO que, quanto à questão da imperatividade, escritores positivistas como Kelsen abandonaram a noção de imperatividade, considerando-a não essencial para uma coerente teoria positivista do direito. “A noção”, diz BOBBIO, “que parece hoje mais apta para assinalar as normas jurídicas é aquela mais genérica de prescrição, da qual o mandato é somente uma espécie”. Quanto à questão das fontes, diz BOBBIO que o positivismo jurídico “está ligado à consideração da lei como fonte principal e à subestimação do direito judicial”. O *codicismo* tem sido considerado uma característica essencial do positivismo jurídico, bem como o pensamento de que é mecânica a interpretação judicial e de que o juiz é um autômato e a decisão judicial um silogismo. Diz BOBBIO: “Mesmo os mais fiéis e ortodoxos defensores do positivismo jurídico não puderam fazer outra coisa que levar em conta esta realidade: a teoria mecanicista da interpretação está abandonada quase completamente”.

Quanto ao positivismo jurídico como modo de *approach* do direito, isto é, o positivismo jurídico como método empirista de contemplar o direito, BOBBIO confronta acusações e defesa, para concluir: “Quando o positivista sustenta que o objeto da ciência jurídica é o direito tal como é e não como deve ser, não pretende desconhecer que o direito que é está constituído também por uma série de apreciações relativas a situações de fato, das quais nascem as regras, nem afirmar que somente o legislador, e não o juiz ou o jurista, pode fazer essas apreciações. O fato de que a ativi-

dade do jurista não seja unicamente lógica, mas também valorativa, e esteja eticamente orientada, não modifica a circunstância de que suas valorações chegam a ser direito não pelo fato de serem boas, sábias, justas, conformes ao direito natural, mas simplesmente porque elas se convertem em regras válidas do sistema. A tese de que o direito é aquilo que de fato é não leva a excluir que entre esses fatos se encontrem as valorações pessoais do legislador, do jurista e do juiz; significa simplesmente que estas valorações se convertem em direito quando são acolhidas mediante procedimentos estabelecidos e objetivamente verificáveis, no sistema das fontes, e não devido a sua maior ou menor conformidade com certos ideais de justiça. Deve-se distinguir o momento em que o jurista faz do direito um objeto da própria investigação e aquele momento no qual contribui para criá-lo.

Definições

Ao enfrentar, no capítulo III do seu livro, o tema “jusnaturalismo e positivismo jurídico”, NORBERTO BOBBIO faz definições. “Por jusnaturalismo” — diz ele — “entendo aquela corrente que admite a distinção entre direito natural e direito positivo e sustenta a supremacia do primeiro sobre o segundo. Por ‘positivismo jurídico’ entendo aquela corrente que não admite a distinção entre direito natural e direito positivo e afirma que não existe outro direito senão o direito positivo”. Mais adiante ele repete a definição, de forma mais sintética: “Por jusnaturalismo entendo a teoria da *superioridade* do direito natural sobre o direito positivo; por positivismo jurídico, a teoria da *exclusividade* do direito positivo. O jusnaturalismo é dualista; o positivismo jurídico, monista”.

BOBBIO indica três “formas típicas de jusnaturalismo: o escolástico, o racionalista moderno e o hobbesiano (não encontro uma denominação melhor para este último)”. BOBBIO examina com alguma minúcia essas três formas de jusnaturalismo e, em seguida, três momentos da crítica positivista ao jusnaturalismo. Expõe, depois, a relação entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico como ideologias. Diz ele: “A máxima fundamental do positivismo jurídico como ideologia pode ser formulada desta maneira: “Deve-se obedecer às leis enquanto tais”; a do jusnaturalismo, desta outra maneira: “Deve-se obedecer às leis apenas enquanto são justas.” Para BOBBIO, somente quando considerados sob o aspecto de ideologias é que o jusnaturalismo e o positivismo jurídico se contrapõem um ao outro de modo claro. Sob outros aspectos, é difícil fazer a contraposição entre ambos. Como teorias gerais do direito, jusnaturalismo e positivismo jurídico apresentam a distinção entre uma concepção voluntarista (*ratio imperii*) e

uma racionalista (*imperium rationis*) do direito. O direito para o positivismo jurídico é a lei oriunda do Estado, posta pelo Estado. O jusnaturalismo, se visto sem preconceitos em sua história, não postula sempre uma ética da resistência à opressão, da defesa da pessoa ante as pretensões do Estado, da liberdade individual em face da submissão servil à lei, da autonomia diante da heteronomia. “Nos braços protetores do direito natural encontraram refúgio, uma e outra vez, segundo os tempos e as circunstâncias, as morais mais diversas; tanto uma moral da autoridade como uma moral da liberdade; foram proclamadas tanto a igualdade de todos os homens como a necessidade do regime de escravidão; tanto a excelência da propriedade individual como a excelência da comunidade de bens, tanto o direito de resistência como o dever de obediência”.

Quanto à relação entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico como modos diversos de se aproximar do estudo do direito, NORBERTO BOBBIO faz, primeiro, uma afirmação um tanto desconcertante: a de que, somente na acepção de modo de aproximar-se do estudo do direito sem qualquer juízo de valor e de estudá-lo, com método científico, como fato histórico e social, é que o positivismo jurídico “tem algo em comum com o positivismo filosófico”. Quer dizer: o método positivo é que é esse algo comum entre os positivismos filosófico e jurídico.

O jusnaturalismo reclama uma “definição valorativa do direito, isto é, uma definição que, considerando o direito não como mero fato, mas como algo que tem (ou realiza) um valor, limite o uso do termo direito ao direito justo”. Direito seria, então, apenas o “direito justo”, e não qualquer direito. BOBBIO lembra a exigência jusnaturalista de se fazer “uma crítica das leis”. E afirma que “nenhum jurista pode sensatamente rechaçar a exigência de uma crítica das leis, da qual tem sido portador historicamente o jusnaturalismo em suas diversas formas, entendida esta crítica como o filtro a que a consciência não pode deixar de submeter todo preceito que se apresente como algo querido por outro, mas não por nós”.

O positivismo jurídico reexaminado

No apêndice de sua obra a que deu o título “Outras considerações sobre o positivismo jurídico”, NORBERTO BOBBIO afirma: “A maior parte dos juristas do último século, ao menos na Europa, foram positivistas sem o saber.” E informa que o primeiro estudo em que se focalizou diretamente o problema de saber com precisão o que é o positivismo jurídico foi feito por ROBERTO AGO, sob o título *Direito Positivo e Direito*

Internacional, publicado em 1957, e que tem sido amplamente discutido. Em fins de 1959, “um estudioso da nova geração”, A. AGNELLO, publicou uma monografia completa (a primeira, no seu gênero) sobre o pensamento de John Austin e sobre as origens do positivismo jurídico, monografia intitulada *John Austin alle Origini del Positivismo Giuridico*. Em 1960 houve em Bellagio — Itália, um encontro “de velhos e jovens filósofos do direito, italianos e estrangeiros, para discutir *point to point* a noção e a história do positivismo jurídico”. Provocado por esse encontro, BOBBIO publicou o artigo “Sul positivismo giuridico”. E ainda como fruto (“muito mais conspícuo”) daquele encontro de Bellagio saiu, pouco antes do livro de BOBBIO, “um bom livro de um dos mais jovens participantes da reunião”, M. A. CATTANEO, que se propõe “contribuir ao esclarecimento das discussões filosófico-jurídicas relativas ao problema das relações entre jusnaturalismo e positivismo jurídico e, em particular, ao esclarecimento e a uma melhor e mais precisa determinação do conceito de positivismo jurídico”.

Como se vê, não se sabe ainda bem o que é positivismo jurídico.

NORBERTO BOBBIO resume as idéias de CATTANEO. A começar da primeira, a de que “a expressão ‘positivismo jurídico’ teve, ao longo de seu *devenir* histórico, muitos significados”, e de que, portanto, “toda discussão acerca das relações entre jusnaturalismo e positivismo jurídico e toda interpretação relativa à afiliação deste ou daquele escritor a uma ou outra corrente pressupõem a elucidação dos diversos significados das expressões com que são aquelas correntes designadas”.

Não vou aqui sumariar o sumário que do livro de CATTANEO fez NORBERTO BOBBIO.

Conclusão: meu ponto de vista

Quero, para encerrar, expender minha opinião sobre o assunto. Não propriamente minha opinião, mas meu ângulo de visão, o meu ponto de vista, que envolve uma avaliação do ponto de vista de NORBERTO BOBBIO.

NORBERTO BOBBIO não se define nem como jusnaturalista nem como positivista. Na “Introdução” do seu livro, ele diz: “Mais do que alistar-me em um dos dois partidos, preferi, nestas páginas, tratar de aclarar a complexidade dos termos da oposição, a impossibilidade de reduzir o problema de suas relações a uma só alternativa e, em definitivo, demonstrar

as razões pelas quais o alistamento em um ou outro partido é amiúde o fruto de uma escolha irracional e não de uma reflexão meditada." No último capítulo do livro, intitulado "Jusnaturalismo e positivismo jurídico", ele quase repete, no final: "Creio que o modo mais prudente de responder à pergunta sobre se certo autor é jusnaturalista ou positivista é dizer, com um gesto de cautela "... depende". Depende do ponto de vista no qual se se coloca para julgá-lo. Pode suceder que seja positivista de um certo ponto de vista e jusnaturalista de outro. Na medida em que seja útil, dou como exemplo meu caso pessoal: diante do confronto das ideologias, em que não é possível nenhuma tergiversação, sou jusnaturalista; quanto ao método sou, com a mesma convicção, positivista; e no que se refere, finalmente, à teoria do direito, não sou nem uma coisa nem outra."

Como se vê, NORBERTO BOBBIO é um eclético, que combina elementos de convicção jusnaturalista com elementos de convicção positivista.

Há um positivismo jurídico que NORBERTO BOBBIO não focalizou. É o que considera o direito como um sistema de normas que regem as relações sociais sobre a base das relações de produção econômica; e que considera o direito como a expressão da conciliação legislativa de interesses mais ou menos antagônicos. Visto sob essa ótica, o direito é sempre o direito positivo, e a sua evolução é o resultado da luta pela sua modificação. As forças sociais em conflito estão sempre lutando pela modificação do direito: da ordem posta. A evolução do direito é o resultado necessário das soluções que se dão às reivindicações. As reivindicações dos interessados — sejam os dominantes, sejam os dominados — é que dinamizam o direito, movimentam-no nesse ou naquele sentido. Considerado como um fenômeno social com tais características, o direito prescinde da idéia de justiça, entendida esta palavra no sentido de realidade ideal a ser atingida: o direito não marcha, ou não deve marchar, para uma situação de justiça ideal, mas para uma situação de justiça factível, realizável, possível, uma justiça que será a expressão da conciliação possível dos interesses concretos em conflito.

O estudo desse aspecto da questão não se encontra no livro de NORBERTO BOBBIO. Trata-se, afinal, de um livro metafísico, como se vê na referência feita à necessidade de crítica das leis. Crítica a partir de quê e para quê? Para melhorar as leis, sim, mas melhorá-las em função de quê? De normas ideais preconizadas pelo direito natural, sinônimo então de direito ideal? A crítica das leis é sempre — eis a verdade — uma forma de reivindicação, e reivindicação é sinônimo de racionalização de interesse.

Direito Educacional na formação do administrador

EDIVALDO M. BOAVENTURA
Ph. D. Professor Titular da Universidade
Federal da Bahia

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Teoria da Organização.* 3. *Pesquisa em Educação.* 4. *Direito Educacional e a estrutura legal do ensino. A proteção dos professores, alunos e da escola. Os sistemas legais e a educação.* 5. *Economia e políticas da educação.* 6. *A direção da escola.* 7. *Conclusão.*

1. *Introdução*

Este artigo focaliza a fase da obtenção dos créditos num programa de doutorado, porém seus efeitos se prolongam nos exames e nas pesquisas. Na etapa dos cursos, as disciplinas objetivam fornecer o lastro de conhecimento teórico ou instrumental pela revisão da literatura, atualização da produção científica mais recente, aprendizagem de métodos, técnicas e processos de investigação que habilitem melhor o aluno pós-graduando como futuro pesquisador. Dessa forma, o currículo de doutorado não contém todo o programa, mas fornece uma idéia aproximada dos componentes e representa o seu núcleo. Um programa de doutorado vai muito além, podendo ser sintetizado em três etapas — cursos, exames e pesquisas.

No que concerne ainda à organização do currículo, dois tipos de disciplinas devem ser preliminarmente explicitados. Matérias que conduzem predominantemente ao conteúdo da formação profissional, como direito educacional, bem assim aquelas que levam à aprendizagem da pesquisa. A habilitação em pesquisa merece destaque pela vinculação com os exames de qualificação e sua aplicação na dissertação. A elaboração da dissertação, nas etapas finais do doutorado, funde conteúdos e métodos, por isso a tese é a síntese de todo o esforço do programa cumprido.

O trabalho se limita a alguns aspectos do currículo, focalizando-o principalmente do ponto de vista das disciplinas da área de Administração Educacional: Teoria da Organização; Pesquisa em Educação; Direito Educacional e estrutura legal do ensino, a proteção dos professores, alunos e da escola, bem assim os sistemas legais e a educação; economia e políticas da educação; direção da escola.

2. Teoria da Organização

O primeiro ponto a ressaltar é a Teoria Organizacional e Administrativa como base para a formação do administrador educacional. De início verifica-se logo a elevada posição que a teoria ocupa no programa. Tanto o curso introdutório de Administração Educacional quanto os seminários sobre o Uso da Teoria em Administração Educacional acerca das Escolas como Organizações deixam transparecer como a educação incorporou os resultados das investigações teóricas e empíricas da Teoria da Administração. As obras clássicas são seguidas e comentadas como as de Chester I. Barnard, Chris Argyris, George Homans, James G. March, Herbert A. Simon, Amitai Etzioni e muitos outros.

Além desse referencial teórico, os principais líderes do pensamento administrativo na educação desenvolvem suas teorias, constroem suas hipóteses, que vêm a constituir um corpo sólido de conhecimentos baseados nos clássicos da Teoria Organizacional e Administrativa. São bem exemplos *The Use of Theory in Educational Administration* ⁽¹⁾, de ARTHUR P. COLADARCI e JACOB W. GETZELS, os quais concluem que a unidade de base na teoria e na prática administrativa são as relações interpessoais; *The School as a Formal Organization*, de BIDWELL, que integra, não por acaso, *The Handbook of Organizations* ⁽²⁾; *Educational Administration as a Social Process* ⁽³⁾, de GETZELS, LIPHAM e CAMPBELL, esforço de construção do modelo nomotécnico — idiográfico da personalidade/papel; e muitos outros trabalhos como os de Daniel E. Griffiths, Andrew W. Halphin, Roald F. Campbell, Raymond E. Callahan, Donald Willower e Robert G. Owens.

Como enfoque das ciências do comportamento aplicado à Administração Educacional sobressaem os temas da escola como burocracia, como miniatura da sociedade, como organização, como sistema social; da teoria do

(1) ARTHUR COLADARCI e JACOB W. GETZELS, *The Use of Theory in Educational Administration*. Stanford, Stanford University Press. 1955.

(2) CHARLES E. BIDWELL. "The School as a Formal Organization" in *The Handbook of Organizations*, James G. March ed. Chicago; Rand McNally, 1965

(3) JACOB W. GETZELS, JAMES M. LIPHAM and ROALD F. CAMPBELL. *Educational Administration as a Social Process*. New York, Harper and Row, Publishers, 1968.

papel e dos seus diversos conflitos, da subcultura do professor e do aluno, da ideologia do *pupil control*, da teoria dos sistemas de educação que tem seu núcleo no sistema de instrução. Enfim, o esforço teórico a partir dos anos cinquenta na Administração Educacional está vinculado à fase do *behavioral approach*.

Com tais fundamentos, a Administração Educacional desenvolve-se teoricamente e se diferencia bastante das noções administrativas e legais vigentes, na maioria dos cursos de graduação em Administração Escolar.

3. Pesquisa em educação

Além do suporte na Teoria da Organização, um segundo aspecto a ser enfatizado na pós-graduação em Administração Educacional é a habilitação em pesquisa. Há vários ângulos para a abordagem deste assunto. Aqui interessa, todavia, o seu pleno e direto emprego na dissertação.

A pesquisa em educação instrumenta-se desde os guias bibliográficos em pesquisa educacional, como o de DOROTHEA BERRY⁽⁴⁾, até às indicações para a feitura da proposta de dissertação, como os de EGON G. GUBA⁽⁵⁾, e o didático *The Proposal Cookbook*, de J. BRUCE FRANCIS⁽⁶⁾ et alii. Digna de menção é a colaboração dos expositores da matéria que muito ajudam na aprendizagem da pesquisa, como ROBERT M. TRAVERS⁽⁷⁾, DONALD ARY⁽⁸⁾ ou o renomado FRED KERLINGER⁽⁹⁾, com a sua obra *Foundation of Behavioral Research*.

Os créditos obtidos em pesquisa, certamente por mais de um curso, são submetidos ao teste nos exames de qualificação. Além dos cursos para conhecimento e habilitação em pesquisa, o professor-orientador deve ajudar na escolha da bibliografia e na discussão dos principais tópicos da investigação educacional com vistas aos exames de qualificação, onde a

(4) DOROTHEA M. BERRY. *A Bibliographic Guide of Educational Research*. Metuchen, N. Y., Scarrecrow, 1975.

(5) EGON G. GUBA. "Guides for The Writing of Proposals", in *Educational Research: New Perspectives*, Jack A. Culbertson ed. Danville, The Interstate Printers and Publishers, Inc. 1963.

(6) G. BRUCE FRANCIS et alii. *The Proposal Cookbook*. Buffalo, State University of New York, 1975.

(7) ROBERT TRAVERS. *An Introduction to Educational Research*. New York, MacMillan Publishing Co., Inc., 1978.

(8) DONALD ARY et alii. *Introduction to Research in Education*. 2 ed., New York, Holt, Rinehart and Winston, 1979.

(9) FRED N. KERLINGER. *Foundations of Behavioral Research*. 2 ed., New York, Holt, Rinehart and Winston, 1979.

exigência em pesquisa é muito forte. A exigência justifica-se por ser o Ph. D. um grau eminentemente acadêmico, e quem a ele se destina deve demonstrar não somente conhecimento discursivo no investigar, como também ser capaz e hábil para conduzir independentemente o problema da pesquisa. Toda a dissertação nasce da formulação do problema. De onde retirá-lo? Três fontes são tidas como as mais usuais. O problema da tese pode surgir da experiência profissional do autor, da aplicação de uma teoria ou da revisão da literatura (10).

Enfim, uma vez o aluno candidato ao doutorado, já uma fase dentro do programa, espera-se que seja capaz de conceituar e operacionalizar um problema de pesquisa como ponto central da dissertação, utilizando a metodologia mais apropriada.

A habilitação em Pesquisa Educacional adentra para o preparo da proposta de tese que deve enfatizar principalmente os quatro requisitos básicos:

1) definição do problema de pesquisa a ser apresentado por escrito e discutido em seminário;

2) revisão da literatura com a apresentação de referências também expostas em seminários;

3) estrutura e planejamento da pesquisa com apresentação de hipóteses e variáveis;

4) metodologia, isto é, emprego do método experimental, *ex post factum*, *survey*, trabalho no campo, observação participante ou ainda o método histórico.

Todos esses passos são sucessivamente apresentados, discutidos e reformulados para conduzir à elaboração da proposta. No particular, são úteis os manuais destinados à feitura do projeto de tese, como os de GEORGE R. ALLEN (11) e PAUL LEEDY (12). Uma vez pronta a proposta, é discutida no seminário sobre Pesquisa de Tese para ser apresentada ao comitê e aprovada pelo exame de defesa da proposta.

Aprovada a proposta, é iniciada a análise dos dados. Terminadas análise e redação, permanentemente trabalhadas com o orientador, a tese é entregue ao comitê. É o exame oral-final para a defesa da tese. O último dos

(10) DONALD ARY et alii. *Op. cit.*, p. 42.

(11) GEORGE R. ALLEN. *The Graduate Student's Guide to Theses and Dissertations*. San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 1979.

(12) PAUL D. LEEDY. *Practical Research: Planning and Design*. New York, MacMillan Publishing, Co., Inc., 1974.

exames. Aprovada a tese, falta apenas a aceitação. Retificada formalmente, é definitivamente entregue e depois colocada na biblioteca.

A tese é, assim, o resultado último do processo de doutorado. É o produto final da pós-graduação; materialmente, é o relatório de pesquisa; intelectualmente, é a contribuição do pesquisador para o acervo comum do conhecimento humano, podendo ser ainda a sistematização metódica de um tema. A tese não surge *ex abrupto*, vai fluindo, germinando, apontando no correr dos cursos, dos seminários, das leituras, das conversas com professores e colegas. Na seqüência desse tipo de doutorado, o candidato geralmente só começa a se envolver com a tese após a obtenção dos créditos e dos exames de qualificação (13).

Além do lado instrumental, o problema da aprendizagem da pesquisa envolve outro de ordem moral. É a proteção dos direitos humanos, da mente e do corpo, para a qual a Universidade deve ter normas e procedimentos próprios. Trata-se, pois, de um problema ético.

Em conclusão, a aprendizagem em pesquisa deve habilitar para sua aplicação na proposta de tese e, sobretudo, para a sua execução.

4. *Direito Educacional e a estrutura legal do ensino. A proteção dos professores, alunos e da escola. Os sistemas legais e a educação*

O Direito Educacional, mesmo no nível fragmentário em que se encontra entre nós, é fundamental como base legal da administração e como proteção às partes integrantes do processo ensino-aprendizagem.

Não obstante ter o Brasil uma longa tradição jurídica, o Direito Educacional carece de espaço no currículo da Administração da Educação. A terminologia "Legislação de Ensino" demonstra o estágio em que se encontra. Em sendo tão-somente uma legislação e não um ramo da Ciência Jurídica, não chega a formar um corpo doutrinário de princípios. A situação assemelha-se historicamente à Legislação Trabalhista de quarenta ou cinquenta anos atrás. Além do mais, o Direito da Educação, academicamente falando, não tem posição definida no ordenamento jurídico, como o Direito do Trabalho ou mesmo o Direito Agrário, novos ramos da Ciência do Direito. Muito pelo contrário, a legislação de ensino é ainda um conjunto disperso de leis, decretos, resoluções, pareceres e portarias que não chegam a formar uma disciplina jurídica. É provável que uma parte se localize no Direito Administrativo, principalmente os institutos da educação pública, mas há outra que é essencialmente educacional e não se ajusta às suas características.

Além de fornecer a estrutura legal da educação, isto é, dos organismos, dos direitos e deveres do Estado e da família, o Direito Educacional esta-

(13) EDIVALDO M. BOAVENTURA. *Universidade e Multiversidade*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1986. Capítulo 7, Etapas do Doutorado.

belece o conjunto de relações entre os poderes públicos, escola, igreja, direitos do aluno, do professor e do servidor, apuração do ilícito estudantil e da fraude escolar. As fontes tanto podem ser legislativas como administrativas, dispendo sobre as diversas normas educacionais constitucionais, como a obrigação da prestação de educar pelo Estado; legislativas federais, como as diretrizes e bases da educação nacional; e legislativas estaduais, como as que disciplinam as Secretarias e Conselhos Estaduais de Educação. Em poucas palavras, o Direito Educacional não apenas trata dos dispositivos da organização escolar, mas também da definição de direitos e deveres das partes presentes no ensino. Por isto é definido como o conjunto de normas que trata dos alunos, professores e administradores enquanto envolvidos no processo ensino-aprendizagem. É a concepção de RENATO DI DIO⁽¹⁴⁾.

A sua ausência no currículo da Administração Educacional tem sido prejudicial aos currículos de pós-graduação, na altura em que eles se encontram, ou então, deficiente é a sua presença como legislação na graduação⁽¹⁵⁾.

A experiência estrangeira é significativa no particular pelo elevado padrão de sistematização a que chegou o Direito Educacional (*School Law, Educational Law* ou *Education Law*). Tem-se manifestado em várias fontes legais e jurisprudenciais, em especial estas últimas, dada à natureza do sistema jurídico da *common law* do Direito norte-americano⁽¹⁶⁾.

A existência dessas e de outras fontes permitiu a ARVAL A. MORRIS escrever uma substancial obra sobre *The Constitution and American Education*⁽¹⁷⁾, num país onde a Constituição Federal não fala uma vez sequer em educação. Assim, é importante o cotejo dos dois sistemas legais, brasileiro e norte-americano, no que concerne à educação.

5. Economia e políticas da educação

As ciências sociais aplicadas à educação, além da Administração e do Direito, não estariam completas se não contassem com a participação da Economia e das políticas de educação. Entre a Economia e as políticas se coloca o problema do Planejamento Educacional.

(14) RENATO A. T. DI DIO. *Contribuição à Sistematização do Direito Educacional*. Taubaté, Universidade de Taubaté, 1982.

(15) BENO SANDER. "The Training of Educational Administration in Brazil". Paper presented at the IXth Annual Meeting of AERA, San Francisco, 1979.

(16) EDIVALDO M. BOAVENTURA. Os Sistemas Legais e sua Influência no Direito Educacional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 84:215-220, out./dez., 1984.

(17) ARVAL A. MORRIS. *The Constitution and American Education*. St. Paul, Min., West Publishing Co., 1974.

O Planejamento da Educação recebeu, nas décadas de sessenta e setenta, certa ênfase por influência dos organismos internacionais, especialmente da UNESCO, sem a atenção equivalente da Administração, que certamente teria mais condições em acioná-lo. A função de planejar foi hipertrofiada, enquanto a administração, da qual o planejamento é parte, ficou quase sem ser lembrada nas programações da educação. O desenvolvimento da pós-graduação em educação no Brasil e a troca de informações entre os muitos professores que fazem os programas de Ph. D., nos USA, têm permitido a discussão do planejamento em face da administração.

O Planejamento Educacional trouxe, inegavelmente, à discussão muitas das questões da Economia da Educação e dos Recursos Humanos, em particular as contribuições de THEODORE W. SHULTZ⁽¹⁸⁾ e outros sobre educação como investimento, taxa de retorno, financiamento, custos e despesas com o ensino.

Apesar da crítica à teoria do capital humano, a análise da função de produção em educação continua presente e útil, desde quando o serviço da educação atua sempre a custos crescentes. Além das relações de renda e educação, como resultado das diferenças étnicas, segundo ERIC A. HANUSHEC⁽¹⁹⁾, o enfoque econômico da administração aplicado à análise de sistema, à análise de custo, à alocação de recursos no processo da tomada de decisões é outro aspecto útil da abordagem econômica da educação como a de J. ALAN THOMAS⁽²⁰⁾.

Com referência às políticas da educação, não poderia faltar na capacitação do administrador educacional o estudo do relacionamento entre poder e escola. LUTZ e IANNACONE⁽²¹⁾, por exemplo, estudam a participação das forças locais nas decisões educacionais. LUTZ, em particular, analisa os modelos e os sistemas aplicados à educação, aprofundando-se nos métodos e nas conceituações do poder político na educação. No caso brasileiro, as relações federais *versus* estaduais, estaduais *versus* municipais, urbanas *versus* rurais ou periféricas merecem estudos mais minuciosos com vistas à assistência técnica e financeira da União para os Estados e destes para os Municípios.

Em resumo, importa para a Administração Educacional que o Planejamento seja acionado juntamente com a programação, como uma das funções da administração. Enquanto a Economia colabora mais para a análise

(18) THEODORE W. SCHULTZ. *O Capital Humano*. Trad. Marco Aurélio de Moura Matos. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1973.

(19) ERIC A. HANUSHEK. *Education and Race*. Toronto, Lexington Books, 1973.

(20) J. ALAN THOMAS, *The Productive School*. John Willey & Sons., Inc., 1971.

(21) FRANZ LUTZ and LAWRENCE IANNACONE. *Public Participations in Local School Districts*. Toronto, Lexington Books, 1978.

do fenômeno educativo, as Finanças, especialmente as técnicas de elaboração e execução do orçamento, contribuem diretamente para a ação administrativa.

6. *A direção da escola*

Um bloco de matérias de natureza nitidamente gerencial e instrumental compõe ainda o currículo, tais como Gerência de Pessoal e Negociações, Direção Escolar e Supervisão.

A Gerência de Pessoal encara a escola como uma unidade decisória. Com base nos estudos de DOUGLAS MCGREGOR, ABRAHAM H. MASLOW, CHRIS ARGYRIS, FREDERICK HERZBERG, RENSIS LIKERT, procura-se conhecer o comportamento do pessoal, suas motivações e interesses para melhor conduzi-lo segundo os objetivos da administração. Bem assim é o estudo das negociações, seus procedimentos e suas etapas, arbitragem e resolução das reclamações, em termos de administração dos conflitos e das emergências.

Destaque à parte merece a Direção Escolar ⁽²²⁾ (*Principalship*), que objetiva diretamente o diretor da escola, suas funções e papéis, sendo os principais o seu relacionamento com o programa de instrução, com o pessoal de direção e os estudantes, com os recursos financeiros e físicos, sem esquecer sua liderança na comunidade, inclusive com a Associação de Pais e Mestres e com outras unidades do sistema educacional. No conjunto das funções do diretor, está também a supervisão que ele exerce no relacionamento da escola, daí a colocação da Supervisão como disciplina.

Enquanto as demais áreas focalizam a Administração Educacional do seu ângulo específico, seja jurídico ou econômico, neste último bloco o ponto central é instrumentalizar a Direção Escolar para que possa liderar e agir.

7. *Conclusão*

Finalmente, para que a Administração Educacional possa realmente funcionar com essas bases, requisitos e esquemas curriculares de formação, torna-se necessária uma crescente descentralização dos sistemas estaduais de educação e o aumento da autonomia da direção das escolas. Num regime centralizado, não há por que se cogitar da tomada de decisões por parte do diretor de escola, que tão bem personifica a figura do administrador educacional.

(22) JAMES M. LIPHAM and JAMES A. HOEH JR. *The Principalship*. New York, Harper and Row, Publishers, 1974.

Os direitos conexos e as situações nacionais

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO

Professor da Faculdade de Direito de Lisboa,
Professor Titular da Faculdade de Direito
do Recife

1. Nunca é demais acentuar a relação muito estreita que medeia entre o direito de autor e a situação tecnológica, por um lado, e econômico-social de cada país, por outro.

No que respeita à *dependência tecnológica*, a história nos ensina que foi uma descoberta técnica — a invenção da imprensa — que trouxe a própria categoria jurídica do direito de autor.

Não que anteriormente não houvesse obras literárias e criadoras intelectuais, ou que a dignidade destes fosse menor do que é atualmente — é evidente. Mas porque sem o meio técnico de multiplicação de exemplares, e portanto sem a possibilidade de alargado desfrute da obra intelectual que a imprensa propicia, os problemas não apareciam como suficientemente relevantes, e confundia-se a proteção da obra com a titularidade do *corpus mechanicum* em que a obra estivesse incorporada.

Séculos depois, é uma revolução técnica semelhante que vai provocar a introdução da proteção jurídica dos artistas. Enquanto as suas prestações se esgotavam no círculo dos que as podiam ver e ouvir — no círculo dos presentes — não havia possibilidade de desfrute por terceiros, e portanto não teria juridicamente objeto um direito que recaísse sobre essas mesmas

prestações. Só a possibilidade técnica de transferir essas prestações a outros ambientes abriu a problemática de um tipo diverso de proteção. Essa problemática tornou-se mais aguda quando surgiu a possibilidade de fixação da prestação para posterior desfrute.

A dependência tecnológica é ainda mais radical no que respeita aos direitos dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão. Porque, enquanto as prestações dos artistas são realidades humanas, cujo desfrute pode ser ampliado por meio da técnica, os fonogramas e as emissões de radiodifusão são já de si elementos técnicos, só tornados possíveis, portanto, por uma certa fase da evolução tecnológica.

2. A evolução tecnológica não parou — pelo contrário, acelerou-se vertiginosamente nestes últimos tempos. Há por isso que estar muito atento, porque ela implicará necessariamente mudanças na estrutura atual do direito de autor. Não podemos pensar esta como um equilíbrio definitivo e ideal, fixado de uma vez para sempre. Pelo contrário: como está tecnicamente condicionada, está sujeita a alteração toda a vez que a base técnica se transforma.

Isso acontece hoje já, com a grande revolução provocada pela *reprografia*. A mudança, potenciando as possibilidades existentes de reprodução, provoca uma alteração qualitativa no domínio do direito. É impossível continuar a fixar-nos no ato individual de cópia perante formas de reprodução maciça e universal que entraram na vida quotidiana e representam um progresso que não pode ser travado. É impossível continuar a fazer assentar todo o direito de autor na ficção da autorização individual e prévia do autor, que se determinaria por razões éticas, quando o que está em causa é só a remuneração. Grande número de obras só são susceptíveis de exploração coletiva, sendo o autor necessariamente substituído por sociedades de cobrança, e a autorização prévia por uma possibilidade universal de utilização, nomeadamente sob a forma de avenças. Todo o direito de autor está hoje desatualizado; exprime a realidade passada, de tal modo que impe-ra nos círculos internacionais a convicção de que a reprografia escapa aos quadros jurídicos existentes.

Ainda se fosse só a reprografia! Mas temos a *computadorização*, que traz mudanças radicais, com a possibilidade de utilização de obras através de computadores; a *transmissão por satélites*, que revoluciona o domínio da radiodifusão; e tantos outros meios técnicos que vertiginosamente se desenvolvem, sem esperar que o direito crie para eles os quadros adequados.

É por isso imprescindível que os juristas tenham constantemente presentes as grandes orientações que devem dominar este ramo do direito, sempre em tumultuosa mutação, para saber em que sentido há que o reformular e aperfeiçoar.

3. Na realidade, por detrás de qualquer sistema de direito de autor têm de estar *dois grandes princípios, em tensão criadora entre si; o destino coletivo da obra e a dignidade da criação intelectual.*

O *destino coletivo da obra* significa que toda a obra literária ou artística é um momento do diálogo social: a obra destina-se à utilização por todos, sem entraves que tolham a vida cultural. A obra tende assim à livre utilização. Tal como as idéias são necessariamente livres, o ideal para as obras é atingirem o estágio da liberdade, permitindo a comunicação total.

Mas não há só a obra. Por detrás dela está, na sua dignidade, uma pessoa. O *autor* realizou uma criação intelectual, prestou um serviço à comunidade. Justo é que o elemento pessoal da criação seja salvaguardado pelo direito. Justo é que se permeie o contributo realizado, estimulando novas produções desse autor ou de terceiros. No sistema romanístico de direito, isso consegue-se atribuindo ao autor privilégios em relação à obra. No ponto de vista patrimonial, esse direito consiste no exclusivo de utilização lucrativa, condicionando-se, portanto, ao consentimento do autor a generalidade das utilizações por terceiros que contendam com a exploração econômica da obra.

Esse exclusivo, contrariando o destino natural da obra e da vida cultural, só pode ser *transitório*. Deve ser suficientemente longo para estimular a criação, e suficientemente curto para não lesar o diálogo cultural. Por isso, consideramos absurdos sistemas como o *domínio público remunerado*, pelos quais perpetuamente se fazem recair ônus sobre a utilização de bens culturais. Não estando ligados à remuneração do criador intelectual, esses ônus só têm justificação fiscal. É lamentável que a cultura seja então encarada como matéria coletável, em vez de beneficiar de incentivos financeiros.

4. O grande problema é assim o de *conciliar os dois grandes princípios orientadores* do direito de autor. Talvez nenhum ramo tenha sofrido como este dos unilateralismos que levam a distorcer o regime. As entidades cobradoras, indispensáveis sobretudo numa época como a nossa, de coletivização crescente dos modos de utilização das obras, acabam por assumir nos países de economia de mercado uma dinâmica capitalista e prosseguir interesses institucionais que não são coincidentes com os interesses dos autores — sobretudo dos autores nacionais. Invocando valores para prosseguir interesses, argumentam como se o ideal fosse o alargamento indefinidamente maior do círculo do exclusivo. Fruto desta lógica foi a vergonha de termos tido em Portugal consagrada a perpetuidade do direito de autor! Escritores clássicos do início do século passado continuavam protegidos, ainda há poucos anos, embora os direitos houvessem em geral sido transferidos para editoras. Estas abusavam do seu monopólio, sem que evidentemente a perspectiva da perpetuidade pudesse estimular minimamente os autores atuais: estimulava, isso sim, as próprias entidades cobradoras, porque ampliava o movimento de dinheiros.

É bom sermos capazes de vencer todos os unilateralismos, considerando que só uma perspectiva de interesse nacional pode em cada caso definir qual o ponto de equilíbrio das duas grandes orientações que assinalamos.

5. Mas, como dissemos de início, o direito de autor está dependentemente de outra variável, que é a *situação econômico-social* a que corresponde.

Não se pode conceber o regime do direito de autor como algo de uniforme, ou sequer desejavelmente uniforme, em todos os países. O regime terá de ser o que corresponde ao estágio em que o país se encontra. Um país industrializado poderá prever maiores distribuições de renda, saindo assim melhor remunerados os que contribuam com bens culturais; um país em desenvolvimento, não.

Mas, para além disso, há a discrepância fatal de interesses que surge entre os países exportadores e os países importadores de obras intelectuais. Os países exportadores pretendem logicamente aumentar constantemente a remuneração que obtêm pelo seu produto. Pretendem por isso, de maneira direta ou indireta, tornar cada vez mais onerosos os bens culturais que produzem, subordinando os países importadores que a eles têm de recorrer. E conseguem-no ampliando o círculo de proteção imposto pelas convenções internacionais.

É claro que, em teoria, a situação é de plena reciprocidade. Mas os países desenvolvidos, em troca dos milhares que exportam, importam unidades, se tanto, dos países em desenvolvimento. As sociedades nacionais de cobrança tendem a contribuir para alargar cada vez mais a desproporção, fascinadas pelas comissões que lhes cabem por força dessa drenagem de divisas. Os privilégios teoricamente estabelecidos, até em convenções internacionais, em benefício dos países em desenvolvimento, não representam sequer uma sombra, em comparação com esta desproporção nos movimentos de capitais.

Por aqui se vê também como é falaciosa a colocação normal do problema, que leva a *apresentar como modelos do desenvolvimento do direito de autor as leis dos países industrializados*. Mas esses são os países exportadores de obras literárias, cujos interesses são radicalmente contrários aos dos países em desenvolvimento. Eles prosseguem os seus interesses, e só aderem às convenções internacionais quando elas lhes interessam; os Estados Unidos são disto exemplo flagrante. Pois também os restantes países devem legislar à luz da sua situação, procurando estruturar com autonomia o próprio sistema de proteção.

6. O que se passa com o *folclore* dá-nos uma manifestação elucidativa. Particularmente os países africanos têm procurado alargar a este domínio a proteção pelo direito de autor. Impressiona-os o fato de as suas mais lídimas manifestações culturais serem comercialmente aproveitadas nos

países industrializados, sem que eles venham a tirar disso qualquer vantagem. Mas aqui esbarram com a posição desses países. Para o folclore, já a ampliação da proteção é negada.

Invocam-se, é certo, argumentos que são ponderosos. Considera-se que sobre o folclore não pode recair um direito de autor, ou por a criação ser comunitária e não personalizada, ou por não se poder fixar uma duração limitada de proteção. Na revisão de Estocolmo da Convenção de Berna o problema foi levantado, mas tudo ficou em vaga e piedosa referência à margem da convenção ⁽¹⁾.

Todavia, quando aos países industrializados interessa a proteção dos seus produtos, essa proteção surge, dentro ou fora dos quadros das convenções existentes. A Convenção de Genebra sobre a proteção dos fonogramas foi proposta pela Inglaterra e realizou-se em prazo espantosamente curto. Para os programas de computadores assistiu-se à criação de uma tutela veloz em todo o mundo no espaço da última década.

7. Este último exemplo é muito curioso, pois também os quadros tradicionais não serviriam para a almejada tutela. O *programa de computador* não se ajusta à figura da invenção a que se refere a *propriedade industrial*; mas também não cabe ao direito de autor. O direito de autor protege a forma de uma criação intelectual — o texto literário, a obra de arquitetura, as imagens cinematográficas. . . Mas o programa de computador, em si, é um processo. Ora, o direito de autor não tutela processos, esquemas para a ação. Em todo o mundo assim se conclui, a propósito dos concursos para a televisão, métodos de ensino, e assim por diante. Protege os trechos pelos quais esses processos se exprimam — as instruções ao utente, por exemplo; não protege os processos em si. A utilização do processo por outra entidade nunca pode ser proibida em termos de direito de autor.

Isto quer dizer que a tutela que os programas de computador poderiam obter em termos de direito de autor é sempre necessariamente restrita e indireta. Só pode abranger um modo de expressão, e não o processo em si ⁽²⁾.

Esta realidade está tendo nestes dias uma confirmação gritante. Empresas japonesas já não reproduzem os programas de empresas ocidentais, escapando assim à incidência do direito de autor. Fazem reescrever por técnicos esses programas e lançam, em novas vestes, os mesmos processos fundamentais no mercado. O programa, como processo, foi copiado; como forma de uma idéia, não foi. Por aqui se vê que, mesmo levando aos extremos limites a figura do direito de reprodução que cabe ao autor, nunca se

(1) Cfr. o nosso *Direito Autoral*, Forense (Rio de Janeiro), 1980, n.º 182.

(2) Sobre toda esta matéria cfr. o nosso *Programa de Computador e Direito Autoral*, incluído na obra coletiva *A Proteção Jurídica do Software*, em conjunto com Orlando Gomes e outros, Forense (Rio de Janeiro), 1985, pp. 49 e segs.

consegue proteger cabalmente o programa de computador, que é um processo e não uma obra literária.

Não obstante, isso não deteve neste caso a expansão da tutela. Ou porque, heterodoxamente, se acrescentou à lista de obras literárias ou artísticas o programa de computador — o que à última hora aconteceu também no projeto de Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos portugueses, mas felizmente acabou por não prevalecer — ou porque se cria um novo direito intelectual; são sucessivamente mais as ordens jurídicas que especificam esta proteção.

8. De fato, os direitos intelectuais são típicos; mas nada impede que o legislador alargue sucessivamente o respectivo rol. *Podem-se criar novos direitos intelectuais*, mesmo que se não incluam nas grandes categorias do direito de autor e da propriedade industrial.

Nenhum motivo há para que o mesmo se não passe com o *folclore*. Se não cabe nos quadros atualmente existentes, pode-se tutelar como direito autônomo; e até se pode recorrer à categoria ainda indefinida do direito conexo, como mais um dos seus termos.

É claro que, para o objetivo que se pretende, não basta que os países donde o folclore é originário o prevejam em suas leis⁽³⁾. É necessária a cooperação internacional. É necessário nomeadamente que, nos países onde se faz a posterior utilização das obras folclóricas, as leis considerem essas utilizações tuteladas pelo direito intelectual. Porque, apenas quando houver nesses países a previsão do direito intelectual sobre o folclore e a garantia de remuneração em relação a obras folclóricas estrangeiras, o sistema pode ser eficaz. E isso só se consegue através da negociação e cooperação internacionais. Nesse plano, os países em desenvolvimento estão naturalmente no campo de todos os países que comumente se qualificam *net importers*, e em oposição aos grandes exportadores de obras intelectuais.

Este exemplo mostra-nos a relevância da situação cultural, econômica e social de cada país na determinação do quadro legislativo que lhe cabe. Vemos que pode levar até à alteração da importância relativa de uns direitos em relação a outros.

(3) Esta é a tarefa mais fácil, afinal, porque já se criaram leis-tipo, e porque os países são soberanos no estabelecimento da sua legislação interna. Podem-no fazer através de uma extensão da categoria do domínio público remunerado, ou através do estabelecimento de um direito autônomo. Dada a posição que tomamos quanto ao domínio público remunerado, compreende-se que preferamos o segundo termo da alternativa. Nas leis internas poderão assegurar a genuinidade do acervo folclórico e prever as atividades de recolha ou desfrute que deverão ser oneradas. Mas o sistema de proteção será sempre insuficiente enquanto se não puderem atingir as utilizações feitas em países estrangeiros.

9. Pode mesmo acontecer que, ao contrário do que sucedeu na Europa e América do Norte, outros países sejam tanto ou mais sensíveis à proteção de direitos conexos que à proteção do próprio direito de autor.

Jogamos aqui com a categoria dos *direitos conexos*, na sua ambigüidade. Também se lhes chama direitos afins ou direitos vizinhos do direito de autor.

A vizinhança viria de estes direitos tutelarem certas prestações que representariam também bens incorpóreos e implicariam a utilização de obras intelectuais; mas não seriam por si criação intelectual geradora de obras literárias ou artísticas.

Basta pensar no que se passa com os *artistas intérpretes ou executantes*. Estes interpretam ou executam obras literárias ou artísticas, mas não criam por si essas obras. O grande pianista revive na sua execução uma obra, não cria uma nova obra ao lado da primeira. Todavia, a execução representa um novo bem intelectual, que reclama proteção.

Por isso surgiu a categoria dos direitos conexos. É uma categoria de cômodo: a própria Convenção de Roma de 1960, que tutela artistas intérpretes ou executantes, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão, representa um armistício entre essas várias entidades, cujas pretensões se compuseram através de uma tutela internacional simultânea. A Convenção de Genebra veio depois quebrar esse equilíbrio, em benefício dos produtores de fonogramas.

A unidade da categoria é precária, e em rigor não tem sequer valia científica. A Convenção de Roma, embora assente, no que do artista respeita, na figura de quem interpreta ou executa uma obra, admite no seu art. 9.º a extensão da proteção a artistas que não executam obras literárias ou artísticas. No que respeita aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, a independência é logo desde o início total. O fonograma tanto pode conter sons provenientes de uma execução como outros sons (art. 3/b e c); a emissão de radiodifusão é qualquer difusão de sons, ou de imagens e sons, haja ou não utilização de obra intelectual (art. 3/f).

Dada esta vacuidade do conceito, os países podem ir mais ou menos longe, consoante os seus interesses, e criar outros direitos conexos, ou pelo contrário não dar tutela às figuras previstas na Convenção de Roma. Esta Convenção corresponde apenas à situação dos países industrializados, e não oferece interesse para os países em desenvolvimento. Por isso só um número escasso de países a aceitou e entre eles não se encontram países industrializados como a França, por exemplo.

10. Da inovação em matéria de direitos conexos deu-nos um exemplo muito significativo o Brasil, ao criar o *direito de arena*. Assenta este nas

prestações dos atletas, que sabidamente atingem no Brasil um nível muito alto e são por isso objeto de interesse internacional. A lei dos direitos autorais, no seu art. 100, atribui à entidade a quem estiver vinculado o atleta o direito de autorizar, ou proibir, a fixação, transmissão ou retransmissão, por quaisquer meios ou processos, de espetáculo desportivo público, com entradas pagas (4).

Criou-se assim um novo direito conexo. A propósito, deve dizer-se que no Brasil se utiliza o neologismo, Direito Autoral, para abranger toda a matéria do direito de autor e dos direitos conexos. É uma significação meramente convencional e que não corresponde sequer ao entendimento inicial da expressão. Merece, porém, ser retida, pois nos permite com brevidade designar toda a matéria, até a que se vai desenvolvendo já fora do núcleo tradicional do direito de autor.

Mas mesmo nos países europeus ampliaram o número dos direitos conexos. Assim, a fotografia é, na Alemanha e na Itália, protegida por um direito conexo.

De fato, a fotografia, na normalidade dos casos, não é uma obra artística. Representando mera fixação da realidade exterior, falta-lhe o elemento criativo, que permitiria torná-la objeto do direito de autor. Mesmo assim, pôde-se considerar justificado outorgar-lhe uma tutela menor. Tem-se em vista nomeadamente a utilização com fins lucrativos de instantâneos de acontecimentos de atualidade, em que parece justo fazer participar o autor nos proventos obtidos. Isso consegue-se justamente através da outorga de um direito conexo.

Na Itália, são também direitos conexos os direitos sobre a correspondência epistolar e sobre os retratos.

Vemos assim a grande variabilidade que reina no domínio dos direitos conexos. Esta permite aos países moldarem a sua legislação, consoante os aspectos a que sejam mais sensíveis.

11. Dissemos até que a proteção nos termos dos direitos conexos pode aparecer como tanto ou mais importante que a proteção de obras literárias ou artísticas. É natural nomeadamente que haja países onde a produção de obras literárias e artísticas com circulação internacional seja modesta, mas cujos artistas ganhem projeção internacional. Compreende-se que para esse país a busca de uma tutela internacional dos artistas anteceda a dos próprios autores. Há que contar com o princípio internacional da recípro-

(4) Sobre esta matéria cfr. o nosso *Une innovation de la loi brésilienne — le droit de stade*, na *Revue de FUER* (Genebra), XXXII, março de 1981, pp. 55 e segs.; *Uma inovação da lei brasileira: o direito de arena*, (versão portuguesa), separata de *Direito e Justiça*, I, Lisboa, 1980.

cidade, pelo qual os artistas nacionais não poderiam, em normalidade de condições, ser protegidos no estrangeiro se os artistas estrangeiros não alcançassem proteção nesse país.

Mas vamo-nos fixar nas figuras clássicas de direitos conexos, os que tutelam:

- artistas intérpretes ou executantes;
- produtores de fonogramas;
- organismos de radiodifusão.

A Convenção de Roma é um texto demasiadamente ambicioso: a proteção inicial a assegurar pode ser mais modesta. O nosso problema é saber até onde se deve, ao menos numa primeira fase, levar a proteção daquelas entidades. Vamos raciocinar necessariamente em abstrato, valorizando aspectos tendencialmente comuns.

Pensamos que, em relação àquelas três categorias de interessados diretos, há um aspecto comum. Os agentes devem poder defender do mero parasitismo as suas prestações.

12. E a proteção mais relevante é aquela a que tem jus o *artista*. Há aqui um elemento humano, que sobreleva sem dúvida o caráter empresarial das prestações dos produtores de fonogramas ou dos organismos de radiodifusão. É uma mancha da Convenção de Roma ter condicionado a proteção internacional dos artistas à de outras categorias de sujeitos cuja razão de tutela é muito mais técnica.

De que tem então o artista de ser protegido?

Antes de mais, de que seja feita da sua prestação uma utilização diferente da que estava prevista.

Não se compreende que a interpretação de uma peça teatral seja comunicada ao público ou radiodifundida sem consentimento dos artistas. Note-se que pode haver até a tendência para, em nome de um onipotente direito à informação, se pretender essa liberdade de difusão. Mas nem seria necessário, no fundo, um direito conexo para o negar; basta o reconhecimento de um direito ao espetáculo, que nenhuma lei fixa e todavia todos reconhecem, para impedir a apropriação do espetáculo por parte dos órgãos de informação. É um problema para que nos limitamos a acenar, mas que nos parece ser muito significativo.

Regressando, porém, à tutela específica dos artistas, devem estes poder impedir a fixação das suas execuções, que dá permanência ao que por natureza seria meramente fugaz. Se a permitirem, sujeitam-se às utilizações normais das fixações feitas, e nomeadamente à reprodução destas;

mas se o não permitirem, seria abusivo que fossem confrontados com utilizações posteriores, que só são possíveis a partir daquelas fixações não autorizadas.

Resumindo, e sem nos fixarmos no pormenor, podemos dizer que os artistas devem ter direito de impedir a gravação e a comunicação a outros ambientes das suas prestações, sem autorização.

13. Para além disso, há que prever *limitações*. Em vários casos a tutela dos artistas deverá adaptar-se a circunstâncias especiais.

A mais importante é a prevista no art. 19 da própria Convenção de Roma: ela não se aplica quando um artista intérprete ou executante tiver consentido na inclusão da sua execução numa *fixação de imagens, ou de imagens e sons*. Deixa-se assim de parte o cinema, bem como a televisão. A natureza especial destes justifica que o respectivo regime seja deixado para as relações contratuais.

Igualmente importante é a ressalva relativa à *radiodifusão*. O art. 7/2 da Convenção de Roma remete para as legislações nacionais as modalidades de utilização pelos organismos de radiodifusão das fixações feitas para fins de radiodifusão. Convém prevê-las, garantindo uma certa maleabilidade dos organismos de radiodifusão, mas assegurando também a retribuição dos artistas. Foi minha a seguinte proposta, incluída no texto que serviu de anteprojecto ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos portugueses:

“Art. 4.º — Na ausência de acordo em contrário ou de circunstâncias das quais se possa inferir esse acordo, a autorização para radiodifundir uma representação ou execução implica a autorização para a fixação da execução e sua radiodifusão posterior, para a reprodução das fixações realizadas e para a radiodifusão de fixações licitamente realizadas por outros organismos de radiodifusão.

2. O artista terá todavia direito a uma remuneração suplementar sempre que, sem estarem previstas no contrato inicial, forem realizadas:

a) a retransmissão, entendendo-se por tal a emissão simultânea por um organismo de radiodifusão duma emissão doutro organismo de radiodifusão;

b) uma nova transmissão;

c) a comercialização de fixações obtidas para fins de radiodifusão.

3. A retransmissão e a nova transmissão dão ao artista o direito de perceber 25% da remuneração primitivamente fixada.

4. Os artistas, intérpretes ou executantes podem estipular diversamente, por via contratual, as suas relações com os organismos da radiodifusão” (5).

Esta proposta transformou-se quase integralmente no art. 179 do atual Código, tendo a remuneração do artista sido, porém, reduzida para 20%.

14. Um último aspecto merece ser ainda acentuado.

A disciplina do direito de autor não é globalmente aplicável aos direitos conexos. Cada faculdade compreendida nestes deve ser individualmente prevista e, se não é prevista, tem de se entender que não é concedida. De fato, a tipicidade não se reporta apenas aos direitos adquiridos, também se verifica no domínio das faculdades autorizadas. As leis apenas costumam estender aos direitos conexos, como direito subsidiário, as disposições sobre os modos de exercício dos direitos de autor (6).

Sendo assim, o que se abrange no chamado *direito moral ou pessoal* do autor não é aplicável aos direitos conexos. O titular do direito conexo desfruta das faculdades pessoais que a lei efetivamente previr.

É conveniente que a lei as preveja em matéria de direito dos artistas. Por um lado pelo que respeita ao direito ao nome: o artista tem o direito a ser identificado, com as limitações derivadas do bom senso, atendendo às circunstâncias de cada execução. Mas para além disso o artista deve ter, com a mesma justificação que o autor, direito a defender a genuinidade da sua execução, defendendo-a contra utilizações que a desvirtuem nos seus propósitos ou atinjam o artista na sua honra ou na sua reputação.

Repare-se: é um verdadeiro direito moral que assim se concede. Não é o direito de fazer dinheiro, opondo-se arbitrariamente a qualquer modificação. É um direito eticamente fundado, cujo exercício pressupõe, portanto, a demonstrabilidade do dano à personalidade que se busca evitar.

15. Surgem-nos depois os *produtores de fonogramas*, a que se devem assimilar os de *videogramas*. A sua atividade consiste na fixação de sons, ou de imagens e de sons, e na multiplicação de exemplares a partir destes, para efeitos de comercialização.

O produtor de fonogramas ou de videogramas deve ter o direito de autorizar ou proibir a reprodução direta ou indireta dos seus fonogramas. Nada justifica a atividade parasitária que consiste em aproveitar obra alheia para fazer concorrência no próprio terreno da comercialização. O tema está como se sabe na ordem do dia, outorgando-se freqüentemente aos produtores grandes prerrogativas, a exemplo das que se concedem aos autores, para tutela dos seus interesses.

(5) Projeto de uma Lei sobre Direitos Conexos ao Direito de Autor, separata da Rev. da Ordem dos Advogados, ano 38, 1978 (set./dez.), p. 597.

(6) Cfr. o art. 192 do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos português.

A Convenção de Roma prevê no art. 12 a possibilidade de o produtor de fonogramas ser remunerado pelas *utilizações indiretas* do fonograma. Assim, um produtor teria direito a um pagamento em consequência da radiodifusão de discos da sua empresa. Mas o art. 16 permite aos Estados signatários excluir a aplicação daquele artigo.

Não encontramos nenhuma justificação para semelhante regra. O fonograma é um produto industrial, e não tem sentido pretender-se uma remuneração suplementar por cada utilização desse produto industrial. Por maior que seja a complexidade e perfeição da técnica fonográfica, o produtor de fonogramas não pode invocar nenhum direito de autor sobre a obra fonográfica (se porventura em obra fonográfica se deve falar): por isso mesmo é um produtor e não um autor. A remuneração por utilizações indiretas poderá adequar-se a países de elevadas rendas, que remuneram fortemente as contribuições industriais. Em países em diferentes situações, e ainda por cima *net importers* de fonogramas, seria uma loucura.

Tampouco se encontra qualquer tipo de justificação para a sujeição da *exportação* do fonograma ou videograma à autorização do produtor; como consta hoje do art. 184/1 do Código português. Todo o bem produzido e lançado no mercado é livremente exportável; assim acontece com o livro, por exemplo, e sempre salvo restrições de ordem pública. É abusivo que num caso particular se estabeleça um condicionamento que esconde apenas o desejo do empresário de obter parasitariamente uma nova renda pelo mesmo produto.

O autor ou o artista não têm de autorizar a exportação, mas tem-no o produtor do fonograma ou videograma. Por quê?

16. Enfim, surgem os *organismos de radiodifusão*. Curiosamente, estes têm a característica de pouco fazerem para serem protegidos. Frequentemente recusam mesmo a proteção, para com isso conseguirem reduzir a proteção atribuída às outras entidades. Sendo os grandes destinatários da cultura de consumo, que é a que maiores problemas suscita no domínio dos direitos conexos, lógico é que se mostrem geralmente receosos das ampliações da proteção.

Todavia, é natural que os organismos de radiodifusão sejam protegidos contra o aproveitamento parasitário das suas emissões. Não se compreendia que uma emissora se estabelecesse num país com a finalidade de retransmitir programas doutras emissoras, que captava em direto, ou radiodifundir programas que previamente gravara para esse fim. Por isso, o conteúdo da proteção a atribuir aos organismos de radiodifusão deve consistir na proteção contra a retransmissão (no sentido técnico de transmissão em cadeia), bem como contra a fixação das suas emissões, o que veda por si a radiodifusão em diferido e as reproduções ulteriores das fixações de emissões já realizadas.

17. Este é, pois, o que pensamos dever ser o conteúdo mínimo de proteção em abstrato justificável. A partir daqui as situações nacionais são decisivas, no que respeita ao âmbito de proteção a estabelecer em definitivo.

Mas mesmo neste domínio, há duas observações fundamentais a fazer.

A primeira, respeita ao âmbito pessoal de proteção.

É natural que um ramo como o Direito Autoral, destinado a disciplinar a criação intelectual e a comunicação subsequente, aspire tendencialmente à universalidade, e proteja nacionais e estrangeiros — sempre com a ressalva fundamental da reciprocidade.

Mas por outro lado é necessário atender à situação de cada país, e à sua capacidade de suportar os custos da proteção. Por isso, uma solução de equilíbrio consiste em estabelecer certos tipos de proteção, de início, *apenas em benefício de entidades nacionais*. Instala-se assim o princípio da tutela, que se poderá ampliar depois gradualmente, através de acordos internacionais bilaterais, à proteção de entidades estrangeiras. As condições nacionais ditarão o momento a partir do qual será possível instaurar a universalidade da proteção.

18. Isto tem já uma certa relação com o problema das *formalidades*. Como há países que as reclamam como condição da proteção, a Convenção de Roma (art. 11) considerou que o símbolo (P), aposto num fonograma, satisfaria todas as formalidades exigidas por um país. Lançou-se assim uma ponte entre os dois sistemas.

A lei portuguesa, protegendo embora atualmente apenas os autores nacionais, importou essa previsão (art. 185), mas transformou-a em condição de proteção de produtores de fonogramas e de videogramas. Trata-se, ao que cremos, de um equívoco. Se a lei portuguesa não impunha formalidades, é absurdo que tenha vindo assim instaurá-las. Aquela regra destinava-se aos países que as prevêem, procurando levá-los a abrandar as suas exigências.

Países como Portugal, que não impõem formalidades, não precisam do símbolo (P) para coisa nenhuma. Bastaria que os interessados, se pretendessem exportar os seus fonogramas para países que condicionem a proteção a formalidades, apussem aquela indicação (7). Entendida à letra a regra é absurda.

(7) Sendo esta a *ratio legis*, há que perguntar se a coima instituída pelo art. 205/2 do Código não deverá recair apenas sobre as situações compreendidas no n.º 2 — portanto, aquelas em que do fonograma ou videograma não consta a identificação do produtor.

É um defeito a evjtar. Países como os nossos, que assentam no princípio da isenção de formalidades, devem proteger os fonogramas (e videogramas) que ostentem esse símbolo, tal como os restantes. O mesmo acontece com o símbolo © para o direito de autor, instituído com a mesma finalidade pelas convenções internacionais e que nunca precisou de ser importado pelos nossos países.

19. A outra observação respeita à *duração da proteção*. A Convenção de Roma estabelece uma duração de 20 anos, uniformemente, para cada categoria de interessados.

Aqui, há que ter em conta a grande dependência deste domínio em relação à técnica, que traz a rápida obsolescência de muitos dos suportes em causa. Não tem sentido dar uma proteção de 20 ou mais anos a videogramas nacionais, quando não há videogramas com essa duração criados no país. Por outro lado, com a rapidez das mutações, acabam por se proteger obras de museu; e as obras de museu pertencem à cultura em geral e não devem ser oneradas com direitos exclusivos.

Por isso há que distinguir. As prestações dos artistas intérpretes ou executantes têm a dignidade pessoal que as caracteriza, exprimem a personalidade, pelo que se compreende que, não obstante a efemeridade dos suportes, lhes seja atribuído aquele prazo de proteção, ou até superior. Pelo contrário, os fonogramas e os videogramas, bem como as emissões de radiodifusão, como produtos empresariais, devem ser tutelados apenas por um período mais restrito. O tempo, a técnica e as condições económico-sociais ditarão em cada país o lapso definitivo de proteção.

* * *

Legislar é uma arte.

Toda a arte exige antes de mais a autonomia do artista.

Neste seminário para juristas de língua portuguesa para nada posso apelar com tanta veemência como para a autonomia das soluções a que cada um possa chegar.

Há que rejeitar a facilidade das receitas já prontas e buscar na realidade nacional a resposta de cada país.

E quanto mais autônomos, mais teremos que comunicar uns aos outros.

Porque penso que toda a comunidade a construir entre os países de expressão oficial portuguesa é uma comunidade de autonomias. Quanto mais autônomos formos, mais nos iremos afinal encontrar. O nosso adversário é a inautenticidade.

O contrato de edição gráfica de obras escritas e musicais

ANTÔNIO CHAVES

Presidente do Instituto Interamericano de Direito de Autor (IIDA)

S U M A R I O

1. *Conceito. Importância.* 2. *Contrato de edição. Objeto.* 3. *Partes intervenientes. Natureza jurídica.* 4. *Caracteres.* 5. *Direitos do autor: morais.* 6. *Direitos pecuniários.* 7. *Obrigações do autor.* 8. *Obrigações do editor.* 9. *Responsabilidade do editor.* 10. *Direitos do editor.* 11. *Outros assuntos importantes.* 12. *Uma edição peculiar: a de obras musicais.* 13. *A edição gráfica da obra musical é processo preparatório. Dela podem decorrer licença e cessão.* 14. *Dificuldades que decorrem da cessão do direito de reprodução conservando o direito de executar a obra.* 15. *É tempo que cesse... a cessão de direitos através dos contratos de "edição".*

O material coletado para a elaboração desta "ponencia" resultou em 121 páginas, abordando 25 tópicos diferentes, cuja enumeração seria fastidiosa.

Reservando-me publicar o trabalho completo em livro, para resumir o resultado dessa pesquisa em 20 páginas, passo a abordar, nesta oportunidade, quase que esquematicamente, os tópicos essenciais.

1. *Conceito. Importância*

O conceito de edição comporta dois sentidos.

No *amplo*, tomado como sinônimo de multiplicação, inclui não apenas as obras literárias, artísticas e científicas, em exemplares impressos, como gravações em discos, fitas, teipes etc., para finalidades comerciais, e até

Conferência proferida em Bogotá, no dia 2-4-1987, por ocasião do II Congresso Internacional "La Protección de los Derechos Intelectuales (Del Autor, el Artista y el Productor)", sob os auspícios do Ministério do Governo, da OMPI e da Pontificia Universidad Javeriana.

mesmo a fixação em cópias múltiplas de filmes cinematográficos para distribuição no mercado nacional e internacional, agora incrementado com a fabulosa multiplicação de videocassetes.

No sentido *restrito*, que é o próprio, cinge-se à multiplicação, pela imprensa e similares, das obras literárias, científicas e artísticas, por qualquer processo técnico (tipografia, linotipia, litografia, fotocópia, xerox, ofsete etc.).

Por isso é recomendável especificar “edição em forma de livro”, para evitar confusões ou mesmo abrangência de qualquer outra modalidade.

Atente-se, porém: *impressão* não é sinônimo nem implica necessariamente em *publicação* ou *divulgação*, matéria essa particularmente importante em teses de concurso para a carreira universitária, em que a condição de “*inédito*” é essencial.

Tendo escrito duas, com as quais se apresentaria para disputar a cadeira de Obstetrícia, na Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, resolveu, pelo fato de ter sido abolida a cadeira, um ex-candidato à mesma, sem tê-las distribuído aos professores, nem ofertá-las aos amigos, sem, pois, que fossem lidas por quem quer que seja, mandar imprimi-las e concorrer ao prêmio MADAME DUROCHER, instituído pela Academia Nacional de Medicina.

Como esta desclassificou as duas, sob o fundamento de que *não eram inéditas*, na suposição de que tivessem sido distribuídas aos professores da referida Faculdade, obteve o interessado parecer de ASTOLPHO REZENDE (*Rev. de Jurisprudência Brasileira*, vol. 15, 1932), que demonstrou que *inédito*, quer filologicamente, quer juridicamente, é o que ainda não foi publicado ou divulgado. A “forma” em que foi vasado o escrito inédito não influi sobre a definição: tanto pode ser manuscrita, como a resultante do emprego de qualquer processo mecânico.

“A forma impressa não é inconciliável, nem incompatível com o *inédito*, qualificação que não cabe somente ao manuscrito, mormente na época atual em que predomina a máquina de escrever: hoje pode-se dizer que todos os *inéditos* são feitos à máquina.

Por isso, o *inédito* pode ser *impresso*, isto é, ter a forma impressa, sem que, por isso, deixe de ser “*inédito*”.”

Hoje é muito grande a importância da indústria editorial em nossos países: as estatísticas demonstram que produz várias centenas de milhões de exemplares, com faturamento de muito dinheiro em matéria de direitos autorais.

Mas a importância do livro não se mede em números ou em cifras. Muito mais relevante do que o continente é o conteúdo. Por isso é que disse JOHNSON que a principal glória de um povo depende de seus

autores, e advertiu AFRÂNIO PEIXOTO: "Foi o livro que pôs termo à Idade Média."

"Agradecido seja Deus pelos livros" — foi o brado que surgiu do fundo da alma de CHANNING. "Eles são a voz dos longínquos e dos mortos, e nos tornam herdeiros da vida espiritual dos séculos passados."

É o sentido dos versos imortais de CASTRO ALVES:

"O livro caindo n'alma
é germe — que faz a palma,
é chuva — que faz o mar."

"Já se disse" — teve oportunidade de encarar o Senador LOURIVAL FONTES — "que as novas gerações são "as gerações sem palavra", tal a sua negligência no falar, no escrever, no ato de comunicar-se. E isto nos inquieta a todos nós, pois a língua é uma das estruturas de qualquer sociedade humana — talvez a sua alma. Ora, tal fato decorre, sobretudo, da perda do hábito da leitura, que está preocupando todos os países. Eis por que há, hoje, universalmente, um empenho na redescoberta do livro — do livro no sentido nobre da palavra, como produto da criação intelectual e força de plasmação ética da personalidade humana. Em todas as nações, com a assistência da UNESCO, estão-se desenvolvendo, hoje, programas para o reencontro com o livro, a partir da criança, pois está comprovado que, depois dos 30 anos, só em 4% dos casos o homem adquire o hábito da leitura."

2. *Contrato de edição. Objeto*

A definição da lei de 29-11 e 12-12-1962 da Venezuela é das mais completas:

"Artículo 21. El contrato de edición es aquel por el qual el autor de una obra del ingenio o sus derechos habientes ceden, en condiciones determinadas, el derecho de producir o hacer producir un número de ejemplares de la obra, a una persona llamada editor, quién se obliga a asegurar la publicación y difusión de la obra por su propia cuenta. A falta de estipulación expresa, se presume que el derecho del editor tiene carácter exclusivo."

A palavra cessão, também empregada pelo art. 380 do Código Federal Suíço das Obrigações e pelo art. 48 da lei francesa, entre outras, embora com a restrição do seu âmbito, implica, tecnicamente, em transferência a outrem de direitos ou privilégios, o que, no caso, é verdadeiro apenas em parte.

Mais feliz, nestas condições, por evitar qualquer confusão, a redação que já constava do art. 1.346 do Código Civil brasileiro, que utiliza a palavra "confiar", por parte do autor, a obra ao editor, expressão também utilizada pelo art. 57 da LDA, n.º 5.988, de 14-12-1973.

O mais completo e atualizado projeto de lei, que seria melhor qualificado de Projeto de Código, correspondendo assim à relevância e dignidade que a matéria encerra, n.º 199, de 1984, preparado pelo Instituto Nacional de Cultura da República do Panamá e pela UNESCO, através da elaboração dos Drs. ARCADIO PLAZAS e VICENTE GARIBALDI CAMACHO, também evita aquele inconveniente:

“Artículo 127.º Por este contrato el titular del derecho de autor de una obra literaria, artística o científica se obliga en entregarla a un editor que se compromete a publicarla mediante su impresión gráfica y a propagarla y distribuirla por su cuenta y riesgo.”

Como se deduz de todos esses dispositivos, o contrato de edição tem essencialmente por objeto atribuir ao editor o direito de reproduzir mecanicamente e divulgar, com provento econômico, a obra.

“O direito assim cedido ou concedido” — consigna ROBERT PLAISANT — “é limitado quanto aos modos de aproveitamento, quanto ao tempo e quanto ao espaço, do contrário não há contrato de edição, mas cessão pura e simples da obra.”

É conveniente, nesta fase de expansão do intercâmbio de obras culturais, que sejam especificadas não só a língua em que a obra pode ser multiplicada, como também a abrangência da área geográfica dos direitos outorgados, mas reservando-se o autor ou titular de direito vender, no país do editor, sem limitação de número ou de preço, a edição na língua de origem da obra objeto do mesmo contrato.

A obra não pode, evidentemente, ter caído em domínio público. Se isso ocorrer, teremos nulidade, por falta de objeto, não encontrando a prestação do editor contrapartida na importância paga.

3. *Partes intervinientes. Natureza jurídica*

São essencialmente dois os participantes de um contrato de edição: de um lado, o titular do direito, originariamente o autor, por si, ou por seus representantes, seus sucessores ou cessionários, e, de outro, o editor.

O de edição aparta-se de todos os demais contratos. Não é *venda*: o autor concede somente um direito de aproveitamento limitado, para que o editor possa cumprir sua obrigação de publicar, sem introduzir qualquer modificação no texto, a não ser mediante consentimento do titular.

Não é *sociedade*, por faltar-lhe a “*affectio*” que lhe é peculiar, a repartição dos benefícios e a propriedade das contribuições respectivas.

Não é *cessão*: do contrário interditaria o autor a si mesmo poder modificar a obra contra a vontade do cessionário, e perderia o direito de se opor a uma nova edição.

ALFREDO DE GREGORIO (*Il Contratto di Edizione*, Roma, Athenaeum, 1913) indica quais os direitos alienados e quais os que continuam em poder do autor:

“Permanecem no autor as faculdades não contidas no direito de edição por ele alienado, ou não por outra forma transmitidas, por meio de uma específica determinação contratual, ao editor.”

O modelo de contrato-tipo OMPI-UNESCO fulmina de nulidade, em sua disposição n.º 2, a cessão global, propondo:

“*Octroi des droits.*

1) La cession globale à l'éditeur du droit d'auteur sur une oeuvre est nulle, de même que toute cession de droits et tout octroi de licence à l'éditeur pour l'utilisation future de l'oeuvre sous une forme non prévisible.

2) Toute cession du droit d'auteur ou tout octroi sous licence des droits d'édition ne s'étend qu'aux droits expressément définis dans le contrat. En cas de doute, la nature et la portée des droits conférés à l'éditeur sont déterminées en prenant en considération ce qui est nécessaire à la réalisation du but contractuellement défini.

3) Sauf stipulation contraire expresse, l'éditeur acquiert des droits exclusifs et est autorisé à intenter pour son propre compte toute action civile ou pénale afin de faire valoir ces droits à l'encontre des tiers.

4) Le manuscrit ou toute autre copie d'après laquelle l'oeuvre est reproduite reste la propriété de l'auteur.”

Será *arrendamento*? Também não: não se admite locação de um atributo da personalidade.

Será assimilável a um *contrato de trabalho*? Só eventualmente, caso o autor seja empregado, assalariado, ou realize obra sob comissão, casos isolados que não podem ser generalizados.

Também não é *mandato*, embora o autor encarregue o editor do aproveitamento econômico da obra, da sua difusão e venda; o mandato civil é gratuito e, só por exceção, oneroso; o contrato de edição é retribuído.

Trata-se de um contrato nominado, com características próprias, integrado por dois elementos: o “moral” e o econômico, retendo o autor todas as prerrogativas daquela natureza.

Faz ver JORGE GUERRERO, em palestra proferida em Bogotá, novembro de 1974, que os preceitos da lei aplicam-se mesmo ao editor ocasional, que não se dedica a essa atividade, e que muitas vezes assina o

contrato com o único intuito de cedê-lo depois a um editor. Como a lei não regulamenta nem proíbe a cessão, pode o autor resultar prejudicado caso a obra caia em mãos de pessoa pouco escrupulosa.

“Y así como puede darse el caso de coautores de una obra, así también es frecuente en la actualidad el caso de los coeditores, es decir, del contrato de coedición. La reglamentación de esta figura se les quedó en el tintero a los redactores del Código, y aunque por analogía pueden aplicarse las normas dictadas para el caso del editor singular, sin embargo faltan normas sobre responsabilidad de los diversos editores. Es una laguna legal que deberá llenarse apelando a las normas de derecho común sobre solidaridad.”

4. Caracteres

Trata-se de um contrato:

- consensual, mas submetido a regime especial;
- bilateral;
- sinalagmático;
- oneroso;
- comutativo ou aleatório, conforme estipule retribuição fixa ou a coloque na dependência do êxito da venda;
- em geral, *intuitu personae*;
- exclusivo;
- temporário.

A exclusividade — acentua VALERIO DE SANCTIS (*Contratto di Edizione, Contratti di Rappresentazione e di Esecuzione*, Milão, Giuffré, 1965) — acede como elemento natural e típico do contrato de edição pela imprensa, ao passo que a *licença não exclusiva* constitui um caráter acidental do mesmo contrato, transformando-o profundamente na sua economia, a ponto de se poder dizer que realiza, senão formalmente, de acordo com a lei, um contrato de edição irregular.

5. Direitos do autor: morais

Reconhece o art. 21 da LDA brasileira ser o autor titular, em primeiro lugar, de direitos morais sobre a obra intelectual que produziu. Em se tratando de escritores, além dos que são reconhecidos aos criadores em geral: de paternidade, ao anonimato, à integridade, e outros, existem dois que merecem consideração especial: o de inédito, ainda que não se encontre na posse do original, ou da cópia, gravação etc., e, conseqüentemente, a faculdade de destruir a sua obra, de retirá-la da circulação, ou de impedir qualquer forma de utilização não autorizada.

Decidida a publicação, constitui direito fundamental o previsto no contrato-padrão recomendado pela União Brasileira de Escritores:

“TERCEIRA. O nome do AUTOR deverá aparecer destacadamente na capa e frontispício ou rosto da OBRA, com ortografia, modo e forma habituais e na lombada dos exemplares, bem como em toda propaganda e anúncio da OBRA que por quaisquer meios publique o EDITOR.”

O art. 77 da Lei n.º 5.988, cuidando apenas da representação ou execução, não admite que, sem licença do autor, comunique o empresário o manuscrito da obra a pessoa estranha às mesmas.

A professora Maria Thereza Wcherer Braga moveu perante a Justiça Federal ação de perdas e danos morais contra a Universidade Federal de Alagoas, acusando-a de ter publicado, à sua revelia, sem autorização, com várias alterações, entre elas as exclusões do seu nome da capa, de comentários de Câmara Cascudo e da ficha bibliográfica, a obra de continuidade e conclusão do folclorista José Aloisio Vilela, falecido em 1977, *Romanço Alagoano*.

Enquanto aguardava aprovação daquela Universidade, à qual havia submetido seu projeto, foi surpreendida com um exemplar do livro, enviado a várias pessoas conhecidas.

O de revisão é, sem dúvida, um dever do autor, mas, ao mesmo tempo, um direito.

Admitiu-o o Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 7-12-1976, (*Rev. dos Tribunais* 508/259, Helena B. Sangirardi contra Samambaia S/A.), não conhecendo o recurso extraordinário interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que confirmou a sentença de primeira instância que condenou ao pagamento de uma indenização correspondente ao preço por que foram postas à venda 20.000 coleções, deduzidas 4.674, que foram apreendidas, pelo fato de ter sido a autora impedida de rever uma nova edição, que, por isso, considerou clandestina.

Entre os demais direitos de natureza moral, consignados ou não em lei, temos ainda:

— não tolerar seja publicada parcialmente a obra que lhe foi impossível levar a cabo (art. 58, § 3.º);

— não admitir abreviações, adições ou modificações, sem permissão (art. 67);

— aprovar a apresentação do trabalho, corrigir as provas e exigir a correção dos moldes, matrizes e semelhantes;

— fazer, nas edições sucessivas de suas obras, as emendas e alterações que bem lhe parecer, indenizando o editor caso imponham gastos extraordinários (art. 71, *caput*);

— ter como aceitas as alterações que introduziu, se os originais foram entregues em desacordo com o ajustado, e o editor não os recusar nos trinta dias seguintes ao do recebimento (art. 62).

6. *Direitos pecuniários*

Em primeiro lugar, *dispor da obra*, através de atos jurídicos.

Em segundo, *publicar a obra*. Confiando-a ao editor, que, na terminologia do art. 57, se obriga a reproduzi-la mecanicamente e a divulgá-la, com exclusividade, sai a obra intelectual do domínio exclusivo do seu criador para entrar no comércio, transferindo-se a propriedade dos exemplares, até então do editor, em sua maior parte, aos compradores da unidade. À medida que a operação vai se esgotando, diluem-se as prerrogativas que o autor ainda podia exercer sobre a sua obra, para assumirem características diferentes: passam a dizer respeito à vigilância no sentido de que outrem não possa retirar vantagens patrimoniais ou mesmo morais do produto da sua operosidade. É a razão por que tem importância fundamental a exata determinação do momento em que a obra passa, pela publicação e divulgação, a existir juridicamente para a coletividade.

O terceiro, decorrente do anterior, será, evidentemente, o de *receber a retribuição econômica* correspondente. Não basta, porém, que seja determinada a remuneração: cumpre, ainda, que o pagamento seja efetuado no momento oportuno; não havendo convenção especial, logo após a conclusão da edição, salvo se a forma de retribuição torne o pagamento dependente da colocação total ou parcial dos exemplares.

O modelo de contrato OMPI-UNESCO tem dispositivo bem abrangente:

“DISPOSITION TYPE N.º 7

Rémunération de l'auteur

1) La rémunération due à l'auteur pour la reproduction de son oeuvre et la mise en vente d'exemplaires de celle-ci doit être fixée sous forme, soit de redevances calculées en pourcentage du prix de catalogue des exemplaires et exigibles sur tous les exemplaires vendus, soit d'un montant forfaitaire correspondant à un nombre déterminé d'exemplaires reproduits ou à un délai déterminé durant lequel l'éditeur peut mettre en circulation des exemplaires de l'oeuvre reproduits par ses soins, quel qu'en soit le nombre. La part de l'auteur sur les recettes perçues par l'éditeur au titre des licences qu'il est autorisé à accorder à des tiers en vertu du contrat doit être fixée séparément pour chaque catégorie d'utilisation de l'oeuvre sous licence.

2) Si le contrat prévoit le paiement de redevances calculées en pourcentage, celles-ci doivent être également payées pour les

exemplaires soldés conformément à la disposition type n.º 5.3); dans ce cas, elles sont établies en fonction du produit effectif de la vente.

3) A la signature du contrat, l'auteur doit recevoir une avance raisonnable à valoir sur les redevances ou, selon le cas, sur la somme forfaitaire qui lui revient. La somme forfaitaire revenant à l'auteur est exigible au plus tard à la date de publication: les redevances doivent lui être versées dans les trente jours suivant l'arrêté de compte correspondant visé à l'alinéa 1) de la disposition type n.º 8. L'avance n'est pas remboursable au cas où elle dépasserait le produit effectif des redevances.

4) Si le droit de reproduire l'oeuvre et de la mettre en vente a été accordé à l'éditeur moyennant le paiement d'une somme forfaitaire et si, au cours de l'exécution du contrat, les recettes qui procure à l'éditeur l'utilisation effective de l'oeuvre se révèlent très sensiblement supérieures aux prévisions initiales et deviennent manifestement excessives par rapport à la rémunération versée à l'auteur, l'éditeur doit, à la demande de l'auteur, accepter de modifier le contrat en prévoyant le versement à l'auteur d'un pourcentage équitable du montant total des recettes provenant de la mise en vente de l'oeuvre. La somme déjà versée à l'auteur est déductible du montant de sa part des recettes. L'auteur ne peut renoncer d'avance à réclamer l'augmentation de sa rémunération; il ne sera cependant plus admis à faire valoir ce droit après l'expiration d'un délai de deux ans suivant le premier état des ventes et des recettes de l'éditeur révélant les faits justifiant cette augmentation."

Desnecessário realçar a importância desse critério de atualização da retribuição no caso de grande êxito de venda, previsto na lei francesa, que, no art. 37, toma como parâmetro a proporção superior a 7/12, e regulado também no art. 124 da Lei italiana n.º 663.

É matéria que não pode deixar de ser considerada na revisão das nossas leis.

O Código de Comércio da Colômbia prevê, no art. 1.355, que a percentagem mínima de 10% sobre o preço de venda ao público suba para 15% caso o contrato considere duas ou mais edições. Não vemos, porém, razão para o desconto do preço da encadernação: não é também parte do livro?

Caracterizam também a parte pecuniária os direitos de:

— não admitir que o editor eleve o preço de venda de modo que embarace a circulação da obra (art. 63);

— numerar todos os exemplares de cada edição, quando seus direitos patrimoniais não tenham sido adquiridos pelo editor (art. 64, *caput*);

— examinar a escrituração na parte que lhe corresponde, bem como obter informação sobre o estado da edição, “quaisquer que sejam as condições do contrato” (art. 65);

— obter do editor prestação de conta semestral, caso a retribuição do autor fique dependendo do êxito da venda (art. 66);

— não havendo termo fixado para a entrega da obra, entregá-la quando lhe convier, podendo, no entanto, o editor fixar-lhe prazo, com a cominação de rescindir o contrato (art. 58, § 1.º);

— no caso de demora por parte do editor em devolver as provas, além do tempo normal, notificar o editor para que lhe forneça ou restitua as provas;

— não admitir mais de uma edição, se não houver cláusula expressa em contrário (art. 59);

— obter a resolução do contrato, se a partir do momento em que foi celebrado, decorrerem três anos sem que o editor publique a obra (art. 68), prazo, sem dúvida, excessivo;

— intimar judicialmente o editor, com direito a outra edição, que não a publicar, esgotada a última, para que o faça em certo prazo, sob pena de perder aquele direito, além de responder pelos danos (art. 70);

— na hipótese de nova edição ou tiragem, não havendo acordo entre as partes sobre a maneira de exercer seus direitos, poderá o autor, como de resto o editor, rescindir o contrato, sem prejuízo da edição anterior (art. 1.351, CC);

— dispor da obra, uma vez esgotadas as edições a que tem direito o editor, como se deduz do art. 59 da LDA, salvo cláusula expressa em contrário;

— obter determinado número de exemplares gratuitos, ou a preço de custo, se se tratar de obra coletiva;

— conseguir a devolução dos originais que, salvo cláusula expressa, pertencem ao autor, matéria que passou a adquirir importância diante do art. 39, que garante o direito de seqüela: o autor que alienar seu manuscrito, entre outras hipóteses, passa a ter direito a participar da mais valia que a ele advier, cada vez que for novamente alienado;

— reservar-se todos os direitos atualmente existentes ou que venham a surgir, não especificamente mencionados no contrato;

— imediatamente após terem sido saldados ou destruídos os exemplares remanescentes, receber do editor comprovante que demonstre devidamente o número correspondente. Caso a edição fique esgotada como conseqüência do saldo ou da destruição dos exemplares, o titular recobrará todos os direitos cedidos ao editor em virtude do contrato;

— adquirir os exemplares residuais, que não conseguirem venda, decorridos cinco anos, ao preço de custo;

— conseguir cópia autenticada dos comprovantes, pagamentos e descontos de impostos ou qualquer outra dedução exigida por lei;

— só admitir que cópias, duplicatas, filmes em ofsete etc., sejam tiradas dos originais ou provas mediante sua autorização por escrito.

7. *Obrigações do autor*

Confiar a obra para que o editor a possa publicar, nas condições e no prazo estipulados e de forma a não criar embaraços ou obstáculos à sua multiplicação e difusão.

O Projeto PLAZAS — GARIBALDI CAMACHO é minucioso, não só em regulamentar a matéria no

“Artículo 135.º — Los originales deberán ser entregados al editor en el plazo y en la forma que se hubieran pactado. A falta de estipulación al respecto se entenderá que la entrega deberá hacerse dentro del plazo de sesenta días desde la fecha y firma del contrato. Si se tratare de una obra inédita, los originales serán presentados en copias mecanográficas, a doble espacio, debidamente corregidas, sin interpolaciones o adiciones hechas por fuera del texto, en forma que sean aptas para su reproducción. Si se tratare de una obra ya publicada el original podrá ser entregado en un ejemplar impreso con las modificaciones, adiciones o supresiones debidamente indicadas”;

como também ao acrescentar:

“Artículo 136.º — El incumplimiento por parte del autor en cuanto a la fecha y forma de entrega de los originales dará al editor opción para rescindir el contrato o para devolver al autor los originales para que su presentación sea ajustada a los términos convenidos. En caso de devolución de los originales, el plazo o plazos que el editor tiene para la iniciación y terminación de la edición serán prorrogados por el término en que el autor demore la entrega de los mismos debidamente corregidos.”

Rever e corrigir provas é mais do que um direito do autor: verdadeiro dever, ressaltando-se, porém, correr por conta do mesmo qualquer alteração que ultrapasse os limites da simples correção de erros.

Testemunho impressionante da permanente insatisfação a que são levados os perfeccionistas nos dá MARCEL PROUST, em carta a JEAN LOUIS VANDROYER:

“Estou corrigindo minhas primeiras provas, mas não devolvi nenhuma . . . Minhas correções até agora (espero que isto não con-

tinue mais) não são correções. Não ficou uma linha das 20 do texto primitivo (substituído, aliás, por um outro). Ele foi riscado, corrigido, em todas as partes brancas que pude achar, e coleí papéis escritos no alto, em baixo, à esquerda, à direita etc.”

Esse trabalho, fatigante para um homem de saúde, fez com que PROUST emagrecesse 30 quilos e se queixasse, constantemente, de falta de ânimo.

Importante ainda é a *obrigação genérica de garantia* pela qual deve o autor colocar o editor em condições de exercer seus direitos sem qualquer turbacão, reivindicaçãõ ou evicçãõ decorrente de ato próprio ou de terceiro, bem definido na Disposiçãõ tipo n.º 3 proposta pela OMPI-UNESCO.

Como todos os demais contratos, o de ediçãõ exige completa lealdade das partes. É o que consigna JOSE MARIA DESANTES (*La Relación Contractual entre Autor y Editor*, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, 1970, p. 154):

“... ha de considerarse que existe siempre implícitamente una cláusula por la que el autor garantiza al editor que no dispondrá de las facultades de edición que le ha transmitido y que, en caso de que disponga, contraviniendo a esta obligación, le prestará la asistencia procesal y extraprocesal necesaria para que estas facultades cedidas con prioridad al editor no sufran menoscabo; y le indemnizará por los daños que de su actuación se sigan.”

Nesse sentido o art. 81 do Código português do Direito de Autor.

Teve oportunidade de decidir o Tribunal de Justiça de São Paulo (v. u. de 27-3-1962, *Rev. dos Tribs.*, 332/191):

“EDIÇÃO. Disposição da obra pelo autor antes de esgotado o estoque de edição anterior contratada. Violação do preceito do art. 1.349 do Código Civil. Procedência de ação cominatória...”

Deve o autor entregar a obra no prazo estabelecido.

Comprova-o o caso Jean Marabini *versus* editor Arthème Fayard, julgado pela 3.ª Câmara do Tribunal de Grande Instância de Paris de 8-10-1976 (*Revue Internationale de Droit d'Auteur*, n.º 93, julho de 1977, p. 171):

“OBRA LITERÁRIA DE ATUALIDADE. CONTRATO DE EDIÇÃO. OBRIGAÇÕES DO AUTOR. ENTREGA DO MANUSCRITO.

OBRA. Autor que oferece a um editor realizar uma obra sobre a revolução portuguesa. Conclusão do contrato de edição. Recusa de publicação pelo editor.

CONTRATO DE EDIÇÃO. Condições. Cláusula prevendo uma data limite de remessa de manuscrito em uma forma acabada. Lei de 11-3-1957, art. 55. Obrigação por parte do autor de colocar o editor em condições de fabricar e de difundir os exemplares da obra. Cláusula determinante da convenção, relativa a uma obra de atualidade.

RESOLUÇÃO DO CONTRATO DE EDIÇÃO. Não conformidade do manuscrito às estipulações contratuais. Obra inacabada e de forma defeituosa. Escrito misturando a ficção e a realidade. Ausência de entrevistas diretas com os responsáveis políticos, militares e culturais. Falta do autor às suas obrigações. Resolução a cargo exclusivo do autor."

8. *Obrigações do editor*

As leis não as sistematizam, fazendo apenas alusão a algumas:

— reproduzir mecanicamente a obra que o autor lhe confia (art. 57);

— publicar a obra dentro dos três anos já aludidos (art. 68);

— dar à obra apresentação condigna e cuidadosa revisão. Para demonstrar a importância, basta lembrar que em fins de 1983 a editora Random House decidiu recolher e destruir 58.000 exemplares de uma biografia da falecida milionária Bárbara Hutton, pelos erros contidos a respeito de um médico, que lhe teria receitado drogas, em 1943, quando ficou comprovado que ele contava, então, 14 anos de idade;

— publicar a obra em prazo razoável, como sugere a disposição-tipo n.º 4, da OMPI-UNESCO;

— entende-se que o contrato versa *apenas* sobre *uma* edição, dispõe o art. 1.356 CC, se o contrário não resultar expressa ou implicitamente de seu contexto;

— não publicar, no silêncio do contrato, mais de dois mil exemplares (art. 61 LDA);

— garantir à obra uma exploração permanente e contínua e a difusão comercial na medida da necessidade do escoamento do estoque, através de publicidade conveniente;

— retribuir o titular pelo modo e no prazo convencionados, aplicando-se, em caso de atraso, a correção monetária;

— numerar os exemplares, se for o caso;

— prestar contas semestralmente, se a retribuição ficar dependendo do êxito da venda (art. 66);

— informar sobre o estado da edição (art. 65), como especifica minuciosamente a disposição-tipo n.º 8 do contrato-tipo OMPI-UNESCO;

— não fazer abreviações, adições ou modificações sem permissão do autor (art. 67), mesmo que, a seu juízo, melhorem ou completem o texto, nem modificar conceitos ou inserir observações;

— encaminhar ao autor, a título informativo, as provas de impressão, antes de proceder à colocação à venda o produto final. Decorrido um mês da remessa das provas, presumir-se-á o consentimento tácito à impressão;

— encaminhar ao titular um exemplar da obra tão logo esteja impressa, dela fazendo constar a menção de reserva, mediante a indicação do símbolo ©, nome do país e sede do editor.

No caso de tradução, deverá o editor garantir que será efetuada por pessoa competente, sem que o texto ou o título sofram qualquer modificação a não ser com aprovação por escrito do autor. O editor será responsável pelo cuidado na tradução do trabalho, e assumirá o compromisso de modificar qualquer parte ou partes da tradução, para satisfação do titular do direito a sua total discrição, podendo desistir se a tradução for inadequada.

Não interfere um eventual segundo contrato com a obrigação que tem o primitivo editor de continuar vendendo, ao preço normal, os exemplares que permaneçam em estoque, “sem que essa faculdade reconhecida ao primeiro editor” — diz a última alínea do art. 56 da lei francesa — “impeça ao autor de mandar proceder a uma nova edição...”.

Obriga-se o editor a utilizar o material recebido — que deverá ser-lhe devolvido (fotografias, ilustrações, objetos acessórios) — exclusivamente para a edição autorizada: qualquer outro aproveitamento fica sujeito a aprovação prévia.

9. Responsabilidade do editor

É matéria excelentemente versada no Projeto de Lei n.º 199-84, elaborado por ARCADIO PLAZAS e VICENTE GARIBALDI CAMACHO:

“Artículo 137.º — Cuando la obra, después de haber sido entregada al editor, perece por culpa suya, queda obligado al pago de honorarios o regalías. Si el titular o autor posee una copia de los originales que han perecido, deberá ponerla a disposición del editor.”

“Artículo 138.º — En caso de que la obra perezca total o parcialmente en manos del editor, después de impresa, el autor tendrá derecho a la remuneración pactada, si esa consiste en una suma determinada sin consideración al número de ejemplares vendidos. Si los honorarios o regalías se hubieren pactado en proporción a los ejemplares vendidos, el autor tendrá derechos a ellos cuando las causas de las pérdidas o destrucción de la obra, o de parte de ella, sean imputables al editor.”

10. *Direitos do editor*

Alguns raros interesses de *natureza moral* assistem ao editor. Entre eles, o de ser como tal indicado não só em local apropriado da publicação, como também nos catálogos, resenhas, críticas etc., nada tendo a ver com uma pretensa prerrogativa de “paternidade intelectual”, que não é caracterizada pela simples multiplicação de exemplares, a não ser que se revistam de excepcionais qualidades artísticas.

De natureza não econômica, inserindo-se na obrigação de garantia que o autor assume, é a pretensão de que a obra nada contenha de difamatório ou de escandaloso, pelo menos na conformidade da lei e dos costumes do país.

A quase totalidade dos direitos do editor são de natureza econômica, constituindo como que o reverso das obrigações do autor.

11. *Outros assuntos importantes*

Não nos permite a premência do tempo abordar outros assuntos de relevo, como as obras sob encomenda, as futuras, as derivadas, a delicada questão da cessão, pelo editor, de seu direito, a duração e o fim do contrato: resolução e rescisão, os contratos-padrão, a interpretação do contrato de edição, a profissão de escritor, o contrato de edição gráfica “de lege condenda”.

12. *Uma edição peculiar: a de obras musicais*

Como assinala VALERIO DE SANCTIS, qualquer obra intelectual, desde que expressa em forma gráfica, pode constituir objeto de contrato de edição. Mas enquanto algumas categorias têm aquela forma como expressão típica, outras, embora possam ser reproduzidas pela imprensa, têm como sua específica destinação, a execução ou a representação; outra ainda, como a cinematográfica, televisiva, arquitetônica, tem sua própria linguagem, enquanto que, em forma gráfica, podem ser produzidos apenas alguns de seus elementos constitutivos.

Lembra as críticas movidas à disciplina unitária do contrato de edição, à vista das diferenças estruturais notáveis que intercorrem entre as várias categorias de obras, aos efeitos da sua utilização econômica.

13. *A edição gráfica da obra musical é processo preparatório. Dela podem decorrer licença e cessão*

A obra musical, feita para ser executada ou representada, não poderá sê-lo se os artistas executantes não dispuserem de uma partitura, na qual possam ler e interpretar a música a ser por eles desempenhada.

A execução exige, assim, a reprodução das partituras, isto é, a edição, que, portanto, deve ser contratada.

Na verdade, a edição gráfica musical constitui processo preparatório destinado a permitir a realização sonora da criação musical.

“Logo” — assinala PEDRO VICENTE BOBBIO (*O Direito de Autor na Criação Musical*, São Paulo, Lex, 1951) —, “embora a edição se dirija ao público em geral, na realidade ela é apenas colocada ao alcance daqueles indivíduos que, peritos nalgum instrumento musical, dela possam e saibam servir-se.

Praticamente, portanto, o exemplar gráfico é um complemento do instrumento musical.”

Anota, assim, nitidamente, o destino individual da edição musical e a restrição do seu uso ao indivíduo que a adquira, daí concluindo que o comprador do exemplar gráfico, sendo apenas proprietário deste objeto, e não da obra em si, dele poderá usar para seu próprio conhecimento, não para a prática de atos que digam respeito à propriedade e à utilização da obra.

Enumera os negócios jurídicos que podem decorrer da edição da obra musical:

a) encomenda do autor ao editor considerado tão-somente como empresário industrial e por aquele pago;

b) empreitada combinada entre autor e editor, pela qual obriga-se este a publicar e vender, mediante retribuição contratualmente determinada e paga pelo autor;

c) concessão do autor ao editor, para que este publique a obra e venda a edição, tudo a seu risco e custa, podendo a concessão ser contratada tanto a título gratuito como a título oneroso para o editor;

d) cessão do autor ao editor, do direito de edição da obra, nas condições que as partes fixaram;

e) cessão do autor a terceiro, que poderá ser editor, de todos os seus direitos patrimoniais, ou de um conjunto substancial deles, do qual faça parte o direito de edição, nas condições que as partes estabelecerem.

Dessas diferentes modalidades são três as que apresentam interesse fundamental: o *contrato de edição*, que é o ponto de origem, em geral, dos demais, pelo qual o autor musical, como o de qualquer obra literária, outorga ao editor tão-somente o direito de, com exclusividade, produzir e dis-

tribuir os exemplares da edição ou das edições convencionadas; o *contrato de licença*, pelo qual concede faculdades limitadas no que diz respeito ao aproveitamento de uma obra quanto ao tempo e quanto à área geográfica; e o mais amplo de todos, o *contrato de cessão* de direitos, que implica na transferência de todos os direitos pecuniários.

Inadmissível qualquer utilização de obra editada, mediante outro processo de reprodução, ainda que consista na conseqüência lógica da edição, sem que seja obtida do autor nova permissão, para exercício de ulterior direito específico correspondente.

Daí a conclusão de que “a licença de edição é, logicamente, limitada à realização sonora não pública, portanto, individual, que tem na edição o processo preparatório”.

Nota VALERIO DE SANCTIS ser freqüente que a partitura não seja editada no sentido exato da palavra, mas somente reproduzida num número restrito de exemplares, que são alugados para a execução da obra. O estudo do contrato de edição não esgota as dificuldades que aparecem na matéria, devido principalmente à interdependência que existe entre a reprodução e a execução. De modo geral o contrato de edição relativo às obras musicais fica submetido aos mesmos princípios do que os que se aplicam às obras literárias.

14. *Dificuldades que decorrem da cessão do direito de reprodução conservando o direito de executar a obra*

O caso de o autor ceder seu direito de reprodução a um editor, conservando, porém, o de representação, em geral exercido através de uma associação de direitos autorais, exige atenção especial.

Na hipótese de o editor não ter impresso e colocado a obra à venda, mas somente reproduzido a partitura, num número limitado de exemplares, que aluga, pode a execução ser obstaculada pelo fato que se recuse alugar, ou exija uma remuneração que o interessado considere excessiva. Incorrerá em responsabilidade contratual para com o autor, caso não cumpra abusivamente a obrigação assumida de colocar a obra à disposição do público de maneira normal.

Por outro lado, não pode o autor franquear ao interessado a partitura que o editor recusa a este, violando, por esta forma, a garantia, à qual é obrigado em virtude do contrato.

Os problemas com que se debatem os autores de obras musicais foram objeto de uma substanciosa conferência, no Curso Especializado de Formação sobre o Direito de Autor e os Direitos Conexos, realizado em Brasília, de 16 a 26-4-1985, por FRANCISCO CAYUELA (México): “La Importancia de los Editores en América Latina”.

Com o advento do fonógrafo e do fonograma ocorreu uma reviravolta na atividade do editor musical que até agora não ficou claramente com-

preendida e gera confusão, pois, até o momento, não sabemos, com segurança, se o editor se transformou em fonograbador ou se este mudou para editor, ou se ambos são uma mesma pessoa.

Acredita que a importância do trabalho do editor deve assentar em que este se converta em um bom intermediário entre o autor e o usuário final da música, chame-se Companhia de Discos, Orquestra, Radiodifusora, Canal de Televisão etc. Quer dizer, o editor deve ser o veículo promocional publicitário e negociador da utilização da obra por um terceiro. Em troca, por sua atividade, deve receber uma justa retribuição econômica pelo seu esforço, geralmente taxada em 50% do produto pecuniário da obra. Isto seria o ideal, mas a realidade é bem diferente.

“Al percatarse el editor que su función era my importante para la casa grabadora de fonogramas, pues lo proveía de un insumo vital como era la obra a grabar y que ya no era tan importante para el autor, porque este lo podía o bien sustituir por otro o bien entenderse directamente con el fonograbador, decidió poner en juego toda su astucia e ingenio creando una figura jurídica que lo convirtiera en dueño absoluto de la obra relegando al autor a un segundo plano como máquina productora de bienes a cambio de un porcentaje, que la mayoría de las veces no le llegaba en forma completa. Para ello, diseñó lo que se conoce como Contrato de “Cesión de Derechos Autorales” que lo transformaría en “Titular de los Derechos de Autor” de determinada obra y por ende sería el único que podría autorizar o transferir a terceros la explotación de esa obra o todo el repertorio de cierto autor, excluyendo a éste de toda posibilidad de vigilar su creación y de sacar los mejores dividendos posibles de ella.

El grabador, al darse cuenta de esta urgencia legaloide del editor que le reportaba jugosas ganancias y que convertía al autor en un asalariado, con bajo jornal, a su servicio exclusivo y permanente, decidió convertirse, además de grabador, en editor, desplazando de esta manera cada vez más a todo aquel editor que aisladamente y sin tener su propia compañía de grabación, se dedica a la explotación mercantil de las obras de los autores. El editor independiente, día con día, está condenado a desaparecer como tal, ante el embate voraz de todos los grandes consorcios transnacionales y nacionales productores de fonogramas. Esto es ya una inercia irreversible.”

Em muitos países da América Latina o editor independente quis, de forma prepotente, bifurcar o direito integral do autor, dividindo-o em direito de reprodução mecânica, que é o manejado por ele, e o de execução pública, que é o que deve administrar em forma exclusiva a Associação de Autores. Mas isto, em vez de fortificar sua posição, lhe trouxe sérias

desavenças com os autores e suas associações, permitindo seu questionamento e sua deslocação e mesmo sua absorção por parte das grandes corporações gravadoras-editoras.

Prevê não somente que o editor na América Latina deixará de ser tão importante como antigamente, mas que, ao contrário, está próxima a sua extinção, pois, de um lado, o gravador-editor utiliza cada dia mais obras de seu próprio controle editorial, deslocando a competência, e de outro, o editor deixa passar a oportunidade de ver-se ligado a novas formas de aproveitamento da música, como o filme, o videoteipe, o videocassete, o satélite e, em geral, todas as novidades tecnológicas que num breve prazo virão.

“El editor al querer acaparar como campo privativo suyo el disco y el cassette, sólo logra cavar su propia tumba, pues estamos firmemente convencidos que estes medios de producción fonomecánica están próximos a desaparecer totalmente y van a ser sustituidos por otros donde el grabador no ha intentado incursionar y el editor definitivamente ha quedado a la zaga definitiva. En los países desarrollados y en vías de desarrollo el promedio de televisoras y video-grabadoras por cada habitación de una familia de clase media y media alta, es de tres por cada equipo de estereofonía, sin tomar en cuenta la ya pronta comercialización masiva y a precios accesibles a todas las clases sociales laborantes de la antena parabólica para recepción privada en el televisor familiar.”

Conclui que

“el editor, para preservar y prolongar su existencia, debe analizar todos los factores adversos a él y entender que la única vía posible de seguir subsistiendo es la de ver en el autor a un socio industrial importante y permitir que las sociedades de autores son los órganos que editan la normatividad y tengan el control absoluto en su país y en el resto del mundo de las obras musicales.”

Ofício não datado, mas certamente de 1982, expedido pela ADDAF, Associação Defensora de Direitos Artísticos e Fonomecânicos, ao Presidente do Conselho Nacional de Direito Autoral, acompanha um estudo: *Situação Atual do Direito Fonomecânico no Brasil*, que critica a Lei n.º 5.988 por ter deixado de regular em termos precisos as relações contratuais entre o artista-compositor e o comerciante-editor musical, tarefa que reconhece difícil, e que deverá ser executada pelo CNDA, impedindo que os editores tenham participação exagerada nos direitos de execução e nos direitos fonomecânicos do autor.

“Os contratos de edição de música firmados no Brasil, até o dia de hoje, na realidade são contratos de Cessão de Direito, através do qual, mediante o pagamento de certa importância (em geral 1 cruzeiro, que nunca chega às mãos do artista), o compo-

sitor cede ao editor todos os direitos de sua obra mediante o pagamento de uma certa percentagem nos lucros da mesma, no que se refere a edição da música em papel, a execução da mesma, em lugares públicos, no rádio e na TV, e também nos "royalties" produzidos pela venda de discos e fitas magnéticas (hoje com o nome de direitos fonomecânicos).

Em verdade, esse direito de venda de discos era tão irrisório, no passado, que os editores não o incluíam em seus contratos de cessão de direitos. Mas à medida que se foi tornando volumosa a venda de discos no Brasil, eles foram colocando cláusulas sobre esse direito em seus contratos, garantindo para si uma percentagem, inicialmente modesta, de 10%. Mas que hoje já está em 33,3% sobre o direito fonomecânico do autor e em 50% dos direitos apurados em gravações feitas no estrangeiro."

Tornou-se tão bom o negócio das editoras que todas as gravadoras estabelecidas no Brasil, além de serem beneficiadas pelo incentivo fiscal do governo, ICM, resolveram criar suas próprias editoras, a fim de participar, mais ativamente, do pequeno lucro do autor brasileiro.

Do preço da venda do disco recebem, assim, "apenas 91,6%, deixando para ratar entre os autores das músicas existentes num disco a "exagerada" percentagem de 8,4% (4,2% para cada face)".

"Acontece que, para arrecadar direito de execução e direito de disco, qualquer editora precisava ingressar como sócia de uma das sociedades arrecadadoras de direitos existentes, e como sócia dessa sociedade só poderia editar música dos compositores filiados àquela organização. Para sair dessa situação que só lhes permitia gravar as músicas dos compositores de uma sociedade apenas, as gravadoras fundaram diversas editoras, filiando cada uma delas às diversas sociedades, sociedades brasileiras arrecadadoras de direitos autorais, colocando assim, a seu alcance, as músicas de todos os compositores brasileiros.

A partir desse momento as gravadoras que "só participavam de 91,6%" da venda dos discos, começaram a receber 94,37%, pois passaram a recolher a parte do editor nos 8,4%, ou seja, 2,77%. Cabe acrescentar que o compositor perdeu a possibilidade de entregar a edição de sua música ao editor mais capacitado ou de sua confiança. Ele leva a sua música a um cantor ou a um produtor de discos de uma gravadora e, quando a sua música é aprovada, para ser gravada e incluída num disco, ele é chamado pela fábrica de discos para assinar um contrato de gravação, mas na realidade esse contrato só é assinado desde que o autor antecipadamente assine um contrato de "edição" (cessão de direitos) da mesma composição com a editora daquela gravadora."

Denuncia que a atividade honesta e justa da ADDAF começa a ser bur-lada pelas editoras, que, no propósito de obter o maior lucro possível das obras por eles editadas, já incluíram em seus contratos de edição uma cláusula que obriga a arrecadadora a entregar-lhes 100% dos direitos fonomecânicos de cada música, ficando a cargo das editoras pagar ao autor a parte que lhe cabe, e, naturalmente, usando o total do dinheiro recebido, até o dia em que o autor apareça. Alegam as "editoras" que esta medida se faz necessária "a fim de que as mesmas não percam o contato com os autores", mas o que desejam na realidade é aplicar dinheiro alheio no *open-market* e nos bancos a prazo fixo.

Sustenta que o CNDA pode estabelecer normas que impeçam a exploração do compositor pelo editor, tanto no campo do direito de execução, como do direito fonomecânico, "determinando que tanto em um como em outro a participação do editor não ultrapasse de 25%, no Brasil e no exterior. Qualquer editor, quando se trate de execução ou de gravação da música no estrangeiro, já recebe 50% dos direitos produzidos. E em relação ao direito fonomecânico, produzido no Brasil, onde o trabalho do editor é irrisório ou nenhum, os editores que antes dele não participavam, estabeleceram inicialmente, em seu benefício, uma participação de 10%, mas em pouco tempo chegaram a 15, 20, 25 e 30, estando atualmente em 33,3%, conhecendo alguns que já estão querendo obter, por contrato, 50% dos direitos fonomecânicos das gravações realizadas no Brasil. Isto com certeza virá a tornar os editores cada vez mais ricos e os autores cada vez mais pobres.

Ao que parece, não está sendo obedecida a Resolução CNDA n.º 23, de 11-2-1981, que determina às editoras de música a manterem uma conta corrente para cada titular, "em que serão creditadas, dentro de 60 dias do pagamento pela fonte, todas as importâncias líquidas a ele devidas, especificando o respectivo lançamento: a) a fonte pagadora; b) o período a que se refere o pagamento; c) o título da obra; d) o número de catálogo; e) a quantidade vendida.

15. *É tempo que cesse... a cessão de direitos através dos contratos de "edição"*

Contra os compositores conspiram as leis, costumes arraigados e as próprias associações arrecadadoras de direitos autorais.

A LDA brasileira admite, no art. 52, com amplitude das mais alargadas, a possibilidade de os direitos de autor serem, "total ou parcialmente, cedidos a terceiros por ele ou por sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representante com poderes especiais", não indo sua preocupação além de limitar a cessão sobre obras futuras ao período máximo de cinco anos.

O que não é de admirar, porquanto legislações das mais perfeitas, como a italiana, consideram, art. 119, 2.ª alínea, tácita a vontade do autor de

transferir ao editor os direitos exclusivos, só estabelecendo a presunção contrária com relação aos direitos de representação e de execução (arts. 136 e 141).

A matéria não tem sido ainda objeto de maior preocupação também por parte do CNDA, que não se animou a regulamentar esses atos de cessão, ou a propor uma modificação da lei.

Mas as próprias associações arrecadoras não cuidam de coibir esses atos de cessão de repertórios, celebrados entre editoras, como se verifica pelos contratos-padrão que redigem, não só admitindo que os autores concedam à editora o direito exclusivo de publicação, por qualquer processo, outorgando-lhe, concomitantemente, mandato, como ainda que o contrato só poderá ser rescindido por inadimplemento de suas cláusulas, tendo vigência correspondente à da duração da proteção autoral.

A demonstração da erronia do sistema vigente, tal qual ocorre com as obras literárias, está na tendência de os autores e compositores serem levados a constituírem suas próprias editoras.

Como a história se repete! Este, que parece fenômeno dos mais atuais, já ocorreu, há mais de duzentos anos, com relação às obras literárias. Refere, com efeito, JORGE GUERRERO que, quando não era ainda reconhecido o direito intelectual, o importante era ter o original.

Refere o caso do livreiro Ribou, que, tendo logrado obter os originais das *Preciosas ridiculas*, publicou esta comédia sem o consentimento de MOLIERE, e obteve que lhe dessem um privilégio que proibia a publicação por parte do autor.

“Pero estos privilegios también se daban a los autores. De todos es conocido el privilegio dado a CERVANTES para publicar, durante diez años, su *Quijote*, y durante seis, su *Viaje al Parnaso*.

Así surgieron numerosos conflictos entre librereros, impresores y autores, y por ésto a partir de las postrimerías del siglo XVII, especialmente en Francia, Inglaterra y Alemania, muchos autores decidieron hacer las ediciones por su cuenta, ya que los editores no estaban de acuerdo con sus pretensiones. LASSING, por ejemplo, hizo editar por su cuenta sus obras, y en Alemania se llegó a constituir sociedades de autores, para publicar sus obras, como la *Gelehrtenrepublik*, o República de los sabios, de KLOPSTOCK (1774).”

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

A venda na SSETEC (Senado Federal)

Anexo I — 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, 30 a 45, 47 a 53, 55 a 96.

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA (NÚMEROS 1 a 90)”

Distribuição gratuita aos assinantes da Revista.

“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” — formato de bolso (10.ª edição — 1986)

Texto consolidado da Constituição do Brasil, de 24-1-67, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-69, e as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais n.ºs 2/72 a 27/85.

Índice temático.

Não estão relacionadas as obras esgotadas.

“CONSTITUIÇÕES DO BRASIL” (edição 1986) — 2 volumes

Volume 1 — Textos das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações.

Texto constitucional vigente (consolidado — Emendas n.ºs 1/69 a 27/85).

Volume 2 — Índice temático geral (comparativo) de todas as Constituições brasileiras.

“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL — QUADRO COMPARATIVO” (5.ª edição — 1986)

Texto constitucional vigente (consolidado — Emendas n.ºs 1/69 a 27/85), comparado à Constituição promulgada em 1967 e à Constituição de 1946.

Notas explicativas, contendo os textos dos Atos Institucionais e das Emendas à Constituição de 46.

Índice temático do texto constitucional vigente.

“CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS” (edição 1984) — 4 volumes — com suplemento de atualização de 1986

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.

“CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS” (edição 1987) — 3 volumes

Volume 1 — Constituições: Brasil, Alemanha (República Federal), Argentina, Chile, China (República Popular), Cuba, Espanha, Estados Unidos da América, França, Grã-Bretanha (alguns textos constitucionais) e Guiné-Bissau.

Volume 2 — Constituições: Itália, Japão, México, Paraguai, Peru, Portugal, Suíça, URSS, Uruguai e Venezuela.

Volume 3 — Índice temático comparativo de todas as Constituições.

“CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS” — série (edições 1987) — com índices temáticos comparativos

Volume 1 — Alemanha (República Democrática), Bulgária, Hungria, Polônia, Romênia, Federação Tchecoslovaca.

Volume 2 — Costa Rica, Nicarágua.

Volume 3 — Angola, Cabo Verde, Moçambique, São Tomé e Príncipe.

Volume 4 — Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia

Volume 5 — Áustria e Iugoslávia.

“ANTEPROJETO CONSTITUCIONAL” (edição 1986)

Quadro comparativo: Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (instituída pelo Decreto n.º 91.450, de 18-7-85) comparado ao texto constitucional vigente.

Notas.

Índice temático da Constituição vigente.

“REGIMENTOS DAS ASSEMBLÉIAS CONSTITUINTES DO BRASIL” — obra de autoria da Subsecretaria de Arquivo do Senado Federal (edição 1986)

Antecedentes históricos.

Textos dos Regimentos comentados pelos Constituintes.

Índices temáticos e onomásticos.

“LEIS COMPLEMENTARES À CONSTITUIÇÃO FEDERAL” (edição 1985) — 3 volumes — com suplemento de atualização de 1987

Leis Complementares n.ºs 1/67 a 54/86.

Textos.

Legislação citada.

Histórico (tramitação legislativa).

Índice temático.

“LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS” (2.ª edição — 1987) — 3 volumes

Textos atualizados, consolidados e anotados das Leis Orgânicas dos Municípios de todos os Estados-Membros da Federação brasileira.

Índice temático comparativo.

“PROCESSO LEGISLATIVO” (4.^a edição atualizada e ampliada — 1985)

Iniciativa das leis. Instrução, discussão e votação das proposições na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

Sanção, promulgação e veto.

Emendas à Constituição. Leis Complementares. Leis Ordinárias. Leis Delegadas. Decretos-Leis. Decretos Legislativos.

Resoluções.

Normas constitucionais e regimentais. Questões de ordem, decisões da Presidência. Pareceres das Comissões Técnicas e pronunciamentos parlamentares.

Competência privativa do Senado Federal.

Requerimentos que podem ser apresentados, no Senado Federal.

Comissão Parlamentar de Inquérito.

Comissão Parlamentar Mista de Inquérito.

Impedimento de parlamentar.

Nova designação do número de ordem das Legislaturas (histórico do Decreto Legislativo n.º 79, de 1979).

Votação de matéria no Congresso Nacional reunido.

“EXECUÇÃO PENAL” (edição 1985)

Lei n.º 7.210, de 11-7-84 — texto anotado e indexado.

Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (ONU).

Anteprojeto (Cândido Mendes; Oscar Stevenson; Roberto Lyra; Benjamin Moraes Filho; Cotrim Neto).

Histórico (tramitação legislativa) da Lei n.º 7.210, de 11-7-84.

“CÓDIGO DE MENORES” (2.^a edição — 1984)

Lei n.º 6.697/79. Comparação com a legislação anterior. Anotações (legislação; pareceres; comentários). Histórico da Lei (tramitação legislativa). Informações. Índice.

“SEGURANÇA NACIONAL” (2.^a edição — 1982)

Lei n.º 6.620/78 — texto com índice temático.

Textos constitucionais e legislação ordinária.

A Lei de 1978 comparada à legislação anterior.

Anotações (opiniões e legislação correlata).

Histórico da Lei n.º 6.620/78 (tramitação legislativa).

“SEGURANÇA NACIONAL” (edição 1984)

Lei n.º 7.170, de 14-12-83 — texto com índice temático.
Quadro comparativo da Lei n.º 7.170/83 com a Lei n.º 6.620/78.
Anotações.
Histórico (tramitação legislativa) da Lei n.º 7.170/83.
Subsídios para a elaboração da Lei n.º 7.170/83.

“REFORMA ADMINISTRATIVA — ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL” (4.ª edição — 1984)

Decreto-Lei n.º 200/67 — texto atualizado e anotado.
Legislação alteradora.
Legislação correlata.

“DIREITO DE GREVE” (edição 1986)

Quadro comparativo: Projeto de Lei n.º 8.059/86 — Legislação vigente.
Anteprojetos.
Projetos em tramitação no Congresso Nacional.

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Faça a sua inscrição como assinante da **Revista de Informação Legislativa**.

Envie vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da **Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal**).

Assinatura anual: n.ºs 97 (janeiro/março de 1988) a 100 (outubro/dezembro de 1988).

Preço: Cz\$ 600,00

Dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

Senado Federal

70160 Brasília, DF

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
Ministérios
Procuradoria-Geral da República
Consultoria-Geral da República
Supremo Tribunal Federal
Tribunal Federal de Recursos
Superior Tribunal Militar
Tribunal Superior Eleitoral
Tribunal Superior do Trabalho
Assembléias Legislativas
Tribunais de Justiça
Tribunais de Contas Estaduais
Tribunais Regionais Eleitorais
Tribunais Regionais do Trabalho
Procuradorias-Gerais dos Estados
Ordem dos Advogados do Brasil
(Conselho e Secções Regionais)
Faculdades de Direito