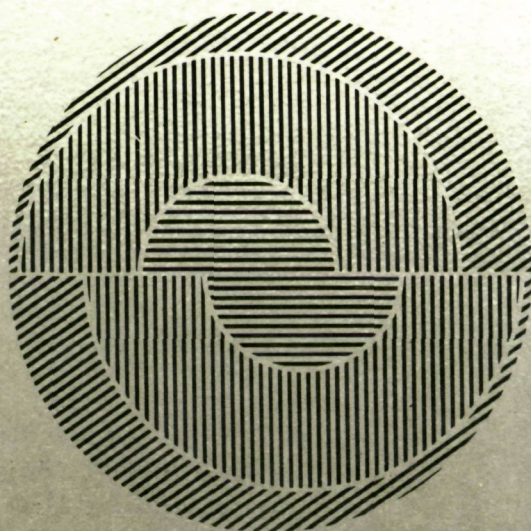


# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1991

ANO 28 • NÚMERO 109

**REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA**

a. 28 n. 109 janeiro/março 1991

**Publicação trimestral da  
Subsecretaria de Edições Técnicas  
do Senado Federal**

---

---

**Fundadores:**

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

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

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

---

---

**Direção:**

**ANNA MARIA VILLELA**

---

---

**Chefe de Diagramação e Revisão:**  
**JOÃO EVANGELISTA BELÉM**

---

---

**Capa de GAETANO RÉ**

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

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

R. Inf. legisl.	Brasília	a. 28	n. 109	janeiro/março 1991
-----------------	----------	-------	--------	--------------------

---

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

---

Encomendas à Subsecretaria de Edições Técnicas

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

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

v. trimestral

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

Diretores: 1964-1988 Leyla Castello Branco Rangel  
1988 Anna Maria Villela

ISSN 0034-835X

1. Direto — Periódicos. I. Brasil. Congresso. Senado Federal. Subse-  
cretaria de Edições Técnicas. II. Villela, Anna Maria, dir.



CDD 340.05  
CDU 34(05)

## SUMÁRIO

	Pág.
<b>HOMENAGEM</b>	
Lulz Viana Filho — <i>Edvaldo M. Boaventura</i> .....	5
Afonso Arinos — <i>Jarbas Maranhão</i> .....	15
<b>COLABORAÇÃO</b>	
A Reforma Monetária Cruzeiro — <i>Letacio Jansen</i> .....	19
O planejamento na economia brasileira — <i>Clovis V. do Couto e Silva</i> .....	43
Os valores e a Constituição de 1988 — <i>Eduardo Silva Costa</i> .....	61
A Constituição Brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas — <i>Ana Lucia de Lyra Tavares</i> .....	71
Inovações constitucionais — <i>Silveira Neto</i> .....	109
O pluralismo jurídico na Constituição de 1988 — <i>Silvio Dobrowolski</i> .....	127
A segurança pública na Constituição — <i>Diogo de Figueiredo Moreira Neto</i> .....	137
A Constituição Federal de 1988 e o mandado de segurança contra ato judicial — <i>Alvaro Lazzarini</i> .....	149
A propósito da extradição: a impossibilidade do STF apreciar o mérito no processo de extradição. Indisponibilidade do controle jurisdicional na extradição — <i>Negi Calixto</i> .....	163
Cinco temas controvertidos do Direito Penal — <i>Edilson Pereira No- bre Júnior</i> .....	171
O Direito Internacional e os Direitos dos Povos — <i>Pedro Pinto Leite</i> .....	183
O "status" jurídico dos países sem litoral e as regras da Convenção de Montego Bay sobre o Direito do Mar — <i>Georgenor de Sousa Franco Filho</i> .....	195
Sobre o Direito Natural na Revolução Francesa — <i>Marcela Varejão</i> "Ermächtigung": proposta de leitura da hermenêutica na Teoria Pura do Direito — <i>Gladston Mamede</i> .....	211
Direito Romano em Gramsci — <i>Ronaldo Poletti</i> .....	223
A filiação ilegítima e a Constituição de 1988 — <i>Clayton Reis</i> .....	235
Solidariedade e fiança — <i>Arnoldo Wald</i> .....	247
Proteção jurídica das embalagens — <i>Carlos Alberto Bittar</i> .....	257
Contratos estipulados por computador: declaração de voluntad. Forma y momento de su perfeccionamiento — <i>Daniel E. Moeremans y Carlos E. Saltor</i> .....	269
A Ação Civil Pública no Estatuto da Criança e do Adolescente — <i>Hugo Nigro Mazzilli</i> .....	277
	287

Recurso adesivo e ordem constitucional: são compatíveis? — <i>José Pitas</i> .....	293
A arte e o obsceno — <i>Everardo da Cunha Luna</i> .....	297
A PMCE., os servidores militares e a Carta Estadual/89 — <i>Adauto Rodrigues de Oliveira Leite</i> .....	303
O Conselho Constitucional Francês: ator da lei, mas nunca seu autor! — <i>Paulo Rodrigues Vieira</i> .....	311
Os Direitos Fundamentais na Lei Fundamental de Bonn — <i>Luis Afonso Heck</i> .....	321
Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas .....	349

# LUIZ VIANA FILHO

EDIVALDO M. BOAVENTURA

O *Eclesiástico* nos inclina a fazer o elogio dos homens ilustres:

*Eles foram soberanos em seus Estados,  
Foram homens de grandes virtudes, do-  
tados de prudência.*

*Eles governaram os povos de seu tempo,  
E com firmeza de sua sabedoria. . .*

*Homens ricos de virtude,  
Que tinham o gosto da beleza,  
E viviam em paz em suas casas.  
Todos eles adquiriram fama junto de  
seus contemporâneos,  
E foram a glória de seu tempo.*

(*Eclesiástico*, 44,1-9)



Imbuídos desse espírito de sabedoria bíblica, evoquemos a figura de LUIZ VIANA FILHO, neste exato momento de especial reverência, convocado pela Academia de Letras da Bahia, com a participação da Universidade Federal da Bahia, da qual ele foi aluno e mestre — da Faculdade de Direito e da Faculdade de Filosofia; do Instituto Geográfico e Histórico da Bahia; da Fundação Museu Carlos Costa Pinto; da Fundação Joaquim Nabuco; da Fundação Casa de Jorge Amado; do Gabinete Português de Leitura; da Fundação Pedro Calmon e do Instituto Geográfico e Brasileiro, por determinação expressa e direta do seu presidente, Américo Jacobina Lacombe.

Para este epicéδιο, reunimo-nos todos, instituições culturais, familiares, amigos e colegas, na congregação de nossas lembranças arrancadas do fundo da nossa saudade.

E porque temos o LUIZ VIANA FILHO que construímos pelo amor filial e convivência amiga, pela exemplar atuação política e admiração da obra erudita, é que podemos, uníssona e harmoniosamente, reconstruir a sua figura pela dívida da intimidade.

Se, pela falta, continuamente o recordamos, pela nossa lembrança o ressaltamos, na tentativa de revê-lo por inteiro, na integridade moral e física que, Deus louvado, conservou até os últimos dos seus laboriosos dias.

Vamos todos, familiares e amigos, acadêmicos e associados das diversas instituições culturais, fazer o esforço de vencer a sensação de ausência para que os nossos corações possam dar graças ao Senhor pela sua gloriosa existência.

Ainda é o *Eclesiástico* que ensina: *toda obra excelente será aprovada e o seu autor nela achará orgulho*. Assim, juntos e preparados, vamos expli-

citar a figura de um homem singular pela soma de qualidades que o tornam único, excepcional e inconfundível.

### *O universo familiar*

Ainda no intróito, retiremos o exemplo de marido e pai, que soube com sabedoria edificar um lar e conviver com a absorvente atuação político-partidária. A política, sua vocação primeira, não o afastou de casa. Pelo contrário, tudo nele se unia porque sabia a medida das coisas.

Com Dona Juju, cuja presença para todos nós é o centro desta invocação, construiu o belo universo familiar. Universo de filhos, com Frederico, que o precedeu e agora desfruta de sua companhia celeste; Luiz e Solange, o nosso Luiz Viana Neto, cuja ascendente carreira recebe o reforço da herança paterna; Lia e Alberto Queiroz; Julieta (Juzinha) e Fernando Didier; Celina (Cely) e Luciano Visco; e Marilu e Gustavo, além dos 20 netos e oito bisnetos. Bendito seja aquele que vê os filhos dos seus filhos!

A família, como arsenal afetivo de base, estava sempre próxima dele nos momentos apropriados e nas horas aprazadas. Tanto assim, que partiu para a viagem definitiva, não por acaso, do lar de Verônica, sua neta, em São Paulo.

Meus amigos, deixemos, entretanto, bem encerradas as lembranças íntimas, as mais caras e as mais próximas, escondidas no escrínio da paternidade e repitamos um verso do livro sapiencial: *Homem rico de virtude, que tinha o gosto da beleza, e vivia em paz em sua casa.*

Vamos prosseguir desse patamar familiar para trazer à lembrança as duas maiores manifestações de sua rica personalidade: a grandeza do homem público, em primeiro lugar, e a realização do literato, em seguida.

### *A grandeza do homem público*

A tendência para as letras emparelhava com a vocação política, da qual era um profissional experimentado. Não obstante a atenção dada àquelas duas maiores inclinações do seu espírito, as responsabilidades da política punha sempre em primeiro lugar. Era, antes de tudo, um político, na melhor e maior expressão dessa atividade — no gosto pelas realizações do governo, no acompanhamento da marcha da administração e na atenção sempre pronta para indicações dos correligionários. No discurso compungido de posse no Senado, Viana Neto deu o sentido exato do homem público que fora seu pai. Ouçamo-lo:

*Meu pai foi, efetivamente, o que se pode dizer de um homem público. Um homem que desde a juventude decidiu participar, interferir e influir nos rumos da sua comunidade, do seu Estado e do seu País. E isso, efetivamente, ele conseguiu (ser) um homem público, cuja maior motivação na vida era a realização do bem comum.*

Os cargos que balizaram o sucesso de LUIZ VIANA FILHO confirmaram a precoce vocação, revelada desde a juventude, na observação da

aprendizagem paterna, na longínqua e sempre presente infância na companhia do Conselheiro Luiz Viana.

Contou muito a sua identificação e a aceitação de suas raízes são-franciscanas: os Viana de Casa Nova, cidade fundada pelos seus antepassados. Militou sempre, politicamente, em função desse realismo interiorano, um dos seus fortes.

A região do São Francisco, aliás, tem sido sempre uma das contingências e das presenças marcantes na vida política baiana. Do Império à República é uma constante: ontem, com o barão de Cotegipe, o tribuno Fernandes da Cunha, Abílio Cesar Borges e o próprio conselheiro Luiz Viana; hoje, neste século, com Manuel Novaes, Antônio Balbino, Tarcilo Vieira de Melo, Wilson Lins, Teódulo Lins de Albuquerque, Honorato e Adolfo Viana de Castro, Rui Santos e o governador Nilo Coelho.

As raízes do São Francisco combinaram-se com o fôlego do jovem jornalista, projetando-o da capital para todo o interior.

Em 1933, com 25 anos, candidata-se à Assembléia Constituinte, reunindo o que pôde do espólio político do seu pai — segundo Luiz Rogério de Souza. Um ensaio de aprendizagem política para as demais eleições, às quais se submeteu com êxito. A própria Constituição de 1934 desfez-se, como o seu modelo, a Constituição de Weimar, em pouco tempo.

O deputado federal que se elegeu, em 1934, teve que voltar à Bahia, em 1937, para o jornal, para a banca de advocacia e para a cátedra. Se as atividades políticas estavam suspensas, em compensação as intelectuais encontravam-se em alta.

A redemocratização de 1946 faz retornar ao cenário nacional o jovem e combativo representante da Bahia e reelege-se, sucessivamente, em 1950, 1954, 1958 e 1962. Com o Presidente Castello Branco, é escolhido Ministro-Chefe do Gabinete Civil, de 1964 a 1966.

No *Diário da Tarde*, Josué Montello mostra o lado humano do ministro de Castello Branco ao comunicar ter sido por motivos políticos a cassação do mandato do Senador Juscelino Kubitschek.

Desejando candidatar-se à governança da Bahia, retorna à Câmara dos Deputados, em 1966. Lembro-me vê-lo discutindo com Navarro de Britto, no Ipê, as últimas questões da Constituição que logo mais seria promulgada, em 24 de janeiro de 1967.

O que mais lhe interessava naquele momento era, entretanto, o governo da Bahia, cujos problemas começa a analisar com antecedência. Encomenda a Navarro de Britto o anteprojeto da futura Constituição baiana.

No governo, os principais setores a atacar foram a educação e cultura, transporte, industrialização e ainda urbanismo. A coleção de *Estudos e Projetos*, em mais de vinte volumes, constitui a suma político-administrativa do seu governo e fornece uma idéia bem aproximada do muito que planejou e mais ainda do que realizou, ao longo dos quatro anos.



Destaquem-se os grandes projetos, que aderiram tanto ao solo baiano, frutificando de tal modo que o Estado da Bahia, ao qual dedicou a vida de político, tem novos cenários depois de sua profíqua administração. Alguns merecem uma rápida chamada, como o início da ligação Salvador—Brasília até às margens do São Francisco, em Ibotirama. Rodovia que deveria ser chamada com muita justiça de Luiz Viana Filho, pelo seu patriótico empenho em comunicar a Capital Federal com o litoral.

Aí estão os hospitais e as escolas, centros integrados e faculdades, germes de universidades. A partir daí — é a minha proposição —, desenvolveu-se o sistema estadual de educação do pré-primário à universidade, em busca de um conjunto mais completo. Dentre os grandes projetos do seu governo na área educacional, ressalto a Universidade de Feira de Santana. Certa feita, ao regressarmos da cidade Princesa, transmiti-lhe que a sua criação estava sendo considerada um projeto grande demais para o governo estadual. A sua reação foi pronta e incisiva:

— *Foi por isso, justamente, que eu a criei. Eu gosto mesmo dos grandes projetos. E a Universidade de Feira, por ser projeto ambicioso, me animou a executá-lo.*

Projeto para o *ferry-boat*, para o Aeroporto Internacional 2 de Julho e, acima de tudo, a petroquímica. O que foi a luta do governador para trazer a petroquímica para a Bahia, acredito, somente os seus auxiliares diretos e os íntimos poderão testemunhar. Lutou, trabalhou e conseguiu a decisão de sua implantação na Bahia. O seu livro *Petroquímica e a Industrialização na Bahia* documenta a iniciativa vitoriosa.

As obras do setor de cultura, por terem uma relação com esta sessão, merecem um relato. Sobressaem a Biblioteca Central, Museu das Alfaias de Cachoeira, o Museu Costa Pinto, o Museu do Recôncavo Wanderlei Pinho e o Museu de Arte da Bahia e o Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural da Bahia.

Meus amigos, Senhores acadêmicos, se estamos aqui reunidos, nesta casa de tão altas tradições e com três funções sucessivas — residência, museu e sede deste Sodalício — isto devemos à decisão de LUIZ VIANA FILHO em reconstruir o solar Góes Calmon. O prédio já não abrigava a coleção do Museu, daqui removida. Quando LUIZ VIANA FILHO assumiu o governo, o empreiteiro que ganhara a concorrência o procurou explicando-lhe que não poderia executar o serviço, considerando as especificações da construção com relevos, azulejos antigos, afrescos de Presciliano *et alii*. Aconselhou ao governador que buscasse realizar as obras por administração direta, sendo o trabalho entregue ao engenheiro Aderbal Menezes que contou com a assessoria do pintor Newton Silva e do professor Carlos Eduardo da Rocha, diretor deste e do Museu do Recôncavo.

A inauguração da Biblioteca Pública foi um sucesso. Assim, preparava-se para deixar o Aclamação com a tranquilidade do dever cumprido. Apesar dos insistentes apelos, para candidatar-se ao Senado, a sua intenção

foi de ir até o último dia do mandato, conforme a tradição de Mangabeira. A sua sobrinha Maria Helena Pinho Gama, recentemente, me repetiu a frase do grande governador: *Mandato entregue pelo povo, deve-se ir até o fim.*

LUIZ VIANA FILHO, preferindo ser fiel ao seu povo e à tradição, ficou até o término da gestão. Até o último momento, concebe novos projetos, novas inaugurações e novas obras, como a Ponte João das Botas, o Museu do Recôncavo, o Parque Histórico Castro Alves e a inauguração do Estádio Otávio Mangabeira.

A ampliação do Estádio Otávio Mangabeira exigiu a interferência direta do governador. Custou-lhe muito em preocupação, por causa dos prazos. Terminado o governo, exclamou entre aliviado e vitorioso: *Aquilo foi o meu purgatório. Quando chegar junto a São Pedro, direi que já o cumpri na ampliação da Fonte Nova.*

Recordava-me sempre que era muito importante o governante atingir o fim do mandato. E até insistia nesse ponto. Certa vez eu lhe respondi que não via problema, que certamente ele chegaria ao final e passaria o cargo ao governador eleito. Lembrou-me, então, do caso do governador Araújo Pinho, que teve de apelar do governo, forçado e doente, com terríveis problemas de coluna que o obrigaram a descer a escarpa da Vitória, tomar um barco e ir refugiar-se em Santo Amaro, em 2 de dezembro de 1911, faltando poucos meses para concluir o seu período. Como sempre, dominando a história, principalmente a baiana, tirava conclusões, exemplos, antecedentes e ilustrações oportunas e preciosas.

Em 15 de março de 1971, passou o cargo a Antônio Carlos Magalhães, *viajando no dia seguinte. Satisfeito pelo que realizara e querendo ter feito mais pelo engrandecimento da Bahia.*

Para concluir o lado político de sua personalidade, vou revelar um telefonema que dei para Petrópolis para saber como estava se recuperando do cansaço. Julgava-o exausto e lendo os livros na tranquilidade serrana, após quatro anos de luta em favor da sua terra. Indaguei-lhe como ia passando, se estava ainda muito fatigado. Sabem, meus senhores, qual foi a sua resposta do outro lado da linha?

— *Estou pronto para outra, para recomeçar um novo mandato!*

A política realmente o envolvia em todas as situações.

A partir de 1975, ascende ao Senado. Depois de longa trajetória política, como deputado federal em seis legislaturas, ministro e governador, chegava à Casa Alta, reelegendo-se em 1982. Assim, durante quase 16 anos, a Bahia esteve presente por um representante da estirpe de Rui, Mangabeira, Juracy Magalhães e Aloísio de Carvalho Filho. Com a presidência do Congresso Nacional, atinge o ápice de sua carreira parlamentar.

Concluindo esta primeira parte, referente ao papel político desempenhado por LUIZ VIANA FILHO, é forçoso repetir com o *Eclesiástico: Eles (os homens ilustres) governam os povos de seu tempo. E com a firmeza de sua sabedoria deram instruções muito santas ao povo.*

## *A realização do literato*

A outra parêlha mais significativa de sua vida foram as letras. Verso e reverso? Guerra e paz? Partidas dobradas? A personalidade, na sua integridade, é uma só; os papéis, as funções, os chamados, as motivações podem, entretanto, ser vários.

Em LUIZ VIANA FILHO a vocação para a literatura é uma prova de sabedoria na administração eficaz do tempo. Se grandes foram as obras como governador, se muitos foram os projetos de lei e outras realizações na política, de igual modo sobressaem os trabalhos literários. Para Alceu de Amoroso Lima, é o príncipe dos nossos biógrafos.

Manejando admiravelmente a língua portuguesa, que defendera no Congresso, em 1935, sabia concertar harmoniosamente política com literatura. As intercomunicações das duas esferas de atividades emprestavam-lhe um toque especial à personalidade. Era um deputado e um estudioso da língua portuguesa! Era tanto um senador como um participante dos cursos sobre Rui Barbosa. Era um senador que fazia discursos primorosos para os Reis de Espanha, Don Juan Carlos e Dona Sofia! Essa simbiose qualifica-o como um dos derradeiros casos, hoje cada vez mais raros, de intelectual na política.

Porém, se a curiosidade intelectual conduzia-o fatalmente para a erudição, o realismo político, aprendido no jornal e na política do São Francisco, arrastava-o para a sabedoria do bom senso. Era o detentor da balança rara e difícil, que pesava a medida das coisas.

Entre as duas colunas máximas de manifestação da sua personalidade, movia-se o homem culto, polido, extraordinariamente educado, comedido no gesto e na palavra, atento a tudo.

Está o jornalismo, no qual ingressara antes dos vinte anos, tanto no começo da sua vida política, como no início da carreira literária. Nas letras, dá entrada com obras jurídicas, pelo aprendizado das teses. Logo formado, em 1929, no ano seguinte apresenta a dissertação *A lei reguladora da sucessão ab-intestato, no Direito Internacional Privado*, para docência livre, que não chega, entretanto, a defender. Inicia a carreira como advogado com Aliomar Baleeiro e Álvaro Nascimento. Acerca da tessitura de filigrana desse triunvirato de amigos nada posso acrescentar ao depoimento de Leda Nascimento Pedreira. Com o primeiro, publica o *Direito dos Empregados no Comércio*.

Do seu primeiro mandato, deixou-nos a *A língua do Brasil*. É a defesa do projeto contra os partidários da chamada "Língua Brasileira". É a favor da unidade lingüística em termos de léxico, da prosódia e da sintaxe. Para LUIZ VIANA FILHO: *Língua brasileira, no momento, é mais do que um erro, é um crime*. E hoje, quando a língua portuguesa tornou-se internacional, falada por sete nações livres do mundo e recomendada entre as seis línguas pelo Congresso americano, o que dizer da tese de nosso homenageado? Ao recepcionar a biblioteca de Álvaro Nascimento, cujo ingresso na Academia deu-se depois de sua morte, eleito por Leda e Luiz Viana,

este deixou escapar que cultivava o vernáculo com um grupo de amigos, entre eles Álvaro e o conhecido major França, professor de português para o vestibular.

Na volta à Bahia, em 1937, deu à estampa *A Sabinada*. Fez concurso para a Faculdade de Direito tomando posse como catedrático de Direito Internacional Privado. Em 1941, saiu *A vida de Rui Barbosa*. No ano seguinte, elegeu-se para esta Academia. O seu espírito naturalmente acadêmico, que sempre privilegiou a convivência, encontrou o seu habitat. Exerceu-o com a finura de trato, sem excessos nem exibições, mas com autenticidade, comedimento e permanência. Em 1943, é nomeado para a Faculdade de Filosofia da Bahia, para a cátedra de História do Brasil. Publicou, em seguida, *O negro na Bahia*.

Com a biografia de Rui, o escritor fixa-se no gênero literário de sua predileção, em que se tornou o número um. Sem favor, o primeiro dos nossos biógrafos. Descobriu o filão e o explorou abundantemente. A sugestão para a biografia de Rui procedeu de Baleeiro. Rui, como liberal, jurista, democrata, crente do direito, era a antítese do Estado Novo. O objetivo era difundir o ideário do filho do dr. João José Barbosa de Oliveira. Com a vida de Rui, convenceu-se que havia realmente contribuído para a volta à democracia.

O modelo inspirador foi *A vida de Disraëlli*, o mais romântico dos ministros da Rainha Vitória, biografado por André Maurois que, então, inovava, no mundo latino, a biografia do modelo inglês. Referentemente ao processo de elaboração dessa biografia, Américo Jacobina Lacombe informou-me, há pouco, que os dois, à proporção que arrumavam a correspondência de Rui, deparavam com os aspectos novos da sua vida, quando, conforme a importância, LUIZ VIANA FILHO solicitava cópia.

A competência no escrever e o manejo do instrumental de expressão escrita iriam facilitar, enormemente, a tarefa do escritor. Se o estilo é a marca do homem, o estilo é, sobretudo, o que fica do homem. Refiro-me à maneira inconfundível como imprime as suas idéias.

Descoberta a veia biográfica, mune-se da metodologia com Maurois, Lytton Strachey, o pai da biografia moderna, e lança *A verdade na biografia*, cuja segunda parte é a polémica com Homero Pires.

No ensaio contrapõe a biografia antiga e histórica à moderna. Enquanto aquela é encomiástica, hagiológica, pedagógica e moral, esta procura dizer a verdade, revelar o lado humano de uma personalidade, em traços vivos e claros. É o que se percebe na vida de Rui, que, guiado por rígidos princípios e critérios, renuncia a cargos e postos. À biografia calcada na documentação acompanham as variações da complexidade da natureza humana. Segue os cânones de Maurois — cronologia, atenção aos detalhes e temas predominantes na vida do biografado. Notam-se, perfeitamente, essas situações na vida de Nabuco. Mostra as variações do seu temperamento, passando de um dândi, de homem charmoso e elegante dos salões para um Nabuco convertido, místico, devotado à família e ao trabalho,

no final dos seus dias em Washington. Completa a trilogia com a *A vida de Rio Branco*. É a melhor de todas. E a melhor para os melhores. Oferece-a, laconicamente, com duas palavras somente: *Para Jujú*.

Construiu, como moderno Plutarco brasileiro, um belo cenário de crepúsculo do Império à madrugada da República. Quase todos, como o príncipe dos nossos biógrafos, homens de letras; quase todos homens de política — Machado de Assis, Castello Branco, José de Alencar, Eça de Queiroz e Anísio Teixeira.

A propósito desta última, foi motivo do nosso derradeiro telefonema, na manhã de 13 de junho. Falando sobre a biografia do grande educador, ele me informou do título — *Anísio Teixeira e a polêmica da educação*, mas que *estava ainda sem capa*, no que completou: *não entendo de capa, mas sou seu crítico. Vamos consultar a filha do Anísio, Baby*. E prolongou bastante a conversa. Não sabendo eu que seria a última...

Juntava elementos para escrever a vida, irrequieta e talentosa, de Euclides da Cunha. No *Sabadoye* e no domingo que antecederam a sua partida, conversou largamente com seu amigo Plínio Doyle a respeito, tendo o mesmo lhe fornecido cartas e outros documentos sobre Euclides. Na casa de Carlos Eduardo da Rocha, onde nos reunimos, pelas manhãs de domingo, ele dava as primeiras dicas do novo trabalho.

Gostaria de chamar a atenção para os confrades e parentes que LUIZ VIANA FILHO deixou uma série de pequenos retratos escritos, conferências, pronunciamentos e entrevistas, publicadas ou não, que não chegaram a constituir um livro. São ilustrações: *Aloysio de Carvalho* (Lulu Parola); *Hugo de Carvalho Ramos*; *Wanderlei Pinho*; sua última conferência na Bahia; *João Mangabeira*; *Mário Soares*; *Nilo Coelho*, o Senador. *Alguns aspectos do jornalismo baiano*, a conferência sobre o centenário dos pareceres de Rui, que é de 1982, e outra sobre a Independência do Brasil e da Bahia. Em face das grandes biografias, considero como pequenos quadros, mas de igual valor.

Na biografia, LUIZ VIANA FILHO se revelou como artista. É o artista da palavra escrita, com o domínio do vernáculo e com o instrumental do idioma. Construiu sua obra literária, pois as suas biografias são obras de arte e meio de expressão. Dotado de fino gosto pela leitura e não menor pela admiração da obra de arte, manifestava especial predileção pela pintura. Era um colecionador de arte, de quadros, de gravuras, de livros antigos, raros e de arte, de pratos brasonados! Interessava-se por tudo que lhe tocasse a cultura, a literatura e as ciências — os temas prediletos que caracterizavam o encanto de sua personalidade, como a água para Shalley, as flores para Disraëlli e o teatro para Castro Alves.

Se na política foi um expoente, não menor relevo teve na literatura, firmando, em definitivo, o gênero biográfico na cultura brasileira.

E mais uma vez o *Eclesiástico* nos dá o caminho para ressaltar a sua personalidade no filão da biografia: *Todos eles (os homens ilustres) adquiriram fama junto de seus contemporâneos. E foram a glória do seu tempo*.

Meu caro presidente Cláudio Veiga, prezada Dona Juju, confrades e amigos, vamos terminando esta evocação, na tentativa de configurar por inteiro, pelo menos, o político, o escritor e o artista da palavra escrita. Falta, todavia, ainda um aspecto bem caracterizante daquela personalidade especial, que lhe completa o perfil — LUIZ VIANA FILHO, amigo, o homem da convivência, do convívio acadêmico e político, o “conversante”.

### *A convivência*

Permitam-me que eu inicie com um verso de Gale Baker Atenton:

*Reserve seu tempo para ajudar e entreter os amigos, é a fonte da felicidade.*

Como argamassa entre a política e as letras, LUIZ VIANA FILHO desenvolveu o mundo da amizade, alimentando-o com a conversa atraente, mansa e amena, plena de sabedoria e de observações pessoais, onde, com uma ligeira pitada de ironia machadiana, emprestava mais vida à sua marcante presença. É a conversa redonda dos baianos, da qual fala Jorge Amado. Um universo de amigos com quem se comunicava, pessoalmente, pela correspondência, pela visita ou pelo telefone. Para tanto, mantinha uma total intimidade com o aparelho de comunicação oral à distância. Dona Juju que o diga. A todo o momento, atendia o aparelho. Nunca o vi recusar uma chamada, salvo em caso de conferência ou se estivesse muito ocupado. E a maior parte das vezes, breve; quando podia, espichava o diálogo. Como com o telefone, tinha também total intimidade com o relógio. A frase é de mestre Pedro Calmon: *Luiz tem uma grande intimidade com o relógio.*

Referindo-se a certa pessoa que entrevistara para uma das suas biografias, a qual não via há muito tempo. Ela começando a falar, foi direta ao tempo passado e gasto:

— *Faz tanto tempo que não nos vemos, Dr. Luiz. Ah! o tempo, o tempo é um grande canalha!*

Como *causeur*, tinha um mundo de coisas para entreter a conversa. Histórias pequenas derivadas das grandes páginas da História do Brasil e da Bahia. Outra classe de assuntos eram os ditados do sertão que aprendera na observação de sua longa carreira política. Um proverbial é inesquecível e útil: “A terra só faz mal a quem come”, repetia sempre o que aprendera com o Conselheiro seu pai.

Conversa pausada, ritmada, ouvindo muito, sempre atento, com os olhos azuis e miúdos, mas acesos, apercebiam-se de tudo. Sempre estava bem informado. Quando íamos com os cajus, ele já voltava com as castanhas. A conversa, aliás, fazia parte da sua metodologia política. Conversa é política. E conversa de namorado que nunca se acaba. O melhor tempo para a prática da conversação era no final do dia. Como diria o poeta, “na hora meiga da tarde”, com Dona Juju, às vezes, Dona Sílvia Calmon, Lia, Renato Vaz Sampaio, Carlos Eduardo da Rocha, Luís Henrique Dias Tavares e, quando vivo, Luiz Navarro de Britto. Às vezes os correligionários e amigos, como Conceição Tomazi, Juca de Campo Formoso. E a

conversa corria mansa até quase na hora do jantar. Na Bahia, em sua casa de Brotas, em Brasília, no seu gabinete no Senado, lá compareciam Dr. Renault, Jutahy Magalhães, Prisco Viana, algum prefeito de passagem pelo Distrito Federal, os deputados da Bahia.

Sempre que estava no Rio, era presença na casa de Plínio Doyle, aos sábados, à tarde, para o *Sabadoyle* com Américo Jacobina Lacombe, Carlos Drummond de Andrade, Homero Homem, Homero Sena, Laudo de Camargo, Maximiano de Carvalho Silva, Gilberto Mendonça Teles, Sílvio Meira, Maria Cecília Ribas Carneiro, Olímpio José Garcia Neto e José Gabriel Calmon da Costa Pinto. Em uma pequena plaquete escreveu o *Culto da boa conversa*, que é a ata do Natal do Sabadoyle de 1983.

Homem extraordinariamente polido, reservado, às vezes tímido, mas de atitudes. Não se pense que a polidez o impedia de afirmar o que pensava e o que queria realizar. Não. Cito um caso que mostra bem a sua atitude. Escolhido Oliveira Brito para ser seu Secretário de Minas e Energia, foi procurado por Mário Andreazza, que o aconselhou a desistir daquele político. Ele respondeu que já o havia escolhido. Ponto final.

Sabia guardar certa importância do cargo, mas sem nenhuma demonstração de vaidade e de pose. Tinha a necessária superioridade que reveste os postos políticos de altivez e dignidade. Observando o seu estilo, o Cardeal Eugênio Sales — contou-me o Monsenhor Gaspar Sadoc —, considerava que com o desaparecimento de LUIZ VIANA FILHO fora-se o último político baiano da estirpe dos Mangabeiras. E Jorge Calmon, em recente artigo, contextualizando-o, opina ser o último de uma geração de baianos notáveis como Aloísio de Carvalho Filho, Nestor Duarte, Anísio Teixeira, Pedro Calmon, Aliomar Baleeiro e Hermes Lima.

### *E agora vamos encerrar*

Eis a tentativa de elogio a LUIZ VIANA FILHO, que percebi como pai, político, escritor, artista da palavra escrita e do homem de grande capacidade de convivência humana. Era, primeiramente, um homem público, com clara consciência do serviço a prestar à coletividade. Um realizador, capaz de passar do discurso à ação. A Bahia muito se enriqueceu com as suas obras; basta citar o Pólo Petroquímico. Como a literatura cresceu com as suas biografias. Envolvendo tudo isso, a sua capacidade de comunicação, pois, era homem da convivência, mansa e pacífica, porém, enérgica, quando defendia os seus princípios.

Aqui ficamos nós com as suas gratas lembranças, tocados que fomos pelas suas atenções. Aí estão as suas obras, construídas e escritas. Quanto mais o admiramos, revolvendo a recordação e a saudade, mais o temos, pois a imortalidade é o viver dos outros em nós.

Terminemos devagar, quase em silêncio, como ele gostava de sair, de mansinho e sorrateiramente, para aproveitar o tempo.

Meus amigos, vivamos o tempo que reflete a lembrança de um homem excepcional, político, escritor e amigo, que se chama LUIZ VIANA FILHO.

# AFONSO ARINOS

JARBAS MARANHÃO



Uma vida admirável é a de AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO.

De intensas meditações e trabalho criativo.

Um estudioso que se comportava também como homem de ação.

Uma índole especulativa que se integrava nos acontecimentos de sua época.

Um teórico ou doutrinário que não menosprezava a força dos fatos de que participou, por muitos anos.

De uma conjugação de leituras e reflexões com atividades e lutas resultou uma obra não só de pensamento como de crítica.

Sua privilegiada cultura se enriqueceu com o tirocínio advindo da cátedra e da ação pública, nos partidos, no Parlamento, na diplomacia.

Era um intelectual doublé de homem de Estado.

Notável publicista e de longa atuação política, procurava, com a ajuda de variada experiência, adaptar suas aspirações e técnicas institucionais à nossa realidade social.

Nasceu em Belo Horizonte a 27 de novembro de 1905. Fez os estudos secundários, como aluno interno, no colégio Anglo-Mineiro, daquela capi-



tal, e no Pedro II, formando-se em Direito pela Faculdade do Rio de Janeiro.

Na capital mineira, nomeado por Antonio Carlos, iniciou suas atividades públicas no cargo de promotor, nos anos de 1927 e 1928.

Juntamente com o irmão Virgílio colaborou com a Revolução de 1930 e o movimento de redemocratização de 1945.

A nota biográfica que inicia a obra *As Tendências Atuais do Direito Público*, estudos publicados em sua homenagem, registra que, no Pedro II, ele teve como professores João Ribeiro e Carlos de Laet e foram seus colegas de classe Prado Kelly, Pedro Nava e Prudente de Moraes, neto.

Lembra sua linhagem ilustre, pelos lados paterno e materno. O tio, Afonso Arinos, mestre do regionalismo brasileiro; o pai, Afrânio, um dos expoentes da Primeira e Segunda Repúblicas; o avô materno, Cesário Alvim, grande político no Império e na República; Francisco de Melo Franco, introdutor da pediatria em Portugal e no Brasil, autor de famoso panfleto contra a Universidade de Coimbra, *Reino da Estupidez* (1785), irmão de seu tetravô paterno.

Ensinou história na extinta Universidade do Distrito Federal, na de Montevidéu e no Instituto Rio Branco.

Deu cursos de cultura brasileira na Sorbonne e de literatura na Universidade de Buenos Aires. Dirigiu a importante *Coleção Documentos Brasileiros*, da Livraria José Olympio.

Com as teses "Leis Complementares da Constituição" e "História e Teoria do Partido Político no Direito Constitucional Brasileiro", mediante concurso, conquistou as cátedras de Direito Constitucional nas Universidades do Estado e Federal do Rio de Janeiro, em 1949 e 1950. Nessa última o Conselho Universitário contemplou-o com o título de professor emérito, depois de aposentado.

Exerceu, em três legislaturas, o mandato de deputado federal por Minas Gerais, de 1947 a 1958; e, em seguida, o de Senador pelo antigo Distrito Federal (Rio de Janeiro) de 1959 a 1966.

Distinguiu-se como orador parlamentar. Líder da União Democrática Nacional e do bloco da oposição, foi, na Câmara dos Deputados, membro de Comissões importantes como a de Constituição e Justiça, a Mista de Leis Complementares e a de Reforma Administrativa. Relator das Emendas Parlamentarista e de Autonomia do Distrito Federal. Há uma lei com o seu nome — a que condena a discriminação racial. Ainda deputado, converteu-

se ao parlamentarismo. A pedido de Pedro Aleixo redigiu o capítulo da Declaração de Direitos da Constituição de 1967.

No Senado, presidiu as Comissões de Constituição e Relações Exteriores. Saudou, em nome do Congresso Nacional, os Presidentes da França e da Itália, Charles de Gaulle e Giuseppe Saragat, em 1964 e 1965, respectivamente. Compareceu a Conferências Interparlamentares na França (Canes) e na Austrália (Canberra), e, como embaixador extraordinário, ao Concílio Vaticano II.

Foi Ministro do Exterior, por duas vezes, e Embaixador na ONU.

Pertenceu ao Instituto dos Advogados e ao Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro.

Das Academias Mineira e Brasileira de Letras, do Conselho Federal de Cultura e Diretor do Instituto de Direito Público e Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas.

Nesses últimos tempos foi indicado pelo saudoso Presidente Tancredo Neves para presidir a Comissão de Estudos Constitucionais composta por 48 ilustres brasileiros e instituída, depois, na Presidência de José Sarney, pelo Decreto n.º 91.450, de 18 de julho de 1985.

Elegeu-se Senador pelo Estado do Rio de Janeiro para a Constituinte de 1987. Nesta Assembléia Nacional foi eleito Presidente da Comissão de Sistematização e recebeu a honrosa incumbência de, em nome dos constituintes, proferir o discurso da Sessão Solene de promulgação da Carta Magna de 5 de outubro de 1988.

Sua contribuição não foi um milagre, mas o resultado da harmonia entre o estudo e a ação, entre o homem de letras e o homem público, entre o intelectual e o político — e o ideal é que seja assim.

Ou para usar de uma classificação da mineiridade — que ele sugeriu ou lembrou no discurso com que recebeu Tancredo Neves ao ingressar este na Academia Mineira de Letras — sua conduta era uma composição do mineirismo e da mineirice, isto é, da cultura e da política, sendo ele dos mais representativos dessas duas manifestações da inteligência e do espírito.

Hildon Rocha, ensaísta e crítico literário, que, por alguns anos, fez jornalismo político, em seu livro *Memória Indiscreta*, analisa AFONSO ARINOS na Câmara dos Deputados:

“É o mais intelectual da Comissão de Justiça... analítico e até dialético... imaginoso, de percepção aguda, generalizando-se nas teses doutrinárias, sociológicas, históricas, nunca se

limitando... e com rara capacidade de expor, de conduzir o pensamento..."

Aliomar Baleeiro assinala que, sendo seu correligionário, colega e companheiro durante 30 anos, discrepando algumas vezes de suas decisões, jamais lhe recusou a boa intenção e a honestidade de propósitos. E exalta "o brasileiro insigne consagrado, tal a versatilidade de aptidões e de talentos dentro da unidade monolítica de seu espírito".

Sou testemunha de tão abrangentes saberes, desde moço, quando acompanhei sua colaboração de crítico em suplementos literários de jornais do Rio de Janeiro e, depois, através de outros ensaios e livros.

Também li e ouvi muitos de seus pareceres e discursos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, pois tive a honra de ser seu colega por 17 anos no Congresso.

Pareceres e discursos versando não somente matéria política — jurídica, de seu especial agrado —, mas ainda toda ordem de questões, com o que demonstrava sua erudição no campo das ciências humanas e sociais.

Claro que compondo partidos diferentes e rivais, nem sempre assumimos as mesmas posições, mas observei que se pronunciava sob o estímulo de princípios e ideais.

Sua bibliografia haveria de ser, assim, das mais extensas, embora não tenham sido ainda selecionados seus inúmeros pronunciamentos parlamentares e organizados os documentos de sua presença na ONU e no Ministério do Exterior, onde, partindo de um outro estágio de desenvolvimento ou de maturidade nacional, buscou novos critérios de convivência externa, visando a proteger a civilização e a condição humana.

Em relação ao quadro interno, ele confessava que, diante das crises ou da instabilidade de nosso tempo, não se comportava com a ingenuidade dos otimistas nem com o amargor dos pessimistas. Sentia claras e fundadas apreensões mas não desesperança. E acrescentava:

"Tenho esperança, porque, no Brasil, confio no povo, nos seus sentimentos de cordura e no seu instinto de justiça e liberdade."

AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO foi uma de nossas mais completas e brilhantes inteligências, com uma vivência cultural ampla e diversificada.

Escritor, memorialista, biógrafo, crítico e ensaísta literário, poeta, conferencista, historiador, cientista político, constitucionalista — sua imagem é a de um homem polido, um espírito liberal e civilizado, com relevantes serviços ao País.

# A Reforma Monetária Cruzeiro

LETACIO JANSEN

## SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Antecedentes da Reforma Monetária.* 3. *Características do Plano Cruzeiro.* 4. *Algumas discussões suscitadas pela Reforma.*

### 1. *Introdução*

Se pensarmos a ordem monetária como um sistema escalonado de *normas* <sup>(1)</sup> poderemos, então, dizer que, em cada Estado, coexistem uma *norma monetária geral* (chamada moeda, ou unidade monetária nacional) e uma quantidade imensa de *normas monetárias individuais*, de nível inferior — tantos quantos forem, num dado momento, os atos jurídicos (em sentido amplo) aos quais tenham sido atribuídos quantias (ou “valores”).

O fundamento das normas monetárias individuais é a norma monetária geral; e o seu conteúdo são as quantias em que elas se expressam (as quais referem-se a condutas humanas). A *eficácia* das normas monetárias nacionais, por seu turno, é apurada através da técnica dos números índice, levando-se em conta as modificações (aumento ou diminuição) do seu poder aquisitivo.

Diferentemente de certas ordens normativas, que constituem ordenamentos estáticos, a ordem monetária, como a ordem jurídica (na qual se insere), é um sistema dinâmico de normas. Como ensina KELSEN <sup>(2)</sup>, uma

(1) Sobre a aplicação do método normológico de KELSEN ao estudo da moeda, ver o meu *A Norma Monetária*, Rio, Forense, 1988.

(2) In *Teoria Pura do Direito*, Porto, Armenio Amado editor, 4ª edição, 1976, pp. 270 e 271.

ordem do tipo dinâmico é caracterizada pelo fato de a norma fundamental pressuposta (sobre a qual, em última análise, se funda essa ordem) não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas; não passando de uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento que tem nela o seu fundamento. Já as normas de um sistema estático são consideradas como devidas *por força do seu conteúdo*, uma vez que a sua validade pode ser reconduzida a uma norma a cujo conteúdo, por sua vez, pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam esse ordenamento. Sendo a ordem monetária dinâmica, a aplicação da moeda é, portanto, em certa medida, uma criação de moeda.

Quando ocorre uma Reforma Monetária, como a atual, de que iremos tratar (que resultou, como se sabe, de grave diminuição da eficácia das normas monetárias nacionais) uma nova moeda, na forma da lei, vem substituir a anterior, e torna-se o fundamento da validade das novas e antigas normas monetárias individuais. As antigas normas individuais, anteriores à Reforma, embora possam ter, como veremos, seu conteúdo alterado, subsistem diante da nova moeda, salvo se ocorrer, concomitantemente com a modificação do sistema monetário, uma ruptura da ordem constitucional, o que não é o caso do Brasil, que vive sob a égide de uma nova Constituição, recentemente promulgada, em 5 de outubro de 1988.

Alterada a unidade monetária, cabe atribuir à nova moeda — e às antigas normas monetárias individuais — um novo conteúdo de validade, tornando-se necessário editar, para tanto, no bojo da Reforma Monetária, algumas *regras de conversão*.

Os exemplos abaixo, retirados, respectivamente, da experiência histórica do Brasil e da Alemanha em matéria de reformas monetárias (o dessa última pela óbvia razão de ter sido a inspiradora remota do Plano Cruzeiro), ilustrarão o que até aqui foi exposto, e tornarão mais fácil o entendimento da questão tratada. Com o auxílio desses exemplos, e à luz dos conceitos acima, será, logo após, examinada a Reforma Cruzeiro.

### 1.1 — *Primeiro exemplo: a conversão do mil réis em cruzeiro em 1942*

Em 1942, por força do Decreto-Lei n.º 4.791, de 5 de outubro de 1942, a moeda nacional brasileira (ou a “unidade do sistema monetário brasileiro”, como diz o art. 1.º do aludido Decreto-Lei), que até então era o *mil réis* <sup>(3)</sup>, passou a ser o *cruzeiro*.

(3) Sobre o surgimento e a extinção da unidade monetária luso-brasileira “mil-réis”, ver a minha tese *Obrigações Monetárias*, mimeo. Rio, 1988, fls. 18 e segs.

Não houve, nessa ocasião, modificação *aparente* do conteúdo das normas monetárias, malgrado a alteração do seu fundamento; um cruzeiro foi, simplesmente, equiparado a um mil réis (art. 1.º, § 3.º), limitando-se, por outro lado, o art. 11 do decreto-lei daquela Reforma a dispor que “a partir de 1.º de novembro de 1942 todos os atos e fatos relativos a dinheiro farão referência à nova moeda” (4).

Do fato de não ter havido modificação ostensiva do conteúdo das normas monetárias não se deve tirar a conclusão de que a reforma de 1942 consistiu em mera alteração da denominação da moeda. Substancialmente, o que era *mil* (réis) passou a ser *um* (cruzeiro). Na verdade, o real há muito deixara de ser a unidade monetária, tendo sido substituído, na prática, pelo mil réis. Mas não houvera, no Brasil, até então, qualquer ato oficial declarando essa desvalorização. A reforma monetária de 1942 (tal como se deu com a transformação do mil réis em escudo, em Portugal, em 1911) teve esse papel: declarar, de direito, a desvalorização de 100.000% do antigo real, que ocorreu ao longo dos vários séculos de sua vigência.

### 1.2 — *Segundo exemplo: a conversão do cruzeiro em cruzeiro novo, em 1965/1967*

Ao transformar o cruzeiro em cruzeiro novo o Decreto-Lei n.º 1, de 13 de novembro de 1965 (Regulamentado pelo Decreto n.º 60.190, de 8 de fevereiro de 1967, e pela Resolução n.º 47, de 8 de fevereiro de 1967, do Banco Central do Brasil/Conselho Monetário Nacional), valorizou, explicitamente, o cruzeiro novo mil vezes em relação ao antigo cruzeiro. A alteração do conteúdo da norma monetária geral repercutiu, contudo, de modo absolutamente uniforme das normas monetárias individuais, o que evitou que a reforma, embora drástica, causasse maiores protestos. Em outras palavras, não obstante a declaração da enorme desvalorização do cruzeiro, a proporção entre o poder aquisitivo das diversas obrigações monetárias não foi alterada, tudo não passando, na aparência, de uma geral e equânime supressão de “zeros”. A regra de conversão das normas monetárias individuais é, por isso, singela, e consta do art. 8.º do referido Decreto n.º 60.190, de 8 de fevereiro de 1967, que assim dispôs: “As obrigações nascidas a partir da data a que alude o art. 2.º deste decreto (e que foi o dia 13 de fevereiro de 1967), inclusive, serão escritas na nova unidade monetária. As anteriormente redigidas em cruzeiros serão, para a sua execução após essa data, convertidas de pleno direito do novo padrão, qualquer que seja a data em que elas se tenham originado”.

### 1.3 — *Terceiro exemplo: o Plano Cruzado*

A Reforma Monetária brasileira de 28 de fevereiro de 1986, que se tornou conhecida como Plano Cruzado, promovida numa época em que já

(4) Sobre a origem da moeda “Cruzeiro” ver o Cap. II de minha *Crítica da Doutrina da Correção Monetária*, Rio, Forense, 1983.

se manifestavam os efeitos da crise monetária provocada pelas medidas financeiras levadas a cabo a partir de 1964, foi bem mais complicada do que as anteriores <sup>(5)</sup>, de 1942 e de 1967.

A norma monetária geral, que passou a denominar-se cruzado, foi valorizada, mais uma vez, em 100.000% em relação à moeda anterior revogada (arts. 1.º, § 1.º e 2.º, § 1.º do Decreto-Lei n.º 2.284, de 10 de março de 1986).

Quanto às normas monetárias individuais, elas tiveram seus conteúdos modificados, desta feita, segundo critérios diferentes, o que constituía uma grande novidade frente às reformas anteriores. A maior parte delas foi convertida na proporção de 1.000 para 1 (art. 3.º; art. 41). Muitas, porém (como, por exemplo, os créditos com correção monetária, os saldos da caderneta de poupança, do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço etc.), tiveram sua conversão “precedida de uma aplicação *pro rata* da correção monetária” (art. 4.º, parágrafo único e art. 9.º). Outras, como “as obrigações de pagamento expressas em cruzeiros sem cláusula de correção monetária ou com cláusula de correção monetária prefixada” (art. 8.º) ficaram sujeitas a um fator de correção que se tornou popularmente conhecido como “Tablita” que, na prática, as deflacionaram. Outras, ainda, como os alugueres residenciais, as prestações do Sistema Financeiro de Habitação, e as mensalidades escolares, foram convertidas “observando-se os valores reais médios na forma disposta no anexo I” (art. 10); isto é, segundo um critério especial diverso dos anteriores. Os salários e remunerações (art. 19) foram submetidos à conversão “pelo valor médio da remuneração real dos últimos seis meses segundo a fórmula do anexo II, utilizando-se a tabela do anexo III (fatores de atualização)”. Os “créditos em cobrança” (art. 35) foram “devidamente atualizados, na forma da legislação aplicável a cada um” e, depois, convertidos. Os orçamentos públicos expressos em cruzeiros (art. 34) foram deflacionados, na forma do Decreto n.º 92.457, de 11 de março de 1986. Os tributos (art. 41) não passaram por qualquer desvalorização.

Vários decretos executivos, posteriores ao Decreto-Lei n.º 2.284, de 10 de março de 1986, regulamentaram esses diferentes critérios de conversão, tais como: o Decreto n.º 92.457, de 11 de março de 1986 (já mencionado há pouco), que dispôs “sobre procedimentos orçamentários a serem adota-

---

(5) Há inúmeros trabalhos escritos sobre o Plano Cruzado, de uma perspectiva jurídica, dentre os quais podem ser referidos os seguintes livros: “Aspectos Jurídicos do Plano de Estabilização”, coordenação de Celso Ribeiro Bastos e I. G. da Silva Martins, São Paulo, CEJUP, 1987; “O Plano de Estabilização Econômica”, de B. Calheiros Bonfim, Rio, Edições Trabalhistas, 1986; “Comentários à Reforma Monetária”, de Julio César do Prado Leite e Eugênio Roberto Had-dock Lobo, Rio, Edições Trabalhistas, s/data; e “Direito Econômico — Pareceres sobre o Plano de Estabilização da Economia”, de Ives Gandra da Silva Martins, Rio, Forense, 1987.

dos pelos órgãos da administração federal, em decorrência do Decreto-Lei n.º 2.284, de 10 de março de 1986"; o Decreto n.º 92.492, de 25 de março de 1986, que regulamentou "disposições do Decreto-Lei n.º 2.284, de 10 de março de 1986, especialmente quanto ao Sistema Financeiro de Habitação e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço", depois alterado pelo Decreto n.º 92.591, de 25 de abril de 1986; o Decreto n.º 92.504, de 31 de março de 1986, que regulamentou "disposições do Decreto-Lei n.º 2.284, de 10 de março de 1986, quanto às mensalidades dos estabelecimentos de ensino", logo alterado pelo Decreto n.º 92.590, de 25 de abril de 1986; o Decreto n.º 92.592, de 25 de abril de 1986, que regulamentou "a atualização *pro rata* e conversão para cruzados dos vários tipos de obrigações abrangidas pelo art. 9.º do Decreto-Lei n.º 2.284, de 10 de março de 1986, trata das conversões das obrigações vencidas, de remunerações e de serviços sem vínculo trabalhista". Tais decretos, usualmente, são acompanhados de anexos contendo minuciosas tabelas e fatores de conversão.

Essa prática, de modificação diversificada do conteúdo das normas monetárias individuais, foi imitada na reforma monetária de 15 de janeiro de 1989, conhecida como Plano Verão, posta em prática através da Medida Provisória n.º 32, dessa data, depois convertida na Lei n.º 7.730, de 31 de janeiro de 1989. A nova moeda (o cruzado novo) foi, outra vez, valorizada em relação à anterior na proporção de 100.000%. A regra geral (do art. 3.º) foi, como na época do cruzado, a de converter a maior parte das "expressões financeiras que se possam traduzir em moeda nacional" na mesma razão de 1.000 para 1, na data da reforma. Os salários e as remunerações, contudo, (art. 5.º) foram calculados de acordo com um anexo I, destinado a apurar o seu "valor médio real em 1988", devendo alguns, se inferiores, ser elevados até esse montante, e outros, se superiores, mantidos com o seu nível anterior, não sendo considerados no cálculo do valor médio real diversos itens que normalmente deveriam integrá-lo. As "obrigações pecuniárias constituídas no período de 1.º de janeiro de 1988 a 15 de janeiro de 1989, sem cláusula de correção monetária, ou com cláusula de correção monetária prefixada" (art. 13), foram submetidas a um "fator de conversão" diário (que as reduziam de fato) alterável pelo Ministro da Fazenda. Algumas obrigações (como as decorrentes da prestação de serviços públicos, de mensalidades escolares, de despesas condominiais, de clubes e associações etc.) não tiveram redução de conteúdo. Os alugueres residenciais (art. 14) foram sujeitos a uma tabela de conversão especial, "constante do Anexo II". As obrigações financeiras típicas (tais como as decorrentes de mútuos) foram convertidas de OTN, e de OTN fiscal, para cruzados novos segundo, respectivamente, duas taxas fixas (art. 15). Os saldos dos contratos vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação, e outros (art. 16), e o das cadernetas de poupança (art. 17) mereceram critério próprio de conversão. Os orçamentos públicos (art. 18) ficaram, para sua conversão, mais uma vez, na dependência de ajustes. Os débitos com a Fazenda Nacional (art. 22) e os tributos (arts. 24 e segs.) foram convertidos sem diminuição de seus respectivos poderes aquisitivos. Foi insti-



tuída, pelo art. 36, uma Comissão Técnica de Controle do Programa de Estabilização Econômica, que editou inúmeros atos interpretativos das diversas normas de conversão. Vários decretos posteriores (que não vale a pena citar agora, mesmo porque o Plano Verão teve a duração de três meses apenas) disciplinaram, também, casos específicos de conversão.

#### 1.4 — Quarto exemplo: a Reforma Monetária Alemã de 1948

Para descrever a Reforma alemã de 1948 que, como se propala, teria sido a inspiração da brasileira de 1990, valer-nos-emos do preciso resumo de KARL LARENZ, no seu consagrado “Direito das Obrigações”<sup>(6)</sup>, *in verbis*:

“Na República Federal da Alemanha vige, atualmente, o sistema monetário do marco alemão (DM). A Lei de 20 de junho de 1948, que o estabeleceu, determina em seu § 1.º que “a partir do dia 21 de junho de 1948 vigorará o sistema monetário do DM. Sua unidade monetária é o DM, dividido em 100 pfennigs”...

“O sistema monetário do DM substituiu o anterior baseado no RM (Reichsmark) que era disciplinado pela Lei monetária de 30 de agosto de 1924 e pela Lei Bancária da mesma data e que, por sua vez, substituíra o antigo sistema monetário do marco, que perdera sua capacidade funcional em decorrência da inflação posterior à Primeira Guerra Mundial. Por força do § 1.º da Lei do Sistema Monetário, todas as cédulas e moedas expressas em RM perderam sua qualidade de “meios de pagamento e deixaram de ser consideradas no comércio como “dinheiro”. “O § 2.º da referida Lei diz que “quando nas leis, regulamentos, atos administrativos ou declarações dos negócios jurídicos se utilizem unidades monetárias expressas em RM, marcos ouro ou marcos renda, as mesmas serão substituídas, salvo em determinados casos regidos por preceitos especiais, pela unidade DM”. Tal não significa, porém, que as obrigações anteriormente constituídas em RM devam ser cumpridas posteriormente, na mesma quantidade de DM, uma vez que a essa transformação do sistema monetário foi acoplada uma redução geral dos créditos pecuniários, incluídos todos os haveres em bancos e outras instituições financeiras, com o propósito de evitar a queda do dinheiro, já então iniciada. A conversão das obrigações monetárias constituídas antes do dia fixado para a mudança do sistema monetário, isto é, antes do dia 21 de junho de 1948, expressas em RM ou que, segundo os preceitos até então vigentes, deviam cumprir-se em RM, rege-se pela denominada “Lei de Conversão”. Segundo essa lei, todos os créditos em RM foram, em princípio, convertidos em DM, na proporção de 10 para 1 (§ 16, I). Se, por aplicação desse dispositivo, ficar o devedor liberado de sua obrigação, terá que recorrer à “compensação de encargos” (cf. § 16, III).

(6) Derecho de Obligaciones, versão espanhola de Jaime Santos Brinz, Madrid, Revista de Direito Privado, 1958, pp. 176 e 177.

Não obstante isso, certas obrigações expressas em RM, tais como os salários, soldos, créditos locatícios, pensões sobre imóveis, rendas e “outras prestações regulares periódicas” com vencimento posterior a 20 de junho de 1948, e também as obrigações decorrentes de acordos entre sócios, co-herdeiros, cônjuges e outros, converter-se-ão em DM na proporção de 1 por 1, ou seja, na mesma quantia nominal (§ 18). Não são conversíveis, e, por isso, não realizáveis na prática, os créditos em dinheiro contra o Reich, o NSDAP (Partido Nacional Socialista Operário) e algumas outras instituições e corporações públicas citadas na Lei (§ 14)”.

Temos, *em resumo*, portanto, diante de nossos exemplos, o seguinte quadro: em todos os casos referidos houve substituição do fundamento da ordem monetária. As antigas normas monetárias individuais, exceto aquelas que (no caso alemão) configuravam créditos contra o Reich, o Partido Nazista e algumas instituições referidas na lei, subsistiram diante das novas moedas. Quanto à alteração de conteúdo das normas monetárias ocorreu o seguinte: a) na reforma brasileira de 1942 não houve modificação aparente do conteúdo das normas monetárias (geral e individuais), tendo-se, apenas, chancelado uma desvalorização secular do mil-réis; b) em 1965/67, já houve uma valorização explícita (de 1.000 vezes) da norma monetária geral, e uma conseqüente desvalorização de igual proporção das normas monetárias individuais. A alteração de conteúdo dessas normas monetárias deu-se de modo geral e uniforme, não alterando o equilíbrio relativo dos poderes aquisitivos dos diversos créditos, deixando, por isso, de gerar reações contrárias; c) em 1986 (como também, em 1989), o conteúdo da norma monetária geral foi alterado mais uma vez de 1.000 para 1, tendo a grande novidade dessas reformas consistido na modificação desigual do conteúdo das normas monetárias individuais, o que se deu, em linhas gerais, mediante os seguintes critérios: 1 — a maior parte dos créditos, inclusive tributos, foi convertida na proporção de 1.000 para 1; 2 — os salários e outras remunerações foram, todavia, convertidos segundo a média dos “valores reais” num determinado período anterior, isto é, em menor proporção do que os créditos anteriormente referidos, tendo o mesmo ocorrido com alugueres, prestações do Sistema Financeiro de Habitação, e outros; 3 — finalmente, certas normas monetárias, como os orçamentos públicos, e obrigações sem correção monetária explícita ou com correção monetária prefixada, foram sujeitos a “fatores de conversão”, o que importou, na prática, em serem deflacionados. Cumpre observar que algumas obrigações foram convertidas *pro rata* (isto é, considerando-se os dias do mês da reforma), outras não; d) — na hipótese da reforma alemã, o conteúdo da norma monetária geral não foi alterado. As normas monetárias individuais porém tiveram seu conteúdo profundamente modificado e de modo fortemente desigual: os créditos pecuniários em geral, inclusive haveres em bancos e instituições financeiras, foram reduzidos de 10 para 1, enquanto outros créditos como os decorrentes de salários, alugueres etc., não sofreram diminuição de seu conteúdo.

Considerando esses exemplos, e diante, como dissemos, dos conceitos expressos no início desta introdução, iremos analisar a Reforma Monetária Cruzeiro. Para a entendermos corretamente é necessário, antes, porém, analisar (embora a algumas nos tenhamos referido de passagem) os seus *antecedentes*, o que passaremos a fazer.

## 2. *Antecedentes da Reforma Monetária*

Ao todo, no Brasil, nesse último quarto de século e antes do Plano Cruzeiro, houve, de fato, *seis* reformas monetárias (7). A *primeira, e mais insólita*, dessas reformas, brotou sob a égide do Ato Institucional n.º 1, de 9 de abril de 1964, e consistiu na criação (8) da ORTN (Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional) como unidade-de-conta (mais tarde chamada de “indexador”), distinta da unidade monetária nacional, aplicável a um número selecionado de casos; a *segunda*, foi a do Decreto-Lei n.º 1, de 13 de novembro de 1965, que, por um lado, determinou a substituição do cruzeiro pelo cruzeiro novo (valorizado 100.000% em relação ao anterior) e, por outro, equiparou (por um período de 18 meses) o reajustamento da ORTN ao percentual de “variação da cotação do cruzeiro no mercado de câmbio manual, referida à taxa média mensal verificada no mês de outubro de 1965” (tornando equivalente, com isso, na prática, as obrigações em ORTN e as obrigações em moeda estrangeira, essas, vejam só (!), no câmbio “paralelo”); a *terceira*, já em sentido parcialmente contrário às anteriores, porque feita cerca de vinte anos depois, foi o Plano Cruzado, de fevereiro de 1986, que extinguiu a ORTN como “indexador”, e criou o cruzado como moeda, valorizado mil vezes em relação ao cruzeiro novo; a *quarta*, feita pelo Decreto-Lei n.º 2.332, de 26 de fevereiro de 1987, e que recriou a OTN como um indexador geral e automático das obrigações; a *quinta* consistiu no Plano Verão, de janeiro de 1989, que extinguiu a OTN, e instituiu o cruzado novo, mais uma vez valorizado mil vezes em relação à antiga moeda; e a *sexta* que, em direção oposta à reforma imediatamente anterior, criou o BTN (Bônus do Tesouro Nacional) em abril de 1989, complementada pela instituição do BTN fiscal em junho de 1989.

Estamos considerando, para argumentar, como reformas monetárias, na prática, não só as modificações das unidades monetárias, como as do “inde-

---

(7) Trato, também, desse assunto, no artigo “Resquícios da Correção Monetária na Constituição de 1988”, em fase de publicação na *Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 4, no prelo.

(8) Pela Lei n.º 4.357, de 16 de julho de 1964, que também incentivou, no seu art. 39, a condenável e injurídica prática, até hoje imitada, de vedar concessão de liminares “em decorrência da aplicação da presente Lei”.

xador”<sup>(9)</sup>, embora sejam, juridicamente, coisas bem diferentes. Assim, em resumo, sob essa ótica, tivemos, no primeiro caso, a criação do indexador; no segundo, a vinculação temporária desse indexador à moeda estrangeira no câmbio manual e, ao mesmo tempo, a instituição de uma nova unidade monetária; no terceiro caso, a implantação de uma outra unidade monetária, e a supressão do indexador; no quarto, a repristinação do indexador; no quinto, de novo uma mudança da unidade monetária e a abolição do indexador e, no sexto, a restauração do antigo indexador. No Plano Cruzeiro, como veremos mais adiante, houve uma mudança, ainda uma vez, da unidade monetária, com a preservação, porém, do indexador, ao qual se pretendeu, todavia, dar uma nova disciplina<sup>(10)</sup>.

Além de ter ocorrido, nesses anos, tais alterações na *moeda* e nos *indexadores*, houve, também, modificações nos *índices*. Com a abertura política os sindicatos adquiriram alguma força, e foi derrubado o sistema de reajuste de salários do início do regime militar (que estabelecia critérios de cálculos pelas médias dos meses anteriores e utilizava redutores), sendo substituído por um processo de valorização direta e automática com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor — INPC<sup>(11)</sup>. De índice de majoração de salários, o INPC logo passou a ser utilizado como teto de alguns reajustamentos (como de alugueres<sup>(12)</sup> e de prestações de imóveis do SFH).

As vésperas do Plano Cruzado, a Lei n.º 7.450, de 23 de dezembro de 1985, consagrou outro índice, o IPCA — Índice de Preços ao Consumidor Ampliado<sup>(13)</sup>. Com o Plano Cruzado, de fevereiro de 1986, a disciplina

---

(9) O Dicionário Aurélio não registra o vocábulo “indexador”, que foi criado a partir do substantivo indexação, e do verbo indexar, para significar a utilização de um índice de variação do poder aquisitivo como “medida oficial de valores”.

(10) Para não nos alongarmos, deixamos de fazer menção a inúmeras outras medidas relativas a indexadores, algumas criando diferentes siglas, com campo de incidência, índices e frequências diversos, outras procurando consolidar esses indexadores num único.

(11) Durante o regime militar os salários sofreram forte depreciação, e eram reajustados, diante da inflação, segundo os critérios do Conselho Nacional da Política Salarial, mantidos pela Lei n.º 6.147, de 29 de novembro de 1974. Tais critérios foram revogados pela Lei n.º 6.708, de 30 de outubro de 1979. Os métodos de correção desta última lei, contudo, foram, mais tarde, alterados pelos Decretos-Leis n.ºs 2.045, de 13 de junho de 1983; 2.064, de 19 de outubro de 1985, e 2.065, de 26 de outubro de 1983 (arts. 22, 26, 28, 29, 35 e 37), que voltaram a aplicar redutores aos reajustamentos.

(12) A Lei n.º 7.069, de 20 de dezembro de 1982, limitou o aumento dos alugueres residenciais, nos anos de 1983 e 1984, a 90% da variação do INPC.

(13) O artigo 98 dessa lei assegurou aos trabalhadores que recebiam até 10 salários mínimos uma majoração de vencimentos equivalentes a 100% da variação do IPCA.

legal dos índices tornou-se minuciosa. O Decreto-Lei n.º 2.284, de 10 de março de 1986, criou o IPC — Índice de Preços ao Consumidor, e incumbiu, privativamente, de seus cálculos, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística — IBGE.

O IPC era um novo índice, em cuja elaboração empregava-se, contudo, a mesma metodologia de cálculo do INPC/IPCA<sup>(14)</sup>. Com o Plano Cruzado o IPC tornava-se, de fato, mais do que um índice, um novo indexador, embora de aplicação restrita<sup>(15)</sup>.

Observe-se, desde logo, que esse “intercâmbio” de funções entre o indexador e o índice, claramente perceptível no caso do IPC<sup>(16)</sup>, demonstra inexistir uma *hierarquia* entre eles. Se tanto faz empregar uma unidade-de-conta como indexador ou como índice é porque um não tem maior grau hierárquico do que o outro. Identifica-se, aí, uma substancial diferença do ponto de vista jurídico, entre uma *ordem monetária* e um sistema de correção monetária. A ordem monetária, como vimos anteriormente<sup>(17)</sup>, é um sistema hierárquico e dinâmico de normas, em que a norma superior, de caráter geral, é o fundamento de validade das normas de nível inferior, de natureza particular, cabendo às pessoas criar novos conteúdos para essas normas individuais mediante a atribuição de quantias aos atos jurídicos. No caso, porém, de um ordenamento “valorístico”, como o da correção monetária, estamos diante de um sistema não hierarquizado, e estático, em que as normas são consideradas devidas *por força do seu conteúdo*, que é tratado como parte de um conteúdo maior.

Em 21 de novembro de 1986 o Governo, tentando retirar do IPC o caráter, que ele vinha assumindo, de indexador geral e automático, editou

---

(14) Ver inteiro teor nota, publicada pelo IBGE, transcrita no livro de Prado Leite e Haddock Lobo, já citado, às fls. 176 e segs. A criação de um novo índice, como explica o IBGE, deveu-se à conveniência de se apurar, em separado, as inflações nas moedas substituta e substituída, respectivamente, e à necessidade de estabelecer-se um método para a aferição da variação dos preços entre 28 de fevereiro e 15/16 de março de 1986, impedindo-se que a inflação do período anterior contaminasse o programa estabilizador do Plano.

(15) Ao retirar o “R” da ORTN o Plano Cruzado pretendia neutralizar o poder “reajustador” dessa unidade de conta, e promover, com isso, uma desindexação da economia, que deveria ser quase absoluta no primeiro ano, ressaltados, apenas, alguns reajustamentos (como das cadernetas de poupança, salários, fundos PIS/PASEP, liquidações antecipadas de prestações do SFH), a ser precedidos pelo IPC (ver os arts. 5º, 6º, parágrafo único; 10, § 2º 20; 21 e 40 do Decreto-Lei n.º 2.284, de 1986).

(16) Muito elucidativo, a esse respeito, o art. 5º da Lei n.º 7.989, de 28 de dezembro de 1989.

(17) Ver a Introdução, supra.

o Decreto-Lei n.º 2.290 (18). Nesse diploma ficou estabelecido que o método de apuração do IPC deveria ser o mesmo do “Índice Nacional de Preços ao Consumidor/Faixa restrita INPC”, limitado aos itens essenciais ao consumo básico do trabalhador, isto é, alimentação, transporte e moradia (19).

Formalizando o fracasso do Plano Cruzado, o Decreto-Lei n.º 2.332, de 26 de fevereiro de 1986, reindexou a Economia, já agora em torno da OTN, cujo índice de reajuste continuou sendo o IPC. Para o período anterior de um ano de “congelamento” da OTN a aplicação do IPC foi estendida a todas as obrigações (além daquelas a que fizera menção o Decreto-Lei n.º 2.284, de 1986) com efeitos retroativos (20).

Com o Plano Bresser (21) o governo tentou substituir o IPC pela URP — Unidade de Referência de Preços, mandando que essa fosse calculada pela média “da variação do IPC ocorrida no trimestre anterior”, para ser “aplicada a cada mês do trimestre subsequente pelo seu valor fixo” (22). Quando, porém, as vantagens de atualização da UPC transferiram-se das mãos das empresas para a dos sindicatos, o governo decidiu “congelá-la” (23), para, em seguida, extingui-la, cerca de seis meses depois (24).

O subsequente Plano Verão, por um lado, eliminou a indexação, acabando com a OTN, mas manteve, por outro lado, o IPC como indexador residual e substitutivo (25). Como era sua intenção, ainda uma vez, desindexar a economia, medidas posteriores ao Plano Verão (26) procuraram esti-

---

(18) Pretendeu-se inclusive, nessa ocasião, atribuir ao Banco Central, através da colocação de Letras de sua emissão o controle efetivo da política monetária. Ao IPC o Decreto-Lei n.º 2.290, de 1986, procurou reservar o caráter de um índice de natureza social, referindo-o a uma “cesta básica de consumo de famílias com rendimentos de 1 a 5 salários mínimos, com exclusão de fatores sazonais e regulares, além de impostos indiretos e despesas com fumo e bebidas alcoólicas”.

(19) Ver o art. 5.º, § 4.º do Decreto-Lei n.º 2.290, de 1986, logo modificado pelo Decreto-Lei n.º 2.306, de 18 de dezembro de 1986.

(20) Ver a nova redação que o Decreto-Lei n.º 2.332, de 1987, deu ao art. 2.º, § 3.º do Decreto-Lei n.º 2.290, de 1986. As sucessivas repristimações de indexadores revogados, ou de índices substitutivos desses indexadores, sempre com efeitos retroativos (e, portanto, inconstitucionais) faremos referência adiante.

(21) Decreto-Lei n.º 2.335, de 12 de junho de 1987.

(22) O Decreto-Lei n.º 2.335, de 1987, faz referências minuciosas ao IPC nos arts. 3.º, 4.º, 8.º, 11, 18 e 19.

(23) Pelo Decreto-Lei n.º 2.425, de 7 de abril de 1988, art. 6.º

(24) Pela Medida Provisória n.º 32, de 15 de janeiro de 1989, convalidada na Lei n.º 7.730, de 31 de janeiro de 1989.

(25) Ver a esse propósito os arts. 15, § 2º e 17 da Lei n.º 7.730, de 31 de janeiro de 1989.

(26) Como a Lei n.º 7.774, de 8 de junho de 1989.

mular o uso de “índices setorizados” (27), para evitar o uso de indexador de caráter geral.

Para cobrir o período não abrangido pelos efeitos da OTN, que fora, como vimos, extinta em janeiro de 1989, as Leis n.ºs 7.774, de 20 de junho de 1989, e 7.801, de 11 de julho de 1989, estenderam, retroativamente, o IPC a diversas obrigações as quais ele, originariamente, não se aplicava, repetindo, assim, a experiência anterior do Decreto-Lei n.º 2.332, de 1987. Ao mesmo tempo, expurgavam-se do cálculo do IPC (28) alguns elementos, para amenizar os reflexos inflacionários da generalização do seu uso.

O clamor por um novo “indexador” oficial da Economia levou o governo, pouco depois, a recriar a OTN, agora como BTN — Bônus do Tesouro Nacional, o que foi promovido pela Medida Provisória n.º 57, de 22 de maio de 1989, convalidada na Lei n.º 7.777, de 19 de junho de 1989, cujo art. 5.º, § 2.º, vinculou, mais uma vez, a variação do BTN, de frequência mensal, à variação do IPC (29). Por outro lado, as Leis n.ºs 7.788 e 7.789, ambas de 3 de julho de 1989, tornaram mensais os reajustes de salários segundo tabela que contemplavam faixas de renda diferentes e, bem assim a variação do salário mínimo, aplicando-se, sempre, como indexador, o IPC.

A Lei n.º 7.799, de 10 de junho de 1989, criou o BTN Fiscal, com frequência de reajuste diário. Tal como ocorrera anteriormente, o BTN Fiscal acabou retroagindo para beneficiar credores de todas e quaisquer obrigações (30) (exceto salários). Seu uso amplo até 14 de março de 1990 coincidiu com a desorganização final da economia brasileira pela hiperinflação de cerca de 100% ao mês (31).

Algumas observações se impõem, antes de encerrarmos os antecedentes da Reforma Monetária Cruzeiro. A primeira, no sentido de que — como foi, mais de uma vez sugerido no texto — essas reformas de indexadores e índices foram feitas “atropelando-se” a ordem jurídica que, no Brasil, asse-

---

(27) Como o fizera, anteriormente, o Decreto-Lei nº 2.290, de 1986.

(28) Como ocorreu por força da Lei nº 7.786, de 26 de junho de 1989.

(29) Embora o índice fosse o mesmo, a frequência do reajuste do BTN, sob a forma de BTN Fiscal, tornou-se diária, para distingui-lo, na prática, do IPC.

(30) Como ocorreu por força da Lei nº 7.801, de 11 de julho de 1989, e da Medida Provisória nº 75, de 31 de junho de 1989, reeditada pela Medida Provisória nº 83, de 31 de agosto de 1989, e que se convolveu na Lei nº 7.843/89.

(31) Nos três meses que antecederam a posse do novo governo eleito não houve qualquer tentativa de entendimento entre as Administrações que se sucediam para debelar a hiperinflação, o que levou à suposição de que um cenário de hiperinflação convinha à nova equipe econômica, para compor um plano de fundo dramático para o novo choque monetário que estava sendo preparado.

gura, a nível constitucional, o respeito ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, o que importa em vedar a aplicação retroativa das normas <sup>(32)</sup>.

Cumprе аcentuar, outrossim, que, nesses últimos 26 anos, a moeda nacional foi desvalorizada *um bilhão de vezes*, enquanto a “cadeia de indexadores” ORTN/OTN/BTN (e as obrigações monetárias a ela vinculadas) recebeu, em igual período, uma *valorização* semelhante (em sentido contrário à desvalorização da moeda) <sup>(33)</sup>.

Como a valorização dos “indexadores” repercutiu, sempre desigualmente, sobre o conteúdo das normas monetárias individuais (porque seus respectivos índices, campos de incidência e frequência de reajuste nunca foram idênticos), os poderes aquisitivos dos diversos créditos, ao longo desses 26 anos, sofreram alterações sistematicamente desproporcionais.

O que os indexadores promoveram, na prática, nesse quarto de século, foi uma permanente transferência de renda (primeiro anual, depois semestral, trimestral, mensal e, por fim, diária), de alguns setores para outros, que acabava cristalizada, de fato, pelas reformas monetárias que se sucediam.

Criou-se, assim, no País, um mecanismo oficial permanente de transferência e acumulação de riqueza, destinado a produzir efeitos não só sobre os preços futuros dos bens e serviços, como, também, sobre as sentenças, os

---

(32) Trato dessa questão em “Implementação das Normas da Constituição Federal relativas ao Sistema Financeiro Nacional”, texto da conferência proferida na OAB/RJ, em agosto de 1989, mimeo. Sobre o assunto há primoroso acórdão do Supremo Tribunal Federal, na Representação nº 1.451-7, DF., Relator o Ministro Moreira Alves, publicado no DJ de 24-6-88. Cogitava-se da inconstitucionalidade, afinal decretada, de dispositivos do Decreto-Lei nº 2.323, de 26 de fevereiro de 1987, que, na mesma linha de tantos outros a que nos referimos, subsequentes ao fracasso do Plano Cruzado, restaurou e fez retroagir a aplicação de índices de correção monetária (em caso de pagamento do Imposto de Renda das Empresas). Em certo trecho declara o acórdão: “... transformação que visa, economicamente, a reconstituir o poder aquisitivo da moeda, no momento do pagamento, viola o princípio constitucional de irretroatividade, que alcance direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada”. Ver, também, a respeito o meu “Obrigação Monetária”, cit. pp. 151 e segs.

(33) Estudo esse tópico em “Resquícios da Correção Monetária na Constituição de 1988” cit. Ao ser instituída, em 16-7-1964, a ORTN valia Cr\$ 10.000,00. Quando foi extinta, pelo Plano Verão, com o nome de OTN, valia NCr\$ 6,92. Essa última quantia equivale a Cr\$ 6.920.000.000,00 de 1964. Em suma, a relação, em cruzeiros de 1964, entre a ORTN do dia da sua criação e a OTN do dia da sua extinção é de 6.920.000.000,00 ÷ 10.000,00, ou seja, a OTN do dia 15 de janeiro de 1989 era 692.000 (seiscentos e noventa e duas mil) vezes maior do que a do dia 16-7-64. O BTN, por sua vez, foi criado, em 22-5-89, com o valor nominal de NCr\$ 1,00, retroativo a fevereiro de 1989. Em 14-3-90, dia anterior ao da Reforma Monetária, o BTNF era cotado a NCr\$ 37,0320, o que significa que entre 1.º-2-89 e 14-3-90 a valorização do indexador foi de 3.600%, o que, acrescido à valorização de seus antecessores, corresponde a uma majoração de 2.560.400.000%, sem contar a variação do IPC de janeiro de 1989.



contratos, os tributos, enfim, sobre os atos jurídicos passados, já definitivamente constituídos, independentemente da eficiência presente dos agentes econômicos, o que configura uma intervenção “institucional” no domínio econômico, alheia ao regime da concorrência capitalista<sup>(34)</sup> e prejudicial para os assalariados.

Era esse, em largas pinceladas, o quadro no qual foi editada a Reforma Monetária Cruzeiro, de 1990, de cujas principais características trataremos a seguir.

### 3. Características do Plano Cruzeiro

Ao invés de simplesmente modificar o conteúdo de certas normas monetárias individuais, alterando, no instante da conversão, as suas quantias (como fizera a Reforma alemã de 1948), o Plano Cruzeiro, ao ensejo da referida conversão, mudou a configuração dos *montantes*, os *prazos*, a *forma de pagamento* e os *acessórios* dos atos jurídicos pecuniários por ele atingidos (especialmente depósitos bancários de diversos tipos e títulos de crédito)<sup>(35)</sup>.

Em seguida, substituiu as partes devedoras desses negócios jurídicos pela União Federal<sup>(36)</sup>, subordinando a termo a obrigação desta, mantidos os credores originais<sup>(37)</sup>.

Com a instituição de uma nova moeda, todas as normas monetárias individuais, a partir de 16 de março de 1990, passaram a ter fundamento no cruzeiro, revogando-se o cruzado novo como norma monetária geral<sup>(38)</sup>. Alguns créditos, contudo, permaneceram “denominados em cruzados novos”<sup>(39)</sup>, o que não significa outra coisa, porém, senão terem sido eles submetidos a um regime especial transitório de extinção.

Essa modalidade de extinção de débitos é disciplinada, principalmente, no art. 12 da Lei n.º 8.024, de 1990, sob a designação de “transferência

(34) Sobre o tema proferi palestra na UERJ, em abril de 1988, com o título “Um Caso de Manipulação da Moeda Nacional”, mimeo.

(35) Ver, principalmente, os arts. 5º, 6º, 7º e 10 da Lei nº 8.024, de 12 de abril de 1990, que “institui o cruzeiro, dispõe sobre a liquidez dos ativos financeiros e dá outras providências”, que resultou da adoção, sem alterações, pelo Congresso Nacional, da Medida Provisória nº 168, de 15 de março de 1990.

(36) Algumas funções que o Plano Cruzeiro atribui ao Banco Central são, na verdade, do Tesouro.

(37) Embora o art. 9º da Lei nº 8.024, de 1990, preveja a abertura, no Banco Central, de “contas individualizadas em nome da instituição financeira” e apenas de “cadastros... individualizados em nome do titular de cada operação”, estes últimos, e não as instituições financeiras, são os credores da União Federal.

(38) A regra a esse respeito é a dos arts. 1º e 3º da Lei nº 8.024, de 1990.

(39) Expressão empregada literalmente pelos arts. 12 e 15 da Lei nº 8.024, de 1990.

de titularidade... para fim de liquidação de dívidas e operações financeiras, provavelmente contratadas antes de 15 de março de 1990" (40). Dentro da mesma linha do art. 12, o art. 13 da Lei n.º 8.024, de 1990, permite o pagamento de tributos e contribuições, em cruzados novos, até o dia 18 de maio de 1990. O art. 16 refere-se a "depósitos interfinanceiros em cruzados novos". O art. 17 alude a "empréstimos para financiamento das obrigações ativas das instituições financeiras contratadas em cruzados novos" a ser feitos pelo Banco Central com os "recursos em cruzados novos nele depositados". Já o art. 4.º trata de situações praticamente instantâneas de "cheques emitidos em cruzados novos e ainda não depositados".

Ao modificar a *configuração dos montantes* de certos negócios jurídicos, o Plano estabeleceu um *teto* para retiradas dos depósitos bancários e para o recebimento dos créditos atingidos pela Reforma. O saque dos depósitos à vista foi limitado em Cr\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzeiros) (41). O mesmo limite foi fixado para as cadernetas de poupança (42). Para as chamadas "operações compromissadas" o teto foi de Cr\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil cruzeiros) ou 20% (vinte por cento) do resgate, prevalecendo o maior (43). Para os depósitos a prazo fixo (com ou sem emissão de certificados) letras de câmbio, debêntures e "demais ativos e aplicações" o limite é de 20% (vinte por cento) do resgate na data do vencimento original dos títulos (44).

Quanto aos *prazos*, o Plano prorrogou a exigibilidade dos créditos por ele atingidos — impondo uma espécie de "moratória" — para o dia 16 de setembro de 1991, estabelecendo, para além dessa data, *uma forma nova de pagamento*, em 12 (doze) parcelas mensais, iguais, e sucessivas, alterando, ainda, os acessórios das dívidas originais (45).

Foram previstas diversas exceções a essas regras. Certos créditos ficaram excluídos, total ou parcialmente, das modificações, ou sujeitaram-se a

---

(40) Com validade pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da publicação da Medida Provisória nº 168, de 15 de março de 1990.

(41) O art. 5º, da Lei nº 8.024, de 1990, porque trata da matéria como "norma de conversão", estabelece o limite de saque em cruzados novos.

(42) Art. 6º da Lei nº 8.024, de 1990.

(43) O art. 7º, I, da Lei nº 8.024, de 1990. No caso de fundos de renda fixa e de curto prazo, o art. 10 previu a redução desse limite, "se o fundo não dispuser de liquidez suficiente em cruzados novos".

(44) Art. 7º, *caput*, da Lei nº 8.024, de 1990.

(45) Ver os arts. 5º, § 2º; 6º, § 2º e 7º, § 2º da Lei nº 8.024, de 1990. Quanto aos acessórios, foram estabelecidos correção monetária pela variação do BTN Fiscal e juros de 6% (seis por cento) ao ano, para fluir, pelo menos, até 16 de setembro de 1991. Certos títulos (tais como CDBs, Letras de Câmbio, Debêntures) vencíveis depois de 16 de setembro de 1991, tiveram seus prazos e formas de pagamento respeitados, o que significa não ter havido antecipação de exigibilidade (arts. 7º, § 3º, da Lei nº 8.024, de 1990).

regimes especiais. Os critérios de exceção são, em sua quase totalidade, *ratione personae*. Os créditos e “ativos financeiros” dos Tesouros da União, dos Estados e dos Municípios, e dos órgãos de Previdência Social dessas entidades puderam ser recebidos por inteiro, em cruzeiros, desde logo<sup>(46)</sup>. Estabeleceram-se prerrogativas para “pessoa física que perceba exclusivamente rendimentos provenientes de pensões e aposentadorias”<sup>(47)</sup>. O destino das “reservas compulsórias sobre depósitos à vista”<sup>(48)</sup> e dos “depósitos compulsórios ou voluntários mantidos junto ao Banco Central com recursos das cadernetas de poupança” ficou submetido a regime especial<sup>(49)</sup>. Prescrições também especiais foram dirigidas ao fechamento dos balanços patrimoniais das instituições financeiras<sup>(50)</sup>.

Ao Ministro da Economia foram conferidos<sup>(51)</sup> amplos poderes para “alterar os prazos e limites estabelecidos nos arts. 5.º, 6.º e 7.º da Lei n.º 8.024, de 1990”, e com isso criar novas exceções. Com base nessa competência o referido ministro editou (no período de 60 (sessenta) dias) cerca de duas dezenas de portarias, disciplinando os interesses das seguintes pessoas: *a)* das empresas, e produtores rurais, para pagar seus empregados no mês de março de 1990<sup>(52)</sup>; *b)* dos órgãos de fiscalização profissional, de entidades sindicais de trabalhadores; de sociedades beneficentes; de entidades de serviço social; das partes em processos, relativamente a depósitos judiciais; de empregadores para quitar rescisões de contrato de trabalho; de transportadores de cargas<sup>(53)</sup>; *c)* de hospitais sem fins lucrativos; fundações; de beneficiários do FGTS, do PIS/PASEP; de pessoa necessitada de tratamento médico<sup>(54)</sup>; *d)* de bancos autorizados a operar com câmbio<sup>(55)</sup>; *e)* de importadores<sup>(56)</sup>; *f)* de credores do FINOR e FINAME<sup>(57)</sup>;

(46) Art. 11 da Lei nº 8.024, de 1990.

(47) Art. 21 da Lei nº 8.024, de 1990.

(48) Art. 5º, § 3º da Lei nº 8.024, de 1990.

(49) Art. 6º, § 3º da Lei nº 8.024, de 1990.

(50) Art. 16 da Lei nº 8.024, de 1990.

(51) Principalmente pelo art. 18 da Lei nº 8.024, de 1990. Ver, também, os arts. 14 e 21. Ao Banco Central do Brasil foi atribuída, igualmente, extensa competência regulamentar (arts. 4º; 5º, § 3º; 6º, § 3º; 12, parágrafo único; 15; 16 e 20 da Lei nº 8.024, de 1990), com fulcro na qual ele divulgou em dois meses, uma centena de circulares.

(52) Portarias nºs 58 e 64, de 18 e 23 de março de 1990.

(53) Portaria nº 65, de 23 de março de 1990, modificada pela Portaria nº 99, de 3 de abril de 1990. Ver tb. Portaria nº 100, de 1990; e Portaria nº 103, de 5 de abril de 1990.

(54) Portaria nº 72, de 29 de maio de 1990; ver Portaria nº 200, de 20 de abril de 1990; e Portaria nº 213, de 25 de abril de 1990.

(55) Portaria nº 96, de 2 de abril de 1990; ver tb. Portaria nº 202, de 20 de abril de 1990.

(56) Portaria nº 101, de 3 de abril de 1990.

(57) Portaria nº 104, de 5 de abril de 1990.

g) de missões diplomáticas<sup>(58)</sup>; h) de participantes em consórcios<sup>(59)</sup>; i) de credores de dívidas contraídas no exterior<sup>(60)</sup>; j) de pessoas idosas<sup>(61)</sup>; l) de entidades da Administração extintas pela Lei n.º 8.029, de 12 de abril de 1990<sup>(62)</sup>; m) de entidades de natureza cultural<sup>(63)</sup>; n) de trabalhadores demitidos e desempregados<sup>(64)</sup>; o) de sindicato de empregadores<sup>(65)</sup>. Num determinado momento, considerando que havia liberado muitos créditos o Ministro da Economia baixou portarias restringindo os prazos e a amplitude de alguns anteriores<sup>(66)</sup>.

Todas as hipóteses acima (alteração de montantes, de prazos, de forma de pagamento e de acessórios das dívidas abrangidas pelo Plano), e as suas exceções, foram tratadas pela Lei n.º 8.024, de 1990, como se fossem normas de conversão<sup>(67)</sup>.

O Plano Cruzeiro empregou tais instrumentos com o intuito de reduzir na prática o poder aquisitivo dos “ativos financeiros” em cruzados novos. Uma das formas de apurar a diminuição da eficácia desses ativos seriam os “leilões de conversão antecipada de direitos em cruzados novos detidos por parte do público”, que podiam ser autorizados pelo Ministro da Economia<sup>(68)</sup>.

Quanto aos “indexadores” e os índices das principais características do Plano Cruzeiro são as seguintes:

(58) Portaria nº 105, de 5 de abril de 1990.

(59) Portaria nº 192-A, de 17 de abril de 1990.

(60) Portaria nº 204, de 20 de abril de 1990.

(61) Portaria nº 207, de 25 de abril de 1990.

(62) Portaria nº 208, de 25 de abril de 1990.

(63) Portaria nº 209, de 25 de abril de 1990.

(64) Portaria nº 211, de 25 de abril de 1990.

(65) Portaria nº 212, de 25 de abril de 1990.

(66) Ver, dentre outras, Portarias nºs 223, de 30 de abril de 1990, e 260, de 3 de maio de 1990.

(67) *O Jornal Folha de São Paulo*, edição de 25 de março de 1990, numa reportagem sob o título “Choque Monetário foi decidido com humor”, diz que “a idéia de manter o cruzado novo com a criação do cruzeiro veio da necessidade de não caracterizar juridicamente o bloqueio das contas como empréstimo compulsório”. A redação dos arts. 4º, 5º, 6º, 7º, 10, 11, 13, 18 e 21 da Lei nº 8.024, de 1990, não deixa dúvidas quanto à intenção de usar a “conversão” como instrumento das finalidades pretendidas pelos autores do Plano.

(68) Art. 18 da Lei n.º 8.024, de 1990. O primeiro deles, programado, segundo notícia da *Folha de São Paulo*, de 21 de abril de 1990, sob o título “Leilão de cruzados é suspenso por temor de deságio alto, diz Modiano” acabou não sendo levado a cabo. Até hoje não foi realizado qualquer desses leilões.

O BTN — Bônus do Tesouro Nacional, nas suas modalidades “cheia” ou fiscal<sup>(69)</sup>, permanece como o “indexador” da economia<sup>(70)</sup> procurando o Plano atribuir-lhe, de resto, uma *exclusividade* que lembra a da ORTN no início do regime militar<sup>(71)</sup>.

Não obstante, a preservação do BTN como “indexador”, o Plano rompeu com a sua subordinação automática ao índice interno da inflação, ou a variação cambial<sup>(72)</sup>. Pela nova “sistemática para reajuste”, foi, preliminarmente, decretado um *congelamento* geral de preços e salários por tempo indeterminado, atribuindo-se à Ministra da Economia a competência para estabelecer, através de portarias, exceções a essa regra<sup>(73)</sup>.

O propósito inicial do governo era, grosso modo, o de fixar, no primeiro dia útil de cada mês, um *percentual máximo de reajuste* mensal dos preços autorizados, e, após o dia 15, um *percentual mínimo* de reajuste mensal dos salários, estabelecendo, nessa mesma ocasião, uma *meta* de variações *média* dos preços para o mês em curso. Em suma, pretendia o governo não só disciplinar a moeda (pela administração da “liquidez”), como centralizar o “indexador” (através da exclusividade do emprego do BTN) e controlar o índice de inflação (nesse último caso eliminando os vestígios da inflação anterior ao Plano<sup>(74)</sup> e fixando *metas* de variação dos preços).

(69) Isto é, de freqüência de reajuste mensal ou diário.

(70) Há inúmeras referências ao Bônus do Tesouro Nacional nas medidas provisórias editadas pelo Governo no dia 15 de março de 1990. Além das Medidas Provisórias n.ºs 154 e 168 já mencionadas, e das Medidas Provisórias n.ºs 164 e 167, que repousam quase por inteiro sobre a unidade de conta BTN, ver ainda os seguintes dispositivos: Medida n.º 157, art. 3.º e parágrafo único; n.º 160, arts. 2.º, 4.º e 6.º; n.º 165, arts. 2.º, III, 3.º, 5.º e 7.º Há várias menções, nessas medidas, à “correção” e “atualização” monetárias.

(71) Basta observar, a propósito, o teor do art. 2.º, II, da Medida Provisória n.º 153, de 15 de março de 1990 (reproduzida, após a decretação de sua nulidade, no art. 5.º, II do projeto de lei, que “define crimes contra a administração tributária, de abuso do poder econômico, correção e da outras providências) que considera crime, com pena de reclusão ou multa (mais do que o ordenamento prescreve, no art. 43 das Leis das Contravenções Penais, para proteger a moeda) a quem “aplicar fórmulas de reajustamento de preços ou de indexação de contratos proibidas ou diversas daquelas que forem legalmente estabelecidas ou fixadas por autoridade competente”...

(72) O novo sistema de indexação (ou desindexação) da economia é disciplinado nos arts. 22 e 23 da Lei n.º 8.024, de 12 de abril de 1990, combinados com os arts. 1.º, 2.º, 5.º, 7.º e 8.º da Lei n.º 8.030, de 12 de abril de 1990. Esta última lei originou-se da Medida Provisória n.º 154, de 15 de março de 1990. O projeto de conversão dessa medida provisória em lei, votado pelo Congresso, continha diversas modificações no texto primitivo que, em sua maioria, foram depois vetadas pelo Poder Executivo.

(73) Ver os arts. 1.º e 2.º, incisos I, II e III e seus §§ 1.º a 5.º, da Lei n.º 8.030, de 1990.

(74) Pela modificação da metodologia de cálculo do IPC, que passaria a ser “ponta-a-ponta” e pela substituição do órgão encarregado de apurar o índice (ver art. 2.º, § 6.º da Lei n.º 8.030, de 1990).

Ao primeiro ensejo de aplicação da nova sistemática, a Ministra da Economia <sup>(75)</sup> fixou em zero por cento o percentual de reajuste para os salários em geral, salário mínimo e variação média dos preços em abril de 1990. Depois dessa medida ter sido bastante criticada pelos economistas começou uma pressão muito grande de diversos setores interessados e da opinião pública para que o governo, seguindo o critério da Lei n.º 8.030, de 1990, reajustasse os salários e preços por ele ainda administrados, pelo índice da inflação (da ordem de quatro por cento) relativo ao mês de abril, que estava sendo apurado pelos órgãos de estatística. Reagindo contra essas pressões e demonstrando sua determinação de desindexar a ordem econômica (pelo menos os salários e certos preços administrados), a Ministra da Economia baixou, em 16 de maio de 1990, a Portaria n.º 289, fixando o percentual de reajuste e a meta de variação da inflação em zero por cento, não só em maio de 1990, como “nos meses seguintes”, o que significa ter o governo se negado a editar doravante o índice “oficial” da inflação.

Por último, foram editadas as Medidas Provisórias n.ºs 189, de 30 de maio de 1990, e 191, de 6 de junho de 1990, disciplinando, respectivamente, a “atualização monetária” dos depósitos de poupança e das prestações dos contratos de financiamento firmados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação. A primeira dessas medidas criou mais um índice/indexador — o Índice de Reajuste de Valores Fiscais (IRVF), a ser calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e que deverá seguir “metodologia estabelecida em Portaria do Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento”.

#### 4. *Algumas discussões suscitadas pelo Plano Cruzeiro*

Houve uma forte reação de economistas e de juristas diante do Plano Cruzeiro, especialmente no caso desses últimos, contra a fixação temporária de um teto para as retiradas dos saldos das contas bancárias e realização dos ativos financeiros em geral. Para muitos essa medida, que ficou vulgarmente conhecida como “seqüestro da liquidez”, configuraria um confisco, ou, no mínimo, um empréstimo compulsório disfarçado e seria, portanto, em qualquer caso, inconstitucional. Vislumbrou-se, ainda, no Plano, a violação do art. 7.º, VI, da Constituição Federal, que declara ser direito fundamental do trabalhador a irredutibilidade dos salários (diminuídos, de fato, por força do “congelamento” promovido). Por outro lado, para alguns, teria havido a criação, também inconstitucional, de um Imposto, no tocante a parcela da retenção dos ativos a ser restituída a seus titulares a prazo, na parte em que, sobre essas quantias, não incidissem juros e correção monetária. A muitos pareceu, enfim, que o art. 5.º, inciso LIV da Carta de outubro de 1988 (segundo o qual “ninguém será privado... de seus bens sem o devido processo legal”) é que teria sido desrespeitado, assim como o inciso XXII do mesmo artigo que garante o direito de propriedade, tendo

(75) Pela Portaria nº 191-A, de 16 de abril de 1990.

ocorrido, na espécie, intervenção do Estado no domínio econômico fora dos casos previstos na Constituição <sup>(76)</sup>.

A nosso ver o que está no fundo das principais objeções ao Plano Cruzeiro, nesse ponto, é o entendimento de que as pessoas, mesmo diante de uma Reforma Monetária, teriam o direito de manter, na mesma proporção anterior, os poderes aquisitivos de seus créditos, sob pena de violação à sua propriedade privada. E essa é, na verdade, uma questão crucial que, sob variadas formas, vem preocupando, desde o início deste século, os autores que se dedicam ao estudo do Direito Monetário.

SCADUTO, na sua obra clássica "I Debiti Pecuniari e il Deprezzamento Monetário" <sup>(77)</sup>, apoiado nos ensinamentos, dentre outros, dos eminentes WINDSCHEID e HARTMANN, defende o ponto de vista de que a mudança de um sistema monetário não deve ter qualquer influência sobre a quantidade de metal fino a que o credor tenha direito. Diz ele:

"Na passagem de um sistema monetário para outro, ou de uma espécie monetária para outra não ocorreu jamais o caso de inexistir uma norma de conversão, que disciplinasse a liquidação das obrigações pecuniárias anteriormente constituídas com a moeda do novo sistema ou da nova espécie. A doutrina, contudo, suscita essa hipótese, e a pesquisa da solução é tanto mais interessante quanto serve para determinar qual deve ser o conteúdo de uma norma de conversão.

A regra geralmente posta é a seguinte: a mudança não deve ter influência alguma sobre a quantidade de metal fino a que o credor tem direito. Este, a despeito do valor nominal da nova moeda, deve receber tanto metal fino na nova moeda quanto receberia na antiga, se não tivesse ocorrido a modificação."

O festejado autor italiano que defende, como se vê, o direito de propriedade do credor sobre certa quantidade de metal fino, escreveu seu livro no início da segunda década deste século, época em que a crise financeira já se manifestara, mas quando o mundo não conhecia, ainda, os grandes cataclismas monetários que tanto iriam abalá-lo a partir de então.

Posteriormente à publicação de sua obra houve o agravamento, insuportável, da inflação alemã, o craque norte-americano de 1929, o colapso

(76) Ver, dentre outros, os artigos de NELSON EIRIZIK, "A Inconstitucionalidade da Medida nº 168", in *Jornal do Brasil*, de 26 de março de 1990; de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, "O Plano Collor", in *Folha de São Paulo*, de 24 de março de 1990; de FABIO KONDER COMPARATO, "A Radiografia do Golpe", in *Folha de S. Paulo*, de 23 de março de 1990; de JORGE LOBO, "Medida Inconstitucional", in *Jornal do Brasil*, de 23 de março de 1990. Em defesa do Plano vieram, principalmente, IVAN NUNES FERREIRA, no artigo "Nem Confisco nem Empréstimo", in *Jornal do Brasil*, de 26 de março de 1990, e DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, em dois estudos, intitulados, respectivamente, "Notas sobre a constitucionalidade das alterações do Sistema Monetário" e "A Reforma Monetária e a Retenção dos Ativos Líquidos no Plano Brasil Novo".

(77) Milano, Dottor Francesco Vallardi, 1924, p. 90, nº 39.

definitivo do padrão ouro e da doutrina do valor intrínseco, que mudaram o rumo da teoria e jurisprudência monetários. Escritores mais modernos, que presenciaram todas essas transformações, como é o caso de ARTHUR NUSSBAUM, já registram uma mudança de enfoque do problema. Sobre o tema, assim escreve esse Autor, em seu magistral "MONEY IN THE LAW — NATIONAL AND INTERNATIONAL — A comparative study in the Borderline of Law and Economics", editado nos Estados Unidos em 1950: <sup>(78)</sup>

"Quando se cria uma nova moeda... o procedimento normal do legislador consiste em estabelecer uma norma de redução ou de conversão, quer dizer uma regra que permita expressar, em termos da nova moeda, os débitos criados em termos da unidade monetária anterior, que desaparece.

Se, financeiramente, tem por fim a "reconstrução" (total ou parcial) dos créditos, tal conversão se chama "revalorização" (revaluation) dos créditos. *Essa operação depende, por inteiro, do legislador*, e foi deliberadamente omitida quando a URSS estabeleceu, em 1924, o sistema monetário do rublo "ouro", trocando 50 mil rublos antigos por um rublo ouro. Nada se disse, então, sobre as obrigações contraídas anteriormente em termos do antigo rublo. A destruição desses créditos pela precedente inflação "maligna" não foi levada em conta, porque se adequava, perfeitamente, à política soviética". <sup>(79)</sup>

Prossegue NUSSBAUM:

"Em tempos recentes, as normas de conversão chegaram a ser extremamente minuciosas, distinguindo-se os vários tipos de crédito segundo a data de constituição, natureza econômica, a categoria a que pertence o credor e outros critérios <sup>(80)</sup>. *Isso quer dizer que certos créditos serão valorizados e outros não*" (grifos nossos).

Estudando a mesma questão, de uma perspectiva, agora, de Direito Internacional Privado, afirma, ainda, NUSSBAUM: <sup>(81)</sup>

"O Estado, que criou determinada moeda, deve ter também a faculdade, do ponto de vista internacional, para substituí-la por

<sup>(78)</sup> Traduzido para o espanhol por A. SCHOO com o título DERECHO MONETARIO NACIONAL E INTERNACIONAL, Buenos Aires, Arayu, 1964. Ver pp. 285 e 286.

<sup>(79)</sup> Em nota (nº 273) a esse texto, esclarece o mesmo autor que "Os tribunais norte-americanos reconheceram, repetidamente, que as antigas dívidas em rublos haviam "evaporado" por completo. Particularmente em "Dougherty V. Equitable Life Assurance a evolução do rublo foi cuidadosamente estudada... Veja-se, também, "Parker V. Hope", 258, N.Y., 365, 370, 179 N.E. 770 (1932)... e "Dougherty v. National City Bank, 157, MISC. 849, em 868, 285, N.Y. (1935).

<sup>(80)</sup> Ele observa, em nota, estar se referindo, inclusive, à Reforma Alemã de 1948.

<sup>(81)</sup> In *op. cit.*, p. 492.



outra, da mesma forma como pode alterá-la, pois quem pode o mais pode o menos. Essa conclusão é extensiva à norma de conversão, que não é outra coisa senão a consequência necessária da transição da antiga moeda para a nova, sempre que constitua uma norma *bona fide*, quer dizer, que não tenha por finalidade prejudicar os credores estrangeiros.”

Na Argentina, por ocasião do Plano Austral, essa mesma questão substancial voltou a ser debatida, a propósito, especialmente, do *deságio* promovido pela “Tablita” do Decreto n.º 1.096, de 14 de junho de 1985, tendo prevalecido o ponto de vista que defendia a validade da adoção e emprego de Escalas contendo fatores de redução, que implicavam em modificação, desigual, dos poderes aquisitivos dos créditos, em decorrência da conversão (82).

Igual discussão sobre a eventual nulidade das alterações desproporcionais dos conteúdos das normas monetárias individuais surgiu no Brasil, quando da edição dos Planos Cruzado, Bresser e Verão, os quais, como salientamos anteriormente, usaram, largamente, as Tabelas de Conversão, estabelecendo, ainda, critérios diferentes de pagamento das antigas obrigações monetárias na nova moeda. Parte da doutrina (83) viu inconstitucionalidade na regra de conversão do art. 8.º do Decreto-Lei n.º 2.284, de 10 de março de 1986 (de certo modo reiterada nos dois Planos posteriores), o que, todavia, não foi entendimento vitorioso. Por seu turno, a jurisprudência brasileira recente, sempre que enfrentou a questão, reconheceu a validade da conversão desigual das obrigações.

A nosso ver, o Plano Cruzeiro, ao modificar a configuração dos montantes, os prazos, a forma de pagamento e os acessórios dos atos jurídicos por ele atingidos (84), interferiu, desigualmente, no conteúdo das normas monetárias individuais. Mas não há como invocar-se um suposto direito de propriedade sobre o poder aquisitivo dos créditos, nem a regra constitucional da isonomia, para condenar-se, sob esse aspecto, o Plano Cruzeiro, o que não significa que consideremos legítimos os sucessivos processos de transformação monetária praticados no Brasil nos últimos 25 anos, nem julgemos admissível a proliferação futura desses “pacotes”.

Os argumentos utilizados para combater o chamado “seqüestro da liquidez”, se trazidos às suas últimas consequências, levariam à conclusão

(82) Sobre a matéria: TRIGO REPRESAS, “El austral y El deságio Análisis Jurídico de la Reforma Económica y Monetaria”, Buenos Aires, Depalma, 1985; Luis Moisset de Espanes, Jorge Mosset Iturraspe e Carlos Frederico Torres, *El Deságio — Análisis Jurídico, Impositivo, contable y Financiero*”, Santa Fé, Rubinzal 1985; MANUEL I. ADROGUÉ, “La Reforma Monetaria: El Austral”, Buenos Aires, Plus Ultra, 1985.

(83) Ver, especialmente, “Aspectos Jurídicos do Plano de Estabilização da Economia, *cit.*”

(84) Ver as “Características do Plano Cruzeiro”, *supra*. Ver tb. KELSEN, *op. cit.*, p. 31, sobre o conteúdo da norma.

de que o Estado não poderia, ao ensejo da Reforma Monetária, reorganizar o sistema financeiro, corrigindo as distorções que, precisamente, provocaram a mudança do sistema anterior. Uma Reforma Monetária — medida que, por sua natureza, deve (ou deveria) revestir-se de caráter excepcional — consiste na reconstituição da ordem monetária nacional. Nessa ocasião, a Lei, que pode o mais — desmonetizando, inclusive, se for o caso, o meio circulante — pode o menos, que é valorizar, ou desvalorizar, as obrigações monetárias na medida e proporção em que isso se impuser. No caso do Plano Cruzeiro, a União Federal assim procedeu, no exercício da competência que a Constituição lhe atribui de emitir moeda e de legislar sobre sistema monetário (art. 22, V e VII da Constituição Federal).

Não cremos que se possa falar, no caso com rigor técnico, em EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO, em IMPOSTO ou, menos ainda, em CONFISCO. Esse entendimento se abstrai de uma circunstância relevantíssima: *a de que houve uma Reforma Monetária*, isto é, a modificação do fundamento de validade das normas monetárias individuais. Pouco importa que essa reforma monetária tenha sido feita, em parte, como disseram os jornais da época<sup>(85)</sup> para dissimular seu real objetivo. Qualquer que tenha sido a intenção do legislador, o fato é que houve a Reforma Monetária.

É despidendo, também, alegar-se, que não deveria ter ocorrido essa Reforma; ou que os autores do Plano deviam ter agido de outra maneira. Uma vez que se fez tal Reforma, não se pode ignorá-la, e tratar as suas conseqüências como se fossem medidas de outra natureza.

Ao afirmarmos que certas objeções jurídicas que atualmente são feitas ao Plano Cruzeiro não procedem não queremos dizer que não haja falhas na Reforma, especialmente no tocante a três pontos, que nos parecem da maior importância, mas sobre os quais não se discutiu, ainda, o bastante: *a) a falta de disciplina da obrigação pecuniária pública a termo que foi criada; b) a manutenção ampla, embora parcial, da indexação; c) a injustiça decorrente da ausência de critérios quanto ao pagamento de certas dívidas em cruzados novos anteriores ao Plano, especialmente as que são objeto de cobrança judicial.*

A obrigação pecuniária pública a termo constituída pelo Plano Cruzeiro configura, em nosso entender, uma dívida pública do Tesouro e, como tal, deveria ter sido tratada desde logo.

Essa definição da obrigação contraída pela União Federal como dívida pública não está clara nas normas do Plano. Antes, pela mecânica por ele adotada, os primitivos devedores das obrigações privadas (como os Bancos) foram compelidos a transferir para o Banco Central os saldos em cruzados novos atingidos pelo “seqüestro”, diferindo-se para os dezoito meses seguintes a conversão desses saldos para cruzeiros. Mas essa foi, apenas, a aparência da coisa. Na verdade, a conversão desses saldos em cruzados novos

(85) Diz a *Folha de S. Paulo*, de 25-3-90 que a Reforma ocorreu “para não caracterizar o bloqueio das contas como empréstimo compulsório”.

deu-se imediatamente no dia 16 de março de 1990, prevendo-se, tão-somente, para esses créditos, uma modalidade especial transitória de extinção.

Prevê o Plano que, após esse prazo, o pagamento da dívida se faça em prestações mensais. Pode ocorrer, contudo, que o Tesouro Nacional não tenha recursos para pagar toda a dívida contraída, no tempo e forma previstos. A falta de previsão e disciplina prévias dessa hipótese acarretará, por certo, no futuro, um grave problema.

O tratamento "bancário" que o Plano Cruzeiro deu a essa obrigação pecuniária pública leva, por outro lado, a que as pessoas considerem que o seu "dinheiro seqüestrado" está depositado no Banco Central, em contas de prazo fixo. É essa a concepção que, segundo nos parece, está induzindo certos Juízes de primeiro grau, através da concessão de medidas liminares, a determinar, nos requerimentos diversos que lhes estão sendo submetidos, a liberação de recursos "bloqueados", ou a sua transferência para contas de depósitos judiciais à vista, à sua disposição.

Esse "dinheiro", contudo, não existe, porque não foi ainda emitido, e, provavelmente, não poderá sê-lo, no prazo previsto, sob pena de gerar um grave desequilíbrio financeiro. O que há, até agora, são créditos, e créditos não no Banco Central mas, sim, como dissemos antes, dívida pública; — mesmo porque não é sequer função do Banco Central conservar depósitos em conta a prazo fixo diretamente do público, como se fosse um Banco comercial.

O segundo ponto a considerar é a manutenção parcial da indexação pelo Plano Cruzeiro. A esse respeito é curioso observar que, por um lado, no que tange ao salário, a desindexação aparece como questão a ser definida "até o último grau de resistência"; ao mesmo tempo, porém, em que o Governo continua a se beneficiar com a correção dos tributos, as empresas com a correção das demonstrações financeiras, etc. Essa iniquidade, de dois pesos e duas medidas, consegue subsistir, apenas, em épocas de ditadura, o que não é o caso brasileiro atual. Cumpre acentuar, a propósito, que o Plano alemão de 1948 acabou, definitivamente, com a correção monetária naquele país. Aos responsáveis pela elaboração do Plano Cruzeiro faltou, aqui, mais uma vez talento, ousadia ou respaldo político para fazer a mesma coisa.

Sobre a incompatibilidade entre a correção monetária e o Estado de Direito, e quanto aos danos que ela, por sua própria natureza, causa à moeda nacional, não insistiremos nesta oportunidade, pois desse tema já temos tratado exaustivamente em outras ocasiões.

Por fim cabe referirmo-nos aos prejuízos que o Plano Cruzeiro trará para certos devedores de quantias em cruzados novos, especialmente aqueles que são objeto de cobrança em Juízo. A depreciação dessas dívidas é notória; pois a intervenção no conteúdo das normas monetárias anteriores ao Plano resultou, como vimos, numa redução, ainda que indireta, do poder aquisitivo de tais créditos. A não-consideração dessa circunstância pelo Plano Cruzeiro é injusta, pois os devedores serão obrigados a pagar, pelo seu montante integral, dívidas "desvalorizadas".

# O planejamento na economia brasileira \*

CLOVIS V. DO Couto e SILVA  
Catedrático de Direito Civil da Univ. Fed.  
do R. G. do Sul

## Introdução

1. Parece ser uma observação comum que a necessidade de planejamento na economia tem perdido terreno em face da concepção de mercado. Sempre maior é o número daqueles que sustentam a desnecessidade de planejamento econômico, sob o comando do Estado (1).

A França parece ser, em face do governo socialista, já no seu segundo período, um bom exemplo para analisar a questão da planificação.

Recentemente aludiu BRUNO OPPETIT que a idéia de planejamento na França não é mais a mesma que prevalecia no período de 1981 a 1983: atualmente a noção de planificação *est mise en sommeil*. A ênfase estaria, tão-somente, na concepção de mercado (2).

Há, porém, quem discorde dessa orientação (3) e sustente que, para obter-se um bom desempenho da economia, seria necessário superar certas

---

\* Conferência proferida na 1ª Jornada de Direito Econômico realizada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e pela Universidade de Münster, da República Federal da Alemanha, em comemoração aos 90 anos daquela Faculdade de Direito, de 26-3 a 30-3-1990.

(1) É interessante observar que H. Krüger (Allgemeine Staats lehre, § 31, 2, Stuttgart, 1964, p. 64) denomina as posições neoliberais, favoráveis à economia de mercado quase em estado puro, e as marxistas, favoráveis à planificação global, atualmente em absoluto descrédito, como idéias cripto-religiosas, porquanto nenhuma delas tem uma justificação aceitável racionalmente.

(2) In: *Révue Internationale de Droit Comparé*, 1988, p. 1.037.

(3) Pierre Beauchet, *Le Plan dans L'Economie Française*, especialmente p. 7 e segs., Paris, 1986.

deficiências do planejamento francês. Elas estariam no fato de não haver sido levada na devida consideração a escala mundial da economia porquanto preocuparam-se, apenas, com a política econômica interna. Era impositivo obedecer a essas duas finalidades da política econômica e adotar técnicas diferentes conforme o plano se endereçasse à economia interna ou visasse o mercado internacional, como enfatiza PIERRE BEAUCHET.

Não se tendo levado em conta esta última finalidade, o plano francês demonstrou muitas imperfeições. É curioso salientar que o próprio governo socialista deixou de utilizar, pelo menos com certa freqüência, o termo planejamento, ou plano, como se tivesse desaparecido a necessidade de uma política de médio prazo, que constitui a razão de ser de todo o planejamento.

2. É possível que essa idéia de planejar, para evitar um darwinismo econômico cego, tenha perdido, em parte, a sua importância nos países industrializados, em que a economia opera sem a necessidade de um maior apoio estatal. Seria, entretanto, um contra-senso pensar que, nos países em desenvolvimento, o Estado tenha perdido a sua importância como agente organizador da economia. Recentemente esse papel do Estado foi enfatizado por MICHAEL BOHNET<sup>(4)</sup>, ainda quando a partir da segunda metade da década de 1970 tenha havido uma multiplicidade de planos, o que acabou por desacreditá-los.

3. Nos países em desenvolvimento, foram elaborados, nas décadas de 1970 e 1980, nada menos do que 800 documentos contendo planos com a criação das respectivas agências de controle, o que representou, quando alguns deles foram aplicados, na instituição de uma enorme burocracia. O sucesso desses planos foi problemático, talvez pelo acréscimo extraordinário do tecido burocrático, e pela regulamentação difusa, a qual, em muitos casos, impediu a aplicação mais correta e coerente do plano, ainda quando se tenha em vista o seu sucesso em outros países, como no Japão, para só citar o exemplo mais famoso.

A economia brasileira desenvolveu-se, de modo extraordinário, a partir da década de 1970, mas veio a encontrar enormes dificuldades para a sua expansão, a contar da segunda metade desta mesma década, quando a idéia de planificação entrou em crise em todo o mundo e também entre nós; contudo, a Constituição do Brasil alude, em diversos artigos, ao plane-

---

(4) *Regierungsberatung in Entwicklungsländer, Anspruch und Wirklichkeit, Der Staat*, 27, (1988), pp. 57 e segs. Quanto à questão do planejamento, H. Krüger, (op. loc. cit.), toma como exemplo a Índia, e pergunta: Num país em que a população cresce em oito milhões de habitantes ao ano, poderia o Estado deixar de tomar alguma medida para permitir, ao menos, a sua alimentação? Ou será que as regras de mercado, em sua simplicidade, terão a virtude de solucionar essa situação?

jamento, estabelecendo com clareza as funções do Estado, no particular, em seu art. 174:

“Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

O § 1.º do mesmo art. 174 exara o princípio de que:

“A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento e desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.”

Os planos regionais foram disciplinados na sua essência no art. 43 da mesma Constituição, visando, sobretudo, ao desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais. Por isto, determina-se que (art. 43, § 1.º):

“Lei complementar disporá sobre:

I) as condições para a integração de regiões em desenvolvimento;

II) composição dos organismos regionais que executarão, na forma da lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes.”

Pode-se dividir a planificação econômica em dois momentos que se desenvolveram em nosso País: o primeiro, o planejamento setorial progressivo, com base na utilização de incentivos fiscais e de subsídios, e também na aplicação da correção monetária a certos créditos, sem o que não seria possível planejar por força de ser impossível manter o valor dos investimentos (I); depois, o planejamento macroeconômico, de efêmera duração entre nós (II). Excluem-se, porém, da análise o planejamento do próprio Estado, o de suas autarquias e empresas públicas, porquanto essas espécies de planos existem em todos os sistemas.

## I. *O planejamento setorial*

4. A adoção de políticas econômicas a médio prazo é uma das necessidades importantes para evitar o crescimento desordenado da economia com todos os custos sociais daí resultantes.

É certo que a noção de planejamento governa as leis orçamentárias, não só da administração direta, como da indireta. Porém, cumpre que a matéria a ser analisada se resuma a instrumentos de planejamento indi-

cativo, incluindo-se nela a própria correção monetária, quando utilizada com a finalidade de induzir a aplicação da poupança privada (5) e, especialmente, os incentivos fiscais.

### 1) A correção monetária como instrumento de planejamento

5. Para a efetivação de um planejamento eficaz, impunha-se a existência de uma moeda estável; essa nova moeda veio com a adoção do modelo jurídico da correção monetária, sem a extinção da anterior, que continuou a vigorar na maioria dos setores da economia. As áreas por ela abrangidas tornaram-se mais atraentes e para elas dirigiu-se a poupança dos particulares, reproduzindo, em outra época, o que aconteceu na Idade Média, com a *moneta minuta*, que perdia o valor, e com a *moneta grossa*, estável, abrangentes de transações diversas. O sistema de duas moedas tinha, então, é óbvio, outra finalidade.

A situação apresentava as seguintes características: “no setor privado, antes da adoção da correção monetária, imperava a mais completa estagnação. No setor público, a situação não era diversa. Nele reinava a baixa produtividade e a desproporção com os custos. Mencione-se que o setor público conseguia, às custas da descapitalização do setor privado, de injeções esporádicas de ajuda externa e da corrosão cada vez mais rápida dos salários nominais, manter um nível em seus investimentos e, até certo ponto, compensar a queda dos investimentos privados. Mas com a sua aceleração, a inflação perdeu a capacidade de aliciar recursos e a taxa global de poupança e investimentos declinou de maneira sensível” (6).

Seria dedução apressada pensar que a adoção da correção monetária tivesse por finalidade principal, ou até mesmo única, direcionar para as áreas em que passou a vigorar, as poupanças privadas. Ela foi instituída para fortalecer o Estado, sendo aplicada aos créditos da União (7), e somente mais tarde para desenvolver o mercado, o que não ocorreu sem dificuldades, porquanto boa parte da doutrina considerava o princípio nominalista

---

(5) Ver Clovis do Couto e Silva, *Marktwirtschaft in Entwicklungsländer*, in: *Welwirtschaftsordnung*, Walberberg, Bonn, 1983, pp. 236 e segs. e a tradução Espanhola, “La Economía de Mercado en los Países en Desarrollo”, in: *El Orden Económico Internacional*, Ed. Herder, Barcelona, 1985, pp. 254 e segs. A respeito da economia brasileira, ver, ainda, Antonio José Avelar Nunes, “Industrialização e Desenvolvimento”. *A Economia Política do Modelo Brasileiro de Desenvolvimento*, in: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Supl. XXIV — XXV, Coimbra, 1982, pp. 15-1023”.

(6) *Marcílio Marques Moreira, Indicações para o Projeto Brasileiro*, Rio, 1971, p. 165.

(7) Lei nº 4.937, de 1966; Decreto nº 58.400, que determinou a aplicação da correção monetária para os débitos resultantes do Imposto sobre a Renda.

da moeda como de *ordem pública*, ou seja, imodificável até mesmo pela vontade das partes.

Cumprida a sua primeira finalidade, configurou-se a correção monetária num dos instrumentos mais importantes de condução das poupanças privadas para o desenvolvimento do mercado de capitais<sup>(8)</sup>.

6. O modelo jurídico brasileiro resultava da combinação de dois elementos; não seria só a planificação indutiva, com base nos incentivos fiscais, nem a adoção do valorismo, ou seja, da correção monetária em determinados setores, mas a combinação de ambos. Essa combinação resultou num sistema de duas moedas, no qual a moeda corrigida, a moeda forte, transformou-se num poderoso indutor da poupança nacional. Essa solução, como se pode ver, é puramente econômica, e, por isso, se questionou, por dilatado espaço de tempo, se ela também seria uma solução juridicamente aceitável, porquanto a divisão entre as áreas com e sem a mencionada correção monetária ou não incentivada, criava dois campos bem distintos, declaradamente injustos, dentro da economia nacional.

Na medida em que se tornou mais forte a inflação, e se estabeleceu uma diferença maior entre as áreas com correção monetária e as outras, fez-se necessário que novas leis viessem a vigir no sentido de dar generalidade, ou mesmo que o próprio Poder Judiciário pudesse, aos poucos, superar o princípio de que a aplicação da correção monetária supõe uma lei que a estabeleça a tal ponto que, em 1981, foi editada a Lei n.º 6.899, e seus arts. 1.º e 2.º permitiram que se aplicasse a correção monetária aos créditos ajuizados.

7. A aplicação da correção monetária aos créditos representa uma simulação ou ficção de moeda estável e permite que as transações comerciais se realizem *como se* não houvesse inflação; com esse procedimento, evitou-se, talvez, que as aludidas transações tivessem por parâmetro o valor das moedas estrangeiras estáveis, com o possível abandono, na prática, da moeda nacional, ainda quando a cláusula de pagamento em moeda estrangeira fosse proibida expressamente<sup>(9)</sup>, como também a cláusula ouro, proibição ainda hoje em vigor, salvo certas situações em que se aplicam as regras do direito internacional privado, quando, por exemplo, em matéria de contratos, o proponente residir no exterior<sup>(10)</sup>.

---

(8) Ver, por exemplo, Lei n.º 4.728, de 1965, arts. 25, 26 e 28, 29v, V; Resolução n.º 18 e Decreto-Lei n.º 463, de 1968, art. 3º, § 2º

(9) Decreto n.º 23.501, de 1933.

(10) Lei de Introdução ao Código Civil, art. 9º, § 2º; e Decreto-Lei n.º 857, de 11 de setembro de 1969, arts. 1º e 2º



A correção logo que implantada por lei em alguns setores da economia não tinha amplitude, isto é, não se substituiu ao princípio nominalista constante do art. 1.061 do Código Civil, que segue vigindo. À medida em que a correção monetária expandia, enormemente, o seu âmbito de aplicação, deixava ela, progressivamente, de exercer a sua função de direcionar a poupança privada; assim, ainda quando não houvesse sido afastado, em sua totalidade, o princípio nominalista, diminuía, sempre mais, a área por ele dominada, vindo o princípio valorista, praticamente, a substituí-lo.

Por força de inúmeras leis, da jurisprudência sobre dívidas de valor, da multiplicação das cláusulas contratuais assecuratórias do poder de compra, deixou o princípio nominalista, de fato, de ser a regra, como está no mencionado art. 1.061 do Código Civil. E, nesse ponto, deixou a correção monetária de ser fator de planejamento indicativo. E, como moeda fictícia, começou a ser considerada como uma das principais causas da manutenção das altas taxas inflacionárias.

Mesmo assim, à medida em que a inflação aumentava, após os planos de estabilização da moeda e dos salários, manifestou-se, com maior intensidade, a desordenada multiplicação dos índices de inflação, conforme se tratasse de crédito fiscal, da construção civil, ou até mesmo dos Municípios, para só mencionar alguns deles. A complexidade operacional tornou-se enorme, e tudo isso contribuiu para o descrédito da correção monetária, ainda quando ela seja indispensável para o funcionamento do mercado, e para a capitalização do Poder Público, em épocas de crise.

Contudo, a correção monetária manteve-se praticamente inalterada até à presente data. Embora se pretendesse extingui-la, em diversos momentos, com os planos de fixação de preços e salários, entendendo que ela se constituía num fator de alimentação da inflação, pouco depois, com o fracasso dos mencionados planos, não houve outra solução senão a de retomar o sistema de indexação, adotando-se, novamente, a correção monetária.

8. Como todos os instrumentos econômicos, a correção monetária teve o seu apogeu e a sua decadência. É preciso observar que durante todo o período em que ela esteve no apogeu, no período de 1964 a 1980, e mesmo posteriormente, com o fracasso dos mencionados planos, o Brasil crescia a uma taxa média anual de 7%. Na década de 1980, essa taxa de crescimento baixou a 2,8%, e todos os instrumentos econômicos parece que começaram a envelhecer, demonstrando que o período de seu apogeu havia terminado.

Não foi diverso o destino de um outro instrumento de planejamento setorial, o dos incentivos fiscais. Por outros motivos, é certo, eles sofreram uma evolução semelhante.

## 2) Os incentivos fiscais para fins de investimento

9. Em face da inexistência de capitais disponíveis, das dificuldades econômicas de certas regiões, e ao mesmo tempo da necessidade de desenvolvê-las, floresceu no País uma ampla legislação de incentivos não só em certos setores da economia, os denominados incentivos setoriais, como também relacionados com certas regiões como Norte e Nordeste, os incentivos regionais. O aparecimento desses incentivos, e a sua multiplicação, como sucedeu a partir do início da década de 1960, não foi objeto de um exame mais aprofundado.

Não se tem uma idéia exata das origens desse sistema, admitindo alguns que, talvez, tenha sido uma criação autenticamente brasileira e fruto das experiências com a nossa realidade. Todavia, as deduções dos impostos como instrumento de política são realidades que vinham acontecendo muito antes de 1960.

10. Nos Estados Unidos, o governo americano propôs, em 1961, um amplo sistema de deduções fiscais, favorecendo as empresas, especialmente para a renovação de seus equipamentos. Mas o Congresso americano não adotou essa proposta presidencial. E, curiosamente, vários economistas de reputação à época, como Dan Troop Smith e Hogan e também organizações econômicas poderosas, foram contrárias a esse tipo de incentivos fiscais através da redução de impostos que, segundo o projeto governamental, viria a beneficiar nada menos do que 85% das empresas americanas.

E, por isso, não foi ele adotado pelo Congresso, pois não se adequaria ao pensamento predominante da economia americana, infensa a deduções fiscais para fins de fomento à economia <sup>(11)</sup>.

Na época sofria o País, como tantos outros ainda sofrem, uma forte influência do pensamento econômico americano. E seria possível que o sistema amplo de incentivos, que depois se passou a aplicar, tivesse sido inspirado pela lei proposta pelo governo americano, que afinal não foi adotado pelo Congresso daquele país.

A técnica dos incentivos fiscais era conhecida, entre nós, em matéria do comércio exterior, o denominado sistema de sobretaxas de câmbio para importação, estabelecido pela Lei n.º 2.145, de 19 de dezembro de 1953.

---

(11) Ver Clovis do Couto e Silva, *Legal Order and Economics*, Memoria del 10º Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho e Filosofía Social, México, Unam, vol. 7 (1982), pp. 41 e segs. Para uma ampla discussão a respeito do Projeto de Lei americano, não só no Congresso, mas também entre os especialistas em economia ver Christopher Bellstedt, *Die Steuer als instrument der Politik*, Berlim, (1966), pp. 342 e segs. Christopher Bellstedt menciona que esses incentivos fiscais "Investitionszulagen", a mais recente criação da legislação fiscal, parecem ter sido uma idéia americana. A reforma fiscal americana foi amplamente difundida e inspirou a sua adoção na Alemanha (op. cit., p. 332).

Esse sistema de tarifas sobretaxadas não difere, essencialmente, dos incentivos fiscais no plano interno, mas ele se constituiu, por dilatado espaço de tempo, numa técnica utilizada, apenas, no comércio exterior, com a finalidade de implantar em nosso País as indústrias consideradas mais necessárias ao desenvolvimento da Economia. Não se pensava, porém, em utilizá-la de modo tão amplo no direito fiscal interno.

Os incentivos fiscais constituem uma técnica interessante através da qual se associa o investimento público com a eficiência da administração privada, ou, pelo menos, esta é a finalidade da aplicação desse modelo jurídico, através, no geral, de uma dedução no Imposto sobre a Renda. No início de sua utilização, houve inúmeras críticas, porquanto se entendia que se constituíam num grande e desnecessário desperdício, favorecendo, exageradamente, as empresas privadas, que nem sempre aplicavam, na administração desses incentivos, os critérios de economicidade e otimização de gestão, como deveriam fazê-lo, por se tratar, em última análise, de valores públicos.

Todavia, como um dos incentivos mais importantes para o desenvolvimento de nosso mercado de capitais, e para a modificação da estrutura de nossas empresas, pode-se mencionar o resultante do Decreto-Lei n.º 157, de 10 de fevereiro de 1967, há muito extinto. O seu art. 2.º permitia que determinadas instituições financeiras vendessem “certificados de compra de ações”, podendo os Bancos de Investimento receber depósito para a aquisição de ações ou debêntures conversíveis em ações.

Uma das principais finalidades desses incentivos, em sua formulação inicial, foi a de transformar sociedades anônimas fechadas em sociedades de capital aberto, pois as instituições financeiras somente viriam a adquirir ações de empresas que se obrigassem a colocar no mercado ações resultantes de aumento de capital em que os acionistas subscrevessem 20% do valor da emissão ou, ainda, alienar imóveis em valor equivalente a 15% do capital social, aplicando esses recursos no capital circulante.

11. Como quer que seja, o sistema desenvolveu-se, extraordinariamente, durante largo espaço de tempo, e até hoje existem alguns incentivos que favorecem o desenvolvimento do Nordeste relacionados com a Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE) e, também, com o Fundo de Investimentos do Nordeste (FINOR) e Fundo de Investimentos do Amazonas (FINAM). Além disto, facultaram-se vários incentivos relativamente a certos setores da economia, como, por exemplo, o turismo, florestamento e reflorestamento. À medida, entretanto, que a inflação crescia, o sistema de incentivos se foi tornando cada vez mais vulnerável à crítica de que se constituíam em simples perda de receita tributária, pois não havia controle rigoroso na aplicação dos aludidos benefícios fiscais, e, por isso, a política tendeu, mais recentemente, para a sua progressiva redução ou extinção.

Contudo, não é essa a orientação da Constituição atual, pois o seu art. 43, § 2.º, dispõe:

“Os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei:

.....  
II) juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias;

III) isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas.”

E o art. 165, § 4.º da nossa Constituição salienta, ainda, que os planos e programas nacionais, regionais e setoriais sejam realizados em harmonia com o orçamento plurianual.

O desenvolvimento coerente de todas essas idéias faz crescer de pronto o Planejamento Macroeconômico e setorial.

Na prática, entretanto, como os incentivos representam uma perda, ainda que temporária, da arrecadação fiscal, tendo-se em vista a situação econômica difícil por que passa o País, a tendência mais recente tem sido, como se pode ver da Medida Provisória n.º 161 (12), a suspensão de alguns e a extinção dos demais incentivos, epílogo esperado de uma política que se vinha manifestando há algum tempo.

Em suma, como o planejamento é um processo, os planos setoriais somente ganham sentido e eficácia quando postos em relação a um planejamento macroeconômico bem estruturado.

## II. *Planejamento macroeconômico*

12. No Brasil, a partir da década de 1960, começou-se a dar ênfase às idéias de planificação e de Plano. Não se pense, porém, que o planejamento se foi estabelecendo com facilidade. Não havia experiência com

---

(12) No art. 1º prevê-se (inc. III) a extinção dos benefícios fiscais previstos na Lei nº 6.297, de 15 de dezembro de 1975; no art. 21 da Lei nº 7.732, de 29 de outubro de 1989; na Lei nº 7.505, de 2 de julho de 1986; no art. 32 da Lei nº 7.646, de 18 de dezembro de 1987 e na Lei nº 7.752, de 1º de abril de 1989. Suspendeu-se (IV) por tempo indeterminado, a possibilidade de as pessoas jurídicas optarem pela dedução do seu Imposto sobre a Renda para aplicação nos Fundos de Investimento do Nordeste ou da Amazônia (Decreto-Lei nº 1.376/74, artigos I e II, e no Fundo de Recuperação Econômica do Espírito Santo (Decreto-Lei nº 1.376/74, arts. I e IV, além de outras providências). A mesma técnica foi adotada pela Lei argentina nº 23.967, de 25-9-89, que também, em seu art. 2º, suspendeu, apenas pelo prazo de 180 dias, os subsídios, subvenções e todas as obrigações com o mesmo caráter, que, direta ou indiretamente, afetassem os recursos do Tesouro Nacional.

planos macroeconômicos, e por isso sobrevieram muitas dificuldades, dificuldades que se manifestam ainda na atualidade.

Em razão dos planos nacionais de desenvolvimento, a começar pelo Primeiro Plano Nacional de Desenvolvimento Econômico, em 1970, foram superados os planos setoriais, únicos existentes até àquela época, e mais tarde integrados nos Programas Macroeconômicos, que tomaram em consideração tendências globais, como a pressão inflacionária, balança de pagamentos e o nível de empregos<sup>(13)</sup>. Esses planos macroeconômicos tiveram, entretanto, uma vida efêmera. Sem eles, é, em verdade, muito difícil dirigir a economia porquanto faltam aqueles indicadores sem os quais qualquer plano setorial perde a eficácia.

Seria incompleta a análise dos planos macroeconômicos se não se levasse na devida conta os efeitos da inflação sobre os aludidos planos, pois foi ela que os inviabilizou. O seu efeito sobre os planos macroeconômicos foi muito mais pernicioso do que nos planos setoriais, porquanto nestes a correção monetária se constituiu num instrumento para reduzir as conseqüências nefastas.

Não se deve deixar de aludir às experiências mais recentes com os planos financeiros, de congelamento de preços e salários, constituídos para reduzir as taxas inflacionárias; ou talvez mencionar uma experiência ainda não realizada em nosso País, não mais com planos, mas com um órgão especializado para o controle do valor da moeda, com o Banco Central independente, sem o qual nenhum plano macroeconômico pode subsistir.

O Banco Central, tomado este modelo no seu verdadeiro sentido, é um instrumento extremamente útil ou indispensável para manter o valor da moeda. A experiência alemã com o Banco Central poderia servir para nossa orientação, pois ele se constitui no *guardião da moeda*, num órgão independente das injunções políticas. É preciso levar em conta, contudo, para a aplicação dos modelos jurídicos colhidos nas legislações estrangeiras as diferenças de tempo e espaço a que alude, por exemplo, CARBONNIER<sup>(14)</sup>, as quais, por vezes, inviabilizam a adoção de soluções bem sucedidas em outros países.

Por isso, serão examinadas as dificuldades de organização dos planos globais e o insucesso dos planos financeiros e o controle das pressões inflacionárias pelo Banco Central, um órgão especializado.

---

(13) Roberto Campos, a *Experiência Brasileira de Planejamento*, in: Simonsen e Campos, a *Nova Economia Brasileira*, Rio, 1967, pp. 47 e segs.

(14) V. L'apport du droit comparé à la sociologie juridique, in: *Livre du Centenaire de la Société de Législation comparée*, Paris, 1969, pp. 75 e segs; *Sociologie juridique*, P.U.F., 1978, especialmente pp. 241 e segs; e, mais recentemente, Eric Agostini, *La circulation des modèles juridiques*, in: *Révue Internationale de Droit Comparée*, 1990, pp. 461 e segs.

## 1) *A difícil organização dos Planos Globais e o insucesso dos Planos Financeiros*

13. Na década de 1960, foi criado o cargo de Ministro Extraordinário para o Planejamento e Coordenação Econômica, a quem competia dirigir e coordenar os Planos Nacionais de Desenvolvimento Econômico, além de ser responsável pela execução do orçamento fiscal da União e das entidades estatais. Pensou-se, até mesmo, em certo período, em realizar um plano decenal, que iria de 1967 a 1976, plano esse que, entretanto, não passou de estudos, não tendo chegado a sua realização prática.

Ao 1.º Plano de Desenvolvimento Econômico (1.º PND), de 1970, seguiu-se o 2.º Plano Nacional de Desenvolvimento Econômico (2.º PND), que foi aprovado pela Lei n.º 6.151, de 4 de dezembro de 1974, e que deveria vigorar no período de 1975 a 1979.

Alguns autores consideram esse plano como o mais bem estruturado dos Planos brasileiros<sup>(15)</sup>. Depois, veio o 3.º Plano Nacional de Desenvolvimento Econômico (3.º PND), que deveria vigir de 1979 a 1984, e, por fim, o Plano Nacional de Desenvolvimento Econômico da Nova República, que nunca chegou a ser posto em execução.

Nos fins da década de 1970, manifestou-se uma grande crise econômica, cujos efeitos estamos ainda a sofrer. Ela resultou do endividamento de muitos países industrializados e do *deficit* orçamentário dos Estados Unidos. Em razão disso, houve uma grande elevação na taxa de juros nos Estados Unidos, para inibir o consumo, tendo os demais países industrializados adotado a mesma política, ainda quando não se encontrassem na mesma situação econômica daquele país.

14. Em muitos contratos, realizados com o Brasil, haviam-se estipulado taxas de juros de curto prazo, variáveis, o que aumentou, grandemente, o seu endividamento. No início dos anos de 1980, ocorreu forte recessão em muitos países industrializados e foram tomadas medidas protetivas, o que dificultou, ainda mais, as transações comerciais. Como consequência de todos esses fatores, da política para extinguir os efeitos do *deficit* americano, pelo aumento das taxas variáveis de juros, da internacionalização destas taxas, da política recessiva de certos países e também das medidas protecionistas relativamente ao comércio internacional, criou-se uma situação insuportável para os países do Terceiro Mundo que administravam suas dívidas segundo parâmetros normais e não puderam suportar essa súbita modificação do meio econômico. De um certo modo, pode-se afirmar que os países industrializados exportaram seus problemas econômicos para os países em desenvolvimento e, com eles, a sua taxa de

---

(15) Ver, a respeito, Everardo Maciel, *A Crise do Planejamento Econômico Brasileiro*, In: *Revista do Serviço Público*, vol. 117, (1989), pp. 37 e segs.

juros, o que acarretou, com as medidas protecionistas, uma crise mundial com reflexos que ainda não desapareceram<sup>(16)</sup>.

A esta altura, pareceu desinteressante insistir nos planos macroeconômicos e organizaram-se planos financeiros para neutralizar os efeitos terríveis do desgoverno econômico. Para este efeito, foram postos em prática três planos de congelamento de preços e salários que infelizmente não deram resultado. Depois de um domínio efêmero da inflação, veio ela sempre a recrudescer de forma mais violenta e perversa.

15. Os modelos jurídicos para administrar as crises globais da economia supõem uma legislação específica, denominada, no geral, como Lei de Estabilidade Econômica, que delega poderes à administração central para a edição de medidas econômicas concretas e eficazes.

Se tomarmos como exemplo a Alemanha, Estado Federal, vê-se que a Constituição cuida dessa matéria no seu art. 109. Ainda quando a economia da União, Estado e Corporações Territoriais sejam independentes, contudo, para evitar situações de desequilíbrios globais da economia, podem ser editadas medidas econômicas, com a aprovação do Conselho Federal (Bundesrat), para administrar a execução correta do orçamento da União e dos Estados, sendo facultada a instituição de planos financeiros por vários exercícios (Constituição Federal, art. 109, 3.). Para esse efeito, é possível que a União e os Estados sejam obrigados a manter no Banco Federal alemão depósitos sem juros (*reservas para equilíbrio da conjuntura*). Essas reservas podem atingir até 3 por cento da Receita Tributária. Permite-se, ainda, a restrição do crédito da União, dos Estados e das Comunidades Territoriais, com o que se limita o meio circulante<sup>(17)</sup>.

Em outros países, especialmente nos países latino-americanos, as Constituições não contêm regras semelhantes que limitam o princípio federativo e centralizam as decisões globais da economia, de tal sorte que os planos financeiros acabam por encontrar um limite à sua execução no próprio conceito de federação. O governo dos meios globais de pagamentos

---

(16) Ver, por último, Carsten Thomas Ebendroth, *Konkurrierende Institutionelle Vereinbarungen und Internationalisierung der Wirtschaft*, in: *Rechtstheorie*, 19 (1988), pp. 209 e segs. Se, nos contratos de financiamento houvesse um "plafond" para as taxas de juros não teríamos absorvido a variação dos mesmos, atingindo alturas insuspeitadas, o que acarretou boa parcela de nosso endividamento. Todavia, os contratos de financiamento internacional são contratos de adesão, não sendo possível, em geral, discutir as suas cláusulas. Em suma, a respeito dos mecanismos jurídicos do endividamento, especialmente sobre o refinanciamento da dívida dos países em desenvolvimento, em face dos estados credores (Clube de Paris), e dos bancos, v. Philippe Fouchard, *Financement et Endettement Internationaux, Aspects Juridiques*, in: *Journées de la Société de Législation Comparée*, année 1986, pp. 647 e segs.

(17) Art. 109, 4, 1 e 2, Lei de Estabilidade alemã, de 8-6-1967, art. 15. Ver, a respeito, Mahrenholz, in: *Alternativ Kommentar zum Grundgesetz*, art. 109, pp. 1.338, n° 5, Neuwied, 1989.

exigiria uma maior centralização da política econômica, com a supressão temporária de certos direitos, que impediriam a correta execução do plano.

A Argentina, que, como nós, tem sofrido crises econômicas que perduram por alguns decênios não as solucionou, entretanto, com a edição de diversos planos econômicos. Ainda quando tivesse adotado uma política de privatização das entidades públicas, de suspensão de subsídios, e mesmo de esterilização da moeda, ainda assim persiste a crise, com intensidade semelhante à existente anteriormente à edição dessas medidas (18).

16. A questão mais importante, sob o ponto de vista constitucional, está em que o Executivo brasileiro tem editado todas as suas reformas econômicas através do modelo jurídico das medidas provisórias. Esse modelo está regulado nos arts. 85, XXVI, e 62 da Constituição do Brasil. As medidas provisórias, com força de lei, são admissíveis em caso de relevância e emergência, e deverão ser submetidas, de imediato, ao Congresso Nacional. Elas perderão a eficácia se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes (19).

Como se cuida de restrição ao poder de editar leis, que compete ao Poder Legislativo, deve-se ter um conceito de relevância extremamente restrito, equiparando-o, praticamente, aos casos de emergência, sob pena de se admitir o cabimento das medidas provisórias em toda e qualquer situação relevante, o que perturbaria, por completo, o normal desenvolvimento do processo legislativo.

Não foi por outra razão que, na Argentina, o Executivo editou, por decreto, medidas com eficácia de lei para conter a hiperinflação, com o congelamento dos depósitos acima de 1.000.000 de austrais, permitindo o pagamento de quantias inferiores a esse limite em dinheiro ou em bônus externos (20).

Ainda quando entre nós se tenha uma concepção bastante anárquica das fontes formais do direito, especialmente em matéria econômica — veja-

---

(18) Ver Lei nº 23.696/1989 (Lei de Reforma do Estado); Lei nº 2.397/1989 (Lei de Emergência Econômica); e Decreto nº 36, de 5-1-1990, sobre Entidades Financeiras.

(19) Constituição do Brasil, art. 62, e parágrafo único.

(20) O Decreto nº 36, de 5 de janeiro de 1990, da Argentina, fundamentou-se no conceito de "poder de polícia de emergência", e também na circunstância de que o "Executivo pode, em situações excepcionais e urgentes, invadir a esfera do Legislativo e antecipar-se à sanção de uma lei". O Decreto nº 36 justifica, aliás, a invasão da competência do Poder Legislativo nesses casos com a opinião de Rafael Bielsa (*Derecho Administrativo*, t. 1, p. 309, Ed. 1954) e com decisões da sua Corte Suprema (Decisões 11:405; e 23:257).



se, para isso, a competência do Conselho Monetário Nacional —, ainda assim a interpretação do art. 62 da Constituição do Brasil terá de ser, como se disse, restritiva, mas é fora de dúvida que nela cabe a edição de medidas para coarctar o desenvolvimento de grave crise econômica<sup>(21)</sup>.

17. Entre nós, em suma, a atenção voltou-se inteiramente para instrumentos capazes de dominar a inflação como condição essencial para que se pudessem desenvolver políticas econômicas. Foi com esse sentido que em 15 de março de 1990 o Presidente da República, ao tomar posse, e com base no art. 62 da Constituição, editou diversas medidas provisórias, através das quais criou nova moeda, o cruzeiro, em substituição ao cruzado novo e impediu os saques acima de determinados valores, que ficaram à disposição do Banco Central<sup>(22)</sup>, bem como qualquer reajuste nos preços e salários<sup>(23)</sup>; e, além de outras disposições, definiu os delitos de abuso de poder econômico, fixando as respectivas penas<sup>(24)</sup>, disposição essa última, que não pode ser editada como medida provisória<sup>(25)</sup>.

A particularidade desses planos está em que eles se inspiram nas diretrizes do Fundo Monetário Internacional, mantendo, contudo, certas características do modelo econômico vigente. Por esse motivo, todos os programas de estabilização aplicados nos mais diferentes países guardam indiscutível semelhança. A maior dificuldade está em adequá-los à legislação interna de cada país, porquanto podem violar preceitos constitucionais.

O conjunto das medidas adotadas em nosso País não constitui, propriamente, um plano global da economia. Ele visa, sobretudo, a reduzir a inflação em suas causas mais aparentes, como o *deficit* orçamentário crônico. E, para isso, várias empresas públicas foram extintas. Se essas medidas

---

(21) É interessante observar que a medida provisória para situação que não é de relevância ou de emergência é ineficaz, valendo apenas como Projeto de Lei do Executivo.

(22) Medida Provisória nº 168.

(23) Medida Provisória nº 154.

(24) Medida Provisória nº 153.

(25) A filosofia desse plano financeiro é a mesma do plano adotado na Argentina, pois ambos derivam do modelo adotado pelo Fundo Monetário Internacional, como se verifica das Leis nºs 23.696/90 e 23.697/90, e do Decreto nº 36, de 5-1-1990, este último com a finalidade de "limitar a devolução dos depósitos aos depositantes ao absolutamente necessário", permitindo o pagamento de até 1.000.000 de austrais; e as importâncias superiores a esse limite só poderão ser retiradas quando se destinarem a pagamento de vencimentos, salários e encargos sociais, como também em favor de instituições previdenciárias e obras sociais inscritas no Instituto Nacional de Obras Sociais. O conjunto das medidas em vigor na Argentina é extremamente semelhante ao plano adotado atualmente no Brasil, não faltando as disposições a respeito da privatização. Mas tem maior amplitude, porquanto reforma o regime jurídico do Banco Central, dando-lhe a necessária independência funcional (Lei nº 23.697, art. 3, letra a).

tiverem sucesso, com a estabilidade da moeda, será possível adotar planos macroeconômicos e setoriais realmente eficientes nos termos da Constituição. O plano posto em execução em 15 de março tem característica de plano financeiro e de estabilidade, contendo as mais diversas disposições, com a finalidade de coarctar o livre curso da inflação.

Esse plano diferencia-se dos outros editados no País, porquanto está mais próximo do modelo instituído pelo Fundo Monetário Internacional.

Não seria o caso, pela sua extensão, de analisá-lo em minúcia, valendo, entretanto, mencionar que ele transformou em simples crédito boa parte da moeda existente, obrigando os particulares a um investimento compulsório, tendo em conta que esses valores só serão devolvidos a partir do 18.º mês, em 12 parcelas iguais e sucessivas. Com a transformação da maior parte da moeda em crédito e com a colocação desse crédito à disposição do Banco Central, houve uma diminuição sensível da moeda no mercado. Por esse meio, pôde o governo retomar a sua faculdade de regular a liquidez, devendo agora o Banco Central colocar o dinheiro necessário a operações comerciais e particulares em limites extremamente inferiores aos existentes à data da edição dessas medidas. E poderá fazê-lo através de leilão da nova moeda, o cruzeiro, ou através da transformação dos cruzados novos em cruzeiros, em determinados casos. Os débitos anteriores a 15 de março podem ser pagos através de uma cessão de crédito que se denominou de *transferência de titularidade da conta*, uma vez que a moeda até então existente, o cruzado novo, foi substituída a partir de 15 de março pelo cruzeiro. Contudo, as perspectivas desse plano de estabilização não aparecem com clareza.

Numa avaliação feita em cerca de 60 países que adotaram planos semelhantes, chegou-se à conclusão, como salienta MICHAEL BOHNET, que eles melhoraram, com os programas de curto prazo, isto é, com duração de um ano e com os de longo prazo, ou seja, pelo período de três anos, a sua balança de pagamentos. Contudo, apenas um terço dos países tiveram redução da taxa inflacionária. O crescimento do produto social bruto real diminuiu no período de curto prazo, e a longo prazo não se tem, ainda, uma clara idéia do que sucederá (*em vários países da América Latina e da África que adotaram o aludido modelo, o efeito foi negativo*). Quanto às condições de vida da população, o programa determinou, a curto prazo, uma baixa considerável; a longo prazo a diminuição foi, entretanto, pequena (*a população das cidades foi atingida de forma negativa, enquanto que as regiões agrícolas, em face da liberação dos preços de seus produtos, foram beneficiadas, ou seja, tiveram as suas condições melhoradas*). Em conclusão, as propostas de estabilização econômica do Fundo Monetário Internacional, tendo em vista os fins a que se propuseram, obtiveram um sucesso limitado. Especialmente os efeitos relativos à luta contra a inflação foram enganosos. Este resultado se reconduz ao fracasso dos planos fiscais,

isto é, o financiamento do orçamento público não pôde ser reduzido na conformidade do programa (26).

Do exposto resulta claramente a importância do controle da moeda, como elemento fundamental de uma política econômica eficaz, ainda quando dele possam resultar efeitos perversos.

## 2) *O controle das pressões inflacionárias por meio de instituição especializada*

18. A moeda é o bem mais preciso da vida econômica do país, *la monnaie est un drapeau*, e, por isso, é preciso atribuir a sua proteção a um órgão competente, ao Banco Central. Todavia, entre nós o Banco Central não tem essa função; e toda a política monetária está em mãos do governo.

A Constituição alterou essa situação, e boa parte da competência que a Lei da Reforma Bancária havia concedido ao Conselho Monetário Nacional (27) e ao próprio governo passou ao Banco Central.

O art. 164 da Constituição exara o seguinte princípio:

“A competência da União para emitir moeda será exercida, exclusivamente, pelo Banco Central.”,

pois pelo art. 6.º, incs. III e IV, da Lei da Reforma Bancária, a competência de emitir moeda era do Conselho Monetário Nacional, que fixava, então, os parâmetros, e o Banco Central o órgão executor dessa política.

Alude, ainda, o § 2.º do art. 164 que o Banco Central, além da competência de emitir moeda, poderá, como sempre fez, comprar e vender títulos do Tesouro Nacional com o objetivo de regular a oferta da moeda e da taxa de juros. Integraram-se à Constituição as regras a respeito do *open market*, através das quais o Banco Central regula o montante de liquidez necessário à manutenção do valor da moeda. A competência de emitir moeda do Banco Central deve ser exercida nos limites da lei, porquanto o art. 48 da mesma Constituição, inciso XIV, afirma:

“Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre a moeda, seus limites de emissão e montante da dívida mobiliária federal.”

Para demonstrar a independência do Banco Central em face do próprio governo, para que possa regular com acerto as emissões de moeda,

(26) *Regierungsberatung*, cit., p. 70.

(27) Lei nº 4.596, arts. 2º, 3º e 5º

a lei a respeito do Banco Central alemão dispôs que ele não receberá instruções do governo, ainda quando tenha de sustentar a sua política geral (28).

19. O Banco Central é, assim, um órgão coordenado na política econômica, nos limites de sua competência, e não um órgão subordinado.

Parece ser esta a posição do Banco Central, na nova Constituição Brasileira, tal como disposto no art. 164. É interessante notar que entre as disposições a respeito do Banco Central não consta a competência para fiscalizar entidades financeiras, que compõem o sistema, parecendo que outro órgão deveria fazê-lo, pois a regra se encontra no art. 163, V, da mesma Constituição, e não no aludido art. 164.

Como órgão coordenado da administração, e, pois, como órgão não subordinado, não deveria o Banco Central exercer as funções de fiscalização, parecendo que esta competência caberia melhor no Ministério da Economia ou num órgão especificamente criado para essa finalidade. Esse órgão deveria subordinar-se às diretrizes do Ministério da Economia, faltando-lhe, portanto, a aludida independência, própria dos órgãos coordenados da administração pública.

Em suma, a independência do Banco Central, em face das políticas menores, corresponde ao que se poderia denominar de *magistratura da moeda*. A sua finalidade é de regulá-la, de tal modo que não venha a perder o seu poder de compra. Para isso deve utilizar as práticas comuns da política financeira, tais como a fixação das taxas de depósitos compulsórios dos bancos, e do *open market*.

Entre nós, os deficits governamentais modificaram completamente os instrumentos de regulação da moeda, especialmente o *open market*. O dinheiro retirado do mercado, com a venda dos títulos públicos, que deveria ter como finalidade a diminuição da liquidez, retornava, imediatamente para ele, através do pagamento das dívidas do Estado. Não havendo retenção do dinheiro retirado do mercado, não produzia efeitos a técnica do *open market*.

Por isso, não dispunha o Estado de políticas eficazes para regular a liquidez e, conseqüentemente, o valor da moeda.

---

(28) Lei de 26 de julho de 1957, § 12. Mais expressiva para qualificar a posição de independência do Banco Central alemão, nas matérias de sua competência, talvez seja a regra constante no § 13, al. 2ª, segundo a qual "os membros do Governo Federal terão direito de participar nas deliberações do Banco Central. Contudo, não possuem o direito de voto, embora possam formular propostas. A seu pedido, a decisão poderá ficar suspensa por prazo não superior a duas semanas". Este prazo permite que se realize uma negociação com o Governo para evitar que ocorra um sério conflito. Convém salientar que o Banco Central, dentro de sua competência, é soberano (ver, a respeito, Spindler, Becker, Starke, Die Deutsche Bundesbank, Stuttgart, 1969, pp. 240 e segs.).

## Conclusão

20. O planejamento setorial no Brasil, com base em subsídios, especialmente nos incentivos fiscais, foi um dos principais fatores de desenvolvimento da economia nas décadas de 1960 e 1970. Certamente, a sua execução não foi perfeita, e, por isso, muitas críticas foram feitas, especialmente a de que a União perdia, com ela, uma parcela relevante dos seus impostos e que a execução dos projetos nem sempre era objeto de uma fiscalização eficiente; por isso, na última década, manifestou-se a tendência de reduzir progressivamente os subsídios à economia, o que veio a culminar com a recente edição das medidas provisórias.

O Estado havia-se enfraquecido, de modo extraordinário, na década de 1950; a partir do decênio 1960/1970, utilizou-se o Estado da correção monetária, do valorismo, para fortalecer-se, pois os seus créditos foram os primeiros a ser corrigidos monetariamente.

Com o envelhecimento desse instrumento econômico, manifestaram-se tendências à desindexação; em razão disso, surgiram os planos de estabilização da economia, não se conseguindo, porém, diminuir o deficit público, o que acabou por inviabilizá-los.

Na atualidade, pretendeu-se, através da instituição de uma poupança global e obrigatória, posta à disposição do Banco Central, com a fixação de salários e preços, alcançar a estabilidade econômica e permitir ao governo a adoção de políticas que visem a regular a liquidez do mercado, com a redução drástica do deficit público.

Procura-se, de certo modo, criar condições para que o Banco Central assuma o papel definido pela Constituição, de regulador da liquidez do mercado, ainda quando essas funções de guardião da moeda estejam na dependência de lei complementar a ser editada (art. 192, IV).

Sem o sucesso do plano financeiro recentemente editado não se poderá pensar em planos macroeconômicos. Quanto ao planejamento setorial, com base em incentivos, a Constituição é expressa em permiti-los como um elemento complementar ao sistema de mercado.

Ambos os modelos, o de mercado e o de planejamento, se implicam dialeticamente; devem estar em permanente tensão e servem para reduzir os riscos de um *darwinismo social* inconseqüente com todos os efeitos perversos dele resultantes.

O Estado, com a correção monetária, nos anos 1960, e atualmente com o investimento obrigatório de quase toda a poupança privada, retomou o governo da economia. Se conseguirá debelar a inflação, é outro problema. A inflação é um processo, no sentido próprio do termo, e as técnicas para o seu controle mudam permanentemente, ainda quando se tenha o controle da liquidez como um de seus elementos importantes. Mas como se evitarão a recessão e o desemprego, se o maior problema é o da ausência de capital?

# Os valores e a Constituição de 1988

EDUARDO SILVA COSTA

“O passado é prólogo, o futuro depende só de nós — SHAKESPEARE, *A Tempestade*. A razão fez o que pôde para encontrar e estabelecer a lei; sua aplicação depende da vontade corajosa e do vivo sentimento — SCHILLER *A Educação Estética do Homem*.”

Pela primeira vez na história das Constituições brasileiras a palavra “valores” tem ingresso no texto constitucional. Referimo-nos à Constituição atual, de 5 de outubro de 1988, que, primeiro no Preâmbulo e depois no art. 1.º, enuncia os valores informadores da sua tessitura. Logo no Preâmbulo a Constituição proclama “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. E no art. 1.º está expresso que “A República Federativa do Brasil . . . constituiu-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: . . . IV — os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

No Preâmbulo nota-se uma impropriedade, cometida talvez pelo afã de enfatizar: qualificam-se os valores de “supremos” (são seis os nominados), quando apropriado seria que se dissesse “superiores”. Supremo designa-se algo acima de todas as outras coisas ou entidades em um determinado domínio ou alguém sobrepassando, absoluto, em uma relação ou hierarquia de seres. Assim, para exemplificar com uma entidade no mundo judiciário, o Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo do Poder Judiciário, a sua cúspide, o que dá o veredicto derradeiro nas questões que envolvem maté-

rias constitucionais. Ou então, para trazer um exemplo relacionado com a religiosidade, Deus é o Ser Supremo na existência dos seres humanos, conforme a crença dos cristãos. Em um e outro exemplo, não é possível justapor à entidade Supremo Tribunal outra entidade suprema, nem ao Ser Deus outro Ser Supremo. Aí deixaria de haver a supremacia que se pretende definir nos dois casos.

Certo seria que a Constituição qualificasse os valores alinhados no Preâmbulo de superiores, tal como o fez a Constituição da Espanha, de 1978. No Título Preliminar, a Constituição espanhola dispõe:

España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”

Neste preceito, não só se qualificam corretamente os valores como superiores senão também são estes condensados na liberdade, na justiça, na igualdade e no pluralismo político. O que representa uma fórmula mais concisa, sem deixar de ser abrangente do ideário de um Estado Democrático de Direito, e sem incorrer no risco da redundância. A bem dizer, a segurança como valor não é o equivalente de bem-estar? E se poderá reputar o desenvolvimento como valor?

Já no art. 1.º, que abre a normatização dos princípios fundamentais, a nossa Lei Fundamental acrescenta mais dois valores, classificados por ela como sociais: o do trabalho e da livre iniciativa. O texto, antes transcrito, refere que a República Federativa do Brasil tem dentre outros fundamentos “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1.º, IV). Há dois aspectos a comentar no preceito constitucional: um é o da livre iniciativa considerada como valor; o outro é a classificação do valor trabalho.

A fórmula adotada pela Constituição não foi feliz no respeitante à definição da livre iniciativa como valor social. Parece mesmo ter havido uma concessão ideológica, sabido que na Constituição foi prevalente o espírito não liberal em termos de economia. Assim, erigir-se a livre iniciativa à categoria de valor social no léxico constitucional seria uma forma de contentar as correntes menos progressistas e brindar-lhes com a formalização da coexistência imprescindível trabalho e capital. Mas, figurar a livre iniciativa como valor é impróprio e impreciso. Ela é, antes de tudo, um princípio do sistema ou modelo econômico — o modelo liberal, um dado

consubstancial ao liberalismo ou neo-liberalismo econômico, a sua idéia-força; jamais um valor social, constitutivo da estrutura política republicana.

Melhor fórmula utilizou a Constituição da Itália, de 1948. Nela se inscreve no artigo primeiro do título "Princípios fundamentais": que

"L'Itália è una Republica democratica, fondata sul lavoro."

Uma fórmula concisa e precisa e que diz bem do ideário que inspirou a feitura da Constituição italiana.

Entre nós mesmo, podemos remontar à Constituição de 1946 e divisar nela uma forma mais bem ajustada de considerar a livre iniciativa. Com efeito, o art. 145 afirmava:

"A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios de justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano."

A liberdade de iniciativa como um elemento inerente ao sistema econômico, assegurado na norma constitucional. A valorização do trabalho humano como um padrão a ser observado na dinâmica das relações que se desenrolam na ordem econômica. Pelo texto de 1946 se tem a propósito disso uma propriedade terminológica não encontrada no texto atual. Talvez, como assinalado, pelo objetivo de consagrar o trabalho como valor e ao mesmo tempo, para não parecer radical, dar-lhe como consorte a livre iniciativa. Pouco acertado na enunciação do inciso IV do art. 1.º, a Constituição vigente acabou por dar no art. 170 a redação mais consoante com a natureza das coisas e no que acompanha o texto de 46: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa..."

O outro aspecto a ser objeto do nosso comentário relaciona-se com a inserção do valor trabalho no título "Dos Princípios Fundamentais", não lhe dando, dessarte, a Lei Maior a qualificação que deu aos outros valores inscritos no Preâmbulo. Nenhuma razão plausível poderia ter determinado a não-qualificação de valor supremo, ou superior, como seria preferível, ao valor trabalho. Do mesmo modo que em relação à liberdade, à segurança, à igualdade, à justiça, também no concernente ao trabalho a Constituição está repassada de preceitos que lhe dão proeminência. É só contemplar o capítulo II, dedicado aos Direitos Sociais, no qual se apresentam seis artigos, um deles — o 7.º — com 34 incisos, e um outro — o 8.º — com oito incisos, para atentar-se que em todos é a primazia do trabalho o traço realçante. Tal a filosofia da Constituição, que obedeceu a inspirações de



acentuada valorização do trabalho, e a que não poderia deixar de corresponder a formalização conseqüente — o valor trabalho classificado ao lado dos outros no Preâmbulo como valor superior.

Se esboçamos estes comentários ao texto constitucional, na parte relativa aos valores, não foi certamente por reputarmos nisso a nossa Lei Suprema vulnerável. Justamente por ser a Lei Suprema, é que a Constituição se reveste de especial importância não apenas no ordenamento jurídico, de que ela é a fonte primacial, como na estrutura da realidade social. Dada tal importância é que se impõe o trabalho de apontar possíveis falhas ou equívocos, visando a tornar o objeto da norma mais adequada à sua finalidade. Demais disso, está-se tratando de valores, e os valores constituem o âmago de toda a Constituição. Esta, em suma, é o complexo valorativo mais significativo do universo político-cultural de uma nação. Ou, nas palavras de EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, “La Constitución es el primero de los instrumentos técnicos específicos al servicio de esos valores éticos sustantivos” (Constituição como Norma, *Revista de Direito Público*, vol. 78, abril-julho 86, p. 10).

Por ser o ordenamento jurídico supremo, a Constituição é a sede normativa dos valores dominantes num dado contexto cultural e que nela recebem a sua positivação. Convém, antes de tudo, ressaltar que o sentido da Constituição como forma de positivação de valores é de reservar-se aos regimes políticos de conteúdo democrático, aqueles em que se busca realizar a idéia democrática, o chamado Estado Democrático de Direito. E não podia caber senão a esses regimes a tarefa de ordenar valores, com vista a seu desenvolvimento, porquanto só nos regimes abertos se geram e florescem valores. Nos regimes fechados, não há valores de que cuidar, porque neles o sentido de Constituição consubstancia-se apenas como instrumento de governo e o caráter da Lei Maior apresenta-se como uma “decisão existencial”. Sendo assim, as Constituições dos regimes autocráticos obedecem antes a diretrizes que objetivam tão-só a disciplinar as relações políticas e a estabilizar os resultados dessas relações.

Em estreita conexão com os valores estão os direitos fundamentais, que a Constituição proclama. Tais direitos, aliás, projetam-se dos valores normatizados constitucionalmente, são expressões deles, de maneira que se pode generalizar a afirmação de Enrique Alonso Garcia, dizendo, como ele disse a respeito da Constituição da Espanha, que todos os preceitos nela inseridos representam valores. É a enunciação dos direitos na Lei Magna que resulta dos valores predominantes e é também a efetividade de

tais direitos que se deve fazer em atenção aos valores. Mais ainda do que na formulação do preceito, é na sua efetividade que os valores podem evidenciar a importância que lhes é conatural na existência do quotidiano.

Neste sentido parece ser a tendência do constitucionalismo nos nossos dias, de que são protótipos a Constituição de Portugal, de 1976, a Constituição da Espanha, de 1978, e a Constituição do Brasil, de 1988. Em todas elas os Preâmbulos são elucidativos da preocupação que dominou o trabalho constituinte. Do longo Preâmbulo da Constituição portuguesa, p.ex., extrai-se o seguinte:

“A Assembléa Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país livre, mais justo e mais fraterno.”

Do não menos longo Preâmbulo da Constituição da Espanha colhe-se o seguinte trecho:

“La nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía. . .”

Por fim, a Constituição brasileira traz no Preâmbulo o mais curto dos três:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléa Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. . .”

Ilustra-se com estes três exemplos o quanto de cuidado puseram as Constituintes na justificação dos fins por elas perseguidos. Essa justificação consiste sobretudo na atitude valorativa assumida por cada um dos complexos normativos. É certo que se observa que o Preâmbulo da Constituição portuguesa tem um conteúdo mais ideológico, antes voltado a explicar a conquista da libertação do povo português da opressão de quase cinco décadas, mas nele se salienta o objetivo acalentado pelo país de construir

uma sociedade firmada em valores superiores. O Preâmbulo da Constituição espanhola, no tocante a valores, é incisivo e conciso. Enquanto isso, o Preâmbulo da nossa Constituição explicita os valores-guia dessa estrutura normativa e os vincula ao modelo pretendido: os valores nela assinalados são constitutivos, em grau superior (diz-se impropriamente supremo, no texto, como já registramos) “de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Os valores incorporados pela Constituição a seu contexto têm, é evidente, a natureza de valores políticos, políticos na sua proveniência e que se objetivando em normas passaram a ser jurídicos e como tal exigíveis, pois trazem as propriedades de validade e eficácia inerentes a estas. A circunstância de se situarem no plano constitucional — o plano mais elevado do ordenamento jurídico —, que é a sua sede logicamente adequada, impõe a consequência da exigibilidade imediata. Não há, por isso, possibilidade lógico-jurídica de fazer depender os seus efeitos de normas de integração, como se sustenta às vezes, ora na doutrina, ora no campo da jurisprudência dos Tribunais.

Precisamente porque, conforme nota CARL J. FRIEDERICH, o valor é a dimensão do dever ser (*El Hombre y el Gobierno*, ed. Tecnos, 1968), é irrecusável que a substância dele há de impor-se ao mundo jurídico, coercitivamente. Sem tal possibilidade de impositividade, afigurar-se-ia a sua inserção no complexo normativo constitucional uma autêntica falácia. Ainda mais porque não se poderia conceber normas significantes de dever ser não dotadas de poder para incidir na realidade, a fim de transmudá-la. Desde que corporificados no conjunto constitucional, os direitos representativos de valores têm a força de incidência nas relações sociais pertinentes.

Em razão disso, depara-se na Constituição — § 1.º do art. 5.º — dispositivo que enfatiza:

“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Este dispositivo é o remate do elenco dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, que abre o Capítulo I. Expresso que foi em relação aos mencionados direitos, bem que poderia reproduzir-se no fecho do Capítulo II, que trata dos Direitos Sociais. E por que não?

Ou houve timidez ou houve descuido do legislador constituinte. Razões fundadas é que não há para explicitar-se a aplicabilidade imediata

dos mandamentos constitucionais concernentes aos Direitos Individuais e Coletivos e omitir-se tal explicitação quando o conteúdo dos mandamentos especifica os Direitos Sociais. Tendo havido o reforço explícito, digamos assim, do caráter de imediata aplicação dos preceitos assecuratórios em um caso, pela enunciação de um comando, decorre como consectário imperioso que tal reforço se desse no outro caso. Ambos os casos apresentam similitude, afinidade de direitos, identificações de pressupostos, aproximações de situações existenciais mesmo. Então, não poderia haver discriminação de tratamento, atribuindo-se a uma categoria de direitos uma qualidade e excluindo-se essa qualidade à outra categoria. Configura-se aí uma forma desigual de tratamento, inoportuna no contexto da Constituição, e que a interpretação doutrinal como a jurisprudencial poderão obviar.

É que, em verdade, os direitos sociais são igualmente direitos fundamentais, na Constituição assim como na Teoria Geral do Direito. Direitos fundamentais como atinentes ao indivíduo isolado pertencem à época do individualismo. A concepção do indivíduo próprio do liberalismo burguês que fazia relevante para o Direito tão-só a essência da ordem econômica, tanto assim que havia identificação do regramento da economia com o da sociedade civil, consoante observa VITAL MOREIRA:

“era a ordem jurídica da economia que se estendia a toda a sociedade civil . . . a ordem jurídica privada pressupunha a identificação da ordem jurídica das relações econômicas burguesas com toda a ordem jurídica” (*A ordem jurídica do capitalismo*, ed. Centelha, pág. 78).

Ao contrário disso, com a derrocada do individualismo e irrompendo o direito social, o indivíduo deixa de ser isolado e passa a ser “o homem concreto e socializado”, na definição de RADBRUCH e com isso um feixe de novos valores assoma no espaço social. Daí que a novos valores devesses corresponder, como correspondeu, novos direitos, para então debuxar-se uma etapa distinta na senda do Direito. Essa nova etapa emergiu, alguém advertiu com suma propriedade, desacompanhada de qualquer direito natural, e por isso as forças sociais que em consequência assomaram no cenário não tinham atrás de si títulos nenhuns: o trabalho era o só braço de legitimidade, se assim se pode dizer.

Com isso houve uma mudança de concepção do Direito, de sua natureza mesma e principalmente de seus fins. E buscou-se dar ao Direito uma dimensão ética, que ele não podia ter na época individualista. O que foi uma decorrência inelutável do fato de o homem haver adquirido na socie-

dade da sua exata posição e passado a definir-se não mais abstratamente, porém como, valha-nos novamente RADBRUCH,

“um tipo mucho más próximo a la vida . . . el hombre en sociedad, el hombre colectivo. Con esta aproximación del tipo del hombre jurídico a la realidad social se fragmenta al mismo tiempo el sujeto de derecho en una diversidad de tipos relevantes, de tipos sociales y ahora también jurídicos” (*El Hombre en el Derecho*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 25).

E, mais adiante, o notável jusfilósofo acrescenta que com a nova concepção “se cumple así una nueva eticización del derecho” (pág. 26).

Com efeito, dado o fenômeno da emergência do “homem coletivo”, “homem em sociedade”, os valores éticos teriam de estar mais presentes e se fazer mais exigentes na sua efetividade. As relações sociais, tendo-se tornado mais largas e mais complexas, reclamam padrões de conduta de sentido ético capaz de formar o homem à imagem do humano, o humano do ideal de liberdade enlaçada com justiça. Esses padrões, que têm na atualidade a desafiarlos uma realidade cultural penetrada de considerações não-éticas, conformada por poderosos interesses materiais, só podem ganhar sobreposição e efetivação através das regras do Direito, mormente pelo papel deste de redutor de desigualdades. Dessas regras é que se pode partir em direção a novas formas de relação e convívio social, com a prevalência do sentido de concretização do humano.

É justamente neste ponto que a Constituição, a exemplo de outras dominadas pelo mesmo ideário, contempla valores superiores e faz deles uma espécie de supercomando normativo, a ordenar toda a estrutura formal e o conteúdo constitucional. Ora, dentro desta estrutura não existe diferença de natureza de preceitos e dispositivos. “A unidade do documento constitucional — a lição é de GOMES CANOTILHO — implica que todas as normas contidas numa Constituição formal têm igual dignidade” (*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, 1982, p. 146). Igual dignidade que se exige tanto mais quanto se cuida de direitos, expressões de valores superiores, e que constituem um complexo congruente, destinado a dar concretude à dignidade da pessoa humana, não abstratamente, é evidente. Dignidade da pessoa humana que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, proclama o art. 1.º, III, da Constituição. Além de que, erige-se como um dos “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”, na linguagem do art. 3.º da mesma Constituição, “promover o bem de todos” (inciso IV do citado artigo).

Nesta ordem de considerações, indaga-se: a circunstância de no Preâmbulo da Constituição não figurar o valor trabalho, e se tendo reservado o dito Preâmbulo para a qualificação de “supremos” aos valores, poderia determinar a não-classificação dos direitos sociais como fundamentais? Temos que tal circunstância, conquanto plausível, deve ser excluída. Mais provável, ainda que menos científica, é a conjectura da inércia, digamos assim, ou do conformismo, ou, quem sabe, a resistência à inovação. Em qualquer caso, a ausência de definição dos direitos sociais como direitos fundamentais obedece ao pudor de não definir com a solenidade que o documento constitucional implica e obrigar a dar o efeito conseqüente. Uma conjectura, apenas, nessa tentativa de contribuir para a discussão da nossa Lei Suprema.

Embora inexista a qualificação no texto constitucional de direitos fundamentais aos direitos sociais, a tessitura dele, conforme assinalamos anteriormente, patenteia uma série de postulados e enunciados que reservam ao valor fundante dos referidos direitos sociais — o trabalho — uma força normativa especial. Assim é na Constituição atual, na qual, a par dos preceitos alinhados no Capítulo II, podem-se apontar outros dispositivos assecuratórios do valor trabalho. Um desses dispositivos — novidade na história das nossas Constituições — é a irredutibilidade dos vencimentos dos servidores públicos, civis e militares (art. 37, XV). A atribuição de competência à Justiça do Trabalho para julgar dissídios em que sejam parte “os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União” (art. 114) é outro dispositivo — igualmente inédito na história das Constituições brasileiras — em que se pode realçar a presença do valor trabalho. E seria porventura excêntrico considerar como primado do trabalho a prescrição, tão questionada, encerrada no § 3.º do art. 192 da Constituição? Diz o mencionado parágrafo:

“As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano...”

E logo a seguir abre-se o Título VIII, com o art. 193 proclamando o mandamento:

“A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e justiça sociais.”

O que importa sublinhar é que o primado do trabalho inserto no sistema constitucional autoriza que o capital sofra restrições no seu poder. Se a compreensão da citada norma ainda não foi adequada ao propósito nela explicitado, deve-se a múltiplos fatores, um dos quais se associa à inapreensão, talvez até por motivos ideológicos, de que o valor trabalho sobreleva o elemento capital, tem uma dimensão marcante no conjunto normativo-constitucional e que é em torno dele que se há de buscar o critério hermenêutico para a solução de problemas. Reconheça-se por igual que a limitação em causa, por significar uma concretização normativa, conduz a que se lhe dê aplicação imediata. Ainda que não fosse uma norma específica, expressa, bastaria a sua natureza de valor para determinar a impositividade imediata. Esta é a conclusão que nos oferece PEREZ LUÑO no excelente livro *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*:

“Conviene advertir que un valor o un principio no precisan hallarse expresamente desarrollados en normas específicas para que puedan ser invocados o aplicados, ya que . . . son susceptibles de aplicación inmediata en cuanto constituyen auténticas normas constitucionales” (ed. Tecnos, 1986, pág. 292).

As exigências sociais que se tornam cada vez mais agudas implicam uma reformulação e reorientação normativas. Neste âmbito a seleção de prioridades, de primazia até, é uma necessidade, a bem da própria organização social. Mas, não só se dá primazia a certas exigências com o objetivo de colocar-se ordem nas coisas no presente imediato. Essa perspectiva acenaria muito pouco em esperança e seria por isso insuficiente, além de desalentadora, uma espécie de atentado ao nosso tempo. Já o espírito superior de MONTAIGNE dizia da ordem: “cette vertu morne et sombre”. Não é, pois, só a ordem que se busca por meio da normatização.

Há outros fins pelos quais se pugna na realidade social e que o Direito vai colher para dar-lhes regulação e ao mesmo tempo assegurar-lhes a dinâmica de suas regras, de modo que haja uma permanência conjugada com a atualização. Esses fins são gerados por valores, sobretudo os valores maiores — superiores, na linguagem da teoria constitucional —, que por sua vez são propulsores de direitos fundamentais, e têm na Constituição o seu âmbito peculiar, a sua sede própria. Só através do processo de positividade via constitucional é que se pode ter garantida a atualização de tais valores e conseqüentemente a sua permanência. Resta, porém, que se tenha na Constituição a um tempo a Lei Suprema na totalidade do ordenamento jurídico e um capítulo denso do Estatuto do Homem.

# A Constituição Brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas

ANA LUCIA DE LYRA TAVARES

Professora Adjunta de Direito Constitucional Comparado da PUC/RJ, Assessora Técnica do Senado Federal em 1987/1988

## SUMÁRIO

*Introdução. 1. Elaboração do novo texto constitucional. 1.1. Quadro sócio-político. 1.2. Processo de elaboração. 2. Fontes de direito estrangeiro na Constituição de 1988. 2.1. Fontes portuguesas. 2.2. Fontes espanholas. 2.3. Fontes italianas. 2.4. Fontes francesas. 2.5. Fontes latino-americanas. 2.6. Fontes de direito anglo-americano. 2.7. Reflexão sobre essas recepções de direito. 3. Outras inovações do Texto de 88. Vigência inicial. Conclusão.*

### Introdução

Desde 5 de outubro de 1988, o Brasil vive sob mais um texto constitucional, o sétimo de sua história político-jurídica (1).

Confrontar esse número com a sóbria produção de Constituições dos sistemas de *Common Law*, particularmente com o bicentenário texto ame-

---

Trabalho desenvolvido e concluído em 1989, a partir de contribuição apresentada em Simpósio realizado na PUC/RJ sobre a nova Constituição, em novembro de 1988.

(1) Precederam-no, como se sabe: a *Constituição imperial de 1824*, inspirada sobretudo, nas Constituições francesas (1791 e 1814), na de Cádiz (1812) e em convenções e textos constitucionais ingleses. Incorporou inovações como a instituição de um Poder Moderador, ao lado dos outros três Poderes tradicionais — idéia do nobre francês Clermont-Tonnerre, difundida pelo publicista Benjamin Constant — e conviveu, a partir de 1847, com práticas parlamentaristas, as quais subsistiram, com resultados positivos para a estabilidade institucional, até o advento da República; a *Constituição republicana de 1891* (V. João Barbalho, um de seus mais autorizados comentaristas — *Constituição Federal Brasileira — Comentários*, Rio de Janeiro, Cia. Litho-Typographica de Sapobemba, 1902), modelada (Continua)



ricano<sup>(2)</sup>, é tarefa desnecessária, além de negativa. Desnecessária, porque se trata de sistemas que, por sua natureza, atualizam os textos constitucionais, sobretudo através do Judiciário, diversamente dos membros de outras famílias de direito — para retomarmos uma expressão consagrada por René David<sup>(3)</sup> — que o fazem, predominantemente, pela via legislativa. Negativa, porque da comparação, sempre vantajosa, sob este aspecto, para o sistema jurídico anglo-americano, decorreria uma constatação de inferioridade qualitativa das sucessivas Constituições, em particular das romanistas, supostamente incapazes de sobreviver às mutações sócio-políticas, ao contrário do que se verifica, no plano formal, particularmente com a Constituição americana.

Na verdade, considerações desse tipo teriam alguma procedência se baseadas em comparações no interior da mesma família jurídica, e, ainda assim, sujeitas à identificação, em cada caso, das razões geradoras de uma proliferação de textos constitucionais. Se se cotejam, por exemplo, o exemplo suíço, com apenas duas Constituições formais (1848 e 1874), e o francês, cujo número se eleva a doze (1791, 1793, 1799, 1814, 1830, 1848,

(Continuação da nota 1)

na dos EUA, sob a influência predominante do então Ministro da Fazenda Rui Barbosa, notável conhecedor dos direitos inglês e americano, introdutora da federação, do sistema presidencial de governo e consagradora da República, já agora centenária; a *Constituição de 1934*, um de nossos melhores textos, que teve como fonte as Constituições do México (1917), de Weimar (1919), da Espanha (1931) e que adotou a linha de reconhecimento formal dos direitos sociais e econômicos. Teve, porém, vigência efêmera, incompatível que era com o regime forte do Estado Novo, implantado por Vargas, três anos depois. Este outorgou a *Carta de 1937*, centralizadora, corporativista e autoritária, que vigorou, em tese, até o término do período ditatorial, em 1945, isto, porque grande parte de seus dispositivos ficaram suspensos, preferindo Vargas governar por meio de decretos-leis, ignorando o Congresso; a *Constituição de 1946*, marcadamente liberal, retomou a orientação do Texto de 1934, sofrendo influência, entre outras, da Constituição francesa do mesmo ano (V. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, Rio de Janeiro, 1947); em 1967, novo texto foi outorgado à Nação durante o regime militar, implantado em 1964, com ostensivo fortalecimento dos poderes da União e do Executivo, além de restrições ao exercício dos direitos fundamentais (V. Paulo Sarasate, *a Constituição do Brasil ao alcance de todos*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1967); em 1969, sob o mesmo regime, o Texto de 1967 recebeu uma primeira emenda que, pela abrangência e profundidade das alterações nele introduzidas, foi considerada, por alguns, como uma nova Constituição (V. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1984, p. 45). Contudo, formalmente, trata-se de uma emenda ao Texto de 67 (V. a publicação do Senado Federal, *Constituições do Brasil (1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações)*, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986, vol. I) razão pela qual a Constituição de 1988 é o sétimo texto constitucional brasileiro.

(2) V., por exemplo, "200 anos de Constituição". *Folha de S. Paulo*, de 17-9-1987, p. A2, em que, apontadas algumas diferenças básicas do texto americano, aconselha-se ao constituinte brasileiro inspirar-se no seu sintetismo.

(3) V. René David, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, 1978, p. 21.

1852, 1870, 1875, 1940, 1946 e 1958<sup>(4)</sup>, é certo que vários aspectos devem ser examinados, entre eles, obviamente, a posição de neutralidade do primeiro e os muitos conflitos externos e internos do segundo, ao final dos quais emergia uma nova Constituição.

Nos países latino-americanos, por sua vez, um número reduzido de Constituições não está, forçosamente, associado à maior longevidade dos textos, uma vez que eles podem ter sido mantidos, apenas formalmente, durante longos períodos autoritários, para fins externos, ou para conferir uma aparência democrática aos regimes, sem aplicação efetiva de grande parte de seus dispositivos<sup>(5)</sup>.

Entretanto, é inegável que, guardadas cautelas dessa espécie, observa-se, nos estados em desenvolvimento, um número de Constituições bastante superior à média controlada nos sistemas romano-germânicos desenvolvidos, revelando, não somente a instabilidade das instituições políticas, resultante das repetidas crises de poder<sup>(6)</sup>, mas também o apego ao formalismo constitucional, com a edição imediata de textos básicos que visam a consagrar, no plano jurídico, a ordem política vitoriosa.

Sobre este tradicional apego dos países latino-americanos ao legalismo, à adesão imediata aos mais modernos enunciados do direito constitucional, muito se tem escrito<sup>(7)</sup>.

As causas prendem-se, em grande parte, à formação bacharelística de suas elites, legadas, no caso brasileiro, pela educação jesuítica, que conferia primazia ao ensino das letras e das leis, em detrimento dos estudos técnicos e científicos.

A condição de bacharel proporcionava um *status* social elevado, atraindo, por isso mesmo, para os cursos jurídicos e de letras não somente as classes sociais predominantes, como também as que visavam a alçar-se,

(4) Seguindo-se o critério de Georges Burdeau (*Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, L.G.D.J., 1976, pp. 283 a 436) que não inclui na contagem das Constituições francesas os textos de Rivet (1871) e de Broglie (1873), diferentemente de outros publicistas, como Pierre Pactet (*Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Masson et Cie. Editeurs, 1971, p. 102).

(5) Na Argentina, por exemplo, sobrevive ainda a Constituição de 1853, inúmeras vezes emendada e reformada, bem entendido; na Colômbia, igualmente, remanesce a Constituição original de 1886, com elevado número não só de atualizações, como também de eclipses.

(6) V., v.g., os casos boliviano e equatoriano, com suas dezenas de Constituições.

(7) V. a lúcida e oportuna análise de José Guillermo Andueza Acuña, Professor de Direito Constitucional na Venezuela, sobre "Los cambios constitucionales en América", na obra coletiva que, sob este mesmo título, divulga trabalhos apresentados no Primeiro Congresso Latino-Americano de Direito Constitucional, com edição da Universidade Autónoma do México, 1977. Em relação ao Brasil, v. os clássicos estudos de Oliveira Vianna (*O idealismo da Constituição*, Rio de Janeiro, Ed. Terra e Sol, 1927), do sociólogo francês Jacques Lambert (*Os dois Brasis*, São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1976) e, nas páginas do *American Journal of Comparative Law*, o trabalho do Professor Keith S. Rosenn ("The Jeito: Brazil's institutional bypass of the formal legal system and its developmental implications", vol. XIX, nº 3, 1971, sobretudo p. 528).

naquela sociedade miscigenada e móvel<sup>(8)</sup>. O sociólogo José Arthur Rios, em exame preciso e abrangente do tema, nota que o bacharelismo, mais do que a valorização do diploma jurídico, retrata uma mentalidade, e destaca, a propósito, a seguinte observação surpresa de James Bryce, ao visitar o Brasil no início do século: "É estranho constatar que, tanto aqui, como em outros países da América do Sul, homens de indiscutível talento são habitualmente seduzidos por frases e preferem palavras a fatos."<sup>(9)</sup>

Deve-se registrar, porém, nos últimos tempos, uma reação a esta postura teórica e idealista, como nítido predomínio de correntes mais técnicas e pragmáticas. Esta reação, entretanto, constatada, particularmente, durante os regimes autoritários, como que se debilita em épocas de prática democrática, ressurgindo, com força aqueles traços próprios da cultura bacharelística.

O texto constitucional de 88 não foge à regra dos anteriores: é documento atualizado com as mais recentes tendências do constitucionalismo contemporâneo, incorporando as principais inovações do direito estrangeiro, em especial no campo dos direitos e garantias fundamentais<sup>(10)</sup>.

A persistência desse idealismo jurídico não surpreende, pois que ele decorre da formação legalista dos autores do novo Texto. Ela denota, igualmente, uma crença profunda no poder transformador de uma Constituição que, beneficiária do apoio das forças representativas da sociedade, torne-se instrumento para a superação dos graves problemas econômicos e sociais com que se defronta o País<sup>(11)</sup>.

(8) Gilberto Freyre dedica todo um capítulo de *Sobrados e Mucambos* (Liv. José Olympio Editora, 6ª ed., 1981, vol. II, p. 573 e segs.) à "ascensão do bacharel e do mulato", uma das características principais dessa sociedade em urbanização, na qual o *Sobrado* substitui a *Casa Grande* do período predominantemente rural e patriarcal.

(9) V. José Arthur Rios, "bacharelismo", in: *Dicionário de Ciências Sociais*, Ed. da Fundação Getúlio Vargas, 1986, p. 109. V., também, Alberto Venancio Filho, *Das Arcadas ao Bacharelismo*, São Paulo, Ed. Perspectiva, 2ª ed., 1982, além dos estudos clássicos de Fernando de Azevedo (*A transmissão da cultura*, terceira parte da obra *A Cultura Brasileira*, Ed. Melhoramentos e INL, 1976) e de Gilberto Freyre.

(10) Relembre-se a precedente observação de Jacques Lambert, ao discorrer sobre o acompanhamento constante, por parte da América Latina, dos principais movimentos políticos europeus e norte-americanos: "A América Latina não cessa de querer acompanhar a reforma das instituições, embora seu desenvolvimento econômico e social não tenha, de forma nenhuma, seguido aquele do mundo do Atlântico Norte. Garantias das liberdades individuais, declarações de direitos e econômicos e sociais, princípios do sufrágio universal, a América Latina nunca está atrasada". (*Amérique Latine*, PUF, 1968, pp. 165-166).

(11) V. Afonso Arinos de Melo Franco "Aula inaugural na Universidade Federal do Paraná", in: *Estudos Brasileiros*, nº 13, vol. 8, 1982, p. 104. Garcia Cotarelo concebe a Constituição "como um instrumento dinâmico, quase como um mecanismo, um centro motor de um sistema que permite sua utilização com fins de transformação social e econômica", *apud* Manoel Contreras "Sobre las transformaciones constitucionales", in: *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nº 16, julho/agosto, 1980, p. 170.

Essa concepção instrumental da Constituição, evidentemente, é mais encontrada nos Estados em desenvolvimento, cômicos das dificuldades de implementação de suas Leis Fundamentais, mas nem por isso dispostos a deixarem de nelas consignar seus objetivos maiores. Fazem-no de modo cada vez mais detalhado, com percentual elevado de dispositivos programáticos.

Tais peculiaridades, todavia, não desestimulam as comparações com as Constituições dos países desenvolvidos. Elas, ao contrário, propiciam esclarecimentos àqueles que se dedicam aos estudos jurídicos comparados.

A título de ilustração, relembremos que, mesmo em relação à Constituição americana, tão diversa em sua concepção e aplicação das Constituições latino-americanas em geral, e da brasileira, em particular, as análises são freqüentes e, sob determinados ângulos, bastante produtivas, em vista da influência exercida por suas idéias-mestras nos textos dos países do Sul do Continente<sup>(12)</sup>.

Neste trabalho, procuraremos salientar, num plano global, aspectos suscetíveis de despertar maior interesse nos comparatistas, ao percorrermos, não somente, as principais fases do processo constituinte brasileiro, as ino-

---

(12) V., entre outros, para nos atermos aos mais recentes: Afonso Arinos de Melo Franco, *Algumas Instituições Políticas no Brasil e nos Estados Unidos*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1975, em que são examinadas, notadamente, as distorções do sistema federativo brasileiro em relação ao seu modelo americano; Aliomar Baleeiro, *O Supremo Tribunal, esse outro desconhecido*, Ed. Forense, 1968, que focaliza a evolução da mais alta Corte do Brasil, incluindo constantes paralelos com a dos Estados Unidos; Câmara dos Deputados, *O Bicentenário da Revolução Americana*, Centro de Documentação e Informação, Brasília, 1976, obra resultante de ciclo de conferências que reuniu os seguintes expositores brasileiros e norte-americanos: Osvaldo Trigueiro, Richard Scammon, Daniel Boorstin, Vianna Moog (o autor da clássica comparação *Bandeirantes e Pioneiros*, em que identifica os contrastes fundamentais entre Brasil e Estados Unidos a partir da diversidade de processos de colonização, de composição étnica, de formação religiosa etc.) e Gilberto Freyre; o prefácio de Paulo Bonavides à obra coletiva *A Constituição Norte-Americana*, editada por Robert Goldwin e William Schambra, em 1980 e 1982, nos EUA, e, no Brasil, em 1986, pela Ed. Forense-Universitária, no qual salienta a oportunidade do lançamento do livro durante os debates constituintes; trabalhos do Simpósio sobre a Experiência Constitucional Norte-Americana, promovido pela *The American Bar Association* e o Instituto dos Advogados Brasileiros, de 9 a 12 de dezembro de 1985, no Rio de Janeiro; Comunicações ao Seminário "Constituinte: a experiência americana e o processo brasileiro", promovido pela Universidade de São Paulo, sob a coordenação do Professor Octávio Bueno Magano, em 17 e 18 de dezembro de 1986; José Nilo de Castro, "Considerações sobre o veto no Direito Comparado", *Revista de Informação Legislativa*, vol. 16 (64), out./dez. 1979, pp. 167-190; Aricé Moacyr Amaral Santos, "Os poderes Legislativo e Executivo nas Constituições da Inglaterra, dos Estados Unidos e do Brasil", *Vox Legis*, vol. 13 (153), set. 1981, pp. 1-33; Mauro Andrade Rosa, "O veto nos Estados presidencialistas. Algumas reflexões sobre o veto no Brasil e nos Estados Unidos da América do Norte", *Revista de Informação Legislativa*, vol. 23 (89), jan./mar. 1986, pp. 139-168; Fernanda Dias Menezes de Almeida "Considerações sobre os rumos do federalismo nos Estados Unidos e no Brasil", *Revista de Informação Legislativa*, 24 (96), out./dez. 1987, pp. 57-64.

vações relevantes do Texto de 88 e as primeiras avaliações de sua vigência inicial, mas, sobretudo, as fontes de direito estrangeiro que foram privilegiadas pelo legislador constituinte.

## 1. *Elaboração do novo texto constitucional*

As condições em que é produzida uma Constituição refletem-se, obviamente, não apenas em seu conteúdo, como também em sua aplicação. O reconhecimento da importância dessas condições, que dizem respeito ao momento histórico, ao processo de formação do corpo de constituintes, às técnicas por eles empregadas, às influências sobre eles exercidas, etc., levou especialistas do *American Enterprise Institute*, em iniciativa inédita, a reunir, em Washington, em 1983, personalidades diretamente envolvidas na elaboração das Constituições de 8 países (França, Grécia, Estados Unidos, Iugoslávia, Espanha, Egito, Venezuela e Nigéria), além de outros peritos na matéria. Tais personalidades foram solicitadas, mediante questionário, a expor as circunstâncias que haviam ditado o advento de cada Constituição focalizada, as formas de escolha e de composição do órgão encarregado de elaborá-la, a prioridade concedida ao trato de determinadas questões, etc. (13).

Abordaremos, pois, neste item, aspectos relevantes do quadro sócio-político em que foi elaborada a Constituição brasileira vigente, bem como particularidades do processo empregado em sua confecção, que possam constituir indicações úteis para o seu estudo.

### 1.1 *Quadro sócio-político*

Destacam-se, nesse quadro, em nosso entender, de um lado, as expectativas majoritárias relativas aos objetivos a serem alcançados ao término de um longo e gradual processo de transição do regime autoritário para o democrático (14) — precipuamente a realização de eleições livres e diretas para a Presidência da República e a convocação de uma Assembléia Constituinte exclusiva — e de outro, as injunções decorrentes do próprio processo de transição, que dificultaram a consecução integral daqueles objetivos.

---

(13) V. Robert A. Goldwin and Art Kaufman, *Constitution Making: The Experience of eight Nations*, Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1988. O representante do Brasil, neste Seminário, foi o Senador Afonso Arinos de Melo Franco, que dirigia, na época da reunião, ampla pesquisa junto a segmentos representativos da sociedade brasileira sobre as principais expectativas quanto a uma nova Constituição (*Por uma nova Constituição*, número especial da *Revista de Ciência Política*, Fundação Getúlio Vargas, dezembro, 1984). V., também, de Afonso Arinos, "Processos contemporâneos de elaboração das Constituições", in: *Revista de Ciência Política*, vol. 27, abril, 1984, pp. 1-32.

(14) O gradualismo da transição democrática no Brasil tem despertado o interesse de politólogos estrangeiros, enriquecendo as comparações de processos de características afins. V., por exemplo: Riordan Roett, "The transition for demo- (Continua)

Recorde-se, esquematicamente, que, desde o final dos anos 70, o governo militar, sob a pressão de vários grupos organizados, notadamente o partido de oposição, os sindicatos, a Igreja, entidades profissionais como a Ordem dos Advogados, etc., vinha promovendo uma abertura do regime em "sístoles e diástoles", no dizer de um dos seus principais mentores<sup>(15)</sup>. O estabelecimento de um verdadeiro calendário eleitoral — não obstante a fixação de regras que visavam a assegurar a presença predominante do partido governamental nas principais esferas do poder — possibilitou, em 1982, a ascensão significativa da oposição aos governos estaduais<sup>(16)</sup> e a intensificação do ritmo da transição democrática. A idéia de uma Assembleia Constituinte, lançada oficialmente na Convenção Nacional do Movimento Democrático Brasileiro (MDB), em 1977, somente veio a receber maiores adesões das facções governamentais, em 1982, defensores, porém, de um outro *modus faciendi*, o Congresso Constituinte<sup>(17)</sup>.

Paralelamente a essa idéia de convocação de uma Constituinte exclusiva, crescia o movimento em prol de eleições presidenciais livres e diretas,

(Continuação da nota 14)

cratic government in Brazil", *World Politics*, 38, January, 1986, pp. 371-382; Peter McDonough, "Repression and Representation in Brazil", *Comparative Politics* 15, October, 1982, p. 73-99; Thomas R. Rochon e Michael J. Mitchell, "Social Bases of the Transition to Democracy in Brazil", *Comparative Politics*, April 1989, pp. 307-322; Scott Mainwaring e Donald Share, "Transitions through Transaction: Democratization in Brazil and Spain", in: *Political Liberalization in Brazil*, dynamics, dilemmas and future prospects, Wayne Selcher ed., 1986, pp. 175-215; Claudette Savonnet-Guyot, "Brésil 1984: la redémocratisation tranquille — chronique d'une campagne présidentielle", in: *Revue Française de Science Politique*, nº 2, avril 1985, pp. 262-277.

(15) A expressão é atribuída ao General Golbery do Couto e Silva, então Chefe da Casa Militar do General Ernesto Geisel, que exerceu a Presidência da República de 1974 a 1979.

(16) O constitucionalista e político português Jorge Miranda observa que, diversamente do ocorrido em Portugal antes de 25 de abril de 1974, no Brasil a oposição "nunca foi completamente banida da vida política e legal e pode ascender, por meio de eleições, ao Congresso e a Governos Estaduais." ("A transição constitucional brasileira e o Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos", in *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Brasília, nº 94, abril/jun., 1987, p. 29.

(17) Em 1979, Petrônio Portela, Ministro da Justiça, admitia a possibilidade de ser elaborada uma nova Constituição, mas sem Constituinte (*Gazeta Mercantil*, 25 de dezembro de 1979). Em 1980, o então Senador José Sarney sugeria a criação de uma Comissão interpartidária e de juristas para adaptar o Texto Constitucional de 67/69 às realidades criadas pela abertura política (*Correio Braziliense*, 4 de janeiro de 1980); no mesmo ano, Afonso Arinos, que seria reeleito Senador em 1987, ia à Câmara Federal defender a sua tese de uma constituinte instituída, que poderia ser convocada pelo próprio Congresso Nacional, por meio de uma resolução legislativa modelada na resolução concorrente do sistema americano (*V. Poderes Constituintes do Congresso*, Brasília, Senado Federal, 1981, p. 30). Ainda em 1980, Tancredo Neves, Presidente do Partido Popular, uma das cinco agremiações que haviam resultado da reforma da legislação partidária de 1979, pronunciou-se a favor da mesma tese (*O Globo*, 15 de novembro de 1980), no que discordava do Deputado Ulysses Guimarães, adepto da Constituinte exclusiva (*O Estado de S. Paulo*, 19 de novembro de 1980).

o qual atingiu o seu clímax em 1984, com a realização de comícios-gigantes por todo o País.

Frustraram-se, entretanto, estas duas expectativas. A primeira porque prevaleceu a fórmula da outorga de poderes constituintes ao Congresso eleito em 1986; a última, em vista da manutenção do Colégio Eleitoral, com a rejeição, pelo Congresso Nacional, em 25 de abril de 1984, de emenda que reintroduzia a eleição presidencial direta. Foi, por conseguinte, através do Colégio Eleitoral composto pelos congressistas, que a Aliança Democrática, resultante da reunião de dissidentes do partido do governo (PDS) e dos partidos oposicionistas, elegeu para Presidente Tancredo Neves, então Governador do Estado de Minas Gerais, e para Vice o Senador José Sarney, recém-egresso do partido governamental.

Para a figura do Presidente eleito convergiam as esperanças de uma conciliação nacional, particularmente em termos de um amplo pacto econômico e social que, a exemplo do ocorrido na transição espanhola, conferisse bases sólidas para o bom encaminhamento das reformas institucionais na, por ele mesmo denominada, Nova República. O seu falecimento, em 21-4-85, e a assunção à Presidência da República do Vice-Presidente, José Sarney, até então vinculado à corrente partidária do governo anterior, modificou o quadro das expectativas e, sobretudo, a correlação das forças fiadoras do processo de transição.

Acrescente-se a essas frustrações o insucesso do Presidente Sarney nas negociações junto às lideranças sindicais e empresariais para a realização de amplo acordo social e econômico que precedesse a elaboração do Texto Constitucional. Após conhecer um índice elevado de popularidade com os resultados positivos, mas efêmeros, do chamado "Plano Cruzado" — concebido na gestão do Ministro da Fazenda Dilson Funaro, e que concorreu para conduzir, maciçamente, nas eleições de 1986, os representantes do PMDB às governanças estaduais e ao Congresso — o grau de credibilidade no Governo foi decrescendo à medida em que fracassavam os sucessivos planos de combate à inflação, de soerguimento da economia e de redução dos desníveis sociais.

Inclua-se, igualmente, neste quadro, a fragilidade das agremiações partidárias<sup>(18)</sup>, as quais, além de se ressentirem das excessivas exigências legais que haviam presidido, em 1979, o retorno ao pluripartidarismo, procuraram, para compensá-las, adotar programas suscetíveis de atrair grandes parcelas do eleitorado, na linha dos *catch-all-parties*, com o fim de viabili-

(18) São numerosos os estudos brasileiros sobre a matéria. Entre os de indicação obrigatória, citem-se: Afonso Arinos de Melo Franco, *História e Teoria dos Partidos Políticos no Brasil*, Editora Alfa-Omega, 1980, e, do mesmo autor, "Os partidos políticos brasileiros", *Revista de Ciência Política*, vol. 25, (2), Fundação Getúlio Vargas, maio/agosto, 1982, pp. 7-13; David Fleischer, *Os partidos políticos no Brasil*, UNB, 1981; Vamireh Chacon, *História dos Partidos Políticos*, UNB, 1981; Olavo Brasil de Lima Júnior, *Partidos Políticos Brasileiros: a experiência* (Continua)

zar a sua criação e o seu funcionamento. Essa debilidade dos vínculos programáticos e a supressão do princípio da fidelidade partidária, pela Emenda Constitucional n.º 25, de 15-5-1985, estimularam uma verdadeira “coreografia partidária”<sup>(10)</sup>, a que ainda hoje continua a assistir-se.

Concentrados em suas manobras eleitorais, os partidos, de modo geral — com exceção do Partido dos Trabalhadores (PT), organizado a partir de bases sindicais —, deixaram de representar um estuário para as reivindicações sociais mais imediatas, as quais passaram a ser canalizadas para entidades profissionais, organizações comunitárias e grupos religiosos, especialmente os vinculados à Igreja Católica.

Neste quadro de frustrações quanto às principais expectativas, de insucesso das tentativas de pactos econômico-sociais, de distanciamento dos novos partidos dos reclamos sociais mais prementes, enfim, de desencontro entre o Estado e a Sociedade, deu-se andamento ao projeto de elaboração de uma Constituição, destinada a ser o fecho do longo período da transição democrática<sup>(20)</sup> e a lançar as bases institucionais da Nova República.

Poucas vozes defenderam o retorno à Constituição de 1967, em sua primitiva forma, i.e., sem a emenda global de 1969<sup>(21)</sup>. Entretanto, como notam muitos analistas, embora não houvesse ocorrido uma verdadeira ruptura institucional a justificar a convocação de uma Constituinte, dadas as condições da transição, observa-se um sentimento generalizado contra a

---

(Continuação da nota 18)

*federal e regional, 1945-1964*. Rio de Janeiro, Graal, 1983; Maria do Carmo Campello de Souza, *Estado e Partidos Políticos no Brasil (1930-1964)*, São Paulo, Alfa-Ômega, 1976; Bolivar Lamounier e Rachel Meneguello, *Partidos Políticos e a Consolidação democrática: o caso brasileiro*, São Paulo, Braziliense, 1986; *Partidos Políticos no Brasil*, Instituto Tancredo Neves/Fundação Friedrich Naumann, 1987, que reúne estudos sobre os partidos antigos e atuais, com análises sobre sua atuação na Constituinte, dos seguintes autores: Octaciano Nogueira, Orlando Carvalho, Oscar Corrêa, Ronaldo Poletti, Olavo Brasil de Lima Júnior, Lytton Guimarães, André Gustavo Stumpf Alves de Souza, Bolivar Lamounier, Marco Maciel. O tema tem, igualmente, atraído politicólogos estrangeiros como: Scott Mainwaring, “Political Parties and Democratization in Brazil and the Southern Cone”, *Comparative Politics*, vol. 21 (1), oct. 1988, pp. 91-120 e Alain Rouquié, *Les Partis Militaires au Brésil*, Paris, Presses de La Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1980.

(19) Apud Afonso Arinos, “Os partidos políticos brasileiros”, op. cit., p. 9.

(20) V. discurso do Ministro José Carlos Moreira Alves, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, na instalação da Assembléia Nacional Constituinte, reproduzido por Paulo Bonavides e Paes de Andrade, *História Constitucional do Brasil*, ed. Paz e Terra, 1989, p. 819.

(21) V., entre outros: Roberto Campos, “Da tribuna do Senado, um veemente apelo à racionalidade”, *Digesto Econômico*, 302, agosto, 1983, pp. 28-29; João de Santiumburgo, no mesmo periódico, pp. 72-74). Para o constitucionalista português Jorge de Miranda a “Constituição de 1967-1969 era modificável de modo a ser posta em consonância com as aspirações do País (...) mas aparecia identificada com a ditadura pela sua origem e pela sua prática”, op. cit., p. 31.



preservação de um texto, ainda que reformado, associado ao regime autoritário, e desprivado de legitimidade popular<sup>(22)</sup>.

Constava do "Compromisso da Aliança Democrática", que formalizou a reunião das forças que concorreram para a transição, o objetivo de reorganização institucional, "uma nova Constituição fará do Estado, das leis, dos partidos políticos, meios voltados para a realização do homem — sua dignidade, sua segurança e seu bem-estar"<sup>(23)</sup>. Realçava, por igual, este objetivo, o Presidente Tancredo Neves, em discurso, após sua eleição pelo Colégio Eleitoral, em 15-1-1985, ao dar-lhe prioridade, convocando a todos para "o grande debate constitucional"<sup>(24)</sup>.

## 1.2. Processo de elaboração

### 1.2.1. Pré-constituente

Frustrada a expectativa das eleições presidenciais diretas, intensificou-se o movimento pró-constituente. Inúmeros estudos, individuais e coletivos, além de projetos de Constituição, foram sendo divulgados. Há muito não se escrevia tanto, no País, sobre direito constitucional<sup>(25)</sup>.

(22) Paulo Bonavides observa que, embora não tenha ocorrido uma ruptura institucional a justificar a convocação de uma Constituinte, "nem por isso a ruptura deixa de ser a nota precedente do quadro constituinte instalado em 1987, visto que ela se operou na alma da Nação" (V. *História Constitucional*, op. cit., na qual são examinadas as principais fases do processo constituinte de 87-88, além de reproduzir documentos-chaves desse período).

(23) *Ibid.*, p. 801.

(24) *Ibid.*, p. 806.

(25) V., por exemplo, o *Anteprojeto de Constituição apresentado pela Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do Rio Grande do Sul*, em setembro de 1981, e, Porto Alegre; a pesquisa, já citada, *Por uma Nova Constituição: as aspirações nacionais*, realizada pelo Instituto de Direito Público e Ciências Políticas da Fundação Getúlio Vargas, que, de 1980 a 1984, sob a direção do Professor Afonso Arinos de Melo Franco, dedicou-se a analisar questionários enviados a diversos segmentos da população para identificar as principais expectativas quanto a um novo texto constitucional, bem como a desenvolver estudos doutrinários e a examinar material de natureza diversa sobre o assunto. Esta pesquisa, a primeira do gênero empreendida no País, inspirou-se em procedimento do mesmo tipo adotado, em 1967, pelo governo suíço que fez um levantamento das opiniões dos cantões, universidades, partidos e outras entidades quanto a uma reforma constitucional (V. *Groupe de travail pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale — Rapport Final*, Berne, Centrale fédérale des imprimés et du matériel, 1971); o Projeto do Partido dos Trabalhadores (PT), elaborado pelo Prof. Fabio Konder Comparato e apresentado sob o título *Muda Brasil*; o *Projeto do Partido Comunista Brasileiro*, o *Anteprojeto de Constituição da Associação dos Magistrados Brasileiros*, 1982; *Uma nova organização político-constitucional para o Brasil de hoje*, obra coletiva editada pela Universidade Federal do Ceará, 1982; "Reforma da Constituição Federal (Mesa-Redonda)", *Revista de Ciência Política*, vol. 24 (3), 1981, pp. 94-116; Dalmo de Abreu Dallari, *Constituição e Constituinte*, Ed. Saraiva, 1982; Raymundo Faoro, *Assembléia Constituinte — a legitimidade recuperada*, Ed. Brasiliense, 1981; Ronaldo Poletti, *Da Constituição à Constituinte*, Forense, 1986; Miguel Reale, *Por uma Constituição brasileira*, Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

Em 18 de julho de 1985, o Presidente Sarney, dando seguimento a projeto de Tancredo Neves, convocou a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (Decreto n.º 91.450), composta de 50 personalidades, sob a presidência do constitucionalista Afonso Arinos de Melo Franco, cujo nome ficou associado ao daquele Colegiado. A Comissão, integrada não apenas de juristas, mas também de empresários, sindicalistas, escritores, sociólogos, economistas, enfim, de representantes ilustres dos mais variados setores da sociedade brasileira<sup>(26)</sup>, dividiu-se em cinco Comitês (Recife, São Paulo, Brasília, Minas Gerais e Rio de Janeiro), para, preliminarmente, desenvolver seu trabalho em termos regionais, reunindo-se, mais tarde, em sua composição integral, no Rio de Janeiro. Nesta segunda fase, subdividiu-se em 10 Comitês temáticos<sup>(27)</sup>. Constituíram-se, por fim, nos moldes do processo constituinte português, também um Comitê de Sistematização e um outro de Redação<sup>(28)</sup>.

Durante as etapas iniciais, grande foi o número de sugestões populares enviadas aos chamados "notáveis", cujos debates eram abertos ao público, com vasta cobertura da imprensa. Tachada, a princípio, de elitista e de conservadora, a Comissão passou, depois, a ser qualificada de progressista, na medida em que iam sendo votados os capítulos das ordens econômica e social, e acentuava-se a orientação estatizante e nacionalista.

(26) Eram os seguintes os membros da Comissão: Afonso Arinos (jurista), Alberto Venâncio Filho (jurista), Antônio Ermírio de Moraes (empresário), Barbosa Lima Sobrinho (escritor e jornalista), Bolívar Lamounier (politicólogo), Cândido Mendes de Almeida (sociólogo), Célio Borja (jurista e político), Celso Furtado (economista), Claudio Pacheco (jurista), Claudio Lacombe (jurista), Clóvis Ferro Costa (jurista), Cristovam Buarque (engenheiro e politicólogo), Edgar da Mata Machado (jurista), Eduardo Portella (escritor), Evaristo de Moraes Filho (jurista e sociólogo), Fajardo Faria (jurista), Padre Fernandes Bastos de Ávila (sociólogo), Floriza Verucci (jurista), Gilberto de Ulhôa Canto (jurista), Gilberto Freyre (sociólogo), Reverendo Guilhermino Cunha (pastor), Hélio Jaguaribe (sociólogo), Hélio Santos, Hilton Ribeiro da Rocha (médico), João Pedro Gouveia Vieira (empresário), Joaquim Falcão Neto (jurista e sociólogo), Jorge Amado (escritor), Josaphat Marinho (jurista e político), José Afonso da Silva (jurista), José Alberto Assumpção (jurista), José Francisco da Silva (líder sindical), José Meira (empresário), José Paulo Sepúlveda Pertence (jurista), José Saulo Ramos (jurista), Laerte Ramos Vieira (jurista), Luís Eulálio Vidigal Filho, (empresário), Luís Pinto Ferreira (jurista), Mário de Souza Martins (político), Mauro Santayanna (jornalista), Miguel Reale (jurista), Miguel Reale Júnior (jurista), Ney Prado (jurista), Odilon Coutinho (empresário), Orlando Carvalho (jurista e politicólogo), Paulo Brossard (jurista e político), Rafael de Almeida Magalhães (político), Raul Machado Horta (jurista), Rosah Russomano (jurista), Sérgio Quintella (empresário), Walter Barelli (economista).

(27) Tais Comitês versaram os seguintes temas: 1. Princípios fundamentais, organização internacional e declaração de direitos; 2. Federação e Organização Tributária; 3. Poder Legislativo e Organização partidária; 4. Executivo; 5. Judiciário e Ministério Público; 6. Educação, Cultura e Comunicações; 7. Condições ambientais, saúde, ciência e tecnologia; 8. Ordem Econômica; 9. Ordem Social; 10. Defesa do Estado, da sociedade civil e das instituições democráticas.

(28) V. o artigo supracitado de Jorge Miranda, em que analisa a riquíssima contribuição da Comissão de Estudos Constitucionais e a sua larga inspiração na Constituição portuguesa de 1976.

Em 18 de setembro de 1986, a CEC encerrava sua missão, entregando ao Presidente Sarney um Anteprojeto extenso (468 artigos), inovador e polêmico<sup>(29)</sup>, no qual se propunha um sistema semiparlamentarista de governo, um dos motivos mais fortes, segundo muitos, para que o Presidente Sarney não o encaminhasse à Assembléia Constituinte. Outros aditam a essa mais duas razões: o fato de a Comissão não ter sido constituída para a confecção de um Anteprojeto, mas, nos termos do decreto de sua criação, para “desenvolver pesquisas e estudos fundamentais no interesse da Nação brasileira”<sup>(30)</sup>, não obstante o objetivo do falecido Presidente Tancredo Neves, explicitado em seu não-pronunciado discurso de posse, que era o da feitura de um Anteprojeto<sup>(31)</sup>; e o desencontro entre as diretrizes nacionalistas e estatizantes do documento e a linha de privatização da política governamental<sup>(32)</sup>. A pretexto, pois, de não tolher a liberdade e a soberania da Constituinte, o Presidente Sarney para ela não encaminhou o Anteprojeto da CEC, enviando-o para o Ministério da Justiça<sup>(33)</sup>.

(29) Jorge Miranda, op. cit. p. 34, nota: “nenhuma Constituinte brasileira (e talvez doutros países) terá tido, à partida, um documento tão sugestivo como o produzido pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, a Comissão Afonso Arinos; e nunca terá antes havido no Brasil um surto tão grande de estudos e projetos doutrinários sobre temas constitucionais”.

(30) O Anteprojeto da Comissão de Estudos Constitucionais (CEC) foi publicado no *Diário Oficial da União*, na edição de 28-9-1986. Sobre esse entendimento do Senador Afonso Arinos, V. “Comissão de Estudos Constitucionais”, in: *Afonso Arinos na Constituinte*, Senado Federal, Centro Gráfico, 1989, p. 87.

(31) Segundo o seu não-pronunciado discurso, destinava-se a Comissão a “elaborar esboço de Anteprojeto Constitucional, fruto do saber jurídico de seus membros, das reivindicações sociais dos setores nela representados e das idéias criadoras do povo”.

(32) V. editorial de “A Folha de S. Paulo”, de 20 de setembro de 1986, p. 8. (...) A Comissão terminou por aprovar emendas que destoam do figurino governamental”.

(33) Sobre o Anteprojeto da Comissão de Estudos Constitucionais, V. Cândido Mendes. *A inconfidência brasileira — a nova cidadania interpela a Constituinte*, Ed. Forense-Universitária, 1986; Evaristo de Moraes Filho, *A ordem social num novo Texto Constitucional*, São Paulo, LTR, 1986; Manuel Gonçalves Ferreira Filho, *O Anteprojeto dos Notáveis*, Ed. Saraiva, 1987; Ney Prado, *Os notáveis erros dos notáveis*, Forense, 1987; Miguel Reale, *Liberdade e Democracia — em torno do Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais*, São Paulo, Saraiva, 1987; Rosah Russomano “Facetas da Comissão Afonso Arinos e eu”, *Revista de Informação Legislativa*, vol. 24 (95), jul./set. 1987, pp. 281-300; vários autores, “Comissão Provisória de Estudos Constitucionais”, *Revista da Faculdade de Direito de Pernambuco*, vol. 3 (3), 1987; Leyla Castello Branco Rangel, *Anteprojeto Constitucional — Quadro Comparativo com a Constituição 1967/69*, Brasília, Senado Federal, 1986; Osny Duarte Pereira, *Constituinte: Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos*, Brasília, Senado/UNB, 1987; Ivan Vernon Gomes Torres Jr., *Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos — Índice analítico compa-*

(Continua)

### 1.2.2. Constituinte

Ressaltou-se, acima, que outra das frustrações deste início da Nova República foi a decisão do Executivo de convocar um Congresso Constituinte (Emenda Constitucional n.º 26, de 27-11-1985), e não uma Assembleia Constituinte exclusiva, ao final de cujos trabalhos seus membros se retirassem. A escolha, conforme sublinha Jorge Miranda, em sua análise imparcial, “não foi meramente técnica; teve evidente significado político. Se não se tratava já de mais uma revisão da Constituição vigente, tampouco se tratava de criar, por referência a qualquer legitimidade revolucionária, uma nova Constituição” (34). A diferença de entendimento entre o Executivo e o Congresso Constituinte, quanto ao campo de ação deste último, foi constante durante a feitura da nova Constituição, pretendendo o primeiro estender o efeito das normas da Constituição então ainda em vigor (Constituição 67, na redação da Emenda n.º 1/69) ao Texto em elaboração, particularmente no tocante à duração do mandato presidencial (35).

Este desencontro entre o Executivo e o Legislativo, na sua função constituinte, foi crescendo, na medida em que se firmavam opções deste último que, a exemplo do sucedido na CEC, contrariavam a ação governamental. A previsão de uma transferência maciça de recursos da União para os Estados, sem o correspondente deslocamento dos encargos federais para os Estados, e, ao mesmo tempo, a orientação para uma política social e econômica de feições estatizantes e nacionalistas levaram o Presidente Sarney a proferir discurso à Nação, em 26-1-1988, alertando-a para o risco da ingovernabilidade se determinados dispositivos fossem aprovados (36). No dia seguinte, o Presidente da Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, respondia à fala presidencial, apontando as inovações do projeto e salientando que “a governabilidade está no social. A fome, a miséria, a ignorância e a doença inassistida são ingovernáveis” (37).

---

(Continuação da nota 33)

*rativo*, Forense, 1987; José Feliciano de Oliveira e Zélia Araújo Almeida, *Constituição da República Federativa do Brasil e Anteprojeto da Comissão de Estudos Constitucionais — Comparação*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1987; Luis Gutemberg (org.), *Mapa Geral das Idéias e Propostas para a nova Constituição* (artigos publicados pela imprensa dos debates provocados pela Comissão Afonso Arinos), Brasília, Fundação Petrônio Portella, 1987; *Anteprojeto Constitucional (mesa redonda)*, *Revista de Ciência Política* vol. 30 (1), jan./mar. 1987.

(34) Jorge Miranda, op. cit., p. 32.

(35) V. “Defesa da Constituinte”, in: *Afonso Arinos na Constituinte*, op. cit., p. 29 e segs.; “Discurso de Sarney à Nação fixando seu próprio mandato em 5 anos (19-5-1987)”, in: Paulo Bonavides e Paes de Andrade, op. cit., pp. 890 e segs.

(36) V. “A fala de Sarney contra a Constituinte (26-7-1988)” *ibid.*, pp. 911-915.

(37) V. “A resposta de Ulysses à fala de Sarney contra a Constituinte” (27-7-1988) *ibid.*, pp. 916-917.

Em relação à organização em si dos trabalhos, lembre-se que, sem contar oficialmente com um documento-base<sup>(38)</sup>, e descartada, de saída, a idéia de formar-se uma grande comissão, os 559 constituintes distribuíram-se, inicialmente, em 24 subcomissões temáticas, cujos resultados convergiram para 8 comissões, as quais, por sua vez, canalizaram seus relatórios para uma Comissão de Sistematização, a exemplo do que se fizera na Comissão dos Notáveis, por inspiração, como foi observado, do processo constituinte português de 1976.

Da Comissão de Sistematização, a mais importante da primeira etapa da Constituinte, e que foi integrada por 93 representantes dos diversos partidos, emanou o projeto básico de Constituição, após diversas versões, em função de emendas dos próprios constituintes e de emendas populares<sup>(39)</sup>.

A admissão desse último tipo de emendas, a atuação constante e eficiente de numerosos grupos profissionais, culturais, religiosos, étnicos, econômicos e sindicais que, em grandes vagas, se deslocaram dos mais longínquos rincões para pressionar os parlamentares e a ampla divulgação cotidiana dos trabalhos da Assembléia contribuíram para conferir ao processo constituinte índices de participação popular até então nunca observados no País em atividade dessa natureza.

Sem entrarmos numa descrição minuciosa dos diversos momentos que marcaram o debate e a votação do Projeto de Constituição em plenário, recordemos, apenas, a formação do movimento suprapartidário denominado "Centrão", integrado por numerosos constituintes de centro e de direita, o qual obteve a alteração das regras regimentais. Segundo tais regras, o texto emanado da Comissão de Sistematização estava, de antemão, aprovado, limitando-se o Plenário a apresentar emendas que alterassem alguns de seus dispositivos. Arrimando-se nos termos da Emenda n.º 26, convocatória da Assembléia Constituinte, segundo a qual "A Constituição seria promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, *pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Nacional Constituinte*",

---

(38) Apesar de o texto da Comissão dos Notáveis não ter sido, oficialmente, encaminhado à Assembléia Constituinte, é visível a sua influência na nova Constituição, de certa forma facilitada pela iniciativa do Senador Afonso Arinos, único de seus membros a eleger-se para a Constituinte, de apresentar, a título de sugestão às 24 Subcomissões mencionadas, os capítulos do Anteprojeto, desmembrados segundo os temas daquelas Subcomissões (V. *Afonso Arinos na Constituinte*, op. cit., pp. 81-86).

(39) Cf. art. 24 do Regimento Interno da Assembléia Nacional Constituinte: "Fica assegurada (...) a apresentação de proposta de emenda ao Projeto de Constituição, desde que subscrita por 30.000 ou mais eleitores brasileiros, em listas organizadas por, no mínimo, 3 entidades associativas, legalmente constituídas, que se responsabilizarão pela idoneidade das assinaturas (...)". (In: *Paulo Bonavides e Paes de Andrade*, op. cit., pp. 867/868). Foram apresentadas 122 emendas populares.

e não apenas, portanto, pelos 93 componentes da Sistematização, o “Centrão” conseguiu que cada dispositivo do Projeto daquela comissão fosse votado em plenário em nível de igualdade com o das emendas a ele apresentadas.

Diga-se, ainda, que, além da discordância adjetiva, os membros do “Centrão” opunham-se a orientações fundamentais do Projeto submetido ao Plenário, não somente quanto ao grau de estatização e de nacionalização da economia, mas também quanto à forma semiparlamentarista de governo — rejeitada, ao final, em seus articulados principais — e à redução da duração do mandato presidencial, igualmente ampliada para 5 anos, após acirrados debates e intensa pressão do Executivo.

Numa apreciação global das repercussões do processo de elaboração sobre o documento constitucional, nota-se que: a vulnerabilidade de muitos parlamentares novatos aos *lobbies* e às pressões governamentais conferiu-lhe inegáveis traços corporativistas; a resolução de impasses através de acordo, em que as divergências fundamentais foram contornadas através da freqüente remissão às leis complementares e ordinárias, vem entrando a sua aplicação, devido à morosidade do processo legislativo: a descentralização dos trabalhos, sua transparência, o caráter pactual que, sob muitos aspectos, o texto assumiu, conferiram-lhe extensão considerável (315 artigos computadas às disposições transitórias) <sup>(40)</sup>, além de favorecer a inserção de normas de cunho conjuntural, muitas vezes inexequíveis <sup>(41)</sup>, que podem torná-lo precocemente obsoleto; a remoção de dispositivos parlamentaristas oriundos da Sistematização — dada a vitória da emenda presidencialista em plenário —, mas a subsistência de outros que robustecem o Legislativo, sem a previsão adequada de contrapesos para o Executivo, tem dificultado a sua implementação inicial.

Se tal processo enseja os comentários acima, a ele também devem ser atribuídos os méritos de autenticidade, de legitimidade e de contemporaneidade de que o texto se reveste.

Na emocionada comparação externada pelo Senador Afonso Arinos ao Ministro Warren Burger, ao referir-se ao ceticismo das elites em relação às imperfeições técnicas do documento e à utopia de muitos de seus dispositivos, bem como à esperança das massas que se sentiram participantes de sua confecção, “esta Constituição, de certa forma, perdendo o sacrilégio, é uma espécie de verônica do nosso povo. É a face sofrida (...) pela re-

---

(40) Distanciando-se da opinião emitida pelo Ministro Warren Burger, segundo a qual seria preferível escolher-se o caminho da síntese. Esta opinião foi dada em diálogo travado via satélite com o Senador Afonso Arinos em evento comemorativo do bicentenário do texto constitucional americano (V. *Revista de Ciência Política*, 31 (2), abr./jun. 1988, pp. 1-8).

(41) Como no caso do § 3º do art. 192, em que se fixou o tabelamento dos juros em 12% anuais.

pressão, pelos levantes ideológicos, pelas ditaduras militares. Mas é também a face gloriosa do nosso povo. (...) A penetração dos problemas sociais no seio das elucubrações jurídicas (...) é uma realidade do que está acontecendo no Brasil" (42).

No que se refere à contemporaneidade, inegavelmente a nova Constituição está em dia com as mais recentes formulações dos direitos e garantias fundamentais, com a constitucionalização de determinadas matérias, com o reconhecimento de mecanismos que permitam associar, de forma mais efetiva, o cidadão à gestão da *res publica* etc. Ela se insere, portanto, na orientação geral dos textos constitucionais produzidos nos anos 70, com inspiração mais acentuada nas Constituições de Portugal (1976) e da Espanha (1978), sem prejuízo de outras influências oriundas de outros ordenamentos, conforme veremos no item que se segue.

## 2. Fontes de direito estrangeiro na Constituição de 1988

O processo de recepção de institutos, princípios e conceitos de um sistema jurídico, por outro, é fenômeno que vem atraindo, cada vez mais, os interessados no direito comparado (43). Ele é particularmente freqüente no campo do direito constitucional, em que, reunidas as condições internas propiciadoras de transplantes ou migrações jurídicas (44), tais sistemas evoluem, pelo menos formalmente e sob um aspecto global, de modo similar. Têm-se, então, os chamados ciclos constitucionais como resultado desse intercâmbio e dos quais os dois últimos correspondem, na classificação adotada por Paolo Biscaretti di Ruffia (45), aos períodos da democracia clássica e da democracia social.

(42) "Afonso Arinos e Warren Burger", op. cit., p. 7.

(43) V. Alan Watson, *Legal transplants*, Scottish Academic Press, 1973; A. B. Shwarz, "La réception et l'assimilation des droits étrangers", *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil en l'honneur d'Edouard Lambert*, Paris, 1938; Imre Zajtay, "La réception des droits étrangers et le droit comparé", *Revue Internationale le Droit Comparé*, 1957, p. 686 e segs.; o trabalho pioneiro de Athanase Papachristos, em ótica sócio-jurídica, *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Paris, LGDJ, 1976; Max Rheinstein, "Types of Reception", in: *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, V., ano 6º, 1956; Lipstein, "The Reception of Western Law in Turkey", nos mesmos Anais, assim como René David, "Reflexions sur le Colloque", p. 240 e segs. Por nossa parte, examinamos o tema em "O estudo das recepções de direito", in: *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Haroldo Valladão*, Livraria Freitas Bastos, 1983, pp. 45-66, e "a utilização do direito comparado pelo legislador", *Revista de Ciência Política*, vol. 30 (3), 1987.

(44) As denominações variam: importações jurídicas, transplantes, recepções de direito, contágios ou empréstimos legislativos etc. São designações para manifestações distintas do mesmo fenômeno, mas podem decorrer, também, de mera preferência subjetiva.

(45) V. *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 578.

O estudo desse processo nos países em desenvolvimento é extremamente rico pelas várias perspectivas que ele comporta, entre as quais: a das causas que os levam a essas importações, a dos agentes que as promovem, a dos efeitos que delas resultam etc. (46).

No caso do Brasil, em relação às fontes iniciais de importação jurídica, assinala Gilberto Freyre que “a ascensão do bacharel ou doutor — mulato ou não — afrancesado trouxe para a vida brasileira muita fuga da realidade, através de *leis quase freudianas* nas suas raízes ou nos seus verdadeiros motivos. Leis copiadas das francesas e das inglesas e em oposição às portuguesas: revolta dos filhos contra os pais” (47).

No decorrer da história do direito brasileiro, essas fontes se diversificaram em função de interesses e objetivos predominantes nos momentos de elaboração legislativa e das afinidades dos grupos nela envolvidos com determinados ordenamentos jurídicos (48).

Recorde-se, ainda preliminarmente, a tendência tradicional do legislador brasileiro de efetuar transplantes ecléticos (49), com inspiração simultânea em mais de uma fonte, e de promover adaptações durante o próprio processo de recepção (50).

No presente item, ao focalizarmos as fontes de direito estrangeiro privilegiadas pelo constituinte de 87/88, com recurso a alguns exemplos mais

(46) V. Papachristos, op. cit.; V., também, John Henry Merryman, “Comparative Law and Social Change”, na *American Journal of Comparative Law*, volume 25 (3), Summer, 1977, pp. 457-481, em que, ao examinar as fases do movimento “Lei e desenvolvimento”, sustenta a necessidade de o perito da nação desenvolvida atuar mais como investigador das peculiaridades de cada contexto do Terceiro Mundo, do que como conselheiro.

(47) Cf. Gilberto Freyre, *Sobrados e Mucambos*, op. cit., p. 518. A referência ao “bacharel mulato ou não” é feita no quadro mais amplo de análise das transformações da sociedade rural e patriarcal brasileira.

(48) As diversas fontes de importação jurídica que prevaleceram nos diferentes ramos do direito brasileiro foram focalizadas em relatório que apresentamos ao XII Congresso Internacional de Direito Comparado (Sidney, 1986), na seção “O Direito Comparado na História”. (V. “O direito comparado na história do sistema jurídico brasileiro”, *Revista de Ciência Política*, FGV, vol. 33, nº 1, nov. 1989/jan. 1990, pp. 55-90 *Errata* nº 2/1990.)

(49) Baseamo-nos, aqui, na distinção de Léontin-Jean Constantinesco (*Traité de Droit Comparé*, vol. II, Paris, LGDJ, 1974, pp. 362-368) entre recepções puras — provindas de uma fonte apenas de importação jurídica — e recepções ecléticas — em que se recorre a diversas ordens de direito.

(50) Esta capacidade de adaptação contribuiu para que René David revisse o seu severo julgamento de que o direito brasileiro seria um mero vulgarizador dos direitos europeus (“Structures et idéologie du droit brésilien”, in: *Cahiers de législation et de bibliographie juridique d'Amérique Latine*, Paris, 1954), destacando, ao final, a originalidade que decorre dessa reunião de fontes distintas (“L'originalité des droits de l'Amérique Latine”, in: *Le Droit Comparé: Droits d'hiers, droits de demain*, Economica, 1962, p. 165.



relevantes de importação jurídica — sem qualquer pretensão de exaurir o tema —, daremos destaque às imediatas, que se impuseram naturalmente pela maior facilidade de acesso e de contacto com o país de origem.

Elas estão aqui indicadas em ordem decrescente de influência, assinalando-se, de antemão, que, de regra, há predominância de uma fonte sobre outra, mas raramente exclusividade, em vista da propensão, já mencionada, ao ecletismo.

## 2.1. *Fontes portuguesas*

### 2.1.1. *Observações gerais*

A abertura dos constituintes para as conquistas do Diploma constitucional português de 1976, revisto em 1982 e 1989, é reconhecida por todos os analistas<sup>(51)</sup>, na mesma linha do que ocorrera com o Texto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais<sup>(52)</sup> e com grande parte dos projetos pré-constituintes. Ela foi grandemente motivada pelas tradicionais afinidades histórico-culturais entre os dois países, mas também pela vivência contemporânea de processos de transição democrática, não obstante os seus traços diferenciadores. Deu-se, pois, continuidade a um intercâmbio jurídico que conheceu breves intervalos, como no caso do afastamento dos textos portugueses, logo após a independência, qualificado de “freudiano”, por Gilberto Freyre. Evoquem-se, por exemplo, a repercussão da Constituição portuguesa de 1820 na imperial brasileira de 1824, na portuguesa de 1826<sup>(53)</sup>; a nossa republicana de 1891, na deles, de 1911; a deles de 1933, na Constituição do Estado Novo de Getúlio Vargas, de 1957<sup>(54)</sup>.

Tal encadeamento parece fadado a prosseguir: ao examinar a repercussão do texto português no projeto da Comissão dos Notáveis, não hesitou Jorge Miranda em prever uma possível influência do segundo sobre o primeiro, então em processo da segunda revisão<sup>(55)</sup>.

### 2.1.2. *Campos específicos de influência*

#### *i) No processo de elaboração da Constituição de 88*

Notamos acima que não apenas os “notáveis”, como também os constituintes federais e, agora, os estaduais, acolheram a idéia de criar-se uma

(51) V. José Afonso da Silva, op. cit., pp. 47 e 99; Celso Ribeiro Bastos, “Constituição Portuguesa”, *Revista de Informação Legislativa*, 25 (97), jan./mar. 1988.

(52) Jorge Miranda, no trabalho tantas vezes por nós referido, faz levantamento das disposições do Projeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais que se assemelham às do Texto Português de 76, chegando a um total de trinta importações.

(53) V. A introdução de Afonso Arinos de Melo Franco à obra *O Constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal*, Arquivo Nacional, Ministério da Justiça, 1973.

(54) V. Fernando Whitaker da Cunha, “A evolução constitucional portuguesa e suas relações com a brasileira”, *Revista de Informação Legislativa*, 24 (96), out./dez., 1987, pp. 113-120.

(55) Jorge Miranda, op. cit., p. 39.

Comissão de Sistematização que, na Constituinte portuguesa, era incumbida de ordenar textos e emendas provindos dos diversos partidos<sup>(56)</sup>. Na fonte, portanto, a Sistematização consistiu em real ordenação lógica e compatibilização, de forma e fundo, dos projetos partidários. No Brasil, contudo, o órgão que equivalia àquela Comissão destinou-se a harmonizar os articulados das Comissões temáticas, com atuação inicial modesta, a ponto de gerar um primeiro projeto bastante contraditório, que suscitou críticas de seus próprios autores, limitados que estavam, pelas regras regimentais, a alterações apenas de forma<sup>(57)</sup>.

As inúmeras emendas e as sucessivas versões de projeto de Constituição que naquele órgão emanaram foram fruto de árduo trabalho e resultaram no seu fortalecimento e prestígio. De atuação muito mais prolongada do que a portuguesa, a Comissão de Sistematização brasileira dela se distinguiu, sobretudo, por produzir um projeto a partir das propostas das Comissões Temáticas e das emendas parlamentares e populares. Não foi destinada a compatibilizar projetos integrais, como a sua homônima portuguesa. De qualquer modo, a influência não foi meramente semântica, dada a finalidade comum de harmonização. A diversidade decorreu do objeto da compatibilização e da forma de atuação.

#### ii) *No ordenamento da matéria*

Um cotejo dos Textos português e brasileiro revela a adoção da mesma seqüência inicial da matéria: preâmbulo, princípios fundamentais e direitos fundamentais. Se esta orientação não é nova nos sistemas alemão (1949), italiano (1947), sueco (1974), grego (1975), espanhol (1978) etc., no direito constitucional brasileiro, em que as Leis Magnas se iniciavam com os dispositivos relativos à organização do Estado, ela é inédita, indicando a relevância que o constituinte de 87/88 quis, expressamente, atribuir às normas garantidoras dos direitos do indivíduo e da sociedade.

#### iii) *Nos princípios fundamentais*

Neste Título I da Constituição de 88, em que se afirma constituir-se a República Federativa do Brasil em “Estado Democrático de Direito”, têm-se como fontes imediatas os Textos português (“Estado de Direito Democrático” — art. 2.º da Constituição de 1976) e espanhol (“Estado Social e Democrático de Direito” — art. 1.º, da Constituição de 1978), e como modelo mediato a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (“Estado federal democrático e social”, art. 29 da Lei Fundamental de 1949), retomando-se, no plano interno, a designação usada pela Comissão dos Notáveis. Observa José Afonso da Silva a distinção entre as expressões dos

(56) Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, Coimbra Editora Limitada, 1985, p. 312.

(57) Bonavides e Paes de Andrade, *op. cit.*, p. 459.

Textos português e brasileiro, com a qualificação “democrático” vinculada, no primeiro, ao “Direito”, e no último, ao “Estado”, a seu ver solução mais apropriada e abrangente<sup>(58)</sup>.

A adesão do legislador constituinte à moderna concepção do Estado de Direito, nas suas implicações sociais e democráticas<sup>(59)</sup>, é ponto fundamental para a compreensão da transformação básica que a nova Constituição — reconhecida a sua natureza instrumental — visa a introduzir no País.

A justaposição dos dois enunciados introdutórios — português e brasileiro — faz emergir outras semelhanças neste mesmo tópico:

Portugal (art. 2.º)	Brasil (art. 1.º)
“A República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão (...), no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais (...).”	“A República Federativa do Brasil (...) constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a soberania, a cidadania (...), o pluralismo político (...).”

#### iv) *Nos Direitos e Garantias Fundamentais*

Neste Título II do Diploma de 88, parece-nos oportuno evocar Herero Miñon<sup>(60)</sup> que, em sua análise sobre as fontes estrangeiras da Constituição espanhola, distingue *influência de paralelismo*. Trata-se, aqui, na verdade, mais de paralelismo, pois que a real influência advém de textos internacionais, como a Declaração dos Direitos do Homem, de 1948, dos Pactos Políticos e Sociais da ONU, de 1966, consagradores, por seu turno, de princípios e direitos provindos de leis ordinárias de vários países, inspirados em obras doutrinárias em voga e ditados pelas novas condições de vida nascidas do progresso tecnológico.

Os novos direitos fundamentais inscritos na Constituição de 88 têm, pois, como fonte imediata as Constituições portuguesa e espanhola, mas seguem, de modo geral, uma orientação comum, reconhecida no plano internacional. Traduzem verdadeiros contágios legislativos, para retomarmos a classificação de Marc Ancel<sup>(61)</sup>. Confirma-se, então, a inclinação brasileira de acompanhar a última palavra neste campo. Como exemplos desse paralelismo, mencionem-se:

(58) José Afonso da Silva, op. cit., p. 105.

(59) V., também, a análise da evolução doutrinária desenvolvida por José Afonso da Silva (op. cit., p. 99 e segs.).

(60) V. Miguel Herrero de Miñon, “Les Sources étrangères de la Constitution”, *Pouvoirs* nº 8, pp. 97-107.

(61) Marc Ancel, *Utilité et Méthodes du Droit Comparé*, Neuchâtel, Ed. Ides et Calendes, 1971, pp. 57-69.

Direito de informação, ao cidadão, de processos administrativos de seu interesse e direito de certidão — Portugal: art. 268; Brasil: art. 5.º, XXIII e XXIV.

Direito do consumidor — Portugal: art. 40; Brasil: art. 17, § 3.º (62).

Direito à privacidade — Portugal: art. 26, 1; Brasil: art. 5.º, X. A notar que este direito já fora consignado no Código Penal de 1969, que não chegou a vigorar, bem como a conotação mais abrangente do termo no direito latino-americano, relativamente àquela que possui a expressão *right of privacy*, do sistema jurídico anglo-americano, correspondendo, antes, ao direito à intimidade dos ordenamentos latinos. Integram o direito à privacidade, no quadro constitucional examinado, os direitos à intimidade, à honra e à imagem, assegurando-se “indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5.º, X) (63).

Direito à integridade moral e física — Portugal: art. 25, 1 e 2; Brasil: art. 5.º, III.

Direito à imagem, que, na definição doutrinária, “consiste no direito de impedir que outrem se utilize — sem prévia e expressa anuência do titular, em escrito revestido das formalidades legais — de sua expressão externa, ou de qualquer dos componentes individualizadores (...)” (64).

Direito de conhecimento de registros informáticos. Este direito já constara de projetos de lei (65), que se basearam na lei francesa de 1973 e em diplomas escandinavos. A idéia entrou na Comissão dos Notáveis por proposta de José Afonso da Silva, que deu um nome à garantia processual correspondente, o *habeas data* (art. 5.º, LXXII), inspirado no jurista espanhol Firmin Morales Prats (66), embora para Morales o *habeas data* seja o próprio direito à intimidade contra o abuso da informática. Entretanto, na proposta de José Afonso da Silva, aprovada na Comissão dos Notáveis e na Assembléia Constituinte, o *habeas data* constitui o remédio constitucional para o exercício daquele direito, visando ao acesso à informação constante dos bancos de dados de entidades públicas, com fins de atualização, retificação ou supressão. Como bem salienta o autor da inovação, o direito em pauta é reconhecido através da previsão de sua garantia, tal

(62) José Afonso da Silva, op. cit., p. 232.

(63) Ibid., p. 183.

(64) V. Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, Forense Universitária, 1989, p. 88, V. também, Alvaro Notaroberto Barbosa, *Direito à própria imagem (aspectos fundamentais)*, Saraiva, 1989.

(65) Projetos da Deputada Cristina Tavares (nº 649, de 18-4-1983), do Deputado José Frejat e outros, os quais, porém não lograram vê-los aprovados.

(66) José Afonso da Silva, op. cit., pp. 390-393.

como ocorrera, nos textos anteriores, com a liberdade de locomoção, assegurada através do remédio do *habeas corpus* (67). A fonte portuguesa, neste caso, não é, obviamente, exclusiva, tratando-se de uma recepção eclética, com introdução de elemento original decorrente da utilização distinta da designação importada.

Direito de antena, que corresponde ao direito de acesso dos partidos políticos aos meios de comunicação — Portugal: art. 40; Brasil: art. 17, § 3.º

*Remissão a outros direitos.* Trata-se de dispositivo (art. 5.º, LXXVII, § 2.º) que, modelado no texto português (art. 16, 1), indica que os direitos fundamentais expressos na Constituição não excluem aqueles já reconhecidos pelo País em instrumentos internacionais de que seja parte, na linha de sua fonte indireta, o texto constitucional francês de 58.

*Aplicabilidade imediata.* Tanto a Constituição portuguesa (art. 18, 1), como a brasileira (art. 5.º, LXXVII, § 1.º) prescrevem a aplicabilidade imediata das normas relativas aos direitos e garantias fundamentais. No caso brasileiro, a previsão de vários instrumentos novos, garantidores dessa aplicação (mandado de injunção, mandado de segurança coletivo, *habeas data*, ação de inconstitucionalidade por omissão, p. ex.), atestam a preocupação do legislador constituinte em propiciar o efetivo exercício dos direitos fundamentais, num visível esforço para romper o tradicional distanciamento entre o texto e a prática constitucional.

#### v) *Poder Executivo*

Quanto aos órgãos de assessoramento do Presidente da República brasileira, a sua procedência é portuguesa: o Conselho da República (arts. 89 e 90 da Constituição de 1988) inspira-se no Conselho de Estado da Constituição portuguesa (art. 144). Em relação à aprovação da realização, em dois turnos, das eleições presidenciais (art. 77, §§ 2.º e 3.º), a fonte imediata é a portuguesa (art. 129), mas a mediata é, inegavelmente, o texto francês de 1958, de cujos caracteres semipresidenciais sofreu influência a Constituição de 88.

#### vi) *Poder Legislativo*

Neste âmbito, previu-se, como no texto português (art. 182), uma comissão permanente do Congresso para funcionar durante o período de recesso (art. 58, § 4.º).

#### vii) *Poder Judiciário*

Uma das mais relevantes importações do direito português foi a *ação de controle da inconstitucionalidade por omissão*, exemplo não de paralelismo, mas de verdadeira influência (Constituição portuguesa: art. 283; Constituição brasileira: 103), registrando-se, por igual, que a sua fonte

(67) *Ibid.*, p. 391.

indireta é a Constituição iugoslava de 1974 (arts. 376 e 377). Trata-se de remédio processual constitucional que permite a diversas pessoas jurídicas de direito público e entidades políticas, profissionais e sindicais propor ação, perante o Supremo Tribunal Federal, a mais alta Corte do País, no caso de omissão de medida necessária à efetivação da norma constitucional. O resultado dessa ação é a ciência dada ao poder competente para a adoção da providência cabível e, em se tratando de órgão administrativo, com a imposição de um prazo de 30 dias para fazê-lo. A fonte mediata desse dispositivo é a Lei Fundamental alemã (art. 93, § 4.º), que permite ao cidadão recorrer ao Tribunal Constitucional no caso de ter sido prejudicado pelo poder público no exercício de seus direitos fundamentais.

#### viii) *Ordem econômica*

A título ilustrativo, pode-se mencionar a similitude dos dispositivos portugueses e brasileiros relativos ao planejamento estatal (Constituição brasileira — art. 174; Constituição portuguesa: art. 91) e ao cooperativismo (Brasil: art. 174, § 2.º; Portugal — arts. 61, 84).

#### ix) *Ordem social*

Ambos os textos, português e brasileiro, dispõem sobre planos nacionais de saúde (Brasil: arts. 197 e segs.; Portugal: art. 64), bem como sobre assistência à maternidade, à infância, aos adolescentes e aos idosos (Brasil, art. 203 e incisos; Portugal, art. 68), seguindo as diretrizes gerais do constitucionalismo social.

Exemplificam a influência mais direta do direito luso, sob o aspecto educacional, as normas garantidoras da liberdade de ensino e de aprendizagem (Brasil, art. 206, II; Portugal, 43). Menciona-se, igualmente, a inovadora inserção, em nível constitucional, de normas relativas à proteção do meio ambiente (Brasil, 225 e Portugal, art. 66), refletindo o grau de preocupação, sobretudo do legislador brasileiro, de garantir a efetiva salvaguarda do ecossistema nacional, até agora bastante vulnerável em termos de preservação ambiental, não obstante a copiosa legislação ordinária<sup>(68)</sup> e a adesão do País a inúmeros instrumentos internacionais<sup>(69)</sup>.

#### x) *Processo de revisão quinquenal*

Previu a Constituição portuguesa (art. 286, I) a revisão global, por quinquênios, de seu texto, pela Assembléia da República, o que, por duas

---

(68) V. Paulo Afonso Leme Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982; José Afonso da Silva, *Direito Urbanístico Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.

(69) Em 1977, o Brasil assinou a *Convenção da Unesco sobre Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural*, de 1972.

vezes, já se verificou. O constituinte brasileiro aderiu à idéia, limitando, contudo, esta revisão a uma única vez (art. 3.º das Disposições Transitórias).

Numa constatação mais geral, verifica-se que, sem dúvida, houve inspiração em larga escala na Constituição portuguesa de 1976, cujas causas básicas, como vimos, prendem-se às afinidades histórico-culturais entre os dois países e as similitudes dos momentos de transição política, não obstante as notórias distinções das vias adotadas para a mudança dos respectivos regimes.

A essa predisposição natural para a importação jurídica neste manancial, agregou-se o trabalho de agentes culturais, em grande parte, representantes das elites intelectuais brasileiras, que promoveram a difusão e o ensino das conquistas constitucionais lusas, em níveis pessoal e institucional<sup>(70)</sup>.

Um olhar global revela a existência de diversos tipos de recepção: verdadeiros contágios legislativos, no caso dos direitos fundamentais; recepções institucionais, em relação aos órgãos auxiliares do Presidente da República; recepções utilitárias, como a da ação de inconstitucionalidade por omissão, etc.<sup>(71)</sup>.

## 2.2. Fontes espanholas

### 2.2.1. Observações gerais

Saliente-se, desde logo, que o grande mérito, a nosso ver, do texto espanhol foi a sábia integração de elementos caracterizadores do Estado Democrático de Direito, provindos não apenas da Constituição portuguesa, mas dos textos alemão, francês, italiano e, em menor escala, austríaco, belga, escandinavos, além da inspiração nos instrumentos internacionais<sup>(72)</sup>.

Sua importância maior, portanto, decorre de seu papel de retransmissor sóbrio e objetivo das mais modernas tendências do constitucionalismo da democracia social, sendo modesta a sua influência exclusiva e imediata.

Para o modelo espanhol, contudo, voltaram-se os olhos dos pré-constituintes e dos constituintes brasileiros, em busca de fórmulas jurídicas que haviam resultado de uma transição democrática sem ruptura revolucionária<sup>(73)</sup>.

---

(70) Especificamente, o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), o Instituto Luso-Brasileiro de Direito Comparado, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o próprio Congresso Nacional e diversas instituições de ensino e pesquisa, pública e privadas.

(71) Para as distinções entre os tipos mencionados, V. Marc Ancel, op. cit.

(72) V. Niñon, op cit., p. 98.

(73) Sobre a comparação dos processos de transição em Portugal e na Espanha, V. Nancy Bermeo, "Redemocratization and Transition Elections: A Comparison of Spain and Portugal", *Comparative Politics*, 19 (2), jan. 1987, pp. 213-231.

Lamenta-se, apenas, a intransponibilidade das condições que permitiram o êxito dos Pactos de Moncloa, os quais lançaram as bases econômicas e sociais da transição política, fase que, no processo brasileiro, não foi bem sucedida, como vimos, comprometendo os seus resultados.

### 2.2.2. *Campos específicos de influência*

#### i) *Mecanismos de democracia semidireta*

*Iniciativa legislativa popular.* O art. 87, 3, do texto espanhol reconhece a iniciativa legislativa popular, efetivada em petição com um mínimo de 500.000 assinaturas, admitindo-a em todos os campos jurídicos, exceto em matéria de lei orgânica, tributária, internacional ou na concessão de graça. No Brasil, admite a Constituição de 88 (art. 61, § 2.º) projetos de lei subscritos por um mínimo de 1% dos eleitores, distribuídos em 5 Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. Inferre-se que esse procedimento não se aplica às matérias de competência privativa de cada um dos três poderes.

A fonte mediata desses dispositivos é o art. 71 da Constituição italiana, que requer 50.000 assinaturas para a viabilização das propostas populares. Recorde-se que no próprio processo constituinte brasileiro houve o pré-teste desse instituto, com a admissão de emendas populares.

*Referendo.* Incluído pelo constituinte brasileiro entre os meios de exercício da soberania popular (art. 14), cabendo ao Congresso a competência exclusiva de autorizá-lo (art. 49, XV), o referendo, no texto espanhol, é aplicado para a resolução de questões político-jurídicas de especial transcendência, lembrando-se que a Constituição de 1978 foi a ele submetida. A fonte moderna dos dois textos é a Constituição italiana, embora as suas raízes encontrem-se na Constituição suíça.

#### ii) *Garantias*

*Habeas data.* Expressão processual do direito de acesso aos registros informáticos e associado, por natureza, ao direito à privacidade, esta garantia, já por nós abordada, ilustra um caso de inspiração doutrinária da denominação, com transformação de sua natureza no próprio processo de recepção<sup>(74)</sup>.

### 2.3. *Fontes italianas*

Por diversas vezes mencionamos a Constituição italiana como fonte mediata de vários institutos recém-introduzidos no direito constitucional brasileiro pela nova Constituição. Como influência imediata, mencionem-se:

i) O poder conferido às *Comissões Parlamentares* de, em determinadas situações, aprovar projetos de lei, salvo se houver recurso de 1/10 dos

(74) V. José Afonso da Silva, op. cit., p. 390 e segs.



membros da Casa onde se verifica a votação (art. 58, I), é exemplo de recepção parcial pura do art. 72 da Constituição italiana.

ii) *Medidas provisórias*. A supressão do decreto-lei do processo legislativo brasileiro era uma das reivindicações mais constantes no período pré-constituente. Ele representava o instrumento de força do Chefe do Executivo que, nos governos autoritários — nestes incluído o Estado Novo de Getúlio Vargas, época em que o instituto foi introduzido no País, por influência da Constituição de Mussolini — *via-se revestido de competência para legislar, em determinados casos de relevância e urgência, com conseqüente enfraquecimento do Congresso*. Alcançada a sua eliminação no texto em vigor, permaneceu, porém, a necessidade de prever-se um substituto menos potente, para situações igualmente urgentes e relevantes. Recorreu-se, mais uma vez, ao texto italiano (art. 177, Constituição de 1947), do qual se importou a medida provisória (art. 62), também com força de lei. Entretanto, diferentemente dos decretos-leis, convalidados na ausência de manifestação expressa do Congresso em determinado prazo, tais medidas perdem a eficácia se não forem convertidas em lei no decorrer de 30 dias.

Tem-se notado, nesta fase pós-constituente e de campanha para as eleições presidenciais, que a lentidão dos trabalhos parlamentares vem suscitando a reiterada edição de medidas provisórias, particularmente em matérias econômicas e sociais. O silêncio dos congressistas, em inúmeros casos, e a caducidade das medidas que dele sobrevêm, tem levado o Presidente da República a reeditar a medida, garantindo a sua vigência por tempo maior ao constitucionalmente previsto, expediente contestado por muitos analistas<sup>(75)</sup>.

#### 2.4. Fontes francesas

Destas fontes reteremos o exemplo da *recepção dos dois turnos* para a eleição presidencial, o *ballotage*, concretizada no § 3.º do art. 77 da Constituição de 88, nos seguintes termos:

“Se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á nova eleição em até 20 dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos”.

De modo geral, o modelo semipresidencial de governo francês foi atentamente examinado pelos elaboradores de anteprojetos e pelos próprios constituintes que, até à etapa final de votação, quando ocorreu a rejeição do parlamentarismo, dele extraíram diversos elementos<sup>(76)</sup>. Sua importância

(75) V. Tércio Sampaio Ferraz Jr., “Medidas provisórias permanentes”, no jornal *Folha de S. Paulo*, 23 de julho de 1989, p. A3; Ivo Dantas, *Medidas Provisórias*, Trabalho Inédito, 1990.

(76) V. Anteprojeto da Comissão dos Notáveis e o Projeto da Comissão de Sistematização da Constituinte.

subsiste com a previsão de um plebiscito, em 1993, para decisão sobre a forma de governo (art. 2.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 88) (77).

Mencione-se, também, o *imposto sobre as grandes fortunas*, introduzido na França no Governo Mitterand e transposto para o Texto brasileiro (art. 153, VII), sujeito, ainda, a regulamentação.

Não obstante a prevalência evidente de fontes portuguesas e espanholas, os liames do Brasil com a França levam os nossos juristas a incluí-la, permanentemente, como um dos pontos de referência obrigatória para as suas reformulações legais em qualquer nível.

## 2.5. Fontes latino-americanas

São raros os casos de fontes providas de países em desenvolvimento, pois a tendência é o recurso ao direito dos Estados desenvolvidos. Na feitura do Texto de 88, entretanto, foram invocadas, de modo genérico, a Constituição peruana de 1979, tradutora, no plano formal, das mais recentes aquisições do constitucionalismo contemporâneo, e de modo específico, os Textos de Cuba e da Nicarágua, em particular no que se refere ao reconhecimento da maioria eleitoral aos 16 anos (78).

## 2.6. Fontes de direito anglo-americano

### 2.6.1. Observação geral

Caracteriza-se o direito latino-americano por conciliar a sua vinculação ao sistema romanista, com a adoção de institutos, conceitos e princípios originários de *Common Law*, notadamente na área do direito público (79).

As razões desse ecletismo prendem-se não apenas às circunstâncias históricas que fizeram, numa primeira fase, as ex-colônias ibéricas do Continente Sul-Americano se aproximarem, por injunções econômicas e políticas, de países como a Inglaterra e a França, e num segundo tempo, deslocarem seu interesse para as soluções norte-americanas de república, federalismo e regime presidencial, tidas como mais adequadas para remediar os inconvenientes da monarquia e do unitarismo.

(77) A relevância do tema para o momento brasileiro, certamente, inspirou os organizadores das XI Jornadas de Direito franco-latino-americano, promovidas pela *Société de Législation Comparée* (Porto Alegre, 15 a 21 de outubro de 1989), que conferiram destaque ao exame dos poderes do Chefe de Estado nos sistemas presidencial e parlamentar.

(78) V. Afonso Arinos na *Constituinte*, op. cit., p. 311, em que se reproduz o discurso proferido por este parlamentar na defesa do voto aos 16 anos.

(79) René David, referindo-se ao Brasil, nota: "a relação entre o direito privado e o direito público, a estrutura e a fisionomia do direito se acham profundamente alteradas pelo fato de ter-se admitido, no direito público brasileiro, dominando o direito privado, concepções americanas diversas das da Europa Continental" (*Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, op. cit., p. 169).

Prendem-se, igualmente, à manutenção de uma receptividade intelectual dos países latino-americanos às fórmulas jurídico-políticas geradas nos Estados Unidos, malgrado as diferenças econômicas, sociais, culturais e políticas existentes entre o modelo e seus seguidores. Aditem-se, ainda, a disponibilidade para as renovações jurídicas que a ausência de um enraizamento das estruturas legais favorece, e a reconhecida atração pelo exótico<sup>(80)</sup> que os leva a não discriminar as fontes de importação.

Evidentemente, tal ecletismo, aliado às peculiaridades do contexto receptor, impõe todo um processo de adaptação, de inegável interesse para os comparatistas<sup>(81)</sup>. Nesse processo — e tendo-se em vista o caso específico do Brasil — verifica-se que a transposição isolada de remédios processuais de *Common Law* enseja, de regra, a criação de mecanismos complementares, a combinação com elementos oriundos de outras fontes<sup>(82)</sup> ou a atribuição de funções diversas às que lhes são próprias na origem<sup>(83)</sup>. Isto porque esses remédios processuais constituem peças de uma mesma engrenagem, criada no quadro de um sistema jurídico em que o Judiciário, em sua função criadora — distinta, portanto, da que lhe é reservada nos países de

---

(80) Jean Carbonnier, *Essais sur les lois*, Répertoire du Notariat Défrinois, 1979, pp. 194 e segs.

(81) A adaptação de determinados "writs" e certos princípios, decorrente de sua transplantação em contexto tão diverso do sistema judiciário de *Common Law* tem suscitado muitos estudos americanos, entre outros: Phanor R. Eder, *Judicial Review in Latin America*, *Ohio State Law Journal*, vol. 21, 1960, pp. 370-815; Anyd Marchant, "The Brazilian writ of security (mandado de segurança) and its relationship of the extraordinary remedies of the anglo-american common law: an object lesson in latin american law making", *Tulane Law Review*, vol. XIX, 1944-1945, New Orleans, 1945; Norman Nadorff, "Habeas Corpus and the Protection of Political and Civil Rights in Brazil: 1964-1978", *Lawyer of the Americas*, The University of Miami, vol. 14, fall 1982, n° 2; Beanor J. Eder, "Habeas Corpus Disembodied The Latin American Experience", *XXth Century Comparative Conflicts of Law*, Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema, A. W. Sythoff-Leyden, 1961, pp. 463-478; Keith S. Rosenn, "Judicial Review in Latin America", *Ohio State Law Journal*, vol. 35, 1974, pp. 784-819. No plano brasileiro, ver também: Celestino de Sá Freire Basílio, "Judicial Power as a Guarantee of Individual Rights. Parralel Competence of The Legislative Power and The Judicial Power", Inter-American Bar Association, *Proceedings of the Tenth Conference*, Buenos Aires, 1958; o nosso trabalho "Aspects de l'acclimatation du *Judicial Review* ou droit brésilien", *Revue Internationale de Droit Comparé*, n° 4, 1986, pp. 1135-1159.

(82) V., p. exemplo, o caso do "judicial review", ao qual se agregaram elementos oriundos dos sistemas europeus de controle concentrado da constitucionalidade (Ana Lucia de Lyra Tavares, op. cit., pp. 1156 e segs.).

(83) Ilustra esta referência a recepção do *habeas corpus*, cuja aplicação extensiva, fundada na doutrina, acabou resultando na criação de outro remédio processual, o mandado de segurança ("writ of security", inspirado no recurso de amparo mexicano e indiretamente, no *mandamus* anglo-americano (V. o clássico brasileiro, *História e Prática do Habeas Corpus*, de Pontes de Miranda, 2 vols., Ed. Saraiva, 8ª ed., 1979.).

direito romano-germânico<sup>(84)</sup> — fornece os meios para o seu adequado funcionamento.

Não obstante a consciência das dificuldades que implicam esses transplantes, o legislador não abandona as fontes anglo-americanas de direito, em particular quando busca mecanismos de garantir o efetivo exercício dos direitos fundamentais e, em geral, de viabilizar a aplicação dos Textos constitucionais. O constituinte de 87/88 não fugiu à regra, embora os dois casos que focalizamos abaixo ilustrem graus distintos de influência dessas fontes.

## 2.6.2. *Campo específico de influência*

### — *Nas garantias constitucionais*

#### *O mandado de injunção*

Dos institutos introduzidos pelo Texto de 88, este, sem dúvida, é o que tem despertado maior atenção, não somente dos juristas<sup>(85)</sup>, mas dos cidadãos em geral, que o encaram como um instrumento eficaz para assegurar, de modo imediato, a enorme gama de direitos, notadamente os econômicos e sociais, que a Lei Maior consagrou.

Parcela expressiva dos comentaristas se detém nas suas origens anglo-saxônicas, embora alguns vejam, apenas, uma simples importação semântica, dadas as especificidades do instituto brasileiro<sup>(86)</sup>.

Recordemos que, na fonte, a *injunction* provém dos Tribunais ingleses de *Equity*, criados para complementar e, indiretamente, retificar as decisões dos Tribunais de *Common Law*. Trata-se, tanto no direito inglês, como no

(84) A tendência, identificada em alguns sistemas romanistas, de fortalecimento do Judiciário como fonte criadora de direito, por via de interpretações extensivas e análogas dos textos legais, não é suficientemente expressiva para descaracterizar o seu papel tradicional de simples intérprete e de executor das leis naqueles sistemas (Cf. René David, *Les grands systèmes de droit contemporain*, op. cit., p. 135).

(85) Demonstra este interesse o número de estudos que, em reduzido espaço de tempo, veio a público, entre eles, Ivo Dantas, *Mandado de Injunção*, Ed. AIDE, 1989; José Cretella Júnior, *Os "writs na Constituição de 1988*, Forense-Universitária, 1989; Irineu Strenger, *Mandado de Injunção*, Forense-Universitária, 1988; Diomar Ackel Filho, *"Writs Constitucionais"*, Saraiva, 1989; Vicente Greco Filho, *Tutela Constitucional das Liberdades*, Saraiva, 1989; Rogério Laura Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, *Constituição de 1988 e Processo (regramentos e garantias constitucionais do processo)*, Saraiva, 1989; Herzeleide Maria Fernandes de Oliveira, "O mandado de Injunção", *Revista de Informação Legislativa*, 25 (100), out./dez. 1988, pp. 47-62; Ruy Bacelar, *O Mandado de Injunção*, Senado Federal, Brasília, 1988; José Afonso da Silva "Mandado de Injunção, direito do cidadão", no *Jornal do Brasil*, 26 de setembro de 1988; Celso Agrícola Barbi, "Ainda o mandado de injunção", no mesmo jornal, em 2-12-1988.

(86) V. Adhemar Ferreira Maciel, "Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão", *Revista de Informação Legislativa*, 26 (101) jan./março 1989, p. 132.

americano que o herdou, de remédio judicial para sustar ato ou atividade (mandado proibitório, a *restrictive injunction*) ou para determinar a realização de alguma coisa (mandado mandatório — *mandatory injunction*) a fim de proteger os direitos constitucionais. Pode, ainda, ser temporário (*interlocutory injunction*) sob a forma de medida cautelar, ou permanente, em caso de decisões definitivas. Sua aplicação é vasta no direito anglo-saxão, incidindo sobre matérias contratual, eleitoral, trabalhista, constitucional, de direito industrial, etc. (87).

O homônimo brasileiro tem traços bastante distintos, como deflui do enunciado constitucional: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (art. 5.º, LXXI). Desta leitura conclui-se que: i) não se trata de medida para proibir, restringir ou sustar ato contrário às normas constitucionais; trata-se de remédio para suprir a inexistência de lei — complementar ou ordinária (88) — que viabiliza o exercício do direito constitucionalmente previsto; ii) não se aplica a qualquer matéria, recaindo, expressamente, no campo dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania — que José Afonso da Silva esclarece tratar-se da popular e não da estatal (89) e à cidadania, o que, entretanto, representa um alcance considerável, se se tiver em conta os numerosos dispositivos de natureza programática por ele abrangidos, cujo cumprimento, na forma dos Textos constitucionais anteriores, ficava a critério do Governo.

Outras peculiaridades têm sido identificadas, ao longo das numerosas análises do instituto, entre elas a falta de previsão de sua aplicação em níveis estadual e municipal, a menos que ela seja suprimida nas Constituições estaduais (90).

Ante tais diferenças, pergunta-se: quais os vínculos com a *injunction* anglo-saxã, além da designação? Encontra José Afonso da Silva ponto de ligação mais evidente na aplicação do congêneres americano para proteger os direitos humanos, bem como as prerrogativas relativas à soberania popular, nacionalidade e cidadania, reconhecidos na Emenda 14 da Constituição dos EUA (91).

---

(87) “Injunction”, in *Halsbury's Laws of England*, vol. 24, Butterworths, London, 1979, pp. 509-613; na definição da *Cyclopedia of Law and Procedure*, William Machk, vol. XXII, The American Law Book Co., 1906.

(88) A distinção, no direito brasileiro, entre essas duas espécies de lei está em que na primeira requer-se um *quorum* especial para sua aprovação (maioria absoluta, conforme o art. 69 da Constituição de 88).

(89) V. José Afonso da Silva, op. cit., p. 387, com a sua autoridade de um dos principais assessores da Assembléia Constituinte e de membro da Comissão de Redação do mesmo órgão.

(90) Herzeleide de Oliveira, op. cit., p. 62.

(91) José Afonso da Silva, op. cit., p. 386, nota 62.

Durante os trabalhos constituintes, o instituto foi proposto em diversas Comissões temáticas, associando-se, inicialmente, à necessidade de efetivar-se o direito à educação <sup>(91)</sup>. Ganhou sua configuração atual na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher <sup>(92)</sup>. Sua propositura decorreu da preocupação do legislador-constituente, de prever novo mecanismo capaz de garantir o efetivo exercício dos direitos constitucionais, sem que houvesse prévia escolha de uma determinada fonte, como demonstra a diversidade de designações que o novo instituto, inicialmente, recebeu: mandado cominatório, mandado de concretização, ação cominatória, etc. Gradualmente, uma certa correspondência com a *injunction* foi sendo constatada.

*Na verdade, mais do que com a injunction, assemelha-se o instituto aqui focalizado com a ação de inconstitucionalidade por omissão já tratada, no quadro das influências portuguesas. Distinguem-se, porém, os dois institutos: o mandado de injunção está ao alcance de qualquer cidadão, que poderá obter do Judiciário medida que garanta o seu direito, ao passo que a ação de inconstitucionalidade por omissão é reservada a determinadas entidades, sendo que, em seu contexto, não cabe ao Judiciário substituir-se ao órgão omissor. Limita-se ele a atuar junto àquele para que seja suprída a omissão de expedir norma sobre o assunto.*

#### *O devido processo legal (due process)*

Há muito presente nas decisões judiciais e na doutrina brasileira e, implicitamente, nas próprias normas constitucionais relativas às garantias de legalidade de prisão, contraditório judicial e ampla defesa, este princípio foi, finalmente, explicitado no Texto de 1988, da seguinte forma: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5.º, LIV).

O histórico do processo gradual de sua inserção no direito brasileiro, para culminar na presente redação constitucional, inspirada nas 5.ª e 14.ª Emendas da Constituição norte-americana, vem amplamente descrito por Carlos Roberto de Siqueira Castro, com a autoridade de ter sido o autor da sugestão para que tal ocorresse, na condição de assessor do constituinte Vivaldo Barbosa, que acolheu a proposta, formalizou-a e logrou vê-la aprovada <sup>(93)</sup>.

#### *2.7 Reflexão global sobre essas recepções de direito*

Preliminarmente, deve-se reiterar, como René David, que a profusão de importações legais não impediu a originalidade do Texto Constitucio-

(92) Por ordem de precedência, os seguintes Constituintes tiveram os seus nomes ligados à elaboração do novo instituto: Virgílio Távora, Ruy Bacelar, Darcy Pozza, José Paulo Bisol (Cf. Herzeleide Oliveira, op. cit., pp. 50-51).

(93) Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, Ed. Forense, 1989, pp. 369-381.

nal. Ela, ao contrário, concorreu para que, através do ecletismo e da acomodação que ele ensinou, se delinhassem certas particularidades.

Há, por outro lado, algumas curiosidades a serem realçadas, que demonstram a flexibilidade dos agentes das importações: no caso do mandado de injunção, transferiu-se o nome, mas inovou-se no conteúdo; já com o *habeas data*, deu-se o inverso: inovou-se na designação e integrou-se o seu conteúdo substantivo ao adjetivo.

Consignem-se, também, algumas rejeições de transplantes, tentados nas fases preliminares do processo constituinte: o defensor do povo, de modelo espanhol, mas inspirado, em geral, nos *ombudsmen* de origem escandinava, o veto legislativo popular, o *recall*, que vingou na Comissão de Estudos Constitucionais, etc.

Outras migrações jurídicas, embora não tivessem prosperado na parte final dos trabalhos constituintes, deixaram resquícios: o sistema semiparlamentarista de governo e o tribunal constitucional, este presente, de certo modo, na valorização do papel do Supremo Tribunal Federal como guarda da Constituição, e na reestruturação do Judiciário, na medida em que concorreu para esta valorização.

Quanto às importações de *Common Law*, os exemplos atuais confirmam a necessidade de um esforço de aclimação, dada a profunda diversidade de concepção e de estruturação dos sistemas jurídicos exportador e receptor.

O fortalecimento do Judiciário que advém dos novos institutos, recorda-nos a advertência de Loewenstein: "se se outorga o direito aos tribunais de frustrar uma decisão política do governo ou do Parlamento, começa o perigo de que — quer a decisão do tribunal não seja respeitada — com prejuízo para o Estado de Direito — quer a decisão política do governo seja substituída por um ato judicial que, embora revestido jurídico-constitucionalmente, não é, no fundo, senão um ato jurídico de pessoa que não teve nenhum mandato democrático para levar a cabo esta função" (94).

Note-se, por fim, que a receptividade às influências, aos contágios e às recepções de direito estrangeiro não se verificou num processo fechado, estritamente técnico, de elaboração do Texto. Não obstante pudesse ter sido provocada pelos especialistas, ela se manteve nas diferentes fases de uma Constituinte que primou pela transparência.

Como nas Constituições anteriores, essa receptividade não conduziu a uma reprodução servil das mais recentes conquistas do constitucionalismo

---

(94) Karl Loewenstein, *Teoria de la Constitución*, Editorial Ariel, Madrid, 1979, p. 324.

moderno. O ecletismo das recepções, a integração dos novos institutos em contexto tão diverso e, sobretudo, a adaptação legislativa e jurisprudencial que se seguirá, permitirão que atualização e especificidade continuem a caminhar juntas no direito constitucional brasileiro.

### 3. *Outras inovações do Texto de 1988*

Além das inovações assinaladas no item anterior, selecionadas em função de sua inspiração em direito alienígena, consideramos necessário indicar aos comparatistas, ainda que esquematicamente, outras modificações relevantes.

A Constituição brasileira vigente, estimada como moderna e progressista, elege entre seus princípios fundamentais a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1.º).

O objetivo de realização da cidadania implicou a previsão de inúmeros instrumentos e recursos de participação popular: o referendo, o plebiscito, a iniciativa legislativa — já mencionados — e ainda: o mandado de segurança coletivo (legitimação de entidades políticas, profissionais, de classe e de interesses afins para propor mandado de segurança, até então restrito às pessoas físicas — art. 5.º, LXX), a ação civil pública — já existente em nível de lei ordinária —, a extensão da titularidade para impetrar ação de inconstitucionalidade às associações sindicais e de classe para impetrar ação de inconstitucionalidade, etc.

Os direitos e garantias fundamentais, inovadoramente colocados no início do Texto Constitucional (Título II), são tratados em cinco categorias: direitos individuais (art. 5.º), direitos coletivos (art. 5.º), direitos sociais (arts. 6.º e 193 e segs.), direitos à nacionalidade (art. 12) e direitos políticos (arts. 14 a 17) (95).

No quadro dos direitos individuais, saliente-se a consideração da tortura e do terrorismo como crimes inafiançáveis e não anistiáveis (art. 5.º XLII), e como crimes inafiançáveis e imprescritíveis o tráfico de entorpecentes e o racismo, da mesma forma que a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5.º, XLIV).

Os direitos coletivos vão de par com o fortalecimento da liberdade de associação (art. 5.º, XVII) e com o reconhecimento de instrumentos específicos para a atuação das entidades coletivas.

---

(95) Pautamo-nos pela classificação identificada por José Afonso da Silva, op. cit., p. 164.



Os direitos sociais consignam ampla proteção à educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, maternidade, infância e desamparados. Merecem desenvolvimento à parte os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (34 incisos do art. 7.º). Previu-se o seguro-desemprego, a semana de 44 horas, a jornada de 6 horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, 120 dias de licença à gestante e licença paternidade (dependente de regulamentação), ampliação do prazo prescricional para ações trabalhistas, etc.

Reconheceu-se, plenamente, a liberdade sindical, mas aprovou-se, também, a unidade sindical, vedando-se, pois, a criação de mais de uma entidade sindical representativa da mesma categoria profissional ou econômica em idêntica base territorial (art. 8.º, II).

O direito de greve não conhece restrições (art. 9.º), diversamente dos textos anteriores em que ele era vedado aos funcionários públicos e a determinadas atividades essenciais, embora sob este aspecto tenha-se recorrido à remissão à lei ordinária (art. 9.º, § 1.º).

Em matéria de direitos políticos, assinala-se o reconhecimento do direito de voto (facultativo) aos analfabetos (art. 14) e a redução da maioria eleitoral para 16 anos (art. 14, § 1.º, c), já abordada.

No título III, relativo à Organização do Estado Federal, em que são definidas as competências da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios (os Territórios integram a União), procurou-se retornar ao princípio de uma verdadeira federação, retirando-se da União, em favor das entidades federais, particularmente dos Estados, considerável soma de recursos<sup>(96)</sup>, além de optar-se por um sistema complexo de partilha de competências (exclusivas, concorrentes, privativas, suplementares) visando-se ao estabelecimento do equilíbrio federativo<sup>(96a)</sup>.

No âmbito da Organização dos Poderes (Título IV), mencione-se o revigoramento do Legislativo, ao qual compete, nomeadamente: “resolver sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 49, I), tendo-se em mente, sobretudo, o controle do endividamento externo; julgar as contas do Presidente da República; fiscalizar os atos do Poder Executivo; dispor sobre orçamento anual; aprovar a escolha de magistrados de Tribunais Superiores, do Procurador-Geral da República, dos ministros do Tribunal de Contas da União, do presidente e dos diretores do Banco Central, etc.

Em consequência, o Executivo, embora tenha remanescido o sistema presidencial, viu-se consideravelmente despojado de seus poderes, recorrendo o Presidente da República, neste final de mandato, à edição fre-

(96) *Ibid.*, p. 413, e segs.

(96a) Bonavides e Paes de Andrade, *op. cit.*, p. 495.

qüente das mencionadas medidas provisórias. A notar, ainda, que a Administração Pública, pela primeira vez, ganha amplo tratamento na Constituição vigente (Capítulo VII).

No campo do Judiciário, em que avulta como principal novidade o seu fortalecimento através do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão, que lhe conferem papel decisivo para compelir os dois outros Poderes à implementação constitucional, destaca-se, também, a função prioritária do Supremo Tribunal Federal de guarda da Constituição — que, embora já lhe fosse tradicional, foi acentuada no Texto de 88 — além da criação de um Superior Tribunal de Justiça e de Tribunais Regionais Federais para a desconcentração, no plano nacional, do trabalho judicante. Mencione-se, também, a autonomia administrativa e financeira que lhe foi reconhecida (art. 99). A previsão de juizados especiais para causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de reduzido potencial ofensivo (art. 98, I) é outro traço inovador.

Encerram o Texto Constitucional os títulos consagrados à Ordem Econômica (VI) e à Ordem Social (VIII), tratados em separado e com extensão considerável. A primeira é fundada nos princípios da: soberania nacional; propriedade privada e da função da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

A associação dos princípios que caracterizam a economia de mercado com a valorização do trabalho humano mereceu destaque no Texto Constitucional (art. 1.º e art. 170), precisamente por expressar a sua orientação de um capitalismo moderado, submetido às exigências da justiça social. Tal ecletismo suscitou reações contrárias dos grupos que desejavam orientação socializante do Texto.

O espírito nacionalista predominou na distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, reservando-se a esta uma série de benefícios (art. 171), bem como na previsão de disciplinamento dos investimentos de capital estrangeiro.

Na Ordem Social, salientam-se a proteção inovadora a algumas minorias, entre elas, os deficientes físicos, os idosos, os índios — que, pela primeira vez, ganham tratamento à parte — e o papel decisivo reservado ao Estado na implementação das políticas previdenciária, de saúde, educacional, cultural, desportiva, científica e tecnológica. Na comunicação social (Capítulo V), ressalte-se a abolição de qualquer tipo de censura (art. 220, § 2.º).

Capítulo VII dessa Ordem, dispõe-se sobre a proteção do Estado em relação à família, reconhecendo-se, pela primeira vez, como entidade fa-

miliar a união estável entre o homem e a mulher (art. 226, § 3.º) e deixando-se o planejamento familiar a critério do casal (art. 226, § 7.º).

Inovadora, progressista, nacionalista e estatizante para uns, conservadora para outros, a Constituição em vigor, sem dúvida, representa um esforço considerável da Constituinte de 87/88 para fornecer ao Brasil um instrumento de progresso e de justiça social.

Entretanto, neste primeiro ano de sua vigência, a sua implementação tem encontrado sérias dificuldades.

#### 4. *Vigência inicial*

Neste período inicial de vigência da nova Constituição, vem-se constatando que ela ainda não teve condições de mostrar toda a sua potencialidade. O constituinte de 87/88, ao recorrer, com freqüência, à técnica de remissão a leis complementares (em número de 56) e ordinárias (que se elevam a 314) <sup>(97)</sup>, como que cerceou a aplicação do Texto, em vista da morosidade tradicional dos trabalhos parlamentares, acentuada pelo período eleitoral por que atravessa o País.

Essa atuação faz com que no trato de determinadas matérias, constitucionalmente focalizadas, mas dependentes de regulamentação, tenha-se que recorrer às leis ordinárias anteriores à promulgação da Constituição, instaurando-se uma verdadeira "balbúrdia jurídica" <sup>(98)</sup>, intensificada pela proliferação de medidas provisórias, emanadas do Presidente da República, que visam a suprir aquela omissão legislativa em face das urgências nas áreas econômica e social.

Os sucessivos movimentos grevistas que, libertos dos entraves constitucionais e legais anteriores, arrimados nos novos direitos sociais reconhecidos no Texto, espocaram em todo o País, em decorrência, sobretudo, das deficiências dos inúmeros planos econômicos governamentais, levaram, igualmente, o Presidente da República à edição de uma série de medidas provisórias. A sua dependência, em relação ao Legislativo, para efetivá-las, e o desgaste crescente que vem sofrendo o chefe da Nação em decorrência dos insucessos de sua gestão econômico-financeira, implacavelmente apontados no decorrer da campanha para as próximas eleições presidenciais,

---

(97) V. Ministério da Justiça, *Leis a elaborar: Constituição de 1988*, Secretaria de Estudos e Acompanhamento Legislativo (SEAL), Brasília, 1989; "Congresso não consegue votar as leis complementares à Constituição", *Jornal: A Folha de S. Paulo*, 31 de maio de 1989.

(98) Miguel Reale, "Balbúrdia Jurídica", no *Jornal A Folha de S. Paulo*, 8 de junho de 1989, p. A3.

além do receio de vitória de determinados candidatos, levaram a um renascimento do movimento parlamentarista, a ponto de ter sido apresentada emenda ao Texto recém-promulgado e que se encontra em tramitação no Congresso (99).

Adite-se a esses óbices o esvaziamento dos recursos da União, sem a correspondente transferência, para os Estados, de parte substancial de seus encargos, o que dificulta a implementação, na forma constitucionalmente prevista, dos direitos econômicos e sociais que lhe compete assegurar.

O Judiciário, por seu turno, aparelha-se lentamente para o exercício das novas e básicas funções. Nas decisões sobre mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão, ele se tem mostrado cauteloso, preferindo aguardar, por um prazo razoável, a edição da norma regulamentadora, na maioria das vezes, desclassificando os pedidos (100).

O resultado deste contexto é estampado nas manchetes jornalísticas: "A Constituição emperrada" (101) ou "A Constituição não pegou" (102).

A superação dos inúmeros obstáculos à efetividade do Texto de 88 passa, necessariamente, pelos resultados da eleição presidencial de 15 de novembro próximo, e nas relações que o futuro chefe da Nação conseguirá manter com os dois outros Poderes, em particular com o Legislativo.

### Conclusão

Para o novo Texto constitucional brasileiro convergiram as expectativas, longamente acumuladas, de normalização da vida democrática e de

---

(99) V. Sérgio Moraes, "Afinal o Parlamentarismo", no *Jornal do Commercio*, 24-6-1989; Sandra Cavalcanti, "Democracia, crise e parlamentarismo", *Jornal do Brasil*, 25-6-1989.

(100) Os primeiros mandados de injunção foram considerados descabidos pelo Supremo Tribunal Federal, como nos casos do impetrado por Procuradorias da República para compelir o Presidente da República a prover o cargo de Procurador-Geral da República (Processo 0000014, *Diário da Justiça* de 18-11-88, p. 30022, e do que visava assegurar anistia de dívida de microempresa (Processo nº 0000074 — *Diário da Justiça* de 14-4-89, p. 05456) e no qual se invocava a inexistência de norma regulamentadora, embora o dispositivo constitucional dela não necessitasse para ser aplicado. Até 4-6-89, dos 115 mandados de injunção impetrados junto ao Supremo Tribunal Federal, 39 haviam sido denegados e os demais encontravam-se em tramitação. No campo das ações de inconstitucionalidade por omissão, o quadro não é diverso, observando-se, frequentemente, a utilização equivocada do remédio processual (proc. 0000019, *Diário da Justiça* de 14-4-89, p. 05456).

(101) V. Villas Bôas Corrêa, *A Folha de S. Paulo*, 4-6-89, A11.

(102) V. o mesmo analista político, no *Jornal do Brasil*, 5-4-89.

resolução dos graves problemas econômicos e sociais no País. No decorrer de um processo lento, transparente e democrático de elaboração, no qual se alternaram movimentos que partiam da periferia para o centro da Assembléia Constituinte, e deste para a periferia, o documento absorveu propostas consensuais, no plano geral de realização de um Estado Social e Democrático de Direito, mas resultantes de acordos e compromissos, no nível das fórmulas institucionais para atingi-lo e, sobretudo, no das diretrizes da política social e econômica.

A técnica de resolução das divergências através da remissão constante à legislação complementar e ordinária não vem produzindo os resultados esperados ante a lentidão do processo legislativo, mormente em período eleitoral. Por outro lado, o Judiciário, que se viu enriquecido de poderes para suprir a omissão legislativa (no caso do mandado de injunção, aplicado ao caso concreto) ou para compelir a produção normativa (nas ações de inconstitucionalidade por omissão), tradicionalmente desaparelhado, em recursos materiais e humanos, demonstra visíveis dificuldades de assumir o seu novo e decisivo papel.

Relembre-se, por igual, que a concepção instrumental da Constituição, num plano não apenas geral, mas freqüentemente específico, fez com que ela se tornasse repositória de soluções administrativas conjunturais, muitas das quais inviáveis.

Da mesma forma, as contradições — que a inexistência de uma sistematização rigorosa do Texto gerou — e o excesso de normatização em determinadas matérias são aspectos que não podem ser ignorados.

Em contrapartida, deve ser ressaltado o enorme desafio que representa a implementação de um Texto — dos mais avançados do constitucionalismo contemporâneo, graças a um processo engenhoso e criativo de importações legais — em país com tão graves problemas de toda a ordem.

É precisamente nos países em desenvolvimento que a Constituição é encarada como uma verdadeira alavanca para o progresso, embora este seja irrealisticamente concebido nas muitas disposições utópicas. Deve-se, contudo, compreender que tal idealismo funciona não como um elemento de frustração futura, mas como verdadeira força propulsora para se atingir o razoavelmente possível.

As modificações que a nova Constituição, formal ou informalmente (103), fatalmente receberá decorrerão, pois, da busca incessante de viabilizá-la, a fim de preservar-se a preciosa conquista que ela representa, malgrado as suas já apontadas deficiências.

---

(103) V. Anna Candida da Cunha Ferraz, *Processos Informais de Mudança da Constituição*, São Paulo, Ed. Max Limonad, 1986.

# Inovações constitucionais

SILVEIRA NETO

Professor da Faculdade de Direito da UFMG.  
Jornalista político. Doutor em Direito.

## S U M Á R I O

*1. Algumas inovações. 2. A nova democracia. 3. Federalismo mais descentralizado. 4. Declaração de inconstitucionalidade. 5. Os nossos direitos. 6. Nacionalidade. 7. Processo legislativo. 8. Defesa do Estado 9. Considerações finais.*

### 1. *Algumas inovações*

A nova Constituição brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, é a sétima Carta constitucional do País, não se contando emendas ou leis constitucionais.

Pela ordem cronológica, as nossas Constituições:

- 1) Constituição de 25 de março de 1824.
- 2) Constituição de 24 de fevereiro de 1891.
- 3) Constituição de 16 de julho de 1934.
- 4) Constituição de 10 de novembro de 1937.
- 5) Constituição de 18 de setembro de 1946.
- 6) Constituição de 24 de janeiro de 1967.

Nossas Constituições refletem, evidente, o seu momento histórico, as ideologias que as informaram, as preocupações políticas dos líderes e das elites.

Estamos muito longe da Constituição Imperial de 1824, que refletiu o liberalismo da Revolução Francesa e o sistema parlamentar das instituições inglesas.

A Constituição Republicana de 1891 trouxe o federalismo e o presidencialismo norte-americano.

A Constituição de 1934 refletiu a social-democracia, a representação classista, a evolução econômica do mundo ocidental.

A Constituição de 1937 refletiu as doutrinas autoritárias da época.

A Constituição de 1946 procurou restabelecer o federalismo, os direitos individuais, os direitos sociais e a reformulação da democracia social.

A Constituição de 1967 serviu de instrumento à Revolução de 1964, tendo reforçado os poderes do Executivo.

A nova Constituição tem alguns aspectos que merecem análise:

- a) defesa da liberdade do cidadão em face da prepotência do Estado;
- b) retorno ao federalismo, sobretudo com nova distribuição tributária, favorecendo os Estados-Membros e os Municípios;
- c) maior participação na vida política, com os institutos da democracia semidireta;
- d) alterações na ordem econômica e social, sobretudo com melhores condições para os assalariados;
- e) conquistas na área da Previdência e Assistência Social;
- f) preocupação com o Estado Social de Direito, com repúdio às formas autoritárias de governo;
- g) maior controle do Poder Executivo pelo Legislativo, o qual recuperou algumas prerrogativas que havia perdido nos últimos anos;
- h) preocupação com pormenores, próprios de legislação ordinária, transpondo para o texto constitucional até dispositivos de ordem regimental, como, por exemplo, na seção do Processo Legislativo.

Em suma, a nova Constituição trouxe muitas inovações, alguns avanços políticos, reformulação do federalismo através da redistribuição de impostos, algumas alterações na ordem econômica, progressos na área social e trabalhista, e, no seu todo, manteve dispositivos tradicionais e conservadores.

Com objetivo apenas didático, para alunos das Faculdades de Direito e leigos interessados no assunto, vamos, neste pequeno trabalho, comentar algumas inovações constitucionais dignas de registro, sobretudo as que caem no âmbito da Teoria do Estado. Não se trata de um comentário acadêmico e técnico da nova Constituição, mas simplesmente de considerações ligeiras sobre o que a Constituição inovou nos direitos, na estrutura do Estado, no sistema dos poderes e em alguns setores do direito político.

## 2. A nova democracia

Entre as principais inovações da Constituição de 88, no plano político, está a adoção de alguns institutos da democracia semidireta: referendo, plebiscito, iniciativa popular.

Para se entender a importância dessa novidade, temos de caracterizar o que é democracia semidireta.

Não é novidade em muitos países europeus, sobretudo a Suíça, França, Espanha, Itália.

Nossa democracia sempre foi essencialmente representativa. Nesse ponto, o direito político brasileiro sempre esteve mais perto do liberalismo do século XVIII, da Revolução Francesa. Até esta, o mandato era imperativo e calcado no direito civil: isso significava que o eleito recebia determinadas instruções para votar segundo o interesse dos eleitores e estabelecidas nos "cahiers" (cadernos). Havia um vínculo entre eleito e eleitor. A Revolução Francesa, com a doutrina da Soberania Nacional, não aceitou o mandato imperativo e o substituiu pelo mandato representativo. Os deputados passaram a representar não apenas certas circunscrições eleitorais, certas regiões, mas o todo, a Nação, a soberania nacional. Isso mudou substancialmente a natureza do mandato, que perdeu aquele sentido *jurídico* anterior para ser um mandato *político*.

Não representando certo número de eleitores, mas o todo nacional, diluiu-se, de certo modo, a responsabilidade dos representantes. Com o tempo, viu-se que a pura e simples representação política tornou-se ilusória e insuficiente, porque os eleitores não tinham como cobrar dos eleitos as promessas de campanha eleitoral ou reivindicar o seu trabalho em prol da coletividade. Os deputados formavam grupos dentro dos partidos ou dos parlamentos e agiam mais em função dos próprios interesses que dos eleitores.

Então veio à baila a democracia semidireta, combinando a representação política com a intervenção direta do povo, em certas circunstâncias, através de certos instrumentos como o referendo, a iniciativa popular, o veto popular, o "recall".

O *referendum* é uma consulta que se faz ao povo sobre matéria política, antes ou depois de uma lei ser aprovada pelo Parlamento. Assim, o Parlamento italiano fez uma lei sobre o divórcio e a apresentou ao povo, depois, para ser referendada ou ratificada. O eleitorado ratificou a decisão do Parlamento e a lei do divórcio foi implantada no direito italiano.

Há certa confusão entre referendo e plebiscito, pois tudo é consulta popular. Entendemos, de acordo com o direito francês, que quando se trata de ratificar ou não matéria política — uma emenda constitucional, por exemplo —, tem-se propriamente o *referendum*; quando se trata de confirmar alguém ou não no poder, tem-se o plebiscito. Foram famosas as consul-



tas plebiscitárias de Napoleão III, na França, no século passado. Essa distinção é feita pelo publicista GEORGES VEDEL, que, apesar disso, afirma serem os nomes utilizados com o mesmo sentido em vários países, sobretudo na Suíça (1).

Segundo o jurista PAULO BONAVIDES, "Com o *referendum*, o povo adquire o poder de sancionar as leis". Também procura distinguir o referendo, citando autores europeus, entre os quais DUVERGER, que assim resume: "No *referendum*, "vota-se por um texto"; no plebiscito, "por um nome" (2).

Não parece ser esta a distinção adotada pelos constituintes no texto da nova Constituição, mas aquela que considera o *referendum* como uma consulta relativa à validade das leis, enquanto o plebiscito seria uma consulta excepcional, um "ato extraordinário" modificador ou conservador de formas políticas, mudanças territoriais ou forma de governo, segundo BISCARETTI DI RUFFIA.

O eminente constitucionalista Prof. RAUL MACHADO HORTA esclarece o assunto:

"Plebiscito e *referendum* são técnicas dotadas de autonomia. O plebiscito envolve manifestação popular sobre determinados fatos ou eventos, assim a decisão política do Chefe de Estado ou de Governo, a anexação ou desmembramento de território, a consagração do regime político. O *referendum* visa à captação do pronunciamento popular sobre atos normativos, especialmente o ato legislativo e o ato constituinte" (3).

Nota-se ser esse o sentido de plebiscito na nova Constituição, pois se fala na exigência dele para a criação ou transformação de Estados ou Territórios, assim como a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios. Nesses casos, conforme o texto constitucional, as populações interessadas deverão ser consultadas.

A *iniciativa popular* é uma forma de participação política mais arrojada e expressiva do povo no processo legislativo. Novidade em nosso Direito, também é instituto antigo em vários países europeus. Consiste em que certo número de eleitores podem fazer um projeto de lei. Teoricamente, podemos distinguir dois tipos de iniciativa popular: a formulada ou articulada e não formulada ou não articulada. Com o primeiro tipo, os eleitores já apresentam ao Legislativo um projeto de lei tecnicamente elaborado; com o segundo tipo, os eleitores apresentam a matéria sobre a qual pretendem uma lei e os parlamentares elaboram o projeto. Como se vê, é uma questão secundária e que traduz apenas o modo como se realiza a iniciativa popular.

(1) *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, 1959/60, p. 666.

(2) *Ciência Política*, Forense, 1986, 6ª edição, pp. 347 e seg.

(3) "O Povo no Processo Legislativo", artigo no "Estado de Minas", Belo Horizonte, 28-6-1988.

Na fase da elaboração da nova Constituição, já funcionou o novo instituto, com a designação de *emendas populares*; dezenas delas foram enviadas à Constituinte, com milhares de assinaturas.

No texto constitucional, vê-se, em vários dispositivos, a participação do povo, através da iniciativa popular. Certamente, uma das mais expressivas é a possibilidade de cinco por cento dos eleitores de um município poderem apresentar um projeto de lei à Câmara de Vereadores.

No processo legislativo estadual também deverá haver a iniciativa popular, conforme disposição de lei especial.

Esses institutos da democracia semidireta permitem, naturalmente, maior participação do povo no processo legislativo, na feitura das leis; também constituem uma forma de controle dos eleitores sobre os eleitos, que ficarão mais atentos ao adequado exercício do mandato. Regulados por leis ordinárias ou pelos órgãos da Justiça Eleitoral, só mesmo a prática poderá dizer, no futuro, se corresponderão ao propósito do Constituinte, no sentido de tornar a nossa democracia mais participante e perfeita.

### 3. *Federalismo mais descentralizado*

Há muitos anos se fala contra o nosso aparente federalismo, pois em vez de autonomia dos Estados-Membros e Municípios, o que se tem visto é o fortalecimento progressivo da União, mormente com a emenda constitucional de 1926 e a Revolução de 1930.

O Constituinte de 1988, consoante as últimas campanhas políticas, tratou de mitigar esse centralismo do poder na União. É o que se nota na parte relativa à Organização do Estado, pois define como autônomos a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Autonomia significa a capacidade de ter as próprias leis, ter governo próprio, ter a própria administração. Quanto aos Estados-Membros e Municípios, isso já constava das Cartas anteriores; a grande inovação é a autonomia do Distrito Federal, que terá a seu órgão legislativo, com a denominação de Câmara Legislativa e seus deputados distritais. Desse modo, o Distrito Federal (sede da Capital da República) terá uma organização semelhante aos demais Estados, com uma diferença: não será subdividido em Municípios.

Como os Municípios, o Distrito Federal terá a sua Lei Orgânica, que, no fundo, será quase uma Constituição.

Como se depreende do texto constitucional, estão definidos os três tipos de competência que caracterizam as atribuições do Estado Federal: exclusiva, concorrente e supletiva.

A Constituição enumera os poderes da União, conforme as cartas anteriores; são exclusivos dela, só a União pode exercê-los.

Já no que concerne aos poderes dos Estados, a Constituição inovou. Enumera a competência concorrente da União e dos Estados, porém a União só pode estabelecer as normas gerais.

Parece-nos que uma inovação importante é a competência supletiva dos Estados, na ausência de lei federal sobre matéria de competência concorrente.

A autonomia do Município contém inovação importante: poderá fazer a sua Lei Orgânica, desde que observe a legislação federal e estadual pertinente. Também a iniciativa popular dos eleitores, como já se falou neste trabalho.

Uma inovação constitucional é a institucionalização das regiões. Na prática, essa regionalização já existe no País, com os organismos próprios, com seus conselhos e suas verbas específicas. Agora, essa regionalização tornou-se matéria constitucional, com ordenamentos próprios.

Não haveria maior diferença no federalismo brasileiro se não fossem as grandes inovações inscritas no Sistema Tributário Nacional. Neste Capítulo é que reside o aspecto fundamental das mudanças federativas, da descentralização do poder, com repercussões na própria atividade política.

Nota-se que o sistema tributário tirou muitos recursos da União, em favor dos Estados e Municípios. Estes é quem vão ficar com grande fatia do bolo tributário. É claro que muita coisa vai depender de legislação complementar, mas se pode prever que os centros políticos de interesse vão deslocar-se da União para os Estados e Municípios, valorizando sobretudo a atividade das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores. Os dirigentes locais não precisarão mais correr atrás de órgãos federais ou freqüentar as antecâmaras da Presidência, solicitando verbas, pois estarão à sua disposição no próprio texto da Constituição.

Mas, se houve aumento de dinheiro para Estados e Municípios, haverá também mais encargos. Só a experiência, no futuro, poderá dizer das vantagens e prejuízos do remanejamento de verbas e encargos nesse novo federalismo tributário nacional.

Não nos parece ser sensível o esvaziamento da União. Despojada de muitos encargos, que passarão para a órbita de Estados e Municípios, a União ainda deterá boa parcela tributária. E, ainda mais, a nova Constituição continua mantendo os princípios da intervenção federal nos casos tradicionais.

Parece-nos que o grande beneficiário de toda essa reforma foi, efetivamente, o Município. Isso nos lembra a Constituição Mineira de 1891, que levou a autonomia política e administrativa até os distritos, criando os Conselhos Distritais. Uma experiência que não deu certo, em vista do "coronelismo" da época. Agora, a coisa poderá ser diferente, pois o próprio contribuinte poderá questionar a legitimidade das contas municipais e até mesmo acionar os poderes públicos locais através de ação popular. Isso,

para não se falar do controle da Câmara Municipal pelos Tribunais de Contas dos Estados.

De qualquer forma, o que se pode dizer, sem a experiência do futuro e sem a legislação complementar, é que a redistribuição tributária foi uma das mudanças mais importantes do nosso sistema constitucional.

#### 4. *Declaração de inconstitucionalidade*

Pode não ser um assunto de leigos, mas de importância fundamental sob o aspecto jurídico e político, a declaração de inconstitucionalidade das leis. A nova Constituição inovou também nesse aspecto.

Como se sabe, o legislador constituinte, ao votar a Constituição, não está preso a normas anteriores, pois se investe de um poder supremo e originário. Promulgada a Constituição, continuam funcionando os poderes constituídos: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Os poderes constituídos agem nos termos da Constituição, não podem exorbitá-los. Mas os legisladores ordinários continuam criando novas normas jurídicas e algumas dessas podem ir contra os preceitos constitucionais.

Em face de uma lei inconstitucional, o que se pode fazer?

É lógico que uma lei inconstitucional, enquanto não for tida como tal, pelo órgão competente, o Supremo Tribunal Federal, terá validade.

Mas uma lei inconstitucional não pode ferir o direito dos cidadãos ou de algum cidadão?

Se isso acontecer, o cidadão poderá questionar o problema na justiça, pois, de acordo com a própria Constituição, "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Suponhamos que o cidadão X, funcionário público, foi prejudicado por uma lei que ele julga inconstitucional. Então, constitui um advogado e vai ao Poder Judiciário. Se o Supremo Tribunal Federal realmente declarar a inconstitucionalidade da lei que prejudicou esse cidadão, ela não se aplicará a seu caso. Não aproveita a todos, mas apenas a esse cidadão que entrou na justiça. Por isso, chama-se processo por *via de exceção*. Declarada a inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal oficia ao Senado Federal, que, através de uma resolução, suspende a execução da lei. Aí ela perde a eficácia (4).

Esse processo por via de exceção, tradicional em nosso direito, pode não ser o mais rápido e eficiente. É preciso que alguém, em tese, sem ater-se ao *caso concreto* do cidadão prejudicado, seja parte legítima para pleitear a declaração de inconstitucionalidade. Este é o processo por *via de ação*, por não haver um caso concreto em pauta. Assim, se uma lei tida

---

(4) Vide *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, de Lúcio Bittencourt, Forense, 1949.

como inconstitucional for promulgada, pessoas, entidades ou órgãos podem arguir a sua inconstitucionalidade.

A Constituição de 1967 atribuiu essa faculdade ao Procurador-Geral da República. A Constituição de 1988 inovou também nesse ponto e alargou a possibilidade de proposição de declaração de inconstitucionalidade.

Como se sabe, o controle de inconstitucionalidade pode ser feito, em caráter preventivo, na proposição e na tramitação de projeto de lei. Tão logo um projeto entra na Casa legislativa, vai para a Comissão de Constituição e Justiça, cuja função principal é apreciar o aspecto constitucional e legal da proposição. Aprovado o projeto, vai este ao Poder Executivo, que, além de apreciar a conveniência, a oportunidade, a justiça, enfim, o conteúdo, a materialidade do projeto, deve verificar o seu aspecto de constitucionalidade. Se considerar o projeto inconstitucional, veta-o.

Apesar de toda essa filtragem, o vírus da inconstitucionalidade pode acompanhar um projeto até a sua transformação em lei e a sua publicação. Aí é que entram, então, os processos de declaração de inconstitucionalidade, por via de exceção e por via de ação.

É positiva na nova Constituição a ampliação do poder de propor a inconstitucionalidade, que ficava adstrito ao arbítrio e entendimento do Procurador-Geral da República, cuja atuação ficou resguardada na Carta.

Agora, podem propor a ação de inconstitucionalidade:

- I) o Presidente da República;
- II) a Mesa do Senado Federal;
- III) a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV) a Mesa da Assembléia Legislativa;
- V) o Governador de Estado;
- VI) o Procurador-Geral da República;
- VII) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII) partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Por disposição expressa do texto constitucional, o Procurador-Geral da República continuará sendo elemento importante nos processos de declaração de inconstitucionalidade, devendo ser previamente ouvido em todos eles.

Pode-se prever numerosas postulações de inconstitucionalidade, em vista de tantos órgãos ou entidades com legitimidade para desencadear o

processo. Entretanto, é preciso notar que o Supremo Tribunal Federal ficou agora com funções eminentemente políticas e como guardião principal da Constituição, à maneira da Suprema Corte norte-americana.

Parece-nos que o Constituinte de 88 adotou uma postura mais consentânea com a nossa tradição jurídica, mantendo o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, em vez de criar órgãos ligados ao Poder Legislativo. O controle jurisdicional é não só mais eficiente e efetivo, como também mais imparcial, desde que o recrutamento dos membros do Judiciário se faça por critérios isentos de parcialidade político-partidária e por interesses do Executivo.

## 5. *Os nossos direitos*

Historicamente, as Declarações de Direitos precederam as Constituições e prepararam o caminho para a sua implantação. Na Inglaterra, houve o *Bill of Rights*, em 1688, que continha muita coisa importante em matéria de direitos humanos.

Cem anos depois, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, reflete as doutrinas liberais e desencadeia a Revolução. Em 1791, a Assembléia Nacional Francesa promulga a primeira Constituição. Antes disso, em 1787, os Estados Unidos já tinham a sua Constituição.

Daí a importância das Declarações de Direitos.

As nossas Cartas, desde a de 1824, sempre repetiram os direitos humanos.

Apesar de seu caráter autoritário, também a de 1967.

A nova Constituição mudou de técnica, seguindo modelos estrangeiros. Começa a Constituição pela Declaração de Direitos, como para significar que, sem esta, a Carta não teria nenhum sentido. Por isso, em primeiro lugar, os direitos individuais e coletivos e sociais.

Direito supõe garantia.

Não basta ter um direito abstrato sem instrumento próprio para a sua realização.

Assim, ao direito de ir e vir, isto é, a liberdade física, deve corresponder um instrumento para garanti-lo. Se um cidadão for preso injustamente, tem esse instrumento próprio, que é o *habeas corpus*. Criado pelos ingleses, no século XVII, o *habeas corpus* foi introduzido nas Constituições ocidentais. A nossa Constituição de 88 ampliou a ação do *habeas corpus*, de modo a melhor garantir a liberdade do cidadão.

Se o cidadão for impedido de exercer um direito líquido e certo, na forma da lei, tem um instrumento próprio, que é o mandado de segurança. Embora existente nas Constituições anteriores, agora traz importante inovação: o mandado de segurança coletivo. Pode ser este impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional ou por organização "sindical ou entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados".

Sabemos que todo cidadão tem direito a invocar o Poder Judiciário em defesa de seus interesses, mas é comum faltar-lhe recursos financeiros para custear advogados e custas judiciais. É dever do Estado prestar-lhe essa assistência, daí a criação da Defensoria Pública. A nova Constituição diz:

"O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos."

Temos vivido, nas últimas décadas, em regimes autoritários, em que, mesmo sem ter sido condenado judicialmente por nenhum crime, o cidadão, por motivos políticos ou por vingança de desafetos, tem o seu nome lançado em informações sigilosas sobre a sua pessoa, as quais podem impedi-la de conseguir um documento qualquer, assim como um passaporte ou folha corrida. Esse tipo de coação por parte do Estado agora encontra na nova Constituição um instrumento: o *habeas data*. Poderá ser impetrado para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, nesses registros governamentais.

A maior novidade constitucional de 88 reside num instrumento de grande alcance: o mandado de injunção. Todos sabemos que as nossas antigas Constituições continham muitos dispositivos meramente teóricos, por falta de leis complementares ou ordinárias que as regulamentassem. A Constituição de 1946, com a sua perfeição técnica e seu conteúdo progressista, deixou de ser cumprida, em boa parte, pela ausência de legislação ordinária, que o Congresso nunca votou. Para sanar essa falha é que a atual Constituição criou o mandado de injunção. Convém transcrever o texto:

"Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

O longo capítulo dos direitos na atual Constituição traz outras inovações em relação às Cartas anteriores. É claro que esses dispositivos poderiam figurar no Código Penal, na Lei das Contravenções Penais, nos outros Códigos, mas o constituinte preferiu colocá-los na Constituição, certamente como meio de melhor assegurar a sua execução.

Agora, pelo fato de simplesmente ser indiciado numa infração penal, o cidadão não poderá ser identificado criminalmente, o que trazia uma

série de problemas para ele nos seus relacionamentos sociais. A indiscriminada identificação criminal, que se tornou um abuso, inibia o identificado de viver em paz, realizar seus negócios, pois, mesmo provando nada ter com a infração, mesmo depois de sua absolvição pela Justiça, essa mancha ainda vinha prejudicá-lo. A nova Constituição veio corrigir esse grave procedimento dos inquéritos policiais.

Tem sido um verdadeiro abuso, que, certamente, terá paradeiro com a nova Constituição, a violação da intimidade das pessoas, cuja vida privada tem sido exposta ao público, sobretudo por parte de certa imprensa sensacionalista e mórbida. Assim como é inviolável a casa do cidadão, também o é a sua vida particular, a sua imagem, a sua intimidade.

Essa violação da intimidade de uma pessoa pode acarretar-lhe danos irreparáveis, para si e seus familiares. A nova Constituição não só coíbe esse procedimento, como assegura o ressarcimento dos danos provocados pela violação. Numa época de tanta comunicação de massa, a defesa da privacidade das pessoas é, realmente, uma medida fundamental da nova Constituição.

De igual modo, a Constituição, certamente para corrigir as distorções dos governos militares, proíbe a violação das comunicações telefônicas e da correspondência, acabando com o conhecido meio de "grampear" telefones de certas pessoas, por motivos políticos ou para prejudicar-lhes a vida particular.

Embora não sendo inovação da nova Constituição, a ação popular teve ampliado o seu campo de atuação. É uma ação judicial pela qual o cidadão pode impedir ou anular um ato lesivo ao patrimônio público; assim, se um imóvel for vendido por cem mil cruzeiros, por motivos escusos, quando o seu valor real for de um milhão de cruzeiros, pode caber, no caso, uma ação popular. Mas esta pode aplicar-se, também, a atos de corrupção ou imoralidade administrativa, atos que prejudicam o meio ambiente ou o patrimônio histórico-cultural. Como se vê, a ação popular é agora eficiente meio de fiscalizar os atos dos governantes, em defesa das coisas comuns.

Transitando dos direitos individuais para os direitos sociais, vemos que estes foram bastante ampliados na nova Constituição. Os direitos sociais foram introduzidos, pela primeira vez, em nossa Constituição de 1934, como decorrência das reivindicações da democracia social que sucedeu ao liberalismo. Depois de 1930, criaram-se os institutos de pensões e aposentadorias para as diversas categorias profissionais, os industriários, os comerciários, os bancários e outros. As leis trabalhistas foram reunidas, em 1943, na Consolidação das Leis do Trabalho. Com o tempo, novas conquistas lhe foram acrescentadas. Agora, como decorrência de reivindicações e pressões dos sindicatos e das organizações obreiras, o constituinte introduziu na legislação trabalhista mais alguns direitos e benefícios. Doravante, ninguém



receberá menos que o salário mínimo, ainda que tenha remuneração variável.

Dependendo de lei ordinária, os trabalhadores terão participação nos lucros das empresas e décimo terceiro salário com base na remuneração integral. Também, após muita polêmica, foi aprovada a jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento e a duração semanal do trabalho passou para quarenta e quatro horas. A mulher conseguiu a licença-maternidade de cento e vinte dias e o homem terá licença-paternidade de alguns dias, conforme a lei fixar.

Um dispositivo inovador é a proibição de dispensa do empregado sindicalizado, em certas circunstâncias, para evitar a possível represália do empregador pela sua participação em movimentos ou reivindicações trabalhistas.

O direito de greve foi sensivelmente ampliado e a lei ordinária define as atividades essenciais merecedoras de atenção especial.

Um grande avanço da nova legislação foi deixar ao arbítrio da livre negociação os casos e conflitos resultantes dos interesses de empregadores e empregados. Também mereceu um espaço maior a convenção coletiva de trabalho, de modo a diminuir a influência do Poder Público nas atividades sindicais, tradicionalmente atreladas ao paternalismo do Estado. Deste modo, pode-se prever que os problemas trabalhistas possam resolver-se de modo mais pacífico e flexível, consoante os parâmetros da democracia social mais avançada e do moderno capitalismo.

Estas considerações sobre os direitos na nova Constituição provam que o constituinte, efetivamente, teve o propósito de melhorar as condições dos assalariados, embora mantendo o sistema capitalista e a livre iniciativa, sem prejuízo para as empresas. Como, entretanto, muita coisa ficou para a legislação posterior, como em todo o texto constitucional, só o futuro poderá realmente dizer se os direitos constitucionais se efetivarão na prática, na realidade do dia-a-dia do povo brasileiro.

## 6. *Nacionalidade*

Assim como uma pessoa não existe, perante a lei, se não estiver registrada no Cartório de Registro das Pessoas Naturais e tiver a sua certidão de nascimento, também é importante ter nacionalidade.

Não confundir naturalidade com nacionalidade.

Naturalidade é o lugar de nascimento: o município. Fulano é natural de Ouro Preto.

Nacionalidade diz respeito a determinado Estado. Fulano é argentino.

Toda pessoa precisa ter vínculo jurídico com algum Estado, a fim de exercer direitos e deveres, e isso só se faz através da nacionalidade.

As pessoas têm nacionalidade por naturalização voluntária ou de acordo com as leis de cada país, as quais geralmente adotam dois critérios diferentes, designados pelas expressões latinas *jus soli* e *jus sanguinis*.

Pelo *jus soli*, a nacionalidade é determinada pelo local de nascimento.

Pelo *jus sanguinis*, a nacionalidade depende da filiação ou da nacionalidade dos pais. Assim, pode acontecer uma pessoa ter dupla nacionalidade: um filho de suíço, nascido no Brasil, é brasileiro e suíço.

Mas há o problema dos naturalizados. A naturalização consiste em que uma pessoa adquira, voluntariamente, outra nacionalidade.

A nova Constituição não inovou substancialmente nessa parte.

Como se sabe, de acordo com o Código Civil, a lei não faz distinção entre nacionais e estrangeiros no uso e gozo dos direitos civis (casar, comprar, vender etc.). Mas os estrangeiros não gozam de direitos políticos (votar, eleger-se, exercer atividade partidária etc.) e os naturalizados gozam de direitos políticos com algumas restrições. Nesse ponto é que a Constituição de 88 foi mais liberal.

O Brasil continua adotando o princípio do *jus soli*, como norma geral, e o *jus sanguinis*, como norma secundária.

Agora, os naturalizados poderão exercer todos os cargos políticos, exceto os de:

- I — Presidente e Vice-Presidente da República;
- II — Presidente da Câmara dos Deputados;
- III — Presidente do Senado Federal;
- IV — Ministro do Supremo Tribunal Federal;
- V — membro da carreira diplomática;
- VI — oficial das Forças Armadas.

Como se vê, o nosso direito, tradicionalmente liberal nessa parte da nacionalidade, agora tornou a participação dos naturalizados muito maior.

A Constituição de 1967 era mais restritiva.

Outro ponto em que a nova Constituição também inovou foi suprimir a perda de nacionalidade do brasileiro que, pela Carta de 67, aceitasse emprego ou comissão de governo estrangeiro. Não mais existe essa restrição.

Não há pena de banimento e a perda de nacionalidade só se efetivará, quanto ao naturalizado, por sentença judicial, e, quanto ao brasileiro, se este se naturalizar voluntariamente em outro país.

Não queremos, no momento, emitir juízo de valor, sobre esse pretensão avanço da Constituição, dando maior espaço aos estrangeiros na participação dos negócios políticos. Na verdade, ficou muito pequena a diferença entre nacionais e naturalizados em nosso direito político. Só o futuro poderá dizer o que significa essa mudança em termos do interesse do Brasil.

Há um aspecto merecedor de atenção na nova Constituição, que, à primeira vista, parece mais liberal em relação ao estrangeiro, porém, na verdade, não o é. O Brasil não é mais um País de imigração, pois tem uma das maiores populações do mundo e expressivo crescimento vegetativo. A naturalização ficou mais difícil, como se pode depreender do art. 12, item II, alínea *b*: é preciso que os estrangeiros tenham residência de trinta anos ininterruptos e sem condenação penal. Na realidade, a participação do estrangeiro na vida política do País fica muito difícil, pois, após trinta anos, o imigrante, em idade geralmente madura e até avançada às vezes, não tem mais condições de participar.

O naturalizado tem mais direitos políticos, porém ficou mais difícil a naturalização.

## 7. *Processo legislativo*

Considerado matéria regimental, próprio dos Regimentos Internos das Casas legislativas, o processo legislativo foi inserido, pela primeira vez, nos textos constitucionais, na Constituição de 1967.

Na nova Constituição, esta matéria foi ampliada e apresentou também algumas inovações.

A respeito do processo legislativo, deve-se lembrar que se trata de direito formal ou adjetivo, pois não tem conteúdo material, isto é, não cria, modifica ou extingue direitos, mas regula a produção dos atos legislativos. NELSON SAMPAIO assim define o processo legislativo:

“Quando se trata de normas que regulam a produção — criação, modificação ou revogação — de normas gerais, temos o *processo legislativo*. É este que diz *quem* participa e *como* deve participar na formação dos *atos legislativos*.”<sup>(5)</sup>

Há outros tipos de processo no direito — processo civil, penal etc. que regulam a aplicação das normas substantivas. Entretanto, o processo legislativo, que regula a própria formulação do direito, deve, por isso mesmo, vir em primeiro lugar. Vê-se, pois, a importância que hoje se lhe atribui, passando de matéria regimental propriamente dita para ser matéria constitucional.

(5) *Processo Legislativo*, Saraiva, 1968, p. 2.

O processo legislativo, na nova Constituição, compreende a elaboração de:

- I — emendas à Constituição;
- II — leis complementares;
- III — leis ordinárias;
- IV — leis delegadas;
- V — decretos legislativos;
- VI — resoluções.

Como se vê, eliminou o decreto-lei da Carta de 67. Mas, em seu lugar, trouxe uma inovação: as *medidas provisórias*.

A emenda à Constituição começa por uma exigência específica na proposição, isto é, um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado, se não for da iniciativa do Presidente. Também pode propor emendas mais da metade das Assembléias Legislativas estaduais. A votação é em dois turnos e se exige um *quorum* especial de três quintos dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Há muitas limitações ao poder de emenda constitucional. Certas matérias não podem ser objeto de emenda: a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; os direitos e garantias individuais. Também a emenda não poderá ser votada durante o estado de sítio, estado de defesa ou intervenção federal. A emenda é promulgada pelas Mesas da Câmara e do Senado e não sofre veto ou sanção do Presidente.

O Poder Constituinte pode deixar que certas matérias sejam reguladas pelo legislador ordinário, desde que o texto constitucional assim o determine. São as leis complementares, noutra época chamadas leis orgânicas. A Constituição de 88 não exige procedimento especial, senão quanto à proposição e à maioria absoluta. A nova Constituição deixou muita coisa para as leis complementares; exemplos: criação de Territórios Federais e sua transformação em Estado, permissão de trânsito de forças estrangeiras em território nacional.

O decreto legislativo é norma da exclusiva competência do Poder Legislativo, não sujeito a veto ou sanção do Executivo. A sua função é regular dispositivos constitucionais da competência privativa do Congresso.

Lei delegada é a que resulta da transferência ao Executivo do poder de legislar. É um deslocamento de competência, do Congresso para o Executivo. Mas a delegação legislativa só se faz com restrições e cautelas. Assim, a Constituição não permite delegação de atos de competência exclusiva do

Congresso ou concernente a lei complementar, assim como nos seguintes casos:

I — organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II — nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III — planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

As resoluções são decisões emanadas de cada órgão legislativo, em sua competência privativa. Não estão sujeitas à sanção ou veto.

Resta-nos falar sobre as chamadas “medidas provisórias”, essa inovação introduzida no processo legislativo.

Serão adotadas pelo Executivo, em caso de relevância e urgência, com força de lei; deverão ser submetidas, imediatamente, ao Congresso, o qual, se estiver em recesso, será convocado extraordinariamente dentro de cinco dias. Se não forem convertidas em lei, no prazo de trinta dias, após a publicação, as “medidas provisórias” perderão eficácia. Caberá ao Congresso disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes. Como se vê, essas medidas constituem, de certo modo, um sucedâneo do decreto-lei, eliminado da Constituição. Sem a lei que disponha sobre o que é “relevância” e “urgência”, a medida provisória pode tornar-se um instrumento de prepotência do Executivo. Além disso, poderá transformar o excepcional num processo cotidiano do processo legislativo.

## 8. *Defesa do Estado*

A nova Constituição, feita por constituintes que desejavam apagar os vestígios do regime instaurado em 1964, naturalmente não podia deixar de alterar os dispositivos concernentes à defesa do Estado.

A Constituição de 1967 baseou-se na ideologia da segurança nacional, que se preocupava mais com a segurança do grupo dominante que propriamente com o cidadão. Daí o acentuado poder conferido ao estado de sítio, ao estado de emergência e às medidas de emergência. O novo texto constitucional não extinguiu propriamente o que se costuma chamar de “salvaguarda do Estado”, mas alterou o seu poder, a sua atuação.

O problema de segurança nacional ou de defesa do Estado não foi uma criação da Revolução de 1964. Já na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ficou estabelecido, em seu art. II:

“O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”

Pelo que se vê, mudou o conceito de segurança; aplicado ao cidadão, transferiu-se ao Estado.

Na época contemporânea, o problema de segurança certamente resultou da expansão do poderio bélico, depois da Primeira Guerra Mundial, de 1914 a 1918, em que se utilizaram novos e mortíferos engenhos, sobretudo a aviação. Também o conceito de segurança decorreu do conflito ideológico advindo da rivalidade entre o regime comunista e as democracias ocidentais. Em 1928, a Inglaterra criou uma academia com o objetivo de estudar o problema da segurança, seguindo-se depois a França, os Estados Unidos e outros países. No Brasil, a Constituição de 1934 dedicou todo um título à segurança nacional, que não definiu precisamente o que era, mas criou o Conselho Superior da Segurança Nacional e conceituou o papel das Forças Armadas como guardiãs da defesa da Pátria e da garantia dos poderes constitucionais.

A Constituição de 1967 tornou o conceito de segurança muito amplo:

“Toda pessoa, natural ou jurídica, é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei.”

Não se podia, num Estado de Direito, aceitar essa abrangência do conceito de segurança nacional. Numa análise das emergências constitucionais, o jurista Oscar Dias Correia mostrava a necessidade de limitá-las quanto ao alcance, no tempo e no espaço, a fim de que o excepcional não se tornasse permanente e que o sacrifício imposto aos cidadãos fosse o mínimo possível.

Como toda Constituição representa um momento histórico, com as suas ideologias e interesses, também a de 88, nesse ponto de defesa do Estado, reagiu contra o excesso de poder da Carta de 1967. Eliminou o estado de emergência e as medidas de emergência, mas manteve o tradicional estado de sítio, inscrito nas constituições liberais do Ocidente. E criou o chamado estado de defesa, que pode ser aplicado em “locais restritos e determinados”, para manter a ordem pública ou a paz social, diante de calamidades de grande proporção na natureza ou ameaça de instabilidade institucional. É claro que o estado de defesa restringirá alguns direitos dos cidadãos.

O estado de sítio é medida de maior amplitude e será aplicado quando o estado de defesa não for suficiente para resolver o problema da perturbação da ordem. A inovação importante da nova Carta é que o Congresso Nacional deverá autorizar a aplicação do estado de sítio, por maioria absoluta.

Tanto no caso de estado de defesa como no de sítio, os executores não poderão exorbitar das medidas estipuladas na Constituição e responderão pelos excessos cometidos.

Nesse ponto, como no dos direitos individuais, o que se vê é a preocupação de infringir ao mínimo a liberdade do cidadão, consoante o princípio democrático que presidiu a elaboração da nova Constituição.

## 9. Considerações finais

A Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 parece, em nosso entender, ser uma Constituição *in fieri*, isto é, uma carta ainda inacabada e por fazer. E isso por causa do grande número de leis complementares e ordinárias para torná-la concreta. Por isso mesmo, só o tempo poderá dizer da eficácia de muitos de seus dispositivos.

Uma constituição excessivamente detalhada e casuística. O contrário da Constituição norte-americana de 1787, sintética, uma carta que apenas estruturou a organização do Estado Federal e dos poderes. Há correntes que atualmente adotam essa postura da constituição detalhada, pormenorizada, sob a alegação de que os seus dispositivos terão maior força de realização. Não compartilhamos essa opinião, pois preferimos a Constituição sintética. A Constituição de 1946, a mais bem elaborada de nossa história política, continha disposições que nunca foram objeto de regulamentação e ficaram na pura especulação programática. Não é pelo fato de estar numa Constituição que algo deverá ser cumprido ou não. Mais que a letra da lei fala a realidade cultural.

A própria elaboração da Constituição fugiu aos paradigmas tradicionais. Em vez de partir de um projeto, começou por ser um amontoado de dispositivos elaborados por Comissões, que desembocaram num estuário denominado Comissão de Sistematização. Daí as contradições entre os vários setores da Constituição: alguns são avançados, outros são conservadores. Não há unidade ideológica na Constituição. Cada parte da Constituição resultou de fatores decorrentes sobretudo dos grupos de pressão que influenciaram os constituintes no momento da votação. Essa pressão foi, tanto de ordem externa, como oriunda de setores do próprio governo: assim foi a votação dos problemas agrários, do sistema presidencialista e do mandato de cinco anos.

Explica-se essa conduta da Constituinte pela sua origem. Não foi uma Constituinte no sentido pleno do termo. Não houve uma ruptura da ordem jurídica, uma revolução, um golpe-de-Estado. Quem convocou a Constituinte foi o próprio Presidente, através de uma Emenda à Constituição de 1967.

Convenhamos: foi mais um Congresso com poderes constituintes que propriamente uma Constituinte, no sentido clássico. Pode parecer uma sutileza, mas, se analisarmos bem, a Constituinte não agiu com os plenos poderes com que deveria atuar.

Com as suas inovações, tanto no plano político como social, só o tempo poderá dizer de sua vida longa ou se será apenas mais uma experiência em nossa instável história constitucional.

# O pluralismo jurídico na Constituição de 1988

SÍLVIO DOBROWOLSKI  
Juiz do Tribunal Regional Federal da  
4ª Região

## SUMÁRIO

1. *Explicação introdutória.* 2. *O estadualismo jurídico — breve revisão crítica.* 3. *Grupos. Poder. Direito.* 4. *O resgate do pluralismo na Constituição de 1988.* 5. *Papel dos grupos na defesa e na atualização da ordem constitucional.* 6. *Participação dos grupos na criação do direito e na defesa dos direitos de seus associados.* 7. *Os grupos e a solução de litígios.* 8. *Por uma democracia participativa.* 9. *Bibliografia.*

### 1. *Explicação introdutória*

Em Seminário intitulado *Direito e Sociedade*, levado a efeito na Universidade Federal de Santa Catarina, mereceu amplos desenvolvimentos dos participantes, a tese de que, a par do Direito formal positivado pelo Estado, há, em cada sociedade, uma pluralidade de “direitos informais”, compondo com aquele um feixe de ordenamentos jurídicos, coexistindo no mesmo espaço social.

Embora as posturas dos marxistas, de que os *direitos* existentes a par do direito estatal constituem um *direito insurgente*, de acordo ao modelo conflitivo de sociedade fundamento dessa visão teórica, a constatação importante advinda dos trabalhos apresentados, foi o resgate do pluralismo dos grupos sociais e de sua produção jurídica.

Em sua palestra direcionada exatamente sobre o “Resgate do pluralismo jurídico”, o Professor OSVALDO FERREIRA DE MELO relembrou a importância do tema para a *Política Jurídica*, na esteira de trabalhos anteriores. Cuida-se, segundo ele, de “área fundamental para a pesquisa da Política Jurídica”, e as discussões passam por dois níveis. O primeiro, relativo às razões para coexistirem normas de direito estatal, ao lado das normas informais. O segundo plano examina a conveniência de permitir a positivação de partes do direito informal (MELO, 1983:10).



Desde logo ressalta que, sendo o Direito meio de controle social, constituído em um corpo de regras de comportamento, passíveis de serem impostas forçosamente, o maior nível de sua heteronomia, compreendida esta como a positivação das normas jurídicas por meio de alguém ou de algum órgão distinto dos destinatários das regras, aumenta o possível grau de sua divergência com os padrões socialmente desejados. Produz-se, então, um Direito desvinculado da sociedade para a qual é constituído, resultando em menor legitimidade e eficácia social.

Ao contrário, a facilitação para que se expressem positivamente as representações jurídicas de uma sociedade torna as normas resultantes mais conformes ao sentimento jurídico prevalente, e com isso torna maior a observância aos padrões positivados. Compreensíveis, sem outros dados, tais conseqüências, ligadas ao natural sentir das pessoas em dar adesão com facilidade àquilo para que deram antecipada concordância ou que está em franca sintonia à sua visão das coisas. A participação no ato de criar as normas, como toda participação, é meio de autogoverno, e resulta a nível da sociedade global, em maior democracia.

O comparecimento ao seminário referido fez surgir a idéia deste trabalho, com investigação sobre o pluralismo jurídico e os aspectos da Constituição de 1988 ligados ao assunto, mais especificamente, o papel por ela conferido aos grupos, na defesa da ordem constitucional, na produção do direito e na solução de conflitos.

A abordagem da matéria parte da crítica ao estadualismo jurídico, com subsequente exame do papel dos grupos e de sua produção jurídica, e o estudo do pluralismo na Constituição de 1988, segundo a temática escolhida. Além da descrição do texto atual, a rememoração da história das nossas instituições, mesmo como notícia sumária, recebeu a indispensável atenção, de acordo aos limites impostos a esta espécie de documento.

## 2. *O estadualismo jurídico — breve revisão crítica*

A Idade Média foi a época da história onde o pluralismo jurídico alcançou o ápice. Com a dissolução do Estado romano, fragmentaram-se os centros de produção e de aplicação das regras jurídicas. Cada feudo, cidade ou corporação possuía o seu direito particular. O indivíduo, de regra, era portador de um estatuto jurídico pessoal, do grupo a que pertencia, podendo invocar suas regras nas relações estabelecidas com os outros.

Os juristas reais, na construção do Estado moderno e do absolutismo, trataram de pôr fim a essa multiplicidade de ordenamentos, atravessada, ainda, pelas ordens da Igreja, do Império e dos reis. Para afirmar a supremacia destes erigiram a doutrina da soberania estatal, fundada na atribuição exclusiva ao monarca, do poder de dizer o direito. O seu trabalho, bem sucedido, consubstanciou-se em tornar realidade as afirmativas de que a vontade do rei era a lei e de que, em cada reino, uma só ordem jurídica era possível.

Na luta contra o absolutismo real, os autores iluministas do século XVIII transferem esse monopólio da pessoa do monarca para o Estado. Voltados a dar fim aos privilégios dos aristocratas, do clero e das corporações, assentam a igualdade formal dos indivíduos no seio da sociedade, e afirmam que a faculdade de mandar — inclusive, é claro, a de formular o direito — cabe ao Estado, com inteira exclusividade.

Unificam-se neste último todas as parcelas de autoridade e de influência antes disseminadas entre indivíduos, famílias, corporações de ofícios, ordens religiosas, universidades e outros dispersos por todo o corpo social. Importa, segundo ROUSSEAU, “que não haja no Estado sociedade parcial” (ROUSSEAU, 1973:53), isto é, que desapareça a lei particular, unificando-se o sistema jurídico sob o Estado.

O racionalismo iluminista considera a multiplicidade de ordenamentos como um fruto do arbítrio da história, causador de todas as infelicidades possíveis. Como aqueles pensadores entendem que tudo pode ser alcançado e construído pela razão, acreditam que através da ciência da legislação seja possível estabelecer leis universais e imutáveis, válidas para todos os tempos e lugares, por serem adequadas à natureza humana, única e invariável (BOBBIO, 1979:70). Ambicionam produzir regras simples e claras, de modo que sua aplicação seja automática, a fim de impossibilitar qualquer concorrência, mesmo por via interpretativa, com a exclusividade estatal.

Sob esses fundamentos ideológicos assentou-se a doutrina chamada de positivismo, por que reconhece como Direito, apenas aquele posto pelo Estado, alcançando com KELSEN, a identificação entre Direito e Estado.

Do ponto de vista da Filosofia do Direito, semelhante posição mereceu ampla crítica e refutação. A idéia de inexistir ordem jurídica fora da estatal pode ser afastada, mesmo, pela própria obrigatoriedade do direito estatal. UBIRATAN BORGES DE MACEDO reporta, a propósito, a lição de BRUCCULERI:

“Quando o Estado inicia o seu trabalho de composição jurídica, quando impõe a primeira lei, tem ou não tem direito de impor-se sobre os outros? E estes outros têm ou não têm uma obrigação, e portanto um dever, de se aterem à lei? Se existe esse direito e esse dever, eis já um direito que é anterior à lei, e portanto não estatal. Mas esse direito e esse dever não existem, então a primeira lei (e pela mesma razão as subseqüentes) é despojada do caráter essencial da obrigatoriedade.

Não se diga que em tal caso a obrigatoriedade surgiria de um pressuposto contrato social que está na base da sociedade política; primeiramente porque a hipótese do contrato é um sonho que não merece ser tomado em consideração, e em segundo lugar porque, mesmo admitido o contrato imaginário, ele supõe pelo

menos preexistente o princípio: *pacta sunt servanda*" (MACEDO, 1978:116/7).

Sob o aspecto prático, a doutrina estadualista resultaria em um sistema de normas completo, e perfeito, sem lugar para a intervenção criativa do jurista, cujo papel se resumiria à simples aplicação lógica. No entanto, na realidade, forçoso foi ao próprio legislador estatal a identificação de falhas e imperfeições, tanto que a assim denominada Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942), em seu art. 4.º, autoriza ao juiz decidir, "quando a lei for omissa", "de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito".

A sociologia, doutra banda, constata a pluralidade de ordenações. Leia-se a listagem trazida por BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS em *O Discurso e o Poder*, e sua incisiva afirmação de que tal fenômeno é encontrável em qualquer sociedade com um mínimo de heterogeneidade (SANTOS, 1988:76).

Na verdade, "a ordem do direito estatal é tão-só" — constata outro sociólogo (GURVITCH, 1977:269) — uma ordem do direito entre várias outras". Como vai se ver adiante, "os grupos estruturados são capazes de dar origem a ordenações jurídicas" (GURVITCH, 1977:268).

### 3. *Grupos. Poder. Direito.*

A análise subsequente vai evidenciar as falhas da argumentação iluminista. Desde a afirmativa de que a sociedade é composta, apenas, de indivíduos destituídos de poder, até a exclusividade deste, por parte do Estado e o consectário do estadualismo jurídico.

Em qualquer relação social encontra-se, sempre, um relacionamento de poder.

Confrontam-se os seus elementos: a dominação e a dependência, em quaisquer circunstâncias. FOUCAULT estudou sua microfísica e identificou uma multiplicidade de correlações de poder, com afrontamentos, contradições ou estratégias perpassando todo o corpo social (FOUCAULT, 1980:88/9). Não há um só poder, mas poderes difusos por todo o ambiente, que assumem coloração política, econômica, social, cultural, religiosa, moral, esportiva, amorosa ou de outro tipo, de acordo à conjugação dialética aí ocorrente.

A sociedade, doutro lado, não é mero agregado de indivíduos. Compõe-na um complexo sistema de grupos, a par dos seres humanos. Estes não se inserem de imediato na totalidade. Fazem-no por meio dos grupos, constituídos de acordo às suas necessidades. O impulso sexual leva à criação da família; a procura de recursos para subsistência reúne os homens em fábricas, sociedades comerciais, sindicatos; a paixão esportiva associa-os em clubes dessa espécie; a crença religiosa reúne-os em igrejas. Inútil reproduzir os exemplos. Os grupos são realidades sociais, originados de rela-

cionamentos entre os indivíduos, os quais criam tais unidades com identidade própria, distinta dos seus membros e direcionadas a um objetivo comum (GURVITCH, 1977:262).

A tentativa iluminista de escamotear a existência deles frustrou-se, superada pela realidade social. Como escreveu HEGEL, a sociedade civil não se dissolve em poeira atômica de indivíduos mas ordena-se “em associações, comunidades e corporações” (HEGEL, 1968:258/9).

Numa acepção instrumental, o poder compreende os meios de que um homem dispõe para dobrar a vontade de outros, obrigando-os a cumprirem uma orientação por ele traçada. Todavia, segundo bem expressou HANNAH ARENDT, “o poder brota onde as pessoas se unem e atuam em conjunto” (ARENDT, 1970:48). Com a soma das forças de cada um, é possível superar a situação de dependência, equilibrando a relação de anterior inferioridade. Para exemplificar, basta recordar as melhores condições de trabalho obtidas pelos sindicatos, que permitem aos trabalhadores ultrapassar sua fraqueza enquanto isolados, para, em conjunto, terem condições, até, de impor exigências aos patrões. A formação de grupos é, portanto, modo de criar centros de poder.

Colocados esses pressupostos, é fácil correlacionar os grupos e o direito. Em vista da ubiqüidade do poder no meio social, o direito, pauta da conduta em sociedade, há de estar com ele relacionado. Com efeito. Na produção da norma, vários moldes podem compor o seu conteúdo. Entre as muitas soluções, o poder intervém para escolher a que se lhe configura mais apropriada. Esse momento decisório, da interferência do poder, é o ponto culminante do processo nomogenético, na lição de JOSÉ EDUARDO DE FARIA (FARIA, 1978:115). Como os grupos são focos de poder, detêm, do mesmo modo que o Estado, a faculdade de dar à luz regras jurídicas.

#### 4. *O resgate do pluralismo na Constituição de 1988*

A Constituição de 1988, excetuado o curto período de vigência da Carta corporativista de 1934, rompeu com a tradição individualística de nossas Constituições. Nestas o cidadão aparecia como eleitor isolado ou, depois de 1946, na condição de militante em partido político, mas sem a *possibilidade de atuar a nível sócio-político, através dos grupos sociais não partidários.*

Vale recordar que a Constituição do Império, de 25 de março de 1824, proclamou em seu art. 179, § 25:

“Ficam abolidas as corporações de ofícios, seus juizes, escrivães e mestres.”

Cuidava-se de afirmativa retórica, pois, em verdade, inexistiam corporações de ofícios no Brasil de então. Era antes uma demonstração de estar a Carta imperial permeada da ideologia liberal, que opunha o Estado, como organização política, à sociedade constituída de indivíduos agindo isolados, em busca de satisfazerem os seus interesses individuais.

A Constituição de 1988, voltada a construir uma sociedade pluralista (Preâmbulo), tratou de institucionalizar uma democracia participativa. Pode esta ser caracterizada como um modelo de organização democrática, com fundamento não apenas na representação popular, mas, também, na participação ativa e organizada do povo na administração dos assuntos de seu interesse. Assim, o art. 29, tratando dos Municípios, exigiu, no inciso X, a “cooperação das associações representativas no planejamento municipal”.

A nova Carta procurou revalorizar os grupos como entidades intermediárias entre o Estado e os indivíduos. Algumas atividades estatais passaram a ser compartilhadas com os grupos. “A educação, por exemplo, é direito de todos e *dever do Estado e da família* (sublinhei), será promovida e incentivada *com a colaboração da sociedade*”.

A atual Lei Maior trouxe condições para que as regras jurídicas positivas deixem de resultar das lucubrações claustrais de alguns exercentes do poder do Estado, como os membros de sua tecnoburocracia, e passem a ostentar o selo legitimador da participação popular. Como escrevi alhures:

“Em uma democracia verdadeira, é possível observar a existência de muitos poderes sociais (partidos políticos, sindicatos, igrejas, grupos de pressão), em diálogo participativo, compartilhando a soberania do Estado, a quem cabe a função de árbitro, para manter a integração da sociedade. Os múltiplos centros de poder tomam parte na produção jurídica, por meio da criação de normas, dentro dos seus âmbitos específicos, e pela efetiva participação na escolha da regra, quando da positivação do direito estatal. Tem-se, aí, uma poliarquia, com pluralismo de poderes ativos e multiplicidade de fontes do direito, que, embora imperfeito como toda obra humana, deve servir, não a um grupo privilegiado, mas a todo o corpo social.” (*Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, a. 26, n.º 102, abr./jun. 1989, p. 101.)

No seguimento, buscar-se-á descrever as inovações constitucionais, em três níveis, compreendendo o papel dos grupos na defesa e produção da ordem constitucional, suas atribuições para asseguramento dos seus interesses e, enfim, o direito informal e a solução de litígios.

Ficarão de fora as regras referentes aos grupos territoriais — Estados-Membros e Municípios — e aos político-partidários, os partidos, porque sua atuação se faz a nível formal, tradicionalmente incluídos na estrutura estatal.

##### 5. *Papel dos grupos na defesa e na atualização da ordem constitucional*

Embora timidamente, o legislador constituinte engajou, além dos partidos políticos, duas espécies de grupos, na defesa da Constituição. O art. 103, IX, autoriza “confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional” a proporem, perante o Supremo Tribunal Federal, a ação de inconstitucionalidade. Quer dizer, aquelas entidades podem pedir ao mais

alto Tribunal do País — cuja função precípua é a guarda da Constituição (art. 102, *caput*) — para que examine uma lei ou ato normativo e verifique sua compatibilidade, ou não, com a Lei Maior. Cabe-lhes, ainda, postular junto àquela Corte o reconhecimento da existência de omissão no cumprimento de dispositivo constitucional, por parte de alguns dos três Poderes do Estado (art. 102, § 2.º).

A declaração da inconstitucionalidade de norma de hierarquia inferior é meio jurisdicional para obviar que a Constituição seja violada em seus preceitos, pela legislação comum. Se aquela é a Lei Maior, princípio e fonte de validade do ordenamento jurídico, nenhuma regra de grau hierárquico menos elevado pode contrariá-la. Caso isso ocorra, será possível reconhecer a norma destoante como destituída de valor jurídico.

Por outro lado, a Constituição traça um projeto de convivência, é um plano de evolução social.

Para atingir os objetivos fundamentais do País (veja-se art. 3.º, onde constam, entre outros, o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, e o de erradicar a pobreza e a marginalização), algumas normas se referem a metas, para cuja consecução serão necessárias medidas legais ou administrativas e a cooperação de vários setores da sociedade, sem o que não se conseguirá, v.g., a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, inciso VII). A omissão em tais providências, como também a da edição de leis que completam preceitos constitucionais disso dependentes (p.e., art. 37, VII: “o direito de greve [dos servidores públicos] será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar”), é forma de descumprimento da Carta Magna, gerando inconstitucionalidade.

Em todas essas hipóteses, os grupos antes referidos podem promover a ação de inconstitucionalidade, importante forma de participação na defesa da ordem constitucional.

Também na atualização da Lei Maior, é possível venham os grupos a influir. Através do plebiscito (Constituição, art. 14, I), o povo será chamado a decidir por meio de votação sobre “mudança a ser introduzida nas instituições fundamentais do Estado” (RIBEIRO, 1986: 12). Assim, de acordo ao art. 2., *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, “no dia 7 de setembro de 1993, o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País”.

Bem se vê, do exemplo proporcionado pelo legislador constituinte, que os temas submetidos à consulta plebiscitária ultrapassam os limites usuais das eleições, centradas principalmente em termos de disputa político-partidária, onde a filiação dos candidatos a uma agremiação desta natureza é exigência indeclinável (Constituição, art. 14, § 3.º, V). As questões de plebiscito são de natureza fundamental, e se referem a interesses e aspirações de toda a sociedade. Parece, por isso, que os grupos em geral terão de atuar, em tal oportunidade, de modo muito ativo, em face da sua condição de entidades intermediárias entre o Estado e os indivíduos.

## 6. *Participação dos grupos na criação do direito e na defesa dos direitos de seus associados*

A Constituição assegura a participação popular na criação do ordenamento jurídico, através dos institutos do referendo e da iniciativa popular, mencionados no art. 14, II e III. Por meio daquele, o povo é chamado a dar assentimento, "para conferir validade a uma proposição normativa ordinária". A iniciativa popular "é o direito reconhecido a determinado número de eleitores de submeter à Assembléia Legislativa uma proposição concreta" (RIBEIRO, 1986: 12).

Em ambos os casos, os grupos terão oportunidade de influir entre seus aderentes, recomendando a resposta ou a proposição mais adequada às suas aspirações e necessidades. Se a Constituição autorizou o trabalho dos grupos de pressão (*lobbies*) junto ao Parlamento, quando facultou às entidades associativas a representação extrajudicial dos seus filiados (art. 5.º, XXI), quaisquer grupos, por meio da iniciativa popular, terão recurso para fazer as Casas Legislativas se definirem acerca de matérias do seu interesse, bem como, pelo referendo, oportunidade para vetar os projetos legislativos, quando lhes pareçam prejudiciais.

É necessária, todavia, a regulamentação legal desses institutos, por enquanto mera promessa constitucional. Igualmente agiria bem o legislador ordinário em normatizar a atividade *lobística* que, como visto, não é ilícita, mas precisa se desenrolar às claras, para corresponder às exigências de um Estado Democrático de Direito (art. 1.º, *caput*), cujas decisões de governo têm de ser tomadas em público, ressalvadas as pouquíssimas exceções, em casos extremos.

A Constituição admitiu, ainda, em duas hipóteses, a presença dos grupos no processo legislativo.

Na área da assistência social, estipulou o art. 204, em seu inciso II, caber "a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis".

Com relação aos Municípios, determinou o art. 29, inciso X, que suas leis orgânicas devem assegurar a "cooperação das associações representativas no planejamento municipal".

Vê-se desses dispositivos ter o legislador constituinte assegurado participação ativa aos grupos, na feitura das normas de planejamento local e da assistência social, como entidades representativas da população. Ainda aqui, a dicção constitucional exige normatização de grau ordinário, para explicitar em que condições um determinado grupo é representativo, evitando, com isso, a criação de entidades fictícias, aptas a servirem, não a coletividade, mas a institutos manipulatórios.

Doutra banda, a Lei Maior, além de assegurar ampla liberdade para criação e funcionamento de associações com fins lícitos (art. 5.º, incisos XVII, XVIII, XIX e XX), conferiu-lhes legitimidade para represen-

tar os seus filiados em juízo ou extrajudicialmente, desde que estes o autorizem de modo expresso (art. 5.º, XXI). O inciso LXX do art. 5.º introduziu o mandado de segurança coletivo, a ser impetrado por:

“a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.”

Alargou, pois, a função antes reconhecida aos sindicatos, nas demandas trabalhistas coletivas. Agora, os grupos indicados exercem a defesa dos interesses jurídicos de seus membros, perante a justiça ou outros órgãos estatais.

### 7. *Os grupos e a solução de litígios*

Na jurisdição trabalhista é tradição do nosso direito a presença de juizes extraídos das classes trabalhadora e patronal. Na justiça militar, tomam assento em seus órgãos julgadores, membros das forças militares, ao lado de juizes togados.

Enquanto existiu o júri nos processos por crimes de economia popular, dele faziam parte donas de casa e representantes dos consumidores.

Tais precedentes serviram de molde à disposição do art. 98, I, assim concebido:

“A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I — juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau;”.

Andou bem o constituinte, nesse marco. A rapidificação da justiça exige, a par de simplificarem-se os seus trâmites, a participação popular nos seus trabalhos. As leis que venham a institucionalizar esses juizados especiais poderão neles incluir juizes leigos, a serem indicados pelos grupos ligados aos interesses em litígio. Assim, em uma disputa de vizinhos ou relativa à poluição ambiental, teriam participação pessoas indicadas pela associação de moradores do bairro. Para causa relacionada a contratos comerciais, importaria trazer julgadores nomeados pela associação de consumidores e pela associação comercial. Voltados a obter resultados conciliatórios, tais representantes grupais em muito auxiliariam a terminar os conflitos e para diminuir o avassalador volume de trabalho entregue ao Poder Judiciário.



Por sua vez, o art. 217, § 1.º, consagrou a colaboração de justiça de entidade grupal. Excluiu do acesso ao Poder Judiciário as questões referentes à disciplina e às competições desportivas, antes de “esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva”, a qual terá o prazo máximo de sessenta dias para decidir. Tem-se, aí, o Estado cedendo lugar a uma entidade desligada de sua estrutura formal, mas atuante em determinado setor social.

#### 8. *Por uma democracia participativa*

A Constituição de 1988 avançou na questão do pluralismo jurídico, ainda que tibiamente, por haver deixado de ordenar a ouvida dos grupos, ao menos os mais importantes, nas questões legislativas em geral e na formulação das políticas em todos os setores. A tomada de posição incisiva, quanto à assistência social e ao planejamento municipal, torna injustificado o silêncio quanto a outros campos.

Sem dúvida, inexistente proibição para que a prática se difunda a nível legislativo, como se tem feito informalmente, quando o Governo procura obter cooperação espontânea do empresariado para conter a alta dos preços.

Adotada a participação dos grupos para decidir sobre os problemas nacionais, evitar-se-á o governo dos partidos, em que aqueles com maior número de eleitos resolvem as questões a seu bel-prazer, muitas vezes desligados da verdadeira vontade do eleitorado.

Só um autêntico pluralismo jurídico permitirá compor uma ordem do Direito mais legítima, por estar de acordo às representações jurídicas do povo. A expansão pluralista implica em cada vez mais democracia participativa.

#### *Bibliografia*

- ARENDETT, Hannah. *Sobre la violencia*. México, Joaquín Mortiz, 1970.
- BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*. Torino, Glappichelli, 1979.
- FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*. São Paulo, Perspectiva, 1978.
- FOUCAULT, Michel. A vontade de saber. In: *História da sexualidade*, 3ª ed. Rio de Janeiro, Graal, 1980. V. 1.
- GURVITCH, Georges. *Tratado de Sociologia*. São Paulo, Martins Fontes, 1977. 2 V. X.
- HEGEL, G. W. F. *Filosofia del Derecho*. 5ª ed. Buenos Aires, Claridad, 1988.
- MACEDO, Ubiratan Borges de. *Metamorfoses da liberdade*. São Paulo, IBRASA, 1978.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. *Positivização do Direito informal, uma questão de Política Jurídica*. In: *Seqüência*, nº 7. Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, jun. 1983, 9-15.
- RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 2ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 1986.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. In: Civita, Victor. *Os pensadores*. São Paulo, Abril, 1973. V. 24.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *O discurso e o poder — ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica*. Porto Alegre, Fabris, 1988.

# A segurança pública na Constituição

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

## SUMÁRIO

1. *Introdução e conceitos.* 2. *Inserção constitucional.* 3. *Preservação e restabelecimento político da ordem pública.* 4. *Preservação e restabelecimento policial da ordem pública.* 5. *Preservação e restabelecimento policial-militar da ordem pública.* 6. *Polícia ostensiva.* 7. *Conclusões.*

### 1. *Introdução e conceitos*

#### 1.1 — *Segurança pública e política*

Duas das conseqüências indesejáveis da sociedade industrial foram o aumento descontrolado da população e sua desordenada concentração urbana.

Somem-se a isso a ponderável marginalização desses grandes contingentes, a provocação ao consumo pelos meios eletrônicos de comunicação e a exploração política da miséria, e aí temos, em poucas pinceladas, o quadro propício à violência que tanto nos preocupa.

Mas ao mencionarmos a exploração política da miséria não quisemos negar o fato de que tratamos principalmente com fenômenos políticos. Concentrarmo-nos nos fatores econômicos ou psicossociais, seria, ao contrário, fechar os olhos à concausa de maior expressão, que é, precisamente, a política: *a decisão dos governos.*

Hoje, não tenho dúvidas de que o Estado brasileiro é o grande responsável pelo sério problema de segurança pública que defrontamos em todos os quadrantes do País.

Digo-o, porque desde o início do nosso processo de industrialização, pelos anos trinta, os sucessivos governos foram indiferentes ao problema demográfico e às suas conseqüências sociais. Indiretamente, chegou até a incentivar a natalidade irresponsável, com políticas tributárias e assisten-

ciais equivocadas, ao mesmo tempo que ignorou, durante sessenta anos, suas correlatas responsabilidades em termos de infra-estrutura sanitária e educacional, para mencionarmos as mais trágicas omissões.

Embora o Estado brasileiro sempre tivesse tido oportunidade e meios para solucionar o problema, sendo que por duas vezes dispoñdo de formidável poder arbitrário, preferiu concentrar seus esforços no econômico, multiplicando obsessivamente sua presença concorrencial e monopolista em busca de outras metas e de outros valores. Tornou-se, assim, um rico empresário num pobre País. E esperando solucionar problemas que lhe pareciam ser de segurança nacional, terminou por criar e agravar imensos problemas de segurança pública.

Assim, ironicamente, o Estado por nós constituído, que tanto descurou da *segurança social*, tem agora conosco, a sociedade brasileira, um grande débito, que se agudiza com o problema da *segurança pública*.

Está claro, portanto, que a segurança pública, enquanto dever do Estado, nesses termos reconhecida no art. 144 da Constituição, não resulta apenas da preservação contingencial de ordem pública contra manifestações ou desordem, mas, além e principalmente, da preservação permanente das corretas atitudes da população diante dos valores da ordem — como condição existencial da sociedade e de seu desenvolvimento.

Está claro, por fim, que essas atitudes positivas e construtivas em face dos valores da ordem têm como pressuposto mínimo a *dignidade da pessoa humana*. Um valor que o Estado não está respeitando, quando deixa de ser prestador essencial de educação, saúde, segurança e justiça, para ser industrial, comerciante, transportador, banqueiro, financista, segurador, minerador, e, ao fim e ao cabo, sustentáculo de ociosos, padrinho de parasitas e cabide de empregos eleitoreiros.

Não posso, nem quero, negar, portanto, a existência do problema político. Só que prefiro colocá-lo nesses termos. E se esse diagnóstico estiver certo, o remédio não pode ser outro senão a democracia, devolvendo ao povo o direito de escolher se prefere mais uma estatal ou mais um hospital; mais um professor, ou mais um burocrata; mais um policial ou mais uma vítima.

Nesse sentido, podemos entender, também, que a segurança pública, além de ser um “dever do Estado”, como se prescreve no art. 144 da Constituição, é também uma “responsabilidade de todos”, pois de todos, numa democracia, é, enfim, a responsabilidade do Estado ser o que é.

Entendi oportuna descortinar essa visão panorâmica, antes de fixar os conceitos que devemos manejar a seguir, para que se ponha em destaque sua inescapável inserção num *continuum* sócio-político, no seu sentido mais amplo, dentro do qual fazemos as distinções categoriais da *ordem política* e da *segurança pública*, tal como as retiramos da nova Carta e assim chegarmos em cheio ao tema da exposição.

## 1.2 — *Ordem e segurança*

Parte-se de dois conceitos fundamentais: o de *ordem* e o de *segurança*.

A *ordem* é uma idéia estática. É uma *situação*.

Ela existe graças a uma disposição interna, de um sistema qualquer, que viabiliza sua organização.

Toda organização pressupõe uma ordem mínima, sem a qual não subsiste.

O comprometimento da ordem é, pois, o comprometimento da própria organização.

A segunda referência conceptual é à *segurança*.

A *segurança* é uma idéia dinâmica. É uma *atividade*.

Ela existe como função de garantia da ordem.

Toda organização pressupõe, portanto, uma ordem mínima e uma segurança mínima, que a preserve.

A segurança existe para evitar o comprometimento da ordem.

Em vários trabalhos procuramos mostrar o sentido desses dois termos, algumas vezes, na honrosa companhia dos mais preeminentes publicistas, como na coletânea *Direito Administrativo da Ordem Pública* (1), aberta com o trabalho extraordinário, erudito e bem travejado, de ALVARO LAZZARINI, e outras vezes em artigos isolados, como o que fiz publicar em 1988, sob o título "Revisão Doutrinária dos Conceitos de Ordem Pública e de Segurança Pública", na *Revista de Informação Legislativa* do Senado Federal (2).

Nesse segundo trabalho mencionado, diante da perplexidade que nos havia causado a "heterogeneidade dos modos de ver e de situar a matéria", como bem observara SEABRA FAGUNDES em seu prefácio a referida coletânea (3), dispus-me a precisar os conceitos qualificados de ordem e de segurança, de modo a definir, afinal, a ordem e a segurança *públicas*.

Certo de que, à semelhança do que ocorre com os grandes lineamentos do Direito Administrativo, é possível encontrar uma sistemática coerente, lancei-me à pesquisa de que resultou o segundo dos trabalhos referidos. Uma provocação teórica, sem dúvida largamente recompensada pelas consequências práticas advindas, mormente nessa quadra da vida nacional, de alta demanda de definições políticas e jurídicas, na esteira e em complementação de uma Constituição que dedica, entre dispositivos esparsos, todo um Capítulo à Segurança Pública.

(1) Rio de Janeiro, Ed. Forense, em 2ª edição, 1986/1987.

(2) Brasília, a. 25, nº 97, jan./mar. 1988, pp. 133 a 154.

(3) *Direito Administrativo da Ordem Pública*, op. cit., p. XII.

Cheguei, assim, às qualificações desejadas, em íntima sintonia com a Constituição: a *política* e a *pública*.

Quando a *ordem* se refere a toda a *organização política* de uma sociedade, temos a *ordem política*.

É, portanto, a disposição interna da organização política, que viabiliza a existência do Estado e do Direito.

Em conseqüência, quando a *segurança* se refere à garantia de toda *ordem política* de uma sociedade, temos a *segurança política*.

Toda organização política pressupõe, portanto, uma ordem política mínima e uma segurança política mínima que a preserve.

Descendo do referencial político, que é geral, e passando ao referencial público, que é especial, ficam assim as qualificações.

Quando a *ordem* se refere a toda a *organização da convivência pública* de uma sociedade, temos a *ordem pública*.

É, portanto, a disposição interna da organização social das interações interindividuais públicas, permanentes ou ocasionais, que viabiliza a convivência pública.

Em conseqüência, quando a *segurança* se refere à garantia de toda a *ordem pública* de uma sociedade, temos a *segurança pública*.

Toda organização social pressupõe, portanto, uma ordem pública mínima e uma segurança pública mínima que a preserve.

Sinteticamente e em conclusão: a *segurança política é a garantia da ordem política*, enquanto a *segurança pública é a garantia da ordem pública*.

Entre ambas há, respectivamente, uma relação do geral para o particular. A ordem política é um *plus* com relação à ordem pública. Um grave comprometimento da ordem pública pode tornar-se um comprometimento da ordem política, determinando que à atividade de segurança pública que é ordinária, se suceda a atividade de segurança política, que é extraordinária.

Como se contém, a especial na geral, a ordem política exige a ordem pública, e não a recíproca. Do mesmo modo, a segurança política não prescinde de segurança pública, e não a recíproca.

Se não estivermos atentos a essas categorizações, distinguindo a ordem e a segurança, de um lado, e o político e o público, de outro, bem como suas correspectivas interações, perderemos o seu sentido sistêmico, graças ao qual, como se exporá a seguir, torna-se evidente a sua expressão sistemática inserida na Constituição de 1988.

## 2. *Inserção constitucional*

### 2.1 — *Ordem política e segurança política*

Procurarei ser breve, pois o político não é o tema central que aqui nos importa. Seu tratamento é, no entanto, necessário, uma vez que as relações

de continência e de dependência apontadas exigem um bom conhecimento dos fundamentos constitucionais de cada um dos termos em estudo.

A *ordem política*, no Estado de Direito, é a disposição da organização política da sociedade que lhe dá a lei.

Qualquer sociedade politicamente organizada tem uma ordem política, mas só no Estado de Direito essa disposição está predefinida em lei.

Ao se organizar em Estado de Direito, a sociedade brasileira optou, portanto, por uma determinada ordem política, que é a que se define, fundamentalmente, no art. 1.º da Constituição da República e deflui, de resto, de todo o seu texto.

Mas, nesse mesmo art. 1.º, podemos notar que a ordem política não está referenciada apenas ao Direito, mas, igualmente, à Democracia: a referência completa é a um "Estado Democrático de Direito".

A luz dessa expressão compósita, deve-se entender, então, que a ordem política não é apenas a disposição política da sociedade que lhe dá a lei: exige-se que essa lei represente a *vontade consensual da sociedade*, colhida segundo os processos democráticos. Trata-se, portanto, não só de uma ordem legal como de uma ordem legítima.

O Constituinte deu igual importância às duas qualidades da ordem política racional: ser legal e ser legítima.

Em decorrência, *segurança política* é a garantia da ordem política. Sendo uma atividade correlata, ela se submete ao mesmo duplo condicionamento: deve ser legal e legítima.

A segurança política é tratada constitucionalmente em dois níveis: o individual e o coletivo. A nível individual, interessa fundamentalmente a pessoa que infringe a ordem política (art. 144, § 1.º, I) e a nível coletivo, interessam as situações que caracterizam a ruptura da ordem política (arts. 136, 137, 138 e 139).

Enquanto o problema individual continua a receber tratamento pessoal ordinário, o problema coletivo de segurança política leva aos tratamentos políticos extraordinários, do estado de defesa e do estado de sítio, nos quais a própria ordem jurídica é objeto de alteração, com vistas à sua defesa.

## 2.2 — Ordem pública e segurança pública

A *ordem pública* é a disposição pacífica e harmoniosa da convivência pública, conforme os princípios éticos vigentes na sociedade.

Como se pode apreciar, o referencial ordinatório não é apenas a lei e, tampouco, se satisfaz com os princípios democráticos: a ordem pública é mais exigente, pois tem uma dimensão moral diretamente referida às vigências sociais e, por isso, própria de cada grupo. A ordem pública deve ser, portanto, legal, legítima e moral.

Essa dimensão metajurídica, a reconhecia ALVARO LAZZARINI, ao se referir a uma "situação de legalidade e moralidade normal", apoiado em

autores como CALANDRELLI, SALVAT, DESPAGNET, FORTUNATO LAZZARO e GUILLERMO CABANELLAS (4).

Por esses motivos, tenho conceituado a ordem pública como uma situação de convivência pacífica e harmoniosa da população, fundada nos princípios éticos vigentes na sociedade.

Esse me parece o conceito adequado ao entendimento das cinco menções constitucionais à ordem pública: no art. 34, III, ao tratar das hipóteses de intervenção da União nos Estados e Distrito Federal; no art. 136, *caput*, ao tratar do estado de defesa; no art. 137, I, implicitamente, ao tratar do estado de sítio nos casos em que o estado de defesa foi ineficaz; no art. 144, *caput*, ao defini-la como *objeto de segurança pública*; e no art. 144, § 5.º, ao atribuir sua preservação genérica às polícias militares.

A *segurança pública*, por sua vez, é a garantia da ordem pública. Sendo uma atividade-meio, ela se submete aos mesmos condicionamentos da ordem pública, que é sua finalidade: deve ser *legal, legítima e moral*.

Para proporcionar essa garantia, o Estado exerce diversas atividades — *as funções de segurança pública* — que, por sua vez, demandam a concentração de poderes estatais específicos em *órgãos de segurança pública*.

A prestação administrativa dessa atividade, como função do Estado, é, portanto, um poder-dever, tal como, enfaticamente, o confirma a Constituição no art. 144, *caput*.

A sociedade, embora transferindo ao Estado o monopólio da coerção, tem, ainda assim, o dever de colaborar ou, pelo menos, de não estorvar aquela prestação estável da segurança pública. A Constituição a torna “responsabilidade de todos (art. 144, *caput*)” mas, é claro, sempre nos termos da lei, pois “fazer ou deixar de fazer alguma coisa” é liberdade individual que se submete ao princípio da reserva legal.

Essas *funções de segurança pública* estão todas referidas no art. 144, § 1.º, incisos, I, II, III e IV, § 2.º, § 3.º, § 4.º, § 5.º e § 8.º Já os *órgãos de segurança pública* são os instituídos, em *numerus clausus*, nos cinco incisos do *caput* do art. 144, a saber: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Insista-se, portanto, principalmente nesse momento em que algumas Constituições Estaduais inovam instituições policiais, como polícia penitenciária, polícia metroviária, polícia técnica etc., e em que até Leis Orgânicas Municipais expandem as atribuições das respectivas guardas municipais, que a relação do art. 144 é *taxativa*.

### 2.3 — Níveis da segurança pública

O sistema da segurança pública pode ser analisado em diversos níveis, conforme sua natureza jurídica e seus órgãos de atuação.

(4) *Polícia de Manutenção da Ordem Pública e a Justiça*, in *Direito Administrativo da Ordem Pública*, op. cit., pp. 7, 8 e 13.

Distinguirei aqui o nível *policial* do nível *judicial* e, depois, o nível *policial* do nível *político* da segurança pública.

O nível *policial* vale-se do poder de polícia do Estado e se perfaz por órgãos da Administração Pública:

1 — a polícia administrativa da ordem pública é a que realiza a prevenção e a repressão imediata, atuando a nível individual ou coletivo;

2 — a polícia judiciária é a que apura as infrações pessoais e auxilia o Poder Judiciário, realizando a repressão mediata, atuando a nível individual.

O nível *judicial* detém o monopólio do poder punitivo do Estado e se realiza pelos órgãos do Poder Judiciário, aplicando sanções penais contra os infratores, na defesa mediata e individual da ordem pública.

Na atuação administrativa de segurança pública, a preservação da ordem pública é o objetivo a ser imediatamente alcançado, nela incluído o seu restabelecimento, também imediato.

Na atuação judiciária e de polícia judiciária de segurança pública, a repressão ao infrator da ordem pública é o objetivo a ser imediatamente alcançado e, mediatamente, portanto, a sua *preservação*.

A segunda distinção se dá entre os níveis *policial* e *político* da segurança pública.

Esses dois níveis têm a ver com o conceito de ordem que lhes serve de referencial.

O nível *policial* de segurança pública se cinge à preservação da ordem pública, tal como em doutrina se conceitua, acrescentando, todavia, o art. 144, *caput*, da Constituição, a “incolumidade das pessoas e do patrimônio”. São, portanto, extensões coerentes do conceito e que até o reforçam, na medida em que assimilam as violações à incolumidade pessoal e patrimonial na ruptura de convivência pacífica e harmoniosa.

O nível *político* de segurança pública vai além da ordem pública: seu objetivo já é a *ordem política*. Como se pode depreender da leitura do art. 136, *caput*, a ordem pública lá está referida em relação à defesa do Estado e das instituições democráticas. Isso indica que o valor jurídico tutelado não é apenas a ordem pública, pois para preservá-la bastam, em princípio, as funções policiais (art. 144), mas a ordem política. Para preservá-la, é que se torna necessário que o Estado desenvolva outras funções, de caráter *extraordinário*, para o exercício das quais o Poder Executivo vale-se da colaboração política do Congresso Nacional (arts. 136, §§ 4.º, 5.º, 6.º e 7.º, e 137, *caput*, e 138).

Os dois níveis — o *policial* e o *político* — estão definidos, portanto, na própria Constituição. O Capítulo III, do Título V, está dedicado *específica mas não exclusivamente* à ordem pública. Os demais Capítulos I e II, do mesmo Título V, a absorvem dentro do conceito de *ordem política*.



Com efeito, ao tratar do estado de defesa (ordem política) a menção à ordem pública, nela incluída, é explícita (art. 136, *caput*); ao tratar do estado de sítio, é implícita (art. 137, I); e, por fim, ao tratar da missão das Forças Armadas, a menção à ordem pública também vem incluída no gênero "ordem" (art. 142), no caso, obviamente referida a todo o "Estado e suas instituições" e, em consequência, a toda organização juspolítica.

Esse tratamento da ordem pública em dois níveis constitucionais tem um sentido prático-operativo e permite adequar o emprego do poder coercitivo do Estado conforme a intensidade da ameaça de violação ou da violação a que a ordem pública esteja sujeita, com ou sem repercussão na competência federativa ou com ou sem alteração na ordem jurídica ordinária.

Passemos, portanto, sucessivamente, ao exame da preservação e do restabelecimento político, policial e policial-militar da ordem pública.

### 3. *Preservação e restabelecimento político da ordem pública*

Há duas hipóteses: a do estado de defesa e a do estado de sítio.

Na hipótese do *estado de defesa*, a *ordem pública* ou a paz social encontram-se ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza (art. 136, *caput*).

A atuação do Estado, que é exclusiva da União, se destina a *preservar* e a *prontamente restabelecer* a *ordem pública* ou a paz social.

Para tanto, essa atuação, em áreas definidas e excepcionadora da ordem jurídica ordinária, poderá restringir certos direitos individuais, inclusive o de propriedade (art. 136, § 1.º, I e II).

Na hipótese do *estado de sítio*, a *ordem pública* ou a paz social ainda continuam sob ameaça, apesar da atuação desenvolvida no estado de defesa (art. 137, I).

Essa atuação política do Estado, exclusiva de altos órgãos federais, se destina a preservar e a prontamente restabelecer tanto a *ordem pública* como a paz social que, não obstante a atuação desenvolvida no estado de defesa, continuam ameaçadas ou violadas.

Essa atuação, no estado de sítio, pode estender-se a várias áreas, definidas em decreto, e ser também excepcionadora da ordem jurídica ordinária, alcançando um grande número de direitos e garantias individuais (arts. 138, *caput*, e 139, incisos I a VII).

### 4. *Preservação e restabelecimento policial da ordem pública*

A atuação policial é a forma normal e ordinária de preservação e restabelecimento da ordem pública.

Vale dizer: sempre que a ordem pública não estiver sendo tratada dentro do conceito da ordem política, sua preservação e restabelecimento se faz pela atuação dos órgãos policiais do Estado.

A atuação policial não se caracteriza tanto pela repartição de competências federativas, como poderia parecer à primeira vista, da leitura do art. 144 da Constituição, mas, principalmente, por sua fundamentação jurídica.

*Com efeito, embora basicamente seja de competência dos Estados-Membros e do Distrito Federal a sua preservação e restabelecimento, atuando segundo a ordem jurídica ordinária, a União poderá atuar como polícia de ordem pública na hipótese excepcional e específica de intervenção do art. 34, III, da Constituição.*

Observe-se que o grave comprometimento da ordem pública, assim entendido o que não pôde ser eficientemente reduzido ou controlado a nível estadual, caracteriza a hipótese de intervenção, levando a União a atuar com suas próprias Forças (art. 142), em ações de segurança pública. Variará o grau físico de atuação mas não sua natureza jurídica.

Essas ações, repita-se, não são ações de segurança política, mas ações de segurança pública, porquanto devem ser realizadas em prosseguimento e reforço às desenvolvidas pelos Estados, sempre dentro da ordem jurídica ordinária.

Se, ainda assim, as ações policiais não forem suficientes, estará configurada a hipótese de preservação e restabelecimento político da ordem pública. Variará, neste outro caso, a natureza jurídica da atuação estatal.

A competência para atuação policial se reparte, em suma, entre a União (art. 34, III, e art. 144, §§ 1.º e 2.º) e os Estados, inclusive o Distrito Federal (art. 144, §§ 4.º e 5.º), dentro dos respectivos territórios, caracterizando-se por estar *integralmente fundada e contida na ordem jurídica ordinária*, ou seja, independentemente do emprego das salvaguardas, que, em consequência, transformam a atuação policial em atuação política de *defesa* da ordem pública.

##### 5 — *Preservação e restabelecimento policial-militar da ordem pública*

Essa terceira e especial modalidade, a policial-militar, se define por remanência: caberá sempre que não for o caso da preservação e restabelecimento policial da ordem pública de competência específica e expressa dos demais órgãos policiais do Estado.

Em outros termos, sempre que se tratar de atuação policial de preservação e restabelecimento da ordem pública e não for o caso previsto na competência constitucional da polícia federal (art. 144, I), da polícia rodoviária federal (art. 144, II), da polícia ferroviária federal (art. 144, III) nem, ainda, o caso em que lei específica venha a definir uma atuação conexa à defesa civil para o Corpo de Bombeiros Militar (art. 144, § 5.º), a competência é policial-militar.

Observe-se que a atuação da polícia civil não é, *direta e imediatamente*, de prevenção e restabelecimento da ordem pública e, por isso, não se confunde com a competência constitucional de atuação da polícia militar.

Com efeito, a Constituição menciona como missões policiais militares a *polícia ostensiva* e a *preservação da ordem pública* (art. 144, § 5.º).

Os termos não se referem a atuações distintas senão que contidas, uma na outra, pois a polícia ostensiva se destina, fundamentalmente, à preservação da ordem pública pela ação dissuasória da presença do agente policial fardado.

A menção específica à polícia ostensiva tem, nosso entender, o interesse de fixar sua *exclusividade* constitucional, uma vez que a preservação, termo genérico, está no próprio *caput* do art. 144, referida a todas as modalidades de ação policial e, em consequência, de competência de todos os seus órgãos.

Surge, então, aqui, uma dúvida: por que o legislador constitucional se referiu apenas à “preservação”, no art. 144, *caput*, e seu § 5.º, e omitiu o “restabelecimento”, que mencionam no art. 136, *caput*?

Não vejo nisso uma omissão mas, novamente, uma ênfase. A preservação é suficientemente elástica para conter a atividade repressiva, desde que imediata.

Com efeito, não obstante o sentido marcadamente preventivo da palavra preservação, enquanto o problema se contiver a nível policial, a repressão deve caber *aos mesmos órgãos encarregados da preservação* e sob sua inteira responsabilidade.

Para maior clareza, se tem preferido, por isso, sintetizar as duas idéias da palavra *manutenção*, daí a alguns autores, parecer até mais adequada a expressão “polícia de manutenção da ordem pública” (5).

Essa atuação, por fim, obedece rigorosamente à partilha federativa entre as polícias militares estaduais, do Distrito Federal e dos Territórios (estas, corporações federais).

## 6. *Polícia ostensiva*

A *polícia ostensiva*, afirmei, é uma expressão nova, não só no texto constitucional como na nomenclatura da especialidade. Foi adotada por dois motivos: o primeiro, já aludido, de estabelecer a *exclusividade* constitucional e, o segundo, para marcar a *expansão* da competência policial dos policiais militares, além do “policimento” ostensivo.

Para bem entender esse segundo aspecto, é mister ter presente que o policiamento é apenas uma fase da atividade de polícia.

A atuação do Estado, no exercício de seu poder de polícia, se desenvolve em quatro fases: a *ordem* de polícia, o *consentimento* de polícia, a *fiscalização* de polícia e a *sanção* de polícia.

A *ordem* de polícia se contém num *preceito*, que, necessariamente, nasce da lei, pois se trata de uma reserva legal (art. 5.º, II), e pode ser

(5) In *Direito Administrativo da Ordem Pública*, op. cit., pp. 10, 40, 41, 49, 50, 51, 58, 66, 84 e 85.

enriquecido discricionariamente, consoante as circunstâncias, pela Administração. Tanto pode ser um preceito negativo absoluto quanto um preceito negativo relativo. Nesta segunda hipótese, o legislador admitirá, satisfeitas certas condições, que se outorgue um consentimento administrativo.

O *consentimento* de polícia, quando couber, será a anuência, vinculada ou discricionária, do Estado com a atividade submetida ao preceito vedativo relativo, sempre que satisfeitos os condicionamentos exigidos. Se as exigências condicionais estão todas na lei, temos um consentimento vinculado: a *licença*; se estão parcialmente na lei e parcialmente no ato administrativo, temos um consentimento discricionário: a *autorização*.

A *fiscalização* de polícia é uma forma ordinária e inafastável de atuação administrativa, através da qual se verifica o cumprimento da ordem de polícia ou a regularidade da atividade já consentida por uma licença ou uma autorização. A fiscalização pode ser *ex officio* ou provocada. No caso específico da atuação da polícia de preservação da ordem pública, é que toma o nome de *policimento*.

Finalmente, a *sanção* de polícia é a atuação administrativa auto-executória que se destina à repressão da infração. No caso da infração à ordem pública, a atividade administrativa, auto-executória, no exercício do poder de polícia, se esgota no *constrangimento* pessoal, direto e imediato, na justa medida para restabelecê-la.

Como se observa, o *policimento* corresponde apenas à atividade de fiscalização; por esse motivo, a expressão utilizada, *polícia ostensiva*, expande a atuação das Polícias Militares à integralidade das fases do exercício do poder de polícia.

O adjetivo "ostensivo" refere-se à ação pública da dissuasão, característica do policial fardado e armado, reforçada pelo aparato militar utilizado, que evoca o poder de uma corporação eficientemente unificada pela hierarquia e disciplina.

A competência de *polícia ostensiva* das Polícias Militares só admite exceções constitucionais expressas: as referentes às polícias rodoviária e ferroviária federais (art. 144, §§ 2.º e 3.º), que estão autorizadas ao exercício do *patrulhamento ostensivo*, respectivamente, das rodovias e das ferrovias federais. Por patrulhamento ostensivo não se deve entender, conseqüência do exposto, qualquer atividade além da fiscalização de polícia: *patrulhamento* é sinônimo de *policimento*.

A outra exceção está implícita na atividade-fim de defesa civil dos Corpos de Bombeiros Militares. O art. 144, § 5.º, se refere, indefinidamente, a *atribuições legais*, porém esses cometimentos, por imperativo de boa exegese, quando se trata de atividade de *polícia de segurança pública*, estão circunscritos e limitados às atividades-meio de preservação e de restabelecimento da ordem pública, indispensáveis à realização de sua atividade-fim, que é a *defesa civil*. O limite, portanto, é *casuístico*, variável, conforme

exista ou não a possibilidade de assumir, a Polícia Militar, a sua própria atividade-fim em cada caso considerado.

## 7. Conclusões

É inegável que a Constituição de 1988 trouxe maior nitidez ao sistema nacional de segurança pública. Procurou-se definir mais precisamente as funções e os órgãos policiais, bem como articulá-los entre si e, a nível político, com as funções e órgãos de atuação extraordinária, nos casos previstos de estado de defesa e de estado de sítio.

Mas isso é pouco. É preciso ter em mente que a atividade de polícia é caracteristicamente discricionária e, no caso da preservação e restabelecimento da ordem pública, ela deve ser empreendida de imediato, onde e quando houver ameaça ou violação, muitas vezes por um agente isolado.

Isso exige dos agentes de segurança pública, notadamente o policial militar, um excepcional juízo de adequabilidade, compatibilidade e proporcionalidade de sua atuação, em relação à ameaça ou violação enfrentadas, notadamente quando no emprego da força, de modo a conciliar a mais rigorosa observância da lei com o máximo de eficiência funcional.

Como se pode observar, essas qualidades não são encontradas espontaneamente. É necessário desenvolvê-las e condicionar os agentes da segurança pública a atuar segundo todos esses critérios. Tudo isso demanda tempo e, sobretudo, uma *doutrina*.

A Constituição referiu-se, amplamente, à necessidade de disciplinar-se o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública (art. 144, § 7.º). No caso das Polícias Militares, além desse comando genérico, a doutrina de emprego da força deve obedecer a um *duplo* comando específico: à lei estadual, no que se refere à atuação policial-militar autônoma, e à lei federal, quando em hipótese de atuação policial-militar enquanto sob convocação federal, a nível de preservação e restabelecimento político da ordem pública.

Sem dúvida, pelo amplo espectro de atuação que, na Constituição de 1988, se confiou às Polícias Militares, inclusive com exclusividade, tornou-se imperativo o desenvolvimento de um novo conceito de atividade de preservação e de restabelecimento policial da ordem pública, perfeitamente articulado, a nível policial, com as demais organizações policiais e também a nível político, com as Forças Armadas. É uma missão que se deve cumprir não nas ruas, mas dentro dos quartéis e dos estabelecimentos de estudos policiais-militares. É uma missão que demanda o melhor do conhecimento e da experiência de nossas milícias. É uma missão ineludivelmente difícil.

Mas é uma missão indispensável e inadiável: a legalidade e a eficiência da atuação das Polícias Militares, bem como o atendimento das expectativas da população, o exigem. De minha parte, estou certo de que o senso de dever e o patriotismo dessas corporações, ainda mais uma vez, não faltarão nessa missão.

# A Constituição Federal de 1988 e o mandado de segurança contra ato judicial \*

ALVARO LAZZARINI

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Professor de Direito Administrativo em São Paulo

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O Juiz e seus atos. 3. O mandado de segurança no direito positivo brasileiro. 4. O cabimento do mandado de segurança contra ato de juiz. 5. Cuidados na elaboração da impetração e das informações. 6. Conclusões.

### 1. Introdução

O Estado de Direito, é lugar comum dizer, obriga não só os governados à obediência à lei. Obriga, também, os governantes a essa mesma obediência à lei.

O Estado, em verdade, é uma pessoa jurídica, pessoa jurídica de direito público. Como tal, necessariamente, atua através de pessoas físicas, isto é, de seres humanos. Estes, presos ao *princípio da legalidade*, têm as suas atribuições individualizadas pela lei, vale dizer, têm uma esfera de competência, a competência legal. No exercício dessas atribuições, tais pessoas físicas, conhecidas modernamente como *agentes públicos*, convertem-se, com sua vontade, em órgão volitivo da comunidade (1).

Quando investidos para o regular exercício das altas funções governamentais a nível constitucional, como componentes do Governo em seus primeiros escalões, essas pessoas físicas são consideradas *agentes públicos políticos*, ou, simplesmente, *agentes políticos*, espécie do gênero *agente pú-*

(\*) Conferência proferida no Curso de Aperfeiçoamento em Direito Processual Civil sobre o tema "Meios de Impugnação às Decisões Judiciais", em 25 de julho de 1990, em São Luís, Maranhão, sob promoção da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Maranhão, em Convênio com o Instituto Brasileiro de Aprimoramento de Estudos Jurídicos — IBAEJ e coordenação dos Professores Nelson Luiz Pinto e Teresa Arruda Alvim Pinto, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

(1) MASAGAO, Mário. Curso de Direito Administrativo, tomo I, 1959, Max Limonad, São Paulo, nº 114, p. 63.

*blico*, como tais considerados não só os chefes do Poder Executivo e seus auxiliares imediatos, como, também, os parlamentares em geral e os magistrados.

Todos, como componentes do Governo em seus primeiros escalões, bem por isso, são considerados as "autoridades supremas, do Governo e da Administração, na área de sua atuação" (2).

É certo que a vigente Constituição Federal, no seu art. 37, *caput*, refere-se só à administração pública como sujeita aos princípios de legalidade, impessoalidade (finalidade), moralidade e publicidade, que lhe são básicos.

Nem por isso, porém, o Governo e os governantes, que não se confundem com Administração Pública e seus órgãos, desses básicos princípios escapam. Seus atos, com efeitos, sejam legislativos, administrativos ou judiciais, sempre deverão obediência à lei, diante da norma do art. 5.º, II, da Constituição de 1988, ou seja, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Daí por que essas "autoridades supremas" não podem atuar como se munidos estejam de verdadeira "carta branca" decorrente de suas prerrogativas funcionais.

Tais prerrogativas, ao certo, não tornam os seus atos imunes ao controle jurisdicional do Poder Judiciário, através das vias processuais adequadas, previstas nas leis processuais em geral.

Dentre elas destaque especial, por ser um dos remédios constitucionais, de largo uso, é o mandado de segurança. Ele, com efeito, está previsto no art. 5.º, LXIX e LXX, da Constituição de 1988 e, ainda, regulado pela Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, também conhecida por Lei do Mandado de Segurança, e leis posteriores.

Indagar-se-á, porém, se esse remédio constitucional, adequado que é para o controle jurisdicional de ato de autoridade, pode ser utilizado justamente quando o seu objeto é ato do juiz, a quem, no Brasil, cabe a atividade jurisdicional?

E mais, indagar-se-á se ato de juiz, com a garantia da coisa julgada (art. 5.º, XXXVI, da Constituição de 1988) pode ser reformado, com a sua anulação, via do mandado de segurança, também garantido no art. 5.º, LXIX e LXX, da mesma Constituição.

Enfim, se a sentença, que tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas (art. 468 do Código Processo Civil), sendo, pois, lei entre as partes, pode assim ser excluída da apreciação do Poder Judiciário via mandado de segurança, diante da norma constitucional de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito (art. 5.º, XXXV, da Constituição de 1988), em especial e naturalmente, quando esse direito for líquido e certo?

(2) LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª ed., 1990, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 68.

## 2. O Juiz e seus atos

Em outras palavras, é possível controle Jurisdicional do Poder Judiciário, via mandado de segurança, sobre ato de juiz, autoridade que exerce atividade jurisdicional, também?

Juiz e Magistrado, mister se torna observar, são vocábulos que, no Brasil, têm o mesmo significado, pois "*MAGISTRADO*, em direito, é o juiz, que exerce ou já exerceu a *autoridade administrativa* e a *função de julgar*, em primeiro e segundo grau ou em grau especial de jurisdição, sujeito a normas específicas do Estatuto da Magistratura, representando, pois, diretamente o Poder Judiciário, do qual é membro" (3). A função de distribuir a justiça, aliás, só pode ser exercida por *MAGISTRADOS* pertencentes ao Poder Judiciário.

Além dessa atividade de distribuir a Justiça, exercendo a função jurisdicional do Estado, o múnus público do Juiz, também encerra *atividade tipicamente administrativa*, como o são as funções de corregedoria permanente ou de direção do Fórum ou, ainda, em outros graus de jurisdição, as funções e cargos diretivos dos Tribunais, conforme os seus respectivos regimentos internos.

No exercício de sua *função administrativa*, que lhe é atípica, já o dissemos (4), "o juiz age como se Administrador Público fosse. Por isso ele tem a seu favor todos os *poderes administrativos* que o Direito Administrativo reconhece como válidos para o administrador público (poder vinculado, poder discricionário, poder hierárquico, poder disciplinar, poder de polícia e poder regulamentar). É certo que o regulamentar é exclusivo de Chefe do Poder Executivo. Mas, o Juiz não prescinde de seus princípios jurídicos quando deve elaborar atos administrativos normativos, em especial aqueles peculiares do Poder Judiciário (Regimentos, Assentos, Provimentos e outros)".

No exercício de sua *função jurisdicional*, tema que o presente estudo se dirige, também já o dissemos (5), "o Juiz conta com extensos *poderes processuais*, que não significam privilégios ou vantagens outorgados à pessoa do Magistrado, mas que se destinam à atuação da lei e à realização da Justiça, constituindo, isto sim, verdadeiras *garantias dos jurisdicionados e dos advogados*, porque a prestação jurisdicional qualificada só é possível quando Judiciário e a Magistratura são fortes e prestigiados, conforme o diz o inclito Juiz João Batista Lopes, também Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em trabalho sobre os "Poderes do Juiz e o Aprimoramento da Prestação Jurisdicional".

Mister se torna enfatizar, nesta oportunidade, que o juiz concretiza esses poderes processuais, traduzindo-os no processo, através de atos judi-

(3) LAZZARINI, Alvaro. "Magistratura: Deontologia, Função e Poderes do Juiz". *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, Lex Editora, São Paulo, v. 109, p. 13.

(4) LAZZARINI, Alvaro. Artigo, revista e volume cit., p. 21.

(5) LAZZARINI, Alvaro. Artigo, revista e volume cit., p. 21.



ciais típicos, voltados sempre às garantias dos jurisdicionados e dos advogados. Daí por que esses poderes processuais do Juiz, para ele, “são deveres seus para com os seus jurisdicionados e os advogados, o que importa na vedação de que os Juizes os renunciem, porque se assim entenderem de renunciar aos seus poderes, estarão desprotegendo o seu jurisdicionado, o advogado de seu jurisdicionado, impondo, assim, uma grave insegurança jurídica a todos que dependam da sua *função jurisdicional* que, como focalizado, está cercada de um mínimo de prerrogativas conferidas pelo legislador ao Juiz que a exerce” (6).

Em resumo, portanto, os atos do Juiz não dizem à só prestação jurisdicional. O Juiz, com efeito, também, atipicamente, embora autoridade judiciária, pratica atos administrativos, como autoridade administrativa, isto é, como Administrador Público.

### 3. O mandado de segurança no direito positivo brasileiro

Feita a distinção, cabe salientar, desde logo, o acerto de TERESA ARRUDA ALVIM PINTO, no sentido de que nem por isso haveria uma teoria do mandado de segurança contra ato administrativo do Juiz e outra contra ato judicial propriamente dito. Ela afirma, no que está certa, que “não se pode criar uma teoria do mandado de segurança contra atos administrativos, e outra, diferente, contra atos judiciais, pois a medida é regulada pelos mesmos dispositivos, quer a nível constitucional, quer a nível infraconstitucional. De fato — continua a ilustre processualista —, acreditamos que não se pode propriamente falar em mais do que uma teoria, pois os pressupostos constitucionais básicos são os mesmos, mas se devem fazer adaptações” (7).

Bem por isso cabe deixar lembrado que o mandado de segurança é um remédio constitucional largamente utilizado, previsto anteriormente no art. 153, § 21, da revogada Constituição Federal e hoje no art. 5.º, LXIX e LXX, da Constituição de 1988. Disciplinado, ainda hoje, pela Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, também conhecida por Lei do Mandado de Segurança, e por leis outras que a alteram, embora não na sua essência, temos que o mandado de segurança, inclusive o coletivo previsto no item LXX do referido art. 5.º, tem a natureza jurídica processual de ação civil de rito sumário especial.

Expressões que são utilizadas para designar esse remédio constitucional são remédio heróico, *writ* e *mandamus*.

No mandado de segurança, comparecem as figuras do *impetrante*, que é a pessoa natural ou jurídica, esta de direito privado ou de direito público, que se sinta prejudicada pelo ato de autoridade, a do *impetrado*, que é a autoridade apontada como coatora, isto é, aquela contra quem se imputa a prática da arbitrariedade, e o Ministério Público, cuja intervenção no pro-

(6) LAZZARINI, Alvaro. Idem, *ibidem*.

(7) ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa. *Mandado de Segurança contra ato judicial*, 1ª ed., 1989, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 35.

cesso de mandado de segurança é obrigatória (Lei do Mandado de Segurança, art. 10). Nos casos em que a eventual concessão do mandado de segurança possa afetar interesse ou direito subjetivo de alguém, ocorrerá hipótese de litisconsórcio passivo necessário (Lei do Mandado de Segurança, art. 19), sendo aplicáveis, então, as regras a ele atinentes nos arts. 46 a 49 do Código de Processo Civil, bastando, porém, a simples ciência, como se tem entendido predominantemente<sup>(8)</sup>, em especial no mandado de segurança contra ato judicial.

O nosso direito positivo utiliza-se de expressões clássicas em sede de mandado de segurança. *Ato de autoridade*, uma delas, deve ser entendida como manifestação do Poder Público ou, então, de seus delegados, nos moldes do art. 1.º, § 1.º, da Lei do Mandado de Segurança. O *ato de autoridade*, aliás, pode ser por ação ou por omissão. *Direito líquido e certo*, controvertida expressão, deve ser entendido como aquele que se apresenta comprovado de plano, isto é, o que se apresenta com prova pré-constituída, de natureza documental, acompanhando a petição inicial do mandado de segurança. Neste não há oportunidade para produção de prova oral ou pericial, como no caso de alguém pretender desconstituir ato de autoridade sob fundamento de que fora lastreado em documento maculado por falso material e ideológico. A complexidade dos fatos e a dificuldade na interpretação das normas legais, todavia, não constituem óbice ao reconhecimento de um direito líquido e certo amparável por mandado de segurança, como se tem decidido e é da boa doutrina.

O objeto do mandado de segurança será sempre a correção de um ato do Poder Público ou de seus agentes delegados, desde que eivado de ilegalidade e lesivo a direito do próprio impetrante. Desde a Constituição de 1988, porém, admite-se o mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX), que não se confunde com aquele impetrado por várias pessoas em litisconsórcio ativo, salientando JOSÉ CRETELLA JÚNIOR que, no coletivo, "a entidade — partido político, sindicato ou associação — não poderá ir a juízo sem que, antes, seja convocada Assembléia Geral, na qual a maioria dos membros esteja de acordo com a propositura da ação, devendo juntar à petição inicial transcrição da ata, em que foi dada a anuência"<sup>(9)</sup>.

Mas, de qualquer modo, o objeto do mandado de segurança coletivo será ato do Poder Público ou de seus agentes delegados.

Em outras palavras, o mandado de segurança cabe para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus* ou *habeas-data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, tudo a teor do art. 5.º, LXIX, da Constituição de 1988. As ressalvas do art. 5.º

(8) NEGRAO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 18ª Ed., 1988, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, notas ao art. 19 da Lei do Mandado de Segurança, p. 878.

(9) CRETELLA JÚNIOR, José. *Do Mandado de Segurança Coletivo*, Forense, Rio de Janeiro, 1ª ed., 1990, p. 79.

da Lei do Mandado de Segurança não são de rigor absoluto, conforme vem entendendo a jurisprudência no seu trabalho constante de adequar a lei à realidade. As ressalvas, aliás, de certo modo, restringem a proteção constitucional do mandado de segurança, o que não é possível. Temos de compatibilizar a norma legal à constitucional e estas entre si. Em outras palavras a norma infraconstitucional, contida na Lei do Mandado de Segurança, deve render-se à constitucional. A norma constitucional que protege a coisa julgada não pode prevalecer sobre a outra, igualmente constitucional, do mandado de segurança, mesmo porque esse remédio heróico não é recurso e, por definição legal, "denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário" (art. 467 do Código de Processo Civil) ou, então, "chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso" (art. 6.º, § 3.º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro).

A *autoridade coatora* (impetrado) é um dos temas mais nebulosos, na prática, isto é, no dia-a-dia de quem depende do mandado de segurança. Não, porém, quando o ato seja judicial, que será o juiz do processo. Na lição sempre lembrada pelas partes de HELY LOPES MEIRELLES<sup>(10)</sup>, autoridade coatora é a pessoa que pratica o ato impugnado e não o superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução. Essa *autoridade coatora* poderá ser de qualquer dos três Poderes, isto é, do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário. Embora haja aqueles que entendem em contrário, a *autoridade coatora* não se confunde com a pessoa jurídica ou o órgão a quem o agente representa em razão do seu ofício, podendo, contudo, ingressar o Poder Público ou o ente a ele assemelhado como assistente litisconsorcial do impetrado, ou seja, da *autoridade coatora*.

O prazo para a impetração do mandado de segurança é de 120 (cento e vinte) dias, contado da ciência inequívoca do ato guerreado, nos termos do art. 18 da Lei do Mandado de Segurança. O prazo é decadencial para o mandado de segurança. Em outras palavras não há decadência do eventual direito subjetivo público do impetrante. A decadência é do direito à impetração, como se tem decidido. O prazo a que aludimos não se suspende e nem se interrompe por força de pedido de reconsideração, salvo se expressamente previsto em lei. Nesse sentido a Súmula n.º 430 do Supremo Tribunal Federal.

Como retroanotado, há possibilidade de litisconsórcio tanto *ativo* (mais de um impetrante), como *passivo* (mais de uma autoridade coatora) ou, ainda, no mesmo mandado de segurança, podem litigar, ao mesmo tempo, litisconsortes *ativos* e *passivos*.

O prazo de *informação* do mandado de segurança é de 10 (dez) dias (art. 7.º da Lei do Mandado de Segurança, na sua atual redação). A *infor-*

(10) LOPES MEIRELLES, Hely. *Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas-data*, 12ª ed., 1989, Ed. Revistas dos Tribunais, São Paulo, p. 33.

mação será prestada e subscrita *pessoalmente* pela autoridade apontada como coatora. Essa autoridade será sempre *parte*, na causa<sup>(11)</sup> e, como tal, deve prestar todos os esclarecimentos, inclusive de ordem doutrinária e jurisprudencial, que possibilitem ao Ministério Público e, ao depois, ao Magistrado ou Tribunal a verificação da ocorrência ou não de direito líquido e certo amparável por mandado de segurança. Se o agente que praticou o ato impugnado estiver afastado do seu cargo, seja qual for o motivo, deve o seu substituto legal prestar as informações requisitadas, esclarecendo a razão de assim fazê-lo. O art. 9.º da Lei do Mandado de Segurança determina o julgamento do *writ*, “tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora”, no prazo acima indicado.

A *liminar* em mandado de segurança é, também, um dos temas mais cruciais do instituto. Deve a autoridade judiciária a quem competir a decisão do pedido de liminar ter toda a cautela, a fim de evitar o vicejamento de liminares. A liminar em mandado de segurança tem o seu fundamento legal no artigo 7.º, II, da Lei do Mandado de Segurança e *só deve ser concedida quando for relevante o motivo do pedido e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida*, caso, afinal, deferida. Prodigalizar liminares pelo Poder Judiciário pode causar prejuízos ao Poder Público em geral, inclusive seus agentes delegados. Bem por isso que, embora de duvidosa constitucionalidade, em tempos atrás, entendeu-se de afirmar o não-cabimento de liminares em mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens (artigo 5.º da Lei n.º 4.348, de 26 de junho de 1964), afirmando-se, também, a não-concessão de liminar para o efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias (artigo 1.º, § 4.º, da Lei n.º 5.021, de 9 de junho de 1966). A Lei n.º 2.770, de 4 de maio de 1956, aliás, ainda em vigor, suprimiu a concessão de medidas liminares nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza que visem à liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira (artigo 1.º). Atualmente, o Brasil assiste ao esforço do Presidente Fernando Collor de Mello para fazer vingar, no Congresso Nacional, medidas provisórias, como a Medida Provisória n.º 192, de 22 de junho de 1990, que estabelece hipóteses nas quais fica suspensa a concessão de medidas liminares e dá outras providências, em mandados de segurança e nos procedimentos cautelares de que tratam os artigos 796 e seguintes do Código de Processo Civil e, como sabido, relacionados com o plano econômico do governo federal.

Os leigos não atinam que o ato judicial concessivo da liminar não implica em prejulgamento, sendo, pois, um simples *provimento cautelar*, que objetiva resguardar o eventual direito do impetrante. Prazo de validade da medida liminar é de 90 (noventa) dias, prorrogável por mais 30 (trinta) dias (Lei n.º 4.348, de 26 de junho de 1964), com o que se evita a eternização da liminar. Caduca a liminar, isto é, cessa a sua eficácia se no prazo

(11) LOPES MEIRELLES, Hely. *Mandado de Segurança*, ..., ed. citada, p. 33.

não houver decisão final. Não há direito líquido e certo à concessão de liminar, de modo que descabe segurança para obter-se liminar negada em outro mandado de segurança.

Denegada a segurança, pela sentença ou em razão de recurso de apelação ou, ainda, em acórdão nos casos de competência originária, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária (Súmula n.º 405 do Supremo Tribunal Federal). Tem-se, todavia, verificado que eminentes magistrados, não raras vezes, apesar de denegarem a segurança ou dela julgar o impetrante carecedor de ação, mantêm os efeitos da liminar até o trânsito em julgado da decisão. Nessa hipótese só resta à autoridade impetrada dar cumprimento quanto ao ordenado em relação à liminar concedida ou, então, se entender oportuno e conveniente, buscar a *suspensão da liminar*, mediante o recurso próprio previsto no artigo 4.º da Lei n.º 4.348, de 26 de junho de 1964, que prevê a possibilidade da *pessoa jurídica de direito público* interessada requerer ao Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso a suspensão da execução liminar e da sentença do mandado de segurança concedido, desde que para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, devendo, de qualquer modo, ser salientado que a autoridade coatora deve promover o interesse da pessoa jurídica de direito público a que pertence, a fim de que esta peça e reivindique a suspensão da execução da liminar concedida.

Pode, também, a autoridade coatora pleitear, diretamente, ao juiz do processo a revogação ou cassação de liminar concedida. Tal possibilidade não está prevista em lei; não impede, porém, o nosso ordenamento jurídico, evitando-se, assim, a interposição dos recursos próprios previstos para a pessoa jurídica de direito público.

A sentença do mandado de segurança, quando concessiva, tem caráter *mandamental*, porque encerra uma ordem do juiz, seja de natureza positiva, negativa ou permissiva. Em outras palavras, o impetrado deve praticar, não praticar ou permitir que se pratique o ato previsto na sentença à vista da petição inicial do impetrante.

Quando for *denegatória*, nada impede que o impetrante da segurança, por ação própria (de rito ordinário, sumaríssimo ou o que couber), pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais (artigo 15 da Lei do Mandado de Segurança). O pedido de segurança, aliás, poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito (artigo 16 da mesma lei).

Quanto ao ônus da sucumbência, apesar de alguma discrepância na doutrina e de decisões judiciais isoladas, não cabe a condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança. A Súmula n.º 512 do Supremo Tribunal Federal nesse sentido tem sido reiterada a todo instante. Caberá, porém, pelo menos em tese, concedida a ordem, em ação própria, o impetrante acionar o Poder Público para cobrar-se do que dependeu com advogado (artigo 37, § 6.º, da Constituição de 1988).

Da sentença, negando ou concedendo mandado de segurança, cabe recurso de apelação ou o adequado se a decisão for de Tribunal. Concedida a segurança, paralelamente, haverá o reexame necessário, isto é, o duplo grau de jurisdição ou, então, recurso oficial, ou ainda remessa obrigatória. Se a decisão concessiva da segurança for originária de Tribunal, porém, descabe o reexame necessário. Concedida a segurança, o impetrante poderá, desde logo, executar provisoriamente a sentença (artigo 12, *caput* e parágrafo único, da Lei do Mandado de Segurança). A Medida Provisória n.º 192, de 22 de junho de 1990, todavia, só autoriza produção de efeitos, após a confirmação da sentença pelo tribunal (artigo 1.º, parágrafo único), isto é, o recurso sempre terá efeito, também, suspensivo, o que, ousamos dizer, é restrição de duvidosa constitucionalidade, pois, atenta contra a garantia constitucional do mandado de segurança.

O não-cumprimento da sentença concessiva de segurança sujeita a autoridade coatora a processo criminal por desobediência (artigo 330 do Código Penal), ensejando, ainda, a apuração dos ilícitos por abuso de autoridade.

Súmulas do Supremo Tribunal Federal também cuidam do mandado de segurança, como, por exemplo, entre outras, as de n.ºs 101, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 294, 304, 392, 405, 429, 430, 474, 506, 510 e 512.

#### 4. O cabimento do mandado de segurança contra ato de juiz

Examinamos, anteriormente, que juiz, agente político do Estado, é uma autoridade, uma das autoridades consideradas “autoridades supremas” do Estado. Os atos que pratica, portanto, são *atos de autoridade*, inclusive, para fins de mandado de segurança.

Como nô-lo leciona TERESA ARRUDA ALVIM PINTO, “os atos não-judiciais, praticados pelo juiz, são considerados atos administrativos e o mandado de segurança, com relação a eles, tem o regime jurídico idêntico ao dos atos administrativos praticados pelo Poder Executivo” (12).

Quando, porém, o ato seja tipicamente judicial, ou seja, praticado em razão da atividade jurisdicional do juiz, diz o art. 5.º, II, da Lei do Mandado de Segurança descaber o *writ* se se tratar “de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção”. Desse texto legal redundou a edição da Súmula n.º 267 do Supremo Tribunal Federal, com a seguinte redação: “Não cabe mandado de segurança contra ato passível de recurso ou correção”.

A Súmula n.º 268, também, do Excelso Pretório, igualmente, diz não caber mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado. Ela foi editada à luz do art. 16 da Lei do Mandado de Segurança.

Em outras palavras, a *contrario sensu*, a Lei do Mandado de Segurança e o denominado Direito Sumular admitem mandado de segurança contra ato tipicamente judicial, desde que não incorram nas hipóteses acima examinadas.

(12) ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa. Obra e ed. cit., p. 37.

Mesmo assim, porém, a jurisprudência vem abrandando o entendimento dessas súmulas e, diante do caso concreto, não raras vezes, havendo ato judicial teratológico, têm os tribunais conhecido e julgado mandados de segurança, quer quando caiba recurso ou correição ou, então, quando preclusa esteja a decisão, bem como quando haja sentença transitada em julgado. Os tribunais, aliás, vêm harmonizando as normas constitucionais de início abordadas e com elas compatibilizando as infraconstitucionais.

É de TERESA ARRUDA ALVIM PINTO a feliz afirmação de que “o marco mais expressivo, no caminho da abertura dos tribunais para com a admissibilidade do mandado de segurança contra ato judicial, foi o acórdão do STF, cujo relator foi o Min. Xavier de Albuquerque, que julgou o RE n.º 76.909 RS em 5-12-73 (RTJ 70/504). Neste acórdão — continua —, fixou-se a tese de que cabe mandado de segurança contra ato judicial em que caiba recurso, desde que este recurso seja desprovido de efeito suspensivo e que o ato judicial atacado cause prejuízo irreparável ou de muito difícil reparabilidade. O acórdão — concluiu a ilustre processualista paulista — não foi unânime, mas esta foi a tese vencedora” (13).

Os tribunais paulistas (Tribunal de Justiça e Tribunais de Alçada Civil), igualmente, assim, têm entendido. Particularmente, a Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 6 de março de 1990, no julgamento do Mandado de Segurança n.º 126.356-1, de São Paulo, impetrado contra a concessão de liminar em medida cautelar de separação de corpos, sendo relator o eminente Desembargador Luiz de Azevedo, teve ocasião de firmar que “é verdade que só cabe mandado de segurança contra ato judicial quando não houver recurso ordinário para rever e corrigir a eventual ilegalidade. E, neste caso — continua o venerando acórdão —, competia ao impetrante interpor agravo de instrumento contra a decisão que deferiu a liminar. Assim, em princípio — reconheceu dito acórdão —, a impetração não teria foros para ir além do juízo de admissibilidade. Acontece, todavia — concluiu o mesmo acórdão —, que não são poucos os julgados que têm admitido a segurança, mesmo quando não utilizado o recurso apropriado, seja porque este não comporta efeito suspensivo, seja porque a decisão está efetivamente a lesar o direito, necessitando de pronto e eficaz reparo”. Esse entendimento foi reiterado no julgamento do Mandado de Segurança n.º 130.276-1, de São Paulo, relator o eminente Desembargador Luiz de Macedo. Em ambos os julgamentos participamos como integrante da Turma Julgadora. Os acórdãos não constam de repertório.

O recém-instalado Egrégio Superior Tribunal de Justiça, pela sua Colenda Quarta Turma, sendo relator o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo, em julgamento de 10 de abril de 1990, no Mandado de Segurança n.º 279, do Rio de Janeiro, teve oportunidade de afirmar que “em linha de princípio, o mandado de segurança não se mostra hábil para impugnar decisões recorríveis. Admite-se o manejo do *writ* contra atos judiciais recorríveis apenas quando ausente o efeito suspensivo e ocorrente a probabili-

(13) ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa. Obra e ed. cit., p. 39.

dade de dano de difícil ou incerta reparação, comunicando-se efeito suspensivo ao recurso dele desprovido e regularmente interposto" (14).

Como se verifica, a tese firmada pelo Tribunal paulista é mais ampla do que a do Superior Tribunal de Justiça. Este, com efeito, limita-se a conferir, via mandado de segurança, efeito suspensivo ao recurso dele desprovido regularmente interposto; aquele entende admissível mandado de segurança, inclusive, quando não utilizado recurso apropriado.

A posição do Tribunal Paulista coincide com a de TERESA ARRUDA ALVIM PINTO, quando, nas conclusões 11 e 12 de sua monografia sobre *Mandado de Segurança Contra Ato Judicial*, assevera "O cabimento de recurso contra o ato, pois, não é óbice a que ele possa ser atacado pela via do mandado de segurança. Entretanto, a situação deve revestir-se de um atributo especial para justificar que a parte lance mão do mandado de segurança, em vez do recurso ou ao lado dele. Não fosse isto, o mandado de segurança seria usado, quase que indiscriminadamente, no lugar dos recursos, tornando-o este sistema inútil. Este atributo é a *perspectiva* de o ato impugnado, uma vez eficaz, produzir dano de possível ou impossível reparabilidade". TERESA ARRUDA ALVIM PINTO, nas conclusões 17 e 19 da citada obra em que deu sistematização científica ao *mandado de segurança contra ato judicial*, também, afirmou que a perda do prazo do recurso, se este não tinha efeito suspensivo e era, portanto, inócuo quanto a evitar a ocorrência do prejuízo, não obsta a que a parte lance mão do mandado de segurança, pois cabe mandado de segurança contra decisão trânsita em julgado, desde que se trate de uma das hipóteses previstas no art. 485 do CPC e que os efeitos da decisão, que se quer vulnerar por meio do mandado de segurança com função rescindente, signifiquem prejuízo irreparável ao impetrante (15).

Na verdade, convém deixar anotado, não há como que um preconceito contra o mandado de segurança contra ato judicial. Na prática, o que se tem verificado é um abuso de impetrações de mandado de segurança, como se ele fosse um sucedâneo de recurso adequado ou, às vezes, inclusive, de via processual adequada, como é a hipótese de embargos de terceiros, em que a possibilidade de o juiz deferir liminarmente os embargos (artigo 1.051 do Código de Processo Civil).

Nem por isso, porém, pode-se impedir impetrações de segurança contra decisões interlocutórias em geral ou, então, contra sentença cuja apelação não tenha efeito suspensivo ou que tenha feito coisa julgada ou, ainda, nas hipóteses de o juiz recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte, tudo sem prejuízo das providências do artigo 198 do Código de Processo Civil, bem como sem prejuízo da responsabilidade civil do magistrado,

(14) ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa. *Obra e ed. cit.*, p. 92.

(15) ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa. *Obra e ed. cit.*, pp. 92/93.



nos termos do artigo 133 do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 37, § 6.º, da Constituição de 1988 <sup>(16)</sup>.

Esses atos judiciais passíveis de mandado de segurança, como focalizado, tanto podem ser os praticados no primeiro grau como também os praticados em outros graus, isto é, nos tribunais.

Caberá às leis de organização judiciária, bem como aos regimentos internos dos tribunais, disciplinar a competência do órgão julgante para processar e julgar de tais mandados de segurança. Neste passo convém lembrar que a vigente Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n.º 35, de 14 de março de 1979), no seu artigo 21, III, diz competir aos Tribunais, privativamente, elaborar seus regimentos internos e, neles, estabelecer, observada a mesma lei, a competência de suas Câmaras ou Turmas isoladas, Grupos, Seções ou outros órgãos com funções jurisdicionais ou administrativas, competindo-lhe — acrescenta o item VI do referido artigo — julgar, originariamente, os mandados de segurança contra seus atos, os dos respectivos Presidentes e os de suas Câmaras, Turmas ou Seções. E o seu artigo 101, *caput*, estabelece que os Tribunais de Justiça compor-se-ão de Câmaras ou Turmas, especializadas ou agrupadas em Seções especializadas, sendo que, nos termos do seu § 2.º, as Seções especializadas serão integradas, conforme disposto no regimento interno, pelas Turmas ou Câmaras da respectiva área de especialização, cabendo a cada uma das Seções — acrescenta o seu § 3.º, letra “d” — processar e julgar “os mandados de segurança contra ato de juiz de direito”.

Discussão que se levantou, recentemente, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é a de saber se, sendo matéria criminal a do ato judicial impugnado via mandado de segurança, a competência seria da Seção Criminal do mesmo Tribunal ou, então, do Tribunal de Alçada Criminal do mesmo Estado. Os impetrantes sustentaram a competência da 1.ª Seção Civil, sob fundamento que mandado de segurança é ação civil; em sentido contrário a turma julgadora, que integramos como relator, decidiu pela competência da denominada Justiça Criminal, no caso, em razão do delito, do Tribunal de Alçada Criminal. A 1.ª Seção Civil só julga atos de Polícia Administrativa e não os decorrentes de Polícia Judiciária, ou seja, aqueles que dizem respeito à infração penal e à sua apuração segundo os princípios e normas de Direito Processual Penal.

Outros pontos, naturalmente, poderiam ser feridos no presente estudo sobre o cabimento do mandado de segurança contra ato do juiz.

Preferimos ficar só nos examinados, reiterando que, no mais, a teoria do mandado de segurança deve ser adequada à perspectiva dele estar sendo impetrado contra ato judicial, com todas as suas nuances jurídicas.

A nossa afirmação de que cabe mandado de segurança mesmo contra coisa julgada é abrangente e demonstra, bem por isso, o seu cabimento

(16) LAZZARINI, Alvaro. “Responsabilidade Civil do Estado por Atos Omissivos dos seus Agentes”, *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, Lex Ed., São Paulo, v. 117, pp. 20 e segs.

às situações de menor impacto jurídico desde que reconhecida a lesão a direito líquido e certo, que atente à consciência jurídica de modo flagrante, isto é, desde que seja ato judicial teratológico.

##### 5. *Cuidados na elaboração da impetração e das informações*

A prática tem demonstrado que, inclusive, bons advogados, ao impetrarem mandado de segurança contra ato judicial, gastam páginas e páginas de petição inicial transcrevendo doutrina e jurisprudência que admitem mandado de segurança contra ato judicial.

Pensamos que, na atualidade, se torna dispensável tanta cansativa transcrição que, na maior das vezes, vem em detrimento do essencial no mandado de segurança, ou seja, o procurar o impetrante sensibilizar o julgador de que o ato judicial lesa direito subjetivo seu, de natureza líquida e certa, causando-lhe, com isso, dano irreparável ou de difícil reparação.

Pior ainda quando o impetrante, confundindo o procedimento do mandado de segurança com outros, atento só à regra do artigo 282, VI, do Código de Processo Civil, indica como provas com que pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados, a testemunhal, a pericial, e outras admitidas em direito, inclusive depoimento da autoridade coatora. Embora não contra ato judicial, chegou-se a requerer em mandado de segurança instauração de incidente de falsidade documental<sup>(17)</sup>. Em casos que tais, em que o impetrante demonstra desconhecer a teoria do mandado de segurança, evidentemente, é meio caminho andado para ele ver denegada a segurança, pois admite não ter prova pré-constituída do seu alegado “direito líquido e certo”, quase sempre não oferecida, com a inicial.

*Outras tantas vezes, temos verificado, a petição inicial do mandado de segurança apresenta um pedido que se mostra abstrato, sem nenhuma especificação, genérico, quando, em verdade, ele deve ser certo ou determinado.*

Todo cuidado é pouco na elaboração de mandado de segurança, ou melhor, na elaboração da petição inicial do mandado de segurança, cujo rito sumário especial não comporta concessão de prazos para que o impetrante a emende ou complete, como aquele previsto no artigo 284 do Código de Processo Civil, embora a petição inicial, por força do artigo 6.º da Lei do Mandado de Segurança, deva preencher os requisitos dos artigos 282 e 283 do vigente Código de Processo Civil.

Todo o cuidado é pouco quando se tratar de mandado de segurança contra ato judicial, no qual impetrado é o juiz, o Tribunal, o seu Presidente, as suas Câmaras, Turmas ou Seções.

Em outras palavras o órgão impetrado, seja monocrático ou colegiado, nas suas informações, ao certo, levantará todas as preliminares cabíveis

---

(17) Apelação Cível nº 120.232-1, de São José do Rio Preto, Relator Desembargador Alvaro Lazzarini, 1ª Câmara Cível do TJESP.

contra a segurança e, no mérito, considerando que as informações representam uma verdadeira *contestação* à ação de segurança, tomará o cuidado de, clara e concisamente, relatar os fatos, evidentemente na versão que interessa à defesa do ato judicial, demonstrando, imediatamente, as incoerências eventualmente existentes na impetração, mais a obediência do órgão judicante impetrado ao princípio da legalidade e moralidade na prática do ato impugnado. E notem que o impetrante não terá vista dos autos para réplica. Com as informações os autos irão ao Ministério Público.

Enfim, tanto na defesa da matéria preliminar, como na do mérito, o órgão judicante impetrado deverá ter o cuidado de expor sua interpretação do direito em discussão, fundamentando, se for o caso, na doutrina e na jurisprudência, concluindo sempre pela perfeita adequação do comportamento da autoridade às normas legais vigentes e, em consequência, pela improcedência do pedido que, neste caso, costuma chamar-se “denegação da segurança”, tudo conforme salientamos, longamente, em trabalho sobre a elaboração das informações da autoridade coatora em mandado de segurança <sup>(18)</sup>.

Com todos esses cuidados, quer por parte do impetrado, quer por parte do órgão judicante impetrado, o Tribunal a que competir processar e julgar o mandado de segurança melhor estará habilitado a fazer a justiça prevalecer.

## 6. Conclusões

1. O juiz é agente político do Estado e, assim, uma de suas autoridades supremas.

2. Bem por isso não pode furtar-se de ver seus atos — sejam tipicamente judiciais ou, então, administrativos — sujeitos a mandado de segurança. Seus atos são “atos de autoridade”.

3. Os atos administrativos do juiz sujeitam-se ao mandado de segurança como qualquer outro ato administrativo.

4. Os atos judiciais sujeitam-se ao mandado de segurança independentemente de recurso ou correição, quando inexistente efeito suspensivo e do ato puder ocorrer lesão a direito subjetivo, de natureza líquida e certa.

5. Mandado de segurança pode ser oposto à decisão judicial com trânsito em julgado, pois, “não sujeita a recurso ordinário ou extraordinário” (artigo 467 do Código de Processo Civil), ela sujeita-se, no entanto, ao mandado de segurança. Esta possibilidade decorre da compatibilização dos itens LXIX e XXXVI do artigo 5.º da Constituição Federal de 1988, combinados com o artigo 467 do Código de Processo Civil e com o artigo 6.º, § 3.º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

---

(18) LAZZARINI, Alvaro e Netto de Araújo, Edmir. “Mandado de Segurança — A elaboração das Informações da Autoridade Coatora”, *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, Lex Ed., S. Paulo, v. 114, pp. 19 a 22.

# A propósito da extradição: a impossibilidade do STF apreciar o mérito no processo de extradição. Indisponibilidade do controle jurisdicional na extradição

NEGI CALIXTO

Professor Adjunto de Direito Internacional Privado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná

## S U M Á R I O

*I — A impossibilidade do STF apreciar o mérito no processo de extradição; II — Indisponibilidade do controle jurisdicional na extradição.*

### *I — A impossibilidade do STF apreciar o mérito no processo de extradição*

O processo brasileiro de extradição é misto: inicia com uma fase administrativa, concluindo-se na fase judicial, perante o STF.

É o sistema de *competência judiciária*, como chamou LEOPOLDO BRAGA (in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Borsóí, RJ, v. 22), desde que quem concede a extradição não é o Poder Judiciário, mas sim o Executivo, e ao Judiciário compete apenas dizer da legalidade do pedido.

Resulta, então, como assinalou LEOPOLDO BRAGA, que, embora adotando o princípio da *competência judiciária*, “o sistema brasileiro difere sensivelmente do sistema judiciário inglês, pois a autoridade judiciária brasileira não entra na apreciação do mérito do caso que constitui objeto do

pedido de extradição, devendo limitar-se ao exame do mesmo pedido, do ponto de vista de sua legalidade, procedência e regularidade”.

Pode-se, na verdade, dizer que o processo de extradição, por sua natureza, não é necessariamente judiciário. Ele faz a intervenção, em razão do princípio constitucional, na razão direta da vigilância dos direitos individuais, a que se faculta a defesa de sua liberdade.

Citando GAETANO MORELLI, o professor JOSÉ FREDERICO MARQUES fala que a extradição é de natureza administrativa no tocante ao ato material da entrega do delinqüente, e de natureza jurisdicional em relação ao pronunciamento do magistrado sobre a admissão ou não dessa entrega, e diz que “o pronunciamento judiciário não visa decidir sobre o mérito da extradição. O juiz do Estado requerido não pode indagar dos pressupostos da *perseguição penal* no Estado requerente, nem cuidar da justiça ou injustiça da condenação neste pronunciada. Os tribunais do Estado a que é solicitada a entrega apenas resolvem sobre a admissibilidade da extradição. Restringem-se, assim, o *thema decidendum*, no processo de extradição passiva, ao exame e julgamento das condições e pressupostos da extradição” (in *Tratado de Direito Penal*, Saraiva, 1964, I/p. 319).

Está, portanto, o STF impossibilitado de apreciar o mérito, no processo brasileiro de extradição.

A lição do Ministro FRANCISCO REZEK dá a dimensão dessa inviabilidade — “a defesa do extraditando não pode adentrar o mérito da acusação: ela será impertinente em tudo quanto não diga respeito à sua *identidade*, à *instrução* do pedido ou à *ilegalidade* da extradição à luz da lei específica” (in *Direito Internacional Público — Curso Elementar*, Saraiva, 1989, n.º 118, p. 204).

O STF, portanto, verifica sobre a legalidade e a procedência do pedido (art. 83 do Estatuto do Estrangeiro — Lei n.º 6.815, de 19-8-80), cingindo essas condições de exame pelo judiciário da extradição, na apuração de seus pressupostos de *legalidade* arrolados na lei interna e no tratado porventura aplicável e de *procedência* do pedido, que é o exame das condições necessárias à concessão (art. 77 do Estatuto).

Vem daí a observação de YUSSEF SAID CAHALI, sustentada em decisão da Corte Suprema brasileira, de que não cabe no processo extraditório qualquer debate sobre o mérito da ação penal a cargo da Justiça do Estado requerente, porque, ao se pronunciar sobre o pedido de extradi-

ção, não cabe ao STF examinar o mérito da condenação ou emitir juízo a respeito de vícios que porventura tenham maculado o processo no Estado requerente; o seu controle jurisdicional se cinge à verificação dos pressupostos e condições estatuídos na lei brasileira, através dos quais tutela o *ius libertatis* do extraditando.

CAHALI informa que o “Pretório Excelso tem preservado o limite de sua atribuição legal, quanto ao exame de mérito da sentença final de *privação de liberdade, ou da ordem de prisão do extraditando autorizada por juízo ou autoridade competente do Estado requerente (condições para a concessão de extradição, enunciadas no art. 78, II, do Estatuto), em respeito à soberania da Justiça do Estado requerente, pressuposta a sua competência, por “ter sido o crime cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado” (pressuposto para a concessão da extradição, nos termos do art. 78 do mesmo Estatuto) (in *Estatuto do Estrangeiro*, Saraiva, 1983, p. 374).*

A justiça ou injustiça, a procedência ou improcedência da acusação, na extradição, escapam, portanto, do exame da Corte Suprema brasileira, que não se manifesta sobre o mérito do pedido e não examina questões internas relativas à distribuição da competência do Estado requerente, que, entretanto, como bem apontou MIRTO FRAGA, “em determinados casos, o Tribunal pode e deve apreciar a questão da competência, uma vez que cópia autêntica ou certidão da sentença que decretar a prisão preventiva, proferida por juiz ou autoridade *competente*, é um dos documentos que podem instruir o pedido de extradição (art. 80). Cito, como exemplo, o PE n.º 283, de 1970, e o de n.º 336, de 1977, entre inúmeros apreciados pela Corte” (in *O Novo Estatuto do Estrangeiro Comentado*, Forense, p. 338).

Questão de interesse relevante no pedido de extradição diz de perto quanto à reciprocidade na ausência de tratado.

Daí indagar se a Corte Suprema pode deixar de atender ao pedido se se questionar a validade da própria promessa formulada pelo Estado requerente.

O Ministro REZEK pensa que, “todavia, onde quer que, à falta de tratado, a promessa de reciprocidade seja indispensável, não haverá dúvida sobre a competência do Poder Judiciário para dizer da propriedade de sua formulação, visto que toda tolerância por parte do governo local importaria detrimento aos direitos do extraditando” (in *Direito dos Tratados*, Forense, 1984, n.º 161, p. 183).

O que preocupa evidentemente o STF é a apreciação, em cada caso, da legalidade, procedência e regularidade do pedido de extradição.

Mas o tema quanto ao mérito da condenação do acusado e extraditando é sempre afastado, apesar de em alguns julgados juízes da Corte Suprema brasileira terem procurado amenizar essa proibição, tentando buscar e apontar vícios que maculam a própria condenação.

O caso RIZZUTO (Pedido de Extradição n.º 288, da Itália, julgado em 14 de junho de 1974) é prova dessa investida.

A Corte, na verdade, se preocupa com o sistema abraçado de que não cabe examinar o mérito da condenação ou emitir juízo a respeito de vícios que porventura tenham maculado o processo no Estado requerente, desde que o seu controle jurisdicional se cinge à verificação dos pressupostos e condições estatuídas na lei brasileira.

Destacou-se no julgamento do caso RIZZUTO o voto, por todos os títulos extraordinário, do Ministro ALIOMAR BALEEIRO, que penetrou fundo na questão da nulidade do julgamento do extraditando, no Estado requerente, tanto no aspecto formal da citação quanto da pena aplicada.

Em recente julgado, no entanto, o STF voltou a insistir na tese da exclusão da apreciação quanto ao exame de prova acerca do delito imputado ao extraditando.

Deferiu-se o pedido de extradição do nacional francês Jean Paul Gerard Carme, em julgamento ocorrido em 28 de junho de 1989, que foi relator o ilustrado Ministro SYDNEY SANCHES, com a seguinte ementa:

“ESTRANGEIRO — Extradição — Exame de prova acerca do delito imputado excluído da apreciação do STF — Imputação de fato capitulado, na sua essência, como crime em ambos os países — Inexistência de processo contra o extraditando no Brasil, havendo somente inquérito, inaplicável o óbice do art. 77, V, da Lei n.º 6.815/80 — Pedido deferido — Declaração de voto. Ementa oficial: Extradição, crimes de proxenetismo e de tráfico internacional de entorpecentes. Competência da justiça francesa para o processo e julgamento. Extradição deferida.

Não compete à Justiça brasileira examinar os elementos de prova, ou meramente informativos, colhidos pela Justiça francesa e justificadores do mandado de captura.

Nem examina ela regras de competência interna do juiz que o expede. Menos ainda quando o extraditando sequer alega sua incompetência.”

(...)

(RT., vol. 649/319-330)

Esse proceder do STF afina com o princípio universal da independência de todas as jurisdições, aliada com a finalidade da extradição que, no dizer de OSIRIS ROCHA, “trata-se de ato de assistência ou cooperação internacional em matéria penal; *o mais alto*, segundo Valladão” (in *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 35, p. 483).

## II — Indisponibilidade do Controle Jurisdicional na Extradicação

*Sustentado na corrente doutrinária que afirma poder, cada Estado, manter e evoluir suas próprias regras jurídicas para a apreciação dos fatos internacionais ou anormais, o saudoso Professor AMILCAR CASTRO observava que*

“várias vezes foi afirmado que a cada jurisdição autônoma corresponde um sistema original de direito internacional privado, cujas regras se destinam a adequar o direito primário da ordem jurídica interna aos fatos anormais que pela mesma jurisdição devam ser apreciados. Cada sistema só se destina a ser observado em determinado Estado, e não fora dele: nenhuma regra de direito internacional privado, de qualquer país, se propõe ser observada por outro; e por isso mesmo os atos praticados de acordo com certo sistema só têm relativa garantia de validade no *forum*, que é a jurisdição onde vigora. Fora daí, já entrarão a vigor as limitações impostas aos efeitos atribuídos a fatos ocorridos no estrangeiro.” (In *Direito Internacional Privado*, 4.<sup>a</sup> edição atualizada pelo Professor OSIRIS ROCHA, Forense, 1987, n.º 133, p. 294.)

Daí a independência de cada jurisdição em que deva ser apreciado o fato anormal, em vigor ao tempo em que ocorreu.

O sistema, no Brasil, é consagrado na Lei Maior e na Lei de Introdução ao Código Civil (Dec.-Lei n.º 4.657, de 4-9-42).

Corolário desse sistema de independência de jurisdição, dar ou recusar a extradição é direito inerente à soberania do Estado requerido, na lição



de COELHO RODRIGUES (in *A Extradicação*, I, 1930, p. 42), inexistindo, portanto, norma internacional obrigatória de obediência a todas as jurisdições.

Consagrado novamente na Lei Maior (art. 5.º, LI e LII), o Brasil optou e reiterou pela extradicação com controle jurisdicional. PINTO FERREIRA definiu como o

“ato pelo qual um Estado, a pedido de outro, pela autoridade competente e por meios regulares, entrega para julgamento um criminoso que, tendo cometido um delito dentro do território de sua jurisdição, se refugia em território de outro Estado, onde é capturado.” (in *Comentários à Constituição Brasileira*, I, Saraiva, 1989, p. 169),

razão pela qual concluiu YUSSEF SAID CAHALI, com sustento em MARCEL SIBERT, a extradicação tem a sua natureza jurídica baseada como direito inerente à soberania do Estado (in *Estatuto do Estrangeiro*, Saraiva, 1983, p. 297) e decorre da preexistência de tratados ou compromissos de reciprocidade que vinculam esses mesmos Estados (CELSO RIBEIRO BASTOS, in *Comentários à Constituição do Brasil*, 2, Saraiva, 1989, p. 250).

Não se esqueça que a extradicação é uma das garantias de ordem pública, como bem assinalou o doutor JACOB DOLINGER (a concessão de extradicação, seja em cumprimento de tratados, seja à base da reciprocidade, constitui-se num instituto de colaboração internacional na repressão ao crime, visando a garantir a manutenção da ordem pública internacional. Esta é mais uma manifestação de superordem pública internacional, de caráter positivo e obrigatório, visando a garantir condições de segurança e estabilidade no plano internacional (tese à cátedra de Direito Internacional Privado, Rio, 1979).

Desse sistema extrai-se a submissão da extradicação ao exame do Judiciário.

O Brasil, em todas as suas Constituições, firmou o controle jurisdicional a que deve ser submetido o pedido.

JOSÉ FRANCISCO REZEK, em notável lição, diz que a submissão ao exame judiciário se justifica pela

“elementar circunstância de se encontrar em causa a liberdade do ser humano. Nossa Lei Fundamental, que cobre de garantias tanto os nacionais quanto os estrangeiros residentes no país,

deferre à Suprema Corte o exame da legalidade da demanda extraditacional, a se operar à luz da lei interna e do trabalho porventura existente” (in *Direito Internacional Público, Curso Elementar*, Saraiva, 1989, n.º 117, p. 202)

A defesa do extraditando não pode se sustentar no mérito da acusação ofertada pelo Estado requerente, mas somente quanto à sua identidade, à instrução do pedido ou à ilegalidade da extradição à luz da lei específica.

A função da Corte Suprema é basicamente cuidar de verificar se foram reunidos os pressupostos legais da extradição, oriundos tanto da reciprocidade ou de tratado aplicável.

De outra sorte, não há como acolher a renúncia do extraditando do controle *jurisdicional*, que será irrelevante (RTJ 101, p. 1).

O sistema brasileiro, como o sistema francês, não admite a renúncia ao benefício da lei, e a Suprema Corte já firmou entendimento nesse sentido no caso Sardon, Extradição n.º 314, RTJ 64, p. 22, a Extradição n.º 384, de Portugal, RT 548, p. 426.

Torna-se ineficaz no Brasil a renúncia, pelo extraditando, ao benefício do controle da legalidade adotado pelo sistema brasileiro.

A manifestação do desejo do extraditando de imediata apresentação à Justiça do Estado requerente, embora aceita em outros países, é irrelevante para o nosso direito, onde se exige o exame da legalidade, que é imperativo.

Inexiste, portanto, o instituto da extradição voluntária, anotada por YUSSEF SAID CAHALI (in ob. cit., p. 375).

E por ser princípio de ordem pública, ou superordem pública na lição de DOLINGER, a Corte Suprema do Brasil reiterou, agora, o mesmo princípio do controle da legalidade e que o extraditando não pode dispor desse controle jurisdicional.

Veja-se o que foi decidido na Extradição n.º 509-0, do Reino da Espanha, relatado pelo eminente Ministro CELSO DE MELLO, em votação unânime do Plenário, em 4 de maio de 1990:

“Extradição. Concordância do extraditando. Irrelevância. Impossibilidade de renúncia ao benefício da lei. Imprescindibilidade do

controle jurisdicional prévio. Extraditando que está sendo processado no Brasil por outro crime. Situação que obsta a sua imediata entrega. Caráter relativo desse impedimento. Faculdade discricionária reconhecida ao Presidente da República. Inocorrência de causas obstativas. Extradicação deferida.

O controle jurisdicional, pelo Excelso Pretório, do pedido de extradicação deduzido por Estado estrangeiro, traduz indeclinável exigência de ordem constitucional e poderosa garantia — de que nem mesmo o extraditando pode dispor — contra ações eventualmente arbitrárias do próprio Estado.

Daí, o já haver o Supremo Tribunal Federal proclamado, em face do nosso ordenamento positivo, a irrenunciabilidade das garantias essencialmente inerentes ao processo extradicional. Mostra-se irrelevante, nesse contexto, a mera declaração do extraditando de que deseja ser imediatamente entregue à Justiça do Estado requerente. Precedentes.

Quando o extraditando estiver sendo processado no Brasil, por infração penal punível com pena privativa de liberdade, o ato extradicional somente deverá ser executado após concluído o processo-crime ou, quando for o caso, depois de cumprida a pena. O Presidente da República, contudo, atento a razões de conveniência pertinentes ao interesse nacional, poderá ordenar a imediata efetivação da extradicação, inobstante haja processo penal instaurado ou, até mesmo, tenha ocorrido condenação.

Essa faculdade, conferida pelo art. 89, *in fine*, do Estatuto do Estrangeiro, pertence ao Chefe do Poder Executivo da União, a cuja discricção e exclusiva deliberação submete-se o seu exercício. O Presidente da República, em tal circunstância, é o único árbitro da conveniência e oportunidade da efetivação dessa medida excepcional.

A cumulativa satisfação de todos os pressupostos legitimadores da extradicação passiva autoriza o deferimento, pelo Supremo Tribunal Federal, do pedido extradicional submetido à sua apreciação.”

Firmou-se, portanto, mais uma vez, que o Brasil não abre mão do controle jurisdicional no pedido de extradicação.

# Cinco temas controvertidos de Direito Penal

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Norte e Professor de Direito Comercial nos cursos de Administração e Ciências Contábeis da Faculdade Unificada para o Ensino das Ciências — UNIPEC — ex-Promotor de Justiça Substituto — ex-Diretor de Secretaria na Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte

## SUMÁRIO

*I — Medida de segurança e anterioridade da lei penal. II — Norma penal em branco e os conflitos intertemporais ocasionados pela alteração de seu complemento. III — Arrependimento posterior: alcance e Súmula nº 554 do Pretório Excelso. IV — Art. 75 do Código Penal: âmbito de aplicabilidade. V — Coação moral irresistível e punição do coator.*

### *I — Medida de segurança e anterioridade da lei penal*

A evolução vivida pelo Direito Penal fez aparecer, ao lado da pena, outrora o seu único instrumento de ação, a medida de segurança, com o objetivo de promover a reinserção do criminoso na sociedade ou sua segregação nos casos de desajustamentos irreversíveis, ao invés de representar mera punição.

A exemplo dos institutos dos demais ramos jurídicos, a medida de segurança impescinde de cânones retores dos seus contornos essenciais, de molde a ajustá-la ao espírito do nosso *jus positum*, garantindo, assim, o indivíduo contra possíveis abusos.

O primeiro deles é o da legalidade, consoante o qual só é legítima a imposição de medidas de segurança que esteja prevista em lei, e, mesmo assim, nas hipóteses em que esta considerar necessário.

Outro é o da jurisdicionalidade, que traz, como colorido indispensável à execução de medida de segurança, a existência de chancela do Poder Judiciário. Tem-se a autoridade administrativa como inidônea para deliberar sobre sua incidência.

O ponto crucial desta análise reporta-se ao princípio da anterioridade, no particular de sua adstrição às medidas em causa.

O dever ser a lei prescritora de determinada medida de segurança antecedente do fato ensejador de sua aplicação nem sempre constituiu tema pacífico.

Antes da reforma de 1984, sustentou-se a inaplicabilidade do princípio por duas razões.

Primeiramente, porque a lei revogada, no seu art. 75, afirmava:

“As medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução.”

Em segundo lugar, argumentou-se que a previsão do artigo citado não encontrava óbice no art. 153, § 16, da antiga Norma Ápice, que só se referia à pena.

Comentando a antiga Parte Geral do Código Penal, MAGALHÃES NORONHA chegou a defender a não-vinculação da medida de segurança à lei anterior, dizendo:

“Dispõe o art. 75 do Código que as medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversas, a vigente ao tempo da execução ou, noutras palavras, a lei nova tem imediata aplicação” (*Direito Penal*, vol. 1, 20.ª edição, 1982, p. 91).

Corroboraram o pensamento acima os saudosos NELSON HUNGRIA e HELENO CLAUDIO FRAGOSO e, ainda, CARLOS FREDERICO NOGUEIRA.

O mais curioso é que, mesmo sob a égide da Constituição de 1967, ergueram-se vozes abalizadas contra a regência do instituto da medida de segurança por lei sucessiva, posterior ao fato delituoso. Entre elas, a de CELSO DELMANTO.

Na jurisprudência, muitas decisões expressaram críticas mordazes à aplicação de lei que, vigente ao depois do fato julgado, impunha, retroativamente, medida de segurança (STF, HC 55.741, RTJ 85/778; TFR, Apel. 8.964, DJU 29-10-79, p. 8.110; e TACRIM-SP, 5.º Gr. de Câms., v.u., Rel. Juiz BAPTISTA GARCIA, JTACrSP 73/48).

Atualmente, dúvidas inexistem quanto a ser a regra da anterioridade inseparável da medida de segurança.

A ressalva do art. 75 da Parte Geral do Código Penal foi extinta com a legislação reformista de 1984.

Ademais, em plano sobranceiro, reforça tal entendimento o inserto no art. 5.º, XXXIX e XL, do Estatuto Magno, asseguradores da não-retroatividade *in pejus* da lei penal.

Nesse sentido, a valiosa opinião de DAMÁSIO DE JESUS:

“A expressão *nulla poena sine lege* significa que não há imposição de pena sem lei que a comine, anterior à prática do crime. Quanto às medidas de segurança, porém, é exigida a anterioridade da lei? Em relação a elas vige o princípio da aplicação imediata da *lex nova*?

Determinando o princípio regulador, rezava o art. 75 do estatuto repressivo de 1940:

“As medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução.”

Disposição idêntica, porém, não se encontra na nova Parte Geral do CP, pelo que é razoável a interpretação de que, no sistema da reforma penal, a medida de segurança rege-se também pelo princípio da anterioridade da lei.” (*Direito Penal*, 1.º volume, Parte Geral, Saraiva, 10.ª edição, 1981, p. 92.)

Idem JÚLIO FABRINI MIRABETE:

“Embora a lei nova não tenha consagrado expressamente o princípio da anterioridade da lei quanto à medida de segurança, resulta ele do novo contexto da Parte Geral. Não prescrevendo a lei nova a possibilidade de aplicação de medida de segurança instituída após o fato, rege-se ela agora pelo princípio geral do *tempus regit actum* (a lei rege o fato praticado durante a sua vigência). Nesses termos, aos autores de crimes praticados após a vigência da Lei n.º 7.209, somente podem ser aplicadas as medidas de segurança estabelecidas na Parte Geral do Código Penal com a nova redação. Tal se aplica, inclusive, aos crimes previstos em leis penais especiais.” (*Manual de Direito Penal*, vol. 1, Atlas, 2.ª edição, 1986, p. 62.)

Consultar também PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR (*Direito Penal Objetivo, Breves Comentários ao Código*, Forense Universitária, 1.ª edição, 1989, p. 169).

Incensurável o entendimento que prega não poder a medida de segurança se afastar da anterioridade legal. A meu singelo modo de ver, até mesmo antes do advento da Lei n.º 7.209/84, supressora do antigo do art. 75 da Parte Geral do Código Penal, o princípio se impunha, *ex vi* do art. 153, § 16, da Constituição Federal de 1967.

Entender que a palavra *pena*, ali contida, não abrangia a medida de segurança, é o mesmo que consagrar, em sede de liberdades públicas do cidadão, interpretação calcada exclusivamente na literalidade de norma constitucional, desprezando o seu espírito, que foi o de proteger aquele contra o arbítrio estatal.

É incompatível com a finalidade enunciadora de princípios gerais, tarefa cujo desempenho outorgado foi às Constituições.

A Constituição, como suporte de validade de todo o ordenamento jurídico, penal ou extrapenal, é dado o mister de elencar modelos gerais, com vistas a regular a posição do indivíduo frente ao Estado, cujos conteúdos não podem ser caprichosamente restringidos, pelo legislador e, muito menos, pelo intérprete.

Comentando o art. 5.º, XXXIX, da nova Constituição Federal, sucedâneo do ab-rogado art. 153, § 16, CELSO RIBEIRO BASTOS, utilizando-se do seu opulento cabedal de conhecimentos, ensina em lição digna de lápide:

“Não só as penas devem ser previstas em lei, mas também as medidas de segurança. Embora o texto constitucional não as especifique, nada obstante ainda saber-se que as penas não se confundem com as medidas de segurança, ainda assim temos para nós que, por serem medidas constrictivas da liberdade, devem ser abrangidas pelo dispositivo constitucional. Destarte, a única via para se conferir caráter retroativo às medidas de segurança é quando elas venham fundadas na retroatividade da lei mais benéfica. Nas hipóteses pois em que a lei nova prevê medida de segurança quando a velha previa uma pena, há de prevalecer a mais recente, em nome da retroação benigna.” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 2.º volume, Saraiva, 1989, p. 212.)

“Não se admite — enfatiza MAXIMILIANO sobre hermenêutica constitucional — interpretação estrita que entrave a realização plena do escopo visado pelo texto. Dentro da letra rigorosa dele procure-se o objetivo da norma suprema, seja este atingido, e será perfeita a exegese.” (*In Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, 9.ª edição, 1981, p. 314.)

O fim colimado pelo constituinte, qual seja impedir a atuação retrooperante da lei penal, não pode ser sacrificado quanto às medidas de segurança pelo simples fato de o texto consignar a expressão “pena” ao invés de “sanção”.

Por último, cabe-me frisar que a anterioridade da lei igualmente constitui pressuposto essencial para a válida aplicação de medida de segurança aos autores de crimes definidos em leis especiais.

## II — Norma penal em branco e os conflitos intertemporais ocasionados pela alteração de seu complemento

Grosso modo, as normas penais incriminadoras exploram a órbita jurídica de maneira completa, isto é, possuindo preceito e sanção precisos e determinados.

Porém, malgrado a prática geral, nem sempre é assim. Existem, em menor número, é certo, normas cuja expressão escrita apresenta-se incompleta, por o seu tipo incriminador ressentir de generalidade ou indeter-

minação, denominadas de normas penais em branco. É, como no dito por BINDING tornado clássico: "A lei penal em branco é um corpo errante em busca de alma". Ex.: arts. 178 e 269 do Código Penal, e art. 2.º, VI, da Lei n.º 1.521/51, etc.

Necessitam, portanto, para suprir tal lacuna, de buscar auxílio em outras fontes normativas, de hierarquia igual ou inferior, o que forja a sua classificação em leis penais em branco em sentido amplo e em sentido estrito, respectivamente.

Aspecto da norma penal em branco que aguça a mente do jurista é o pertinente à revogação do seu complemento ao depois do fato típico perpetrado pelo agente.

Ocorrendo isso, pergunta-se: qual a solução a seguir quando o complemento da norma penal em branco for substituído por outro que beneficie o réu, ou lograr integral revogação? As respostas oriundas das construções doutrinárias e jurisprudenciais ora recaem no art. 2.º, ora no art. 3.º, ambos do Código Penal.

A *quaestio diabolica* apaixonou a mente das doutrinas nacional e alienígena sem, contudo, alcançar consenso. A favor da irretroatividade, pronunciam-se NELSON HUNGRIA, FREDERICO MARQUES, MAGALHÃES NORONHA, MIRABETE e DAMÁSIO DE JESUS. Contrariamente, temos o respaldo de BASILEU GARCIA e PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR.

Creemos que ambas posições merecem reparos, conforme se apresente a espécie fática. O ideal é a formação de um *tertio genus*, que as concilie.

Busco adminículo, para tanto, no majestoso saber do professor JOSÉ HENRIQUE PIERANGUELLI, corifeu do Ministério Público paulista, equacionador da problemática em assertivas insuperáveis.

Deve-se observar a natureza estável ou excepcional do complemento, de maneira a permitir a retroação no primeiro caso e vedá-la no último.

É que, possuindo foros de estabilidade, o complemento da norma penal, se modificado, importa em verdadeira alteração da figura abstrata formadora do tipo criminoso, ocasionando a *abolitio criminis*.

A *contrario sensu*, na hipótese de o complemento expressar circunstância excepcional, tendente a reger anormalidades efêmeras e passageiras da vida em sociedade, equipara-se às leis previstas no art. 3.º do Código Penal, albergando o apanágio da ultra-atividade.

Na situação primeira, a mutação na parte complementar do tipo reflete intensamente na antijuricidade da conduta praticada, excluindo-a e, por via oblíqua, operando a descriminalização.

Passemos a cotejar a teoria aqui perfilhada com as modalidades em que se subdividem as normas penais em branco.

No que concerne às normas penais em branco em sentido amplo, cujo complemento promana de fonte legislativa da mesma hierarquia do



preceito principal, vê-se sempre naquele o caráter de comando ordinário, visando disciplinar, com estabilidade, relações jurídicas por lapso temporal indeterminado. Irrecusável, por conseguinte, a retroatividade *in melius*. É o que acontece, por exemplo, com os delitos dos arts. 178, 184 e 237 do estatuto punitivo.

Doutro pórtico, nas normas penais em branco *stricto sensu*, complementadas por dispositivo de origem legiferante inferior, freqüentemente atos administrativos normativos, a matéria é de ser deslindada por duas vertentes.

Não ostentando o complemento sinais de excepcionalidade, a sua ab-rogação, uma vez ultimada, conserva o condão descriminalizante. Exemplifico com as hipóteses do art. 269 do Código Penal e da Lei de Tóxicos, em que portaria futura poderá retirar o caráter de notificação compulsória da enfermidade, ou tóxico da substância traficada, respectivamente, por verificar que, em nenhum momento, elas apresentaram as características indicadas (vide MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, vol. 1, Atlas, 1986, p. 74; e TJRS, Emb. Infr. 684.019.425, RJTJRS 110/60).

Por último, colimando a fração integrante do tipo penal regular situações oscilantes, de elevado cunho excepcional, outra solução não se antepõe ao intérprete senão a que informa o art. 3.º do Código Penal, consagrador da ultra-atividade das leis excepcionais e temporárias. A irretroatividade é a senda a trilhar.

A esse respeito, encontramos os tabelamentos de preços nos crimes contra a economia popular (Lei n.º 1.521/50) e as portarias que fixam regras de tráfego, nos crimes cometidos no trânsito.

Copiosa, nesse sentido, a jurisprudência existente (STF, Rel. Min. DJACI FALCÃO, HS 58.614, RT 556/425, Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, RT 482/440, RE 80.544, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA, RTJ 74/590; TACRIM-SP, JUTACRIM 80/353, 73/284, 72/361, RT 481/345, 473/351; TAMG, RT 535/352 e 492/391).

### III — *Arrependimento posterior: alcance e Súmula n.º 554 do Pretório Excelso*

Inovação digna de encômios, advinda com o legislador de 1984, foi o instituto do arrependimento posterior. É previsto no art. 16 da nova Parte Geral do Código Penal, debaixo da redação seguinte:

“Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.”

Erigiu a reparação do dano, antes prevista somente como atenuante genérica, à categoria de causa obrigatória de diminuição de pena, dès que satisfeitos os seus pressupostos de aplicabilidade.

Pode, assim, forjar a redução da pena abaixo do mínimo legal (TFR, DJU 25-8-86, p. 17.572).

Para ser fruído pelo agente, depende da satisfação de vários requisitos. O primeiro deles reporta-se à ausência, na ação típica, de violência ou grave ameaça à pessoa. Inaplicável a todos os delitos cujo tipo contiver tais circunstâncias. Ex.: arts. 157, 158, 159, 213 e 214 do Código Penal etc.

Entretanto, a violência física contra coisa, como sói acontece no crime de dano (art. 163, CP), não afasta a incidência do benefício. Igualmente, a ameaça sem gravidade.

Abstraídas as elementares da violência e da grave ameaça à pessoa, cabível é o benefício nos demais crimes, patrimoniais ou não, consumados ou tentados, dolosos ou culposos, qualificados ou privilegiados (PAULO JOSÉ DA COSTA JR., JÚLIO FABRINI MIRABETE, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, DAMÁSIO DE JESUS; e RT 608/352).

Necessária é a reparação completa dos danos suportados, ou a restituição integral da coisa. O ressarcimento incompleto não autoriza a redução de pena, podendo, pela alça do art. 65, III, b, do Código Penal, configurar atenuante genérica.

Além disso, deve revestir-se de pessoalidade e voluntariedade. Deve ser feito pelo próprio agente, e não por terceiro. Decorrente de coação, física ou moral, de apreensão policial ou constrição judicial, não aproveita ao autor da violação da lei penal. Entretanto, prescinde da espontaneidade, já que pode o agente ser induzido por outrem a fazê-lo.

O direito à benesse do art. 16 do diploma repressivo submete-se a implacável marco temporal. Dessarte, a diminuição da pena exige, para sua incidência, que o comportamento ressarcitório se verifique antes do recebimento da denúncia ou queixa, de conformidade com a modalidade de ação penal cabível. Se posterior, abre-se ensancha tão-só para a aplicação do art. 65, III, b, *in fine*, do Código Penal.

A palavra *recebimento*, contida no art. 16 do Código Penal, está a indicar recebimento válido, tanto que, se anulado por decisão do tribunal *ad quem* ou do próprio juiz, reabrir-se-á oportunidade para o autor do crime gozar do favor.

Questionamento que habita a reflexão do intérprete é a de saber se o instituto em tela é incompatível com a Súmula n.º 554 do Pretório Excelso, que enuncia:

“O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.”

Alguns autores, a exemplo de PAULO JOSÉ DA COSTA JR., entendem que o art. 16 do Código Penal impede o julgador de decretar a extin-

ção da punibilidade em casos que o agente tenha, antes do recebimento da denúncia ou queixa, reparado o dano. Concede-lhe unicamente a possibilidade de diminuir a quantidade da *sanctio juris* imposta.

Diversamente, é o posicionamento de CELSO DELMANTO.

Minha modesta opinião inclina-se a não alteração do *status quo ante* originador do enunciado da Súmula n.º 554 do Supremo Tribunal Federal, mesmo com a entrada em vigor do novo art. 16 do Código Penal. As duas orientações não são incompatíveis, podendo coexistir simultaneamente.

Para assim defender, fulcro-me nos argumentos a saber:

a) a intenção do legislador de 1984 não foi a de suprimir o elastério liberalizante do Supremo Tribunal Federal, mas a de melhorar, pelo menos em parte, a situação dos acusados pela prática de outros delitos sem violência ou grave ameaça à pessoa, como a apropriação indébita, furto etc.;

b) a *ratio essendi* do excerto sumular é diversa e específica, oriunda da discussão sobre a natureza formal ou material do delito do art. 171, § 2.º, VI, do Código Penal; e

c) o próprio Supremo Tribunal Federal, após a entrada em vigor da Lei n.º 7.209/84, continuou a aplicar a Súmula n.º 554 (RHC 62.912-1-RS, 1.ª Turma, v.u., Rel. Min. OCTAVIO GALLOTI, DJU 17-5-85; RHC 64.272-1-SP, 1.ª Turma, v.u., Rel. Min. RAFAEL MAYER, DJU 14-11-86; e RHC 64.454-6-MG, 1.ª Turma, v.u., Rel. Min. FRANCISCO REZEK, DJU 6-2-87).

A ementa do segundo dos julgados referidos é por demais elucidativa do pensamento do Excelso Pretório, *in verbis*:

“EMENTA — Emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos. Súmulas n.ºs 246 e 554. Art. 16 do CP (Lei n.º 7.209/84). Vigência dos verbetes sumulados. Art. 171, § 2.º, VI, do CP.

O advento do art. 16 da nova Parte Geral do Código Penal não é incompatível com a aplicação das Súmulas n.ºs 246 e 554, que devem ser entendidas, complementarmente, aos casos em que se verifiquem os seus supostos.

Não há justa causa para a ação penal se pago o cheque emitido sem suficiente provisão de fundos, antes da propositura da ação penal, a proposta acusatória não demonstra que houve fraude no pagamento por meio de cheque, não configurado, portanto, o crime do art. 171, § 2.º, VI, do CP.

Precedentes.

Recurso de *Habeas Corpus* provido.”

A despeito disso, ressaltado, com o fim exclusivo de ilustração, que o egrégio Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, deliberou:

“Cheque emitido para pagamento de dívida. Sustação. Estelionato. Inquérito policial. Ação de consignação em pagamento. Depósito da importância. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Efetuado o depósito de valor devido através de cheque, cujo pagamento foi frustrado pelo emitente, antes do recebimento da denúncia, desaparece a justa causa para a condenação, não devendo, por isso, prosseguir o inquérito policial. Decisão fundada em precedente do Supremo Tribunal Federal. Concedida a ordem para trancar o inquérito policial.” (6.<sup>a</sup> Turma, v.u., HC 258-SP, Rel. Min. JOSÉ CÂNDIDO, DJU 9-4-90, p. 2.750.)

Em assim sendo, remanesce a aplicação da Súmula n.º 554 para a hipótese única do art. 171, § 2.º, VI, do Código Penal, enquanto para as demais emerge o art. 16 do Código Penal.

#### IV — Art. 75 do Código Penal: âmbito de aplicabilidade

Regulamentando, em nível infraconstitucional, a franquia do art. 5.º, XLVII, b, do Estatuto Básico, com a finalidade de evitar, na prática, a imposição de aprisionamento perpétuo, o art. 75, § 1.º, da nova Parte Geral do Código Penal, secundando o direito anterior, prevê que:

“O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos.

§ 1.º — Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a trinta anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.”

Do conteúdo da regra supratranscrita decorre que, embora possa alguém ser condenado a pena privativa de liberdade superior a trinta anos, o seu cumprimento não poderá prolongar-se além daquele limite, fazendo-se a unificação devida.

A superveniência de condenação por fatos posterior ao *dies a quo* do cumprimento da pena já unificada acarretará nova unificação (art. 75, § 2.º, CP).

Sobre o tema, vem a doutrina e a jurisprudência, acirradamente, se controvertendo sobre a abrangência do procedimento uniformizador do art. 75, § 1.º, do Código Penal.

Surgiram, então, duas correntes. Uma delas, denominada liberal, entende que o art. 75, § 1.º, do Código Penal suporta exegese ampla, servindo para outros fins além de conjurar a prisão perpétua, tais como livramento condicional, detração, remição, mudança de regime etc.

Desse ponto de vista, na *opinio doctorum*, desfrutam MIRABETE, HELENO FRAGOSO e PAULO JOSÉ DA COSTA JR., no que contaram com a companhia de venerandos arestos (STF, RTJ, 108/164; TA-CRIM-SP, RT 589/346; e EJES 5.201).

Contrariamente, viceja a linha teleológica, majoritária nos julgados, no sentido de que a unificação do § 1.º deve atender ao limite máximo do *caput* do art. 75, com o fim exclusivo de evitar a prisão perpétua. Em sentido favorável, consultar: STF, DJU 20-6-86, p. 10.929; TJSP, RT 600/330, 604/324, 605/285; e TACRIM-SP, RA 402.485/1, Rel. Juiz SEGURADO BRAZ; Rec. 386.613, Rel. Juiz GONZAGA FRANCESCHINI, e HC 114.562/5, Rel. Juiz BOAVENTURA GUBLIELMI).

Em que pese à autoridade dos que defendem a segunda posição, penso mostrar-se a mesma indefensável diante de nosso sistema jurídico penal.

Inicialmente, a *mens legislatoris* informadora da Lei n.º 7.209/84, conforme a exposição de motivos que a prefacia, acolhe a corrente liberal, ao afirmar que “as penas devem ser limitadas para alimentarem no condenado a esperança da liberdade”.

Em segundo lugar, a orientação teleológica, conquanto preservadora da finalidade ensejadora do *caput* do art. 75 do Código Penal, não se afina com o regime progressivo de execução das penas privativas de liberdade, norte a guiar a legislação pátria (art. 33, § 2.º, CP), o qual possui princípio e fim no regime fechado e no livramento condicional, respectivamente.

Tomando-se situação hipotética como parâmetro, temos: “A”, processado por vários crimes em mais de uma ação penal, é condenado, por sentenças com trânsito em julgado, a 80 (oitenta) anos de reclusão. Unificadas as penas, só cumprirá 30 (trinta) anos. Entretanto, pela corrente teleológica, para obter o livramento condicional, teria de cumprir, por ser reincidente, no mínimo, metade da condenação, isto é, 40 (quarenta) anos de pena, *quantum* superior até mesmo ao limite do *caput* do art. 75, o que, demais de manifestamente incoerente, culmina por negar ao condenado de comportamento prisional satisfatório o direito à liberdade sob condições.

Por isso, pensamos dever o limite do art. 75, § 1.º, do Código Penal, ser considerado, não só para impedir o encerro perpétuo, senão para todos os cálculos da execução penal.

#### V — Coação moral irresistível e punição do coator

Ao cuidar das causas excludentes da culpabilidade do autor da infração penal, o Código Penal, no seu art. 22, abre passagem para o instituto da coação irresistível.

Sendo causa de exculpação, regula, tão-somente, a coação moral, vez que a *vis absoluta* suprime a própria ação, sendo enquadrável no art. 13 do diploma codicial suso mencionado, pertinente à relação de causalidade.

Com vistas a excluir a culpabilidade, a *vis compulsiva* deve ser irresistível, invencível, insuperável, consistente na promessa de mal sério e grave contra o coagido, sua família, ou seu patrimônio, de modo que não se podia, diante das circunstâncias, exigir do agente conduta diversa. Caso contrário, se se tratava de coação contra a qual aquele podia resistir, ter-se-á apenas atenuante genérica (art. 65, III, c, CP).

Supõe sempre relação triangular, formada pelo coator, coato e vítima, como acentuara, reiteradas vezes, a jurisprudência (STF, HC 57.374, RTJ 93/071; TJPB, Ap. 1.058, RF 270/327; TJMT, RT 508/399; TJPR, RT 422/330; e TJMG, RT 507/445).

O coator, obrigatoriamente, terá de recair em uma pessoa física, inadmitindo-se como tal a sociedade (TJSP, RT 392/103, 399/121, 477/342 e 511/357; TJSC, RT 488/394; TJMT; RT 526/416). Assim é por uma razão bastante simples. Na coação moral irresistível, segundo a sistemática do art. 22 da nova Parte Geral do Código Penal, é o autor da coação passível de sanção, cuja expiação dirige-se somente a pessoa física determinada, havendo duas posições a respeito da correspondente dosimetria, o que será analisado ao correr da pena.

A *vis compulsiva* produz, tanto em relação ao coato como para o coator, vários efeitos.

Quanto ao primeiro, consequência é a isenção de pena ou sua atenuação, conforme seja resistível ou não.

Já para o coator os efeitos da coação esbarram em dissenso na *communis opinio doctorum*.

Para JÚLIO FABRINI MIRABETE e CELSO DELMANTO o coator responde pelo crime praticado pelo coato, agravado pela circunstância referida no art. 62, II, do Código Penal.

Prestigiada pelas ensinanças de DAMÁSIO DE JESUS, MAGALHÃES NORONHA e EVERARDO DA CUNHA LUNA, outra corrente é pela possibilidade de haver concurso formal entre o delito perpetrado pelo coato e o de constrangimento ilegal, incidindo sobre o primeiro dos crimes a agravante do art. 62, II, do Código Penal. O primeiro dos mestres citados, em defesa de seu ponto de vista, asseverou:

“O coator é que responde pelo fato típico e antijurídico praticado pelo coato, com a agravação de pena prevista no art. 62, II. Além disso, responde por crime de constrangimento ilegal (art. 146) por haver coagido o executor do delito. Há dois crimes em concurso formal: constrangimento ilegal e crime cometido pelo coato, sendo este agravado. Ex.: sob ameaça de

morte. A constrange B a lesionar a integridade física de C. Traçando-se de coação moral irresistível, B não responde por crime de lesão corporal. A responde por dois crimes: lesão corporal (agravada a pena em face da circunstância genérica) e constrangimento ilegal, em concurso formal. Na fixação da pena o juiz aplicará a mais grave (da lesão corporal, diante da agravante), aumentada de um sexto até metade (art. 70)" (loc. cit., p. 432).

*Data venia* aos artífices da teoria edificada nas palavras acima transcritas, vejo com carradas de razão a primeira vertente doutrinária.

Diferente não pode ser. O nosso sistema penal é infenso à regra do *bis in idem*. Em vista disso, a coação moral irresistível não pode, ao mesmo tempo, funcionar como dupla punição em relação a um mesmo fato. É-lhe vedado caracterizar simultaneamente crime autônomo e circunstância agravante genérica para o crime efetivamente cometido pelo coato.

É a única inteligência admissível, confrontando-se o tema com as pilstras basilares do arcabouço jurídico penal.

### ***Bibliografia***

**BASTOS**, Celso Ribetro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2º Volume, arts. 5º a 17. Saraiva, 1989.

**COELHO NOGUEIRA**, Carlos Frederico. *Efeitos da Condenação, Reabilitação e Medidas de Segurança, Curso sobre a Reforma Penal*. Saraiva, 1985.

**COSTA JR.**, Paulo José. *Direito Penal Objettivo, Breves Comentários ao Código*. Forense Universitária, 1ª edição, 1990.

**CUNHA LUNA**, Everardo da. *Capítulos de Direito Penal, Parte Geral*, Saraiva, 1985.

**DELMANTO**, Celso. *Código Penal Anotado*, Freitas Bastos, 1986.

**FRAGOSO**, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal, A Nova Parte Geral*, Forense, 7ª edição, 1985.

**JESUS**, Damásio E. de. *Direito Penal*, 1º Volume, Parte Geral, Saraiva, 10ª edição, 1985.

**MAGALHÃES NORONHA**, E. *Direito Penal. Introdução e Parte Geral*, Volume 1, Saraiva, 20ª edição, 1982.

**MAXIMILIANO**, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, 9ª edição, 2ª tiragem, 1981.

**MIRABETE**, Júlio Fabriní. *Manual de Direito Penal, Parte Geral, Volume 1, Atlas*, 2ª edição, 1986.

**SILVA FRANCO**, Alberto, e outros. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 2ª edição, 1987.

# O Direito Internacional e os Direitos dos Povos (\*)

PEDRO PINTO LETTE

Licenciado pela Universidade Clássica de Lisboa, Advogado, Mestre em Direito Internacional Público pela Universidade Leiden — Holanda, com a dissertação "Oost-Timor: de Westelijke Sahara van Zuidoost-Azië" (Timor-Leste: Saara Ocidental do Sudeste Asiático)

Em julho de 1976, uma assembléia internacional, que a então recém-formada Liga para os Direitos e Libertação dos Povos conseguiu fazer reunir em Argel, elaborou um documento notável: a Declaração Universal dos Direitos dos Povos. Entre os vários direitos aí nomeados contam-se o direito dos povos à existência, o seu direito à autodeterminação política e o seu direito à cultura. Meio ano antes, com a cumplicidade de alguns Estados e perante a indiferença de muitos outros, a Indonésia tinha invadido Timor-Leste, primeiro passo de uma clara violação dos direitos à existência, à autodeterminação e à cultura do povo Maubere. De um ponto de vista meramente formal a Declaração de Argel não pode, porém, impor obrigações jurídicas aos Estados, desde logo porque a grande maioria dos membros da assembléia que a criou não estava mandatada por nenhum governo. Quer isso dizer que os povos não são titulares de direitos? Ou que não têm o gozo daqueles direitos concretos? Será o Direito Internacional incapaz de oferecer proteção ao povo de Timor-Leste?

Principalmente sobre estas questões irá versar a minha comunicação. À primeira vista poderão parecer deslocadas, num colóquio sobre antropologia timorense. Mas a realidade é esta: se não nos preocuparmos com uma resposta para elas, falar em produções, linguagens ou em especificidade cultural do povo de Timor-Leste terá pouco sentido. Se a potência ocupante tiver as mãos livres para levar a sua política até ao fim, essa especificidade cultural será irremediavelmente destruída.

\* \* \*

O Direito Internacional teve a sua origem, como se sabe, num corpo de normas que tinha como objeto os direitos e as obrigações dos Estados. Durante séculos os Estados foram considerados como os únicos sujeitos de Direito Internacional. O fim da II Guerra Mundial trouxe, também aqui, uma mudança. Entidades aquém do Estado (como os povos, as mino-

---

(\*) Comunicação apresentada no Primeiro Colóquio Internacional sobre Antropologia Timorense — Lisboa, 12-16 dezembro 1989.



rias ou os indivíduos) e além do Estado (como as organizações internacionais e a própria comunidade internacional) alcançaram uma posição mais importante. Começando pelas últimas: as organizações internacionais não só se multiplicaram, como passaram a disputar aos Estados certas competências. Principalmente desde que o Tribunal Internacional de Justiça, no seu parecer sobre os *prejuízos sofridos ao serviço das Nações Unidas*, concluiu pela personalidade jurídica internacional da ONU, as organizações internacionais são também consideradas sujeitos de Direito; atualmente afirma-se mesmo que a própria comunidade internacional é sujeito de Direito Internacional, porque tem direitos e obrigações específicos. O Estado pode continuar a ser um importante sujeito de Direito Internacional, decerto o mais importante, mas hoje em dia já não é o único.

O mesmo aconteceu com os indivíduos. O Direito Internacional foi-lhes garantindo uma proteção crescente, de que é testemunho a importância fundamental que se dá atualmente aos direitos humanos. E de simples objetos accidentais das relações entre os Estados, os indivíduos, também eles, passaram a ser vistos, pelo menos por uma grande parte da doutrina, como sujeitos de Direito Internacional.

Talvez porque a noção de povo não é muito fácil de delimitar, a posição jurídica dos povos é mais controversa. Mas se definirmos povo, tal como o faz Héctor Espiell, como

“um tipo específico de comunidade humana que partilha um desejo comum de estabelecer uma entidade capaz de funcionar para assegurar um futuro comum”<sup>(1)</sup>,

parece estarmos também perante um sujeito de Direito Internacional<sup>(2)</sup>. Em todo o caso o direito à autodeterminação, por exemplo, é fundamentalmente um direito atribuído aos povos: as dúvidas que até há alguns anos subsistiam já foram ultrapassadas<sup>(3)</sup>. Se a Carta das Nações Unidas, no seu artigo 1.º, n.º 2, ainda só referia a autodeterminação dos povos como um mero princípio, documentos posteriores são inequívocos: assim, o parágrafo 2.º da Declaração sobre a Concessão da Independência aos Países e Povos Coloniais<sup>(4)</sup> e o artigo 1.º, parágrafo 1.º, comum ao Pacto

(1) Héctor Gros Espiell, “The Right to Self-determination: Implementation of United Nations Resolutions”, United Nations, New York, 1980, § 56.

(2) Veja-se, v.g., Ian Brownlie, “Principles of Public International Law”, Oxford University Press, New York, 1979, p. 66.

(3) Espiell, op. et loc. cit. Este autor continua assim: “People and Nation are two closely related concepts; they may be one and the same, but they are not synonymous. Modern international law has deliberately attributed the right to Peoples, and not to Nations and States. However, when the People and the Nation are one and the same, and when a People has established itself as a State, clearly that Nation and that State are, as forms or manifestations of the same People, implicitly entitled to the right to self-determination” (idem).

(4) Resolução n.º 1514 (XV) da Assembléia Geral da ONU, de 14 de dezembro de 1966.

Internacional Relativo aos Direitos Civis e Políticos e ao Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos e Sociais, afirma que

“todos os povos têm o direito à autodeterminação”.

Nenhum Estado, qualquer que tenha sido a sua posição quanto àquela Declaração ou quanto àqueles Pactos, pode afirmar que a autodeterminação não é um direito: por força de muitos outros documentos, entre os quais a Declaração relativa aos Princípios do Direito Internacional respeitantes às Relações Amigáveis e à Cooperação entre os Estados de acordo com a Carta das Nações Unidas, que foi votada por unanimidade na Assembléia Geral da ONU em 1970 <sup>(5)</sup>, mas também por causa da prática dos Estados, refletida no generalizado fenômeno da descolonização <sup>(6)</sup>, das posições da doutrina <sup>(7)</sup> e da jurisprudência <sup>(8)</sup>, a caracterização da autodeterminação como um direito é hoje em dia inevitável.

O direito à autodeterminação pode ser visto também como um direito individual: o direito de cada pessoa que vive sob dominação colonial e estrangeira a determinar livremente a sua própria situação política, econômica, social e cultural. Neste sentido pode-se mesmo afirmar que o reconhecimento dos direitos políticos do indivíduo é uma condição necessária para a realização efetiva da autodeterminação como um direito coletivo dos povos <sup>(9)</sup>.

E, no entanto, o direito dos povos (ou dos indivíduos) à autodeterminação baseia-se no reconhecimento de um direito ainda mais fundamental, por assim dizer: o direito à existência, o direito à vida. Sem ele, obviamente, nenhum outro direito é possível.

A proteção do direito à vida dos indivíduos está inscrita em muitos textos do Direito Internacional: por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, no Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civis e Políticos, na Convenção Européia dos Direitos do Homem, na Convenção Americana dos Direitos do Homem, na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, nas quatro Convenções de Genebra sobre direito humanitário e seus Protocolos Adicionais. O fato de estarmos perante declarações e convenções não significa que a proteção daquele direito só é obrigatória para os Estados que as subscreveram. Isto porque hoje em dia se pode dizer que o direito à vida é uma norma de Direito Internacional consuetudinário ou um princípio geral de Direito Internacional; mais ainda

(5) Resolução nº 2.625 (XXV) da Assembléia Geral da ONU, de 24 de outubro de 1970.

(6) Desde a fundação da ONU em 1945, mais de 70 nações, cujos povos se encontravam sob dominação colonial, foram admitidas como Estados independentes na Organização.

(7) Ainda que exista uma corrente em contrário, ela é hoje em dia claramente minoritária.

(8) Podem-se apontar como exemplos os pareceres do Tribunal Internacional de Justiça sobre a *Namíbia* e o *Saara Ocidental*.

(9) Espiell, op. cit., § 58.

tal como a Comissão dos Direitos Humanos da ONU repetidamente o afirmou, que é uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Normas imperativas de Direito Internacional geral (também chamadas de *jus cogens*), são normas aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto como normas à qual nenhuma derrogação é permitida, ou seja, normas fundamentais, a que os Estados não se podem subtrair, e que por isso estão acima das regras provenientes de tratados. É o caso das normas que proíbem a agressão, das que proíbem o genocídio e, segundo muitos autores<sup>(10)</sup>, das que consagram o direito à autodeterminação<sup>(11)</sup>.

Dir-se-á, é certo, que o Direito Internacional, no seu estágio atual, não defende ainda o direito à vida de uma forma absoluta. Proíbe apenas a privação arbitrária da vida. Permite assim, excepcionalmente, certos casos de privação da vida, como na aplicação legal da pena de morte<sup>(12)</sup> ou na seqüência do uso legítimo da força. Mas, porque o Direito Internacional regulou entretanto cuidadosamente o uso da força<sup>(13)</sup>, ele só é permitido nos casos de legítima defesa e de execução de medidas coercivas ao abrigo da Carta das Nações Unidas. Fora dessas exceções, e assim definido pelo Direito Internacional, o direito à vida é, pois, *jus cogens*.

O direito à vida tem, para além da sua dimensão individual, uma dimensão coletiva: os detentores desse direito são não apenas o indivíduo, mas também grupos de pessoas com certos caracteres comuns (como a raça, a língua ou a religião). A noção de genocídio implica mesmo essa dimensão coletiva: nesse caso são grupos (entre os quais os grupos nacionais) as entidades a quem se pretende garantir o direito à vida. Não é só a Convenção sobre Genocídio que aborda o direito à vida por esse prisma. Numa resolução aprovada em 18 de dezembro de 1982<sup>(14)</sup> a Assembléia Geral da ONU exprimiu a sua convicção de que todos os povos e todos os indivíduos tinham um direito inerente à vida e de que a salvaguarda desse direito era uma condição essencial para o gozo quer de direi-

(10) Entre os quais Brownlie, op. cit., pp. 83 e 515, e Espiell, op. cit., § 74 e segs.

(11) O Tribunal Internacional de Justiça, no caso *Barcelona Traction*, fez a distinção entre as obrigações de um Estado para com a comunidade internacional no seu conjunto e as obrigações para com outro Estado. E continuou assim:

"By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination."

(12) Veja-se, por exemplo, o art. 6º, nº 2, do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Cívics e Políticos.

(13) É o caso da Definição de Agressão, anexa à Resolução nº 3.314 (XXIX) da Assembléia Geral da ONU, de 14 de dezembro de 1974.

(14) Resolução nº 37/189-A da Assembléia Geral da ONU, de 18 de dezembro de 1982.

tos sociais e culturais, quer de direitos civis e políticos; em duas resoluções de 1982 e de 1983 a Comissão dos Direitos do Homem da ONU repetiu aquela tese *ipsis verbis* (15).

Ainda que os indivíduos sejam também detentores de direitos culturais, é necessário frisar a especial importância do direito à cultura como um direito dos povos. Sem o suporte físico da pessoa humana (individualmente ou coletivamente considerada) não existem direitos culturais. A extinção de um povo, à semelhança da morte de um indivíduo, traz consigo a extinção dos seus direitos. Mas um povo pode também desaparecer, para além da mera existência das pessoas físicas que o compõem, se a sua cultura for eliminada. A própria Convenção sobre Genocídio refere dois tipos de atos que, sendo por ela própria considerados como atos de genocídio, não são exemplos de privação do direito à vida dos indivíduos: é o caso da inflicção de graves danos mentais aos membros do grupo (artigo II, b) e o da transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo (artigo II, e).

Por outro lado, a Convenção não se refere expressamente ao genocídio cultural (16). Dos cinco atos que enumera como casos de genocídio só o da transferência forçada de crianças pode ser entendido como uma prática de genocídio cultural. Quer isso dizer que a proteção do direito à cultura dos povos não passa de uma manifestação de intenções expressa em alguns documentos sem obrigatoriedade jurídica? A resposta tem necessariamente de ser negativa. A relação lógica entre o direito de um povo à vida e o seu direito à cultura impõe-no. Além disso, o direito de um povo à cultura é também indissociável do seu direito à autodeterminação (17). Se o direito à autodeterminação dos povos é protegido pelo Direito Internacional, o direito à cultura, como um dos aspectos indissociáveis daquele, também o é. Os já citados parágrafo 2.º da Declaração sobre a Concessão da Independência aos Países e Povos Coloniais e artigo 1.º, parágrafo 1.º, do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Económicos e Sociais afirmam igualmente que, por virtude do direito à autodeterminação, todos os povos

“prosseguem livremente o seu desenvolvimento económico, social e cultural” (18).

O direito dos povos à cultura está, pois, sem qualquer dúvida, inscrito no Direito Internacional contemporâneo.

Fica-nos a última questão: atendendo às suas conhecidas limitações, poderá o Direito Internacional oferecer ao povo de Timor-Leste uma pro-

(15) Resolução nº 1.982/7, de 19 de fevereiro de 1982; Resolução nº 1.983/43, de 9 de março de 1983.

(16) Os projetos que estiveram na base da Convenção (o primeiro da responsabilidade do Secretariado da ONU, o segundo preparado por uma comissão *ad-hoc* instituída pelo Conselho Económico e Social) continham um artigo sobre genocídio cultural, mas a Assembléia Geral resolveu não o incluir na versão final; a decisão foi tomada por 25 votos a favor, 16 contra e 4 abstenções, com 13 delegações ausentes no momento da votação.

teção efetiva? Na procura de uma resposta vou começar por analisar, à luz desse mesmo Direito, os atos praticados pela Indonésia naquele território.

O mais grave é, sem qualquer dúvida, o da eliminação física de um elevado número de pessoas. Apesar de o governo indonésio ter tentado escondê-lo, através da manipulação dos números em censos por ele organizados e de interpretações fantasiosas dos censos portugueses, o fato é que a partir do fim dos anos 70 a grande maioria das fontes refere que a população de Timor-Leste sofreu, em relação ao seu número em 1975, uma redução de 200.000 pessoas. Essas mortes não podem ser atribuídas a outras causas senão à violência militar indonésia e à fome daí resultante<sup>(19)</sup>. A palavra genocídio foi, como se sabe, utilizada por muitos observadores, refletindo o horror que a situação causava. Mas estaremos de fato perante um caso de genocídio criminoso, no sentido que a expressão tem em Direito Internacional, no sentido que lhe é dado pela Convenção sobre Genocídio?

O genocídio é, antes do mais, caracterizado pela prática de qualquer um dos atos enumerados no artigo II da Convenção<sup>(20)</sup>. Em Timor-Leste as autoridades indonésias praticaram-nos todos: massacres, execuções extrajudiciais, uso sistemático de tortura, destruição intencional de povoações e de culturas, concentração de uma grande parte da população em aldeias estratégicas sem condições de vida, são atos que foram e continuam a ser

(17) Como afirma Espiell, "the efficacy of the right of peoples to self-determination in its cultural aspects is essential in order that a people may be aware of its rights and consequently be fully capable of fighting for their recognition and implementation" (op. cit., § 160).

(18) Também a declaração relativa aos Princípios do Direito Internacional respeitantes às Relações Amigáveis e à Cooperação entre os Estados de acordo com a Carta das Nações Unidas (veja-se a nota 5 supra), que, votada por unanimidade na Assembleia Geral da ONU, representa uma interpretação das principais obrigações que da Carta decorrem para os Estados, diz acerca do direito à autodeterminação dos povos e seu componente cultural: "(...) cada Estado tem o dever de respeitar este direito de acordo com as provisões da Carta".

(19) Pedro Pinto Leite, "Oost-Timor: de Westelijke Sahara van Zuidoost-Azië", deel III, Leiden, agosto de 1988, pp. 76-89.

(20) O artigo II da Convenção reza:

"In the present Convention, genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:

- (a) Killing members of the group;
- (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;
- (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- (d) Imposing measures intended to prevent births within the group;
- (e) Forcibly transferring children of the group to another group."

Como disse atrás, a proibição de genocídio é também uma norma de *jus cogens*. A idéia da sua obrigatoriedade absoluta foi, já em 1951, formulada pelo Tribunal Internacional de Justiça no parecer sobre as *Reservas à Convenção sobre Genocídio*: "(... les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats, même en dehors de tout lien conventionnel" (ICJ Reports, 1951, p. 23).

denunciados<sup>(21)</sup>, e que se inscrevem nas situações previstas pelas alíneas *a*, *b* e *c* do artigo II; outras práticas denunciadas, como a limitação forçada dos nascimentos, incluindo programas de esterilização<sup>(22)</sup>, e a transferência de crianças para outras ilhas do arquipélago<sup>(23)</sup>, caem na previsão normativa das alíneas *d* e *e* daquele artigo.

Para que tais atos se possam considerar genocídio no sentido referido é ainda preciso que sejam cometidos com a *intenção* de destruir, *enquanto tal*, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. A exigência expressa do elemento intencional leva alguns autores a não considerar os atos praticados pelas autoridades indonésias em Timor-Leste como genocídio criminoso. O professor ROGER CLARK, por exemplo, sustenta essa opinião num artigo que publicou na *Ohio Northern University Law Review*<sup>(24)</sup>. Fazendo uma distinção entre os dois sentidos em que o termo *genocídio* pode ser usado — num sentido lato, ou comum, a que chama de *everyday genocide* e num sentido restrito, ou jurídico, a que chama de *criminal genocide* — ele chega à conclusão que os atos praticados pelos indonésios são genocídio no primeiro sentido, mas não no segundo<sup>(25)</sup>. Embora subscreva o apelo do professor CLARK para que a Convenção sobre Genocídio seja revista de forma a prever igualmente os casos de negligência, não posso, porém, aceitar que os atos praticados pelas autoridades indonésias em Timor-Leste caiam fora da definição de genocídio criminoso que é dada pela atual Convenção. Pelo contrário, penso que a intenção de destruir o povo maubere como povo está subjacente a todas as práticas que atrás referi; parece-me, além disso, que não será tão difícil prová-la.

A relação lógica entre o direito à vida e o direito à cultura mostra aqui, uma vez mais, o seu interesse. As práticas de genocídio cultural podem não ter sido incluídas na Convenção sobre Genocídio (para além, como disse, do caso da alínea *e* do artigo II); devem, no entanto, servir de prova

(21) Veja-se, por exemplo, o relatório da Amnesty International, "East Timor. Violations of Human Rights, Extrajudicial Executions, 'Disappearances', Torture and Political Imprisonment" (Amnesty International Publications, Londres, 1985), ou o recente relatório da Asia Watch, "Human Rights in Indonesia and East Timor" (Nova Iorque, março de 1989).

(22) Veja-se, por exemplo, Jean-Pierre Catry, "Esterilização: nova forma de genocídio em Timor", no *Diário de Notícias* de 2-2-86.

(23) Amnesty International, op. cit., p. 19, em nota.

(24) "Does the Genocide Convention Go Far Enough? Some Thoughts on the Nature of Criminal Genocide in the Context of Indonesia's Invasion of East Timor", in *Ohio Northern University Law Review*, vol. 8, 1981, pp. 321-328. O Professor Clark é, aliás, também autor de uma das mais interessantes análises jurídicas dos crimes que a Indonésia cometeu em Timor-Leste: "The 'Decolonization' of East Timor and the United Nations Norms on Self-Determination and Aggression", publicada no *Yale Journal of World Public Order*, Yale, 7 (1), 1980, pp. 2-44.

(25) Reportando-se a um hipotético julgamento do comandante das operações militares indonésias em Timor-Leste, sob a acusação de genocídio, diz Roger Clark: "I suggest that if the test were one of negligence, or even recklessness, the case has been made. I'm not at all certain that intent is there (or at least it can be proved) or even knowledge" (idem, p. 327).

do elemento intencional do genocídio físico. Na falta da confissão, pelos autores dos atos, dos motivos que levaram à eliminação de uma terça parte do povo de Timor-Leste, é perfeitamente legítimo deduzir o elemento intencional das circunstâncias em que esses atos foram praticados e, nomeadamente, do conjunto de outros atos que afetam o direito à existência daquele povo. Os generais indonésios poderão sempre argumentar que não pretendiam destruir o povo maubere enquanto tal, mas que as 200.000 mortes foram uma consequência (desejada ou não, tanto importa) de atos com um outro propósito: assegurar a neutralização da Fretilin, por exemplo, ou “reintegrar” o território na Indonésia<sup>(26)</sup>. Ser-lhes-á mais difícil explicar por que, a par desses atos, praticaram outros que visam muito claramente a asfixia da cultura timorense, que, o mesmo é dizer, visam destruir os timorenses *como povo*.

O campo do ensino revela os exemplos mais evidentes da tentativa de destruição daquela cultura. A proibição do ensino do *tétum* e o total desprezo que os currículos escolares manifestam pelas realidades timorenses falam por si. A obrigatoriedade do uso da língua indonésia, a insistência no “pancasila” e no militarismo são outros tantos fatores de alienação cultural. Uma delegação parlamentar australiana, que visitou Timor-Leste em 1983, alertou claramente no seu relatório para os perigos e o significado daquela alienação<sup>(27)</sup>.

A repressão dos cultos animistas e a promoção artificial das religiões islâmica e protestante no território constituem outro atentado grave contra a cultura timorense. Uma obra de propaganda indonésia de 1983 (“East Timor after Integration”) chegou mesmo a mostrar como, através de subsídios elevados, o governo de Jacarta incentivava aquela promoção<sup>(28)</sup>. Alguém deve ter chamado a atenção do Departamento de Informação de Jacarta para a inconveniência da sua propaganda, porque a edição seguinte da brochura<sup>(29)</sup> deixa o leitor na ignorância do destino que o

(26) Cf. Clark, op. et loc. cit.

(27) “It is widely claimed that the expansion of the education system and the teaching of Bahasa Indonesia and Indonesian culture is directed to reducing awareness among young East Timorese of their own traditions and culture thus easing the absorption of the territory into the Republic of Indonesia” (Parliament of Australia, Senate Standing Committee on Foreign Affairs and Defence, “The Human Rights and Conditions of the People of East Timor”, Parliament of Australia, Canberra, 1983, pp. 51-52).

(28) Embora aí se admita que o número de islamitas e protestantes é muito reduzido — 2.354 islamitas e 12.486 protestantes, contra 294.784 animistas e 290.230 católicos, números fornecidos para aquele ano de 1983 — confessa-se logo a seguir que, se no ano fiscal de 1976/77 a verba destinada à construção e reparação de edifícios de culto (18 milhões de rupias) ainda tinha sido dividida por 15 comunidades católicas, 1 protestante e 1 islâmica, no ano fiscal de 1982/83 se dividira em verba três vezes maior (52 milhões de rupias) por 19 comunidades católicas, 11 protestantes e 11 islâmicas (Republic of Indonesia, Department of Information, “East Timor after Integration”, Jacarta, 1983, pp. 146 e 149).

(29) Republic of Indonesia, Department of Information, “East Timor Today”, Jacarta, 1984.

Departamento para os Assuntos Religiosos deu, a partir de então, às suas rupias.

Para além das chacinas e da destruição material de muitas povoações, o ato praticado pelas autoridades indonésias que teve conseqüências socio-culturais mais imediatas foi, sem dúvida, a concentração de mais de 300.000 pessoas em aldeias estratégicas. O fato de mais de metade da população ter sido assim afastada das suas povoações originárias representou por si só a destruição, em maior ou menor grau, das suas estruturas sociais e das suas relações de produção. A vida nessas aldeias estratégicas, para além de se caracterizar por uma repressão violenta e constante, nada tem a ver, material e espiritualmente, com a anterior vida nas *knuas*. As comunicações apresentadas neste colóquio ajudaram decerto a avaliar em que grau aquela política constitui um ataque à identidade social e cultural do povo de Timor-Leste <sup>(30)</sup>.

O constante influxo de colonos indonésios provenientes de Java e de Bali, que ganha um significado especial se contraposto à política de limitação de nascimentos atrás referida, constitui também, para lá do que representa em termos económicos, um atentado muito grave contra as estruturas sociais e a cultura timorenses <sup>(31)</sup>.

Para estas duas últimas práticas (a criação de aldeias estratégicas e a colonização do território) ainda têm as autoridades indonésias invocado razões de segurança e argumentos de ordem económica. Para as duas primeiras (a repressão cultural através do ensino e da política religiosa) nem sequer tentam esboçar justificações. De resto, estas e outras práticas têm sido denunciadas nos últimos anos, com crescente vigor, por diversas instituições e personalidades <sup>(32)</sup>. O genocídio cultural do povo maubere revela a intenção das autoridades indonésias de destruir aquele povo *enquanto tal*,

(30) Sobre isto, veja-se, por exemplo, Amnesty International, op. cit., pp. 68-71, ou Tribunal Permanente dos Povos — Sessão sobre Timor-Leste — Sentença, CDPM, Lisboa, 19-21 junho 1981, pp. 21-22.

(31) Veja-se, por exemplo, Yvette Lawson, "East Timor: Roots Continue to Grow", tese, Universidade de Amsterdão, agosto de 1989, pp. 93-98. Como o Professor Benedict Anderson apontou corretamente: "(...) it is clear that the transmigration program is to serve not economic needs, but a political strategy: the physical Javanization of East Timor" (Statement Submitted on East Timor at the Decolonization Committee of the United Nations' General Assembly, october 1980, in East Timor: Five Years after the Indonesian Invasion, Cultural Survival Inc., Cambridge, Mass., 1981, p. 31). A delegação parlamentar australiana atrás mencionada (vide p. 9) termina assim o capítulo que dedicou a esta questão: "A fear was expressed among the East Timorese that they would soon be a minority in their own country" (op. cit., p. 50).

(32) Para além das denúncias já referidas, podem-se também mencionar as contidas na resolução sobre Timor-Leste que o Parlamento Europeu, por esmagadora maioria, aprovou em 15 de setembro de 1988 (veja-se, em especial, a alínea d das considerações); muitos dos 18 petiçãoários (entre os quais parlamentares de quatro países) que, em agosto passado, foram ouvidos pela Comissão de Descolonização da ONU, referiram-se igualmente ao genocídio cultural em curso.



e é, pois, complemento e prova do genocídio físico. Foi essa a conclusão a que chegou o Tribunal Permanente dos Povos, na sessão que realizou em 1981 sobre Timor-Leste. É também como um exemplo atual de genocídio que Leo Kuper, professor da Universidade da Califórnia e autor de importantes trabalhos sobre o assunto, refere os massacres indonésios no território<sup>(33)</sup>. E é também esse, finalmente, o alcance das palavras do bispo Ximenes Belo, no seu apelo de fevereiro passado a Perez de Cuellar:

“E nós vamos morrendo como povo e como nação.”

O genocídio é um crime segundo o Direito Internacional, um crime contra a Humanidade. Os atos de genocídio praticados pelas autoridades indonésias em Timor-Leste na seqüência da invasão e da ocupação do território constituíram, assim, um crime internacional<sup>(34)</sup>.

(...)

Em si mesmas, a invasão e a ocupação constituíram também crimes internacionais, para além de terem sido uma violação da Carta das Nações Unidas<sup>(35)</sup>.

Constituíram, antes do mais, um crime internacional contra a paz, por mais argumentos com que o governo indonésio tenha tentado justificá-las: a invasão e a ocupação de Timor-Leste pela Indonésia foram um puro ato premeditado de agressão<sup>(36)</sup>.

Constituíram ainda um crime internacional contra o direito do povo maubere à autodeterminação e à independência. Creio ser interessante

(33) “Genocide and Mass Killings: Illusion and Reality”, in: “The Right to Life in International Law”, ed. B. G. Ramcharan, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1985, p. 117.

(34) No art. 19 do projeto de artigos sobre responsabilidade do Estado, que a Comissão do Direito Internacional adaptou, dão-se como exemplos de crimes internacionais:

“3 (...)

(a) a serious breach of an international obligation of essential importance for the maintenance of international peace and security, such as that prohibiting aggression;

(b) a serious breach of an international obligation of essential importance for safeguarding the right of self-determination of peoples, such as that prohibiting the establishment or maintenance by force of colonial domination;

(c) a serious breach on a widespread scale of an international obligation of essential importance for safeguarding the human being, such as those prohibiting slavery, genocide and apartheid;

(35) Para além da obra do Professor Roger Clark mencionada na nota 24 supra, veja-se, sobre isto, Jack Bizot, “The Forgotten Cause of East Timor’s Right to Self Determination” (The Parliamentary Human Rights Group, London, 1987), Michel Robert, “Analyse Juridique du Problème du Timor Oriental” (Relatório apresentado ao Tribunal Permanente dos Povos, Sessão sobre Timor-Leste, Lisboa, 19-21 de junho de 1981) e Pedro Pinto Leite, op. cit., pp. 17-106.

(36) A ‘Definição de Agressão’ (vide nota 13 supra), cujo conteúdo é aceite como uma interpretação autêntica das prescrições da Carta das Nações Unidas ou como codificação do Direito Internacional consuetudinário, aplica-se integralmente à invasão e ocupação de Timor-Leste pelas forças armadas indonésias. Veja-se, em especial, os seus arts. 1º, 2º, 3º, alíneas a), b), c), d) e g), e 5º

relembrar aqui uma das justificações indonésias neste ponto concreto. Antes da invasão Jacarta tinha-se lançado numa campanha muito intensa, tendente a realçar os laços históricos e culturais da Indonésia com Timor, tentando apresentar a ilha como fazendo parte dos impérios de Shrivijaya e Madjapahit e, posteriormente, do sultanato de Ternate. Essa campanha deu finalmente corpo à tese da reintegração do território de Timor-Leste na Indonésia: como a reintegração precede a autodeterminação, esta última não deveria ter lugar. Só que os laços afirmados pela Indonésia não passavam de uma falsificação da História: Timor nunca esteve subordinado àqueles impérios e sultanato, como se deprende das obras de vários historiadores que, como Bernard Clekke e George Winius, sobre eles escreveram. No seu parecer sobre o *Saara Ocidental*, o Tribunal Internacional de Justiça rejeitou, por juridicamente irrelevantes, alegações de laços históricos muito mais fortes do que as que a Indonésia alguma vez poderia apresentar<sup>(37)</sup>.

Por outro lado, como já disse, todos estes crimes praticados pelo governo e autoridades indonésias em Timor-Leste violam normas de *jus cogens*. Algumas das principais conseqüências desse fato são a impossibilidade de validação da anexação de Timor-Leste através do reconhecimento (sobre os estados impende mesmo a obrigação de a não reconhecer) ou do decurso do tempo<sup>(38)</sup>, e a nulidade absoluta de todos os atos que colidam com os direitos do seu povo, entre os quais os direitos patrimoniais, que forem praticados ao abrigo ou na seqüência de tais crimes<sup>(39)</sup>.

O caso de Timor-Leste é ilustrativo do fosso que separa a teoria da prática no Direito Internacional. Os direitos dos povos à vida, à autodeterminação e à cultura estão definitivamente consagrados em muitos textos jurídicos, como se viu. Os atos indonésios são fáceis de caracterizar e as suas conseqüências jurídicas são igualmente claras. E, no entanto, não se pode, infelizmente, dizer que o Direito Internacional é capaz de, por si só, oferecer uma proteção efetiva ao povo de Timor-Leste. Não existe ainda um tribunal criminal internacional, com competência para julgar aquele tipo específico de ato e com jurisdição obrigatória. A Indonésia também

(37) Outro argumento que o governo indonésio apresentou contra o direito à autodeterminação do povo de Timor-Leste é o de que tal direito já se teria exercido, através da integração na Indonésia. Mas este segundo, e ainda mais escandaloso, "act of free choice" não satisfaz nenhuma das severas condições cujo cumprimento o princípio IX da Resolução nº 1.541 (XV) da Assembleia Geral da ONU exige para que uma eventual integração seja válida: que o território a integrar tenha instituições políticas livres e um estágio avançado de governo próprio, e que os desejos do seu povo sejam expressos através de processos informados e democráticos, conduzidos imparcialmente e baseados em sufrágio universal.

(38) Veja-se, por exemplo, o art. 5º, § 3, da 'Definição de Agressão': "Nenhuma aquisição territorial ou vantagem especial resultante de agressão é ou será reconhecida como legítima".

(39) O art. 53º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados é disto uma emanação: "É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, é incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral".

não pode ser forçada a comparecer perante o Tribunal Internacional de Justiça, uma vez que não fez a declaração prevista pela chamada *cláusula facultativa de jurisdição obrigatória* (40). O artigo IX da Convenção sobre Genocídio, que prevê o recurso àquele Tribunal no caso de um Estado não cumprir as obrigações assumidas sob a Convenção, nomeadamente por ser responsável pela prática de genocídio, é também inaplicável: a Indonésia não assinou a Convenção, nem acedeu a ela (41).

Por outro lado, apesar destas limitações, o Direito Internacional pode e deve desempenhar um papel fundamental na luta pela restauração dos direitos do povo de Timor-Leste. É necessário, por exemplo, mostrar que o recente acordo entre a Indonésia e a Austrália sobre a partilha das riquezas do mar de Timor, é nulo e desprovido de qualquer valor jurídico (42). É importante que o Tribunal Internacional de Justiça se debruce sobre esta questão, ou sobre qualquer outro aspecto jurídico do problema de Timor-Leste, seja por via de uma sentença, seja por via de um parecer. O Direito Internacional é uma arma efetiva no campo onde esses problemas, à falta de melhor, têm sido tratados: a arena da Política Internacional. Na base da solução política do problema da Namíbia, por exemplo, estão vários pareceres do Tribunal Internacional de Justiça e muitas resoluções da Assembléia Geral da ONU e do Conselho de Segurança neles alicerçadas. Da mesma forma, o parecer sobre o *Saara Ocidental* foi um passo fundamental no caminho da restauração dos direitos do povo daquele território (43). E o caso do Saara Ocidental é, pelo ponto de visto do Direito, muito semelhante ao de Timor-Leste.

Se o Direito Internacional exerce uma influência importante na solução política de muitos problemas, ele reflete também, afinal, a evolução das relações na comunidade internacional. Atendendo aos espetaculares desenvolvimentos de que o mundo está a ser palco, existem cada vez mais razões para se ser otimista quanto ao papel do Direito Internacional no futuro. Uma dessas razões é, por exemplo, a iniciativa tomada recentemente pelos Países Não-Alinhados no sentido de se generalizar a aceitação da jurisdição obrigatória do Tribunal Internacional de Justiça. Talvez não venha longe o dia em que a Declaração Universal dos Direitos dos Povos seja subscrita pelos Estados, e que, o que é ainda mais importante, o direito dos povos à vida ou o seu direito à cultura gozem de uma proteção jurídica efetiva.

(40) Art. 36º, nº 2º, do Estatuto do Tribunal.

(41) Para além disso, mesmo que se conseguisse obter uma decisão judicial, ainda subsistiria o problema da sua execução: a Indonésia é uma importante potência regional e, pelo menos enquanto se sentisse segura do apoio de certos países (como os Estados Unidos, o Japão e a Austrália), poderia recusar-se impunemente a cumprir os ditames do Tribunal.

(42) Veja-se a nota 39 supra. Sobre a extensão daquela norma a tratados entre Estados que não são partes da Convenção de Viena, veja-se Espiell, op. cit., p. 13.

(43) Os desenvolvimentos muito positivos dos últimos tempos têm de ser vistos à luz do fato de o Tribunal Internacional de Justiça se ter pronunciado em 1975 de uma forma categórica a favor do direito à autodeterminação do povo do Saara Ocidental.

# O "status" jurídico dos países sem litoral e as regras da Convenção de Montego Bay sobre o Direito do Mar

GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO  
Juiz Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento de Macapá (8ª Região), Professor Titular de Direito Internacional Público da União das Escolas Superiores do Estado do Pará (UNESPA), Doutorando em Direito Internacional na Faculdade de Direito da USP, Membro da Academia Paraense de Letras, Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Associação Brasileira de Direito Nuclear, Instituto dos Magistrados Brasileiros, Instituto Brasileiro de Direito da USP, Membro da Academia Paraense de Advogados Brasileiros

## S U M Á R I O

1. *Introdução.* 2. *O princípio da liberdade dos mares e as restrições à soberania dos Estados costeiros.* 3. *A evolução recente da proteção aos Estados mediterrâneos.* 4. *A postura adotada pela Convenção de Montego Bay, de 1982.* 5. *Conclusão.* 6. *Bibliografia.*

*Maris communem usum omnibus hominibus.*  
CELSO (Digesto, 48).

### 1. *Introdução*

No terceiro dia, conta o Livro do Gênesis (*Gn.*, 1, 13), disse Deus: "ajuntem-se as águas debaixo dos céus num só lugar, e apareça a porção seca" (*Gn.*, 1, 9). "À porção seca chamou Deus terra, e ao ajuntamento das águas, mares. E viu Deus que isso era bom" (*Gn.*, 1, 10). E, depois, criou os seres vivos, e, à sua imagem, fez o homem (*Gn.*, 1, 27).

Se procurarmos nos Livros Sagrados a resposta à origem do mundo e dos homens, talvez não encontremos indicações suficientemente convincentes. É, afinal, um dos mistérios da fé, e o ceticismo científico nem sempre anui a essa forma de busca de conhecimentos. Esses são enuncia-

dos que a evolução científico-tecnológica começa a querer superar, e, quem sabe?, encontrar respostas a suas dúvidas, que, ao cabo, são as da própria humanidade.

Por outro lado, o homem, ser social, gregário, deu origem ao Estado, e surgiram, pouco a pouco, por várias vias, países que passaram a constituir o grande concerto das nações.

De simples colônias, como as das Américas espanhola e lusitana e as antigas portuguesas da África, Estados novos, adquirindo independência e soberania, surgiram, buscando integrar-se ao concerto das "nações civilizadas" (art. 38, 1, c, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça). Entre esses, e outros mais remotos, estão países desenvolvidos e não desenvolvidos, ricos e pobres, grandes e pequenos, costeiros e encravados. A estes últimos, os chamados Estados sem litoral ("Land Locked States" — LLS), também denominados de mediterrâneos<sup>(1)</sup>, pouca atenção se deu, no correr dos séculos, quicá porque também sejam, a um só tempo, de regra, pobres, de superfície não muito significativa e, no mais das vezes, subdesenvolvidos.

Todavia, a comunidade internacional tem sido, hodiernamente, levada a ter preocupação com esse grupo de Estados que, pelas suas condições geográficas, fica colocado em inferioridade perante os demais, eis que, desprovido de contato direto com os mares, depende da boa vontade de terceiros Estados para alcançar os espaços equóreos livres, e poder negociar seus produtos e importar bens que necessite pela própria insistência do grupo de interessados.

Dedicar-se-á este estudo à análise, ainda que perfunctória, da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, concluída em Montego Bay, Jamaica, a 10-12-1982<sup>(2)</sup>, no pertinente à normação destinada aos Estados mediterrâneos, a partir de uma abordagem crítico-histórica dos prolegômenos da "doença da mediterraneidade" que aflige três dezenas de Estados e alguns milhões de homens.

É imperioso distinguir, de início, as figuras básicas ao entendimento deste estudo. É o significado legal das expressões Estado sem litoral e Estado de trânsito, e, por corolário, tráfego em trânsito e meio de transpor-

(1) Segundo Jean Monnier, são 30 (trinta) os "Land Locked States", a maioria 14 (quatorze) na África, e os demais espalhados na Europa 9 (nove), na Ásia 5 (cinco) e na América do Sul 2 (dois). São os seguintes: Afeganistão, Áustria, Bielorrússia, Bolívia, Botswana, Burkina (ex-Alto Volta), Butão, Hungria; Laos, Lesotho, Mali, Malawi, Mongólia, Ruanda, Santa Sé, São Marino, Suazilândia, Suíça, Tchad, Tchecoslováquia, Uganda, Zâmbia e Zimbábue (MONNIER, Jean. *Le droit d'accès à la mer et la liberté de transit terrestre*. In DUPUY, René-Jean & VICHES, Daniel (coord.). *Traité du nouveau droit de la mer*. Paris/Bruxelas, Econômica/Bruylant, 1985, p. 441, nota 1).

(2) Texto, na íntegra, in MELLO, Celso R. D. de Albuquerque. *Direito Internacional público: tratados e convenções*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1986, pp. 281-534.

te. Montego Bay adotou, no art. 124, 1, praticamente as mesmas definições constantes da Convenção relativa ao Comércio de Trânsito dos Países sem litoral (Nova Iorque, 8-7-1965, art. 1.<sup>o</sup>)<sup>(3)</sup>, salvo quanto ao transporte em trânsito, que é substituído por tráfego em trânsito, significando a mesma coisa, com menos detalhes. Assim é que se tem:

a) Estado sem litoral: “um Estado que não tem costa marítima”;

b) Estado de trânsito: “um Estado com ou sem costa marítima, situado entre um Estado sem litoral e o mar, através de cujo território passa o tráfego em trânsito”;

c) tráfego em trânsito: “a passagem de pessoas, bagagens, mercadorias e meios de transporte através do território de um ou mais Estados de trânsito, quando a passagem através de tal território, com ou sem transbordo, armazenamento, fracionamento da carga ou mudança de modo de transporte, seja apenas uma parte de uma viagem completa que comece ou termine dentro do território do Estado sem litoral”; e

d) meio de transporte: “o material ferroviário rolante, as embarcações marítimas, lacustres e fluviais e os veículos rodoviários” e, “quando as condições locais o exigirem, os carregadores e animais de carga”.

## 2. O princípio da liberdade dos mares e as restrições à soberania dos Estados costeiros

A liberdade dos mares é um princípio que foi consagrado por Hugo Grócio, em “Mare Liberum” (1609), enfrentando a oposição dos que defendiam a doutrina do monopólio dos mares, também no século XVII, quando Espanha, Portugal e Inglaterra dominavam, com suas esquadras, os espaços equóreos. Entre esses contestadores de Grócio, encontravam-se Welwood, com “De dominio maris” (1613), Seraphim de Freitas, com “Justo imperio lusitanorum asiatico” (1625), e, com ênfase, John Selden, com “Mare clausum sive de dominio maris” (1635).

Haveria de prevalecer a doutrina de Grócio, que, sistematizando o princípio a que chamou de “extraterritorialidade”, hoje superado<sup>(4)</sup>, e de igual sorte os pressupostos da neutralidade, relevou que “Ulpiano dice que el mar es por naturaleza abierto a todos, y así es de todos como el aire. Celso dice que el uso del mar es común a todos los hombres” (Livro 2, Cap. III, § IX.I)<sup>(5)</sup>, cidadãos romanos de então.

(3) Em vigor desde 9-11-1967. Texto, na íntegra, in QUENEU-DEC, Jean-Pierre. *Conventions maritimes internationales*. Paris, A. Pedone, 1979, pp. 516-25.

(4) FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Imunidade de jurisdição trabalhista dos entes de direito internacional público*. São Paulo, LTr, 1986, pp. 27-30.

(5) GRÓCIO, Hugo. *Del derecho de la guerra y de la paz* (I). Trad. Jayme Torrubiano Ripoll. Madrid, Reus, 1925, p. 319.

A liberdade dos mares, todavia, não importa em beneficiar os nacionais dos Estados, costeiros ou não. Assemelha-se ao princípio da imunidade de jurisdição, privilégio conferido ao Estado estrangeiro, soberano, e não ao agente diplomático individualmente considerado<sup>(6)</sup>. Tanto é verdade que Combacau assinala que “la liberté [de utilizar o mar] a pour bénéficiaires les Etats, et non leurs nationaux, selon la technique courante du droit international”<sup>(7)</sup>. E, segundo Mário Giuliano, “è solo lo Stato, in altre parole, che ha la possibilità giuridica internazionale di pretendere il passaggio inoffensivo nel mare territoriale altrui per le navi battenti la sua bandiera; e non i proprietari o gli armatori o i comandanti delle navi stesse, ai quali un diritto soggettivo in materia potrà eventualmente spettare unicamente alla stregua dell’ordinamento giuridico interno dello Stato nel cui mare territoriale debbe verificarsi il passaggio, sempre che vi siano norme interne che attribuiscano un diritto del genere”<sup>(8)</sup>.

Deflui dessa última assertiva, um princípio que está implícito quando se trata do acesso ao mar, qual o da passagem inocente ou inofensiva, cujo fundamento é o *jus communicationis*<sup>(9)</sup>, que, como ensina MAROTTA RANGEL, tem origem consuetudinária, adquirindo expressão convencional mais tarde, a partir do Tratado de Versalhes de 1919<sup>(10)</sup>.

Para que exerça as liberdades do alto-mar, o Estado mediterrâneo depende da anuência do costeiro, donde deve exercitar o direito de passagem inocente, que, agora mais minucioso que as regras da Convenção sobre o Mar Territorial e a Zona Contígua (CMTZC) (art. 14)<sup>(11)</sup>, como se infere do art. 18, da Convenção de Montego Bay, parece continuar a ter o mesmo significado, qual “o fato de navegar no mar territorial, seja para atravessá-lo sem entrar nas águas internas, seja para se dirigir às águas internas, seja para alcançar o alto-mar, vindo das águas internas” (art. 14, 2, CMTZC).

Dessa definição se infere os vários tipos de passagem inocente. ROUSSEAU distingue dois: a lateral à costa, ou em trânsito, e a perpendicular à costa, ou de entrada e saída<sup>(12)</sup>. Para MAROTTA RANGEL são

(6) FRANCO FILHO, G. de S. *Ob. cit.*, p. 50.

(7) COMBACAU, Jean. *Le droit international de la mer*. Paris, Presses Universitaires, 1985, p. 61.

(8) Apud MELLO, C. R. D. de A. *Mar territorial*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1966, p. 67, nota 126.

(9) MAROTTA RANGEL, Vicente. *Natureza jurídica e delimitação do mar territorial*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, p. 105.

(10) MAROTTA RANGEL, V. *Idem*, p. 104.

(11) Assinada em Genebra, a 29-4-1958. Texto, na íntegra, in MAROTTA RANGEL, V. *Direito e relações internacionais*. 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, pp. 245-52. Na mesma coletânea, também na íntegra, o texto das demais normas genebrinas: Convenções sobre o Alto-Mar, sobre Pesca e Conservação dos Recursos Vivos do Alto-Mar e sobre a Plataforma Continental, e o Protocolo Facultativo para a Solução Obrigatória de Litígios (pp. 253-74).

(12) ROUSSEAU, Charles. *Derecho internacional público*. Trad. Fernando Gimenez Artigues. 3ª ed., Barcelona, Ariel, 1966, p. 450.

três espécies: lateral, de ingresso e de saída<sup>(13)</sup>. De qualquer sorte, essas duas classificações resumem as qualidades da passagem inocente.

Na doutrina de ACCIOLY, e como de resto a unanimidade dos jusinternacionalistas, “a principal restrição à soberania de um Estado sobre o seu mar territorial é constituída pelo direito de passagem inocente (*ius passagii sive transitus innoxii*), reconhecido a todos os navios mercantes estrangeiros, em tempo de paz”<sup>(14)</sup>.

Não se trata de servidão internacional, como pretendido por La PRADELLE<sup>(15)</sup>, limitação à soberania territorial do Estado, em proveito de uma ou mais potenciais estrangeiras, no entendimento de MELLO BOSON<sup>(16)</sup>, havendo, na passagem inocente, para VERDROSS, uma servidão internacional positiva<sup>(17)</sup>, porque, como anota MIAJA DE LA MUELLA, para os Estados sem litoral, “las situaciones que acostumbran los autores, encuadrar en este concepto suelen derivar de obligaciones convencionales o ser fruto de un largo uso consolidatorio de una prescripción a favor del Estado beneficiario, pero no de una regla general de *ius cogens* internacional”<sup>(18)</sup>.

O direito de trânsito e de acesso ao alto-mar vem sendo objeto de gradual evolução, mormente pela reação dos Estados mediterrâneos, principais interessados, demonstrada ao longo dos anos.

Portanto, como ensinou LAFAYETTE PEREIRA, ao cuidar do direito de navegação, “não se pode negar este direito às nações ‘encravadas’, isto é, as que não têm portos sobre o mar ou comunicação fluvial com os mares livres. Nenhum Estado as pode excluir do mar alto porque nenhum tem sobre ele jurisdição exclusiva”<sup>(19)</sup>. Identicamente, no concernente à liberdade do alto-mar e à impossibilidade de exercício de soberania nessa zona, era o entendimento de KLÜBER<sup>(20)</sup>. Ou seja, o alto-mar deveria ser consi-

(13) MAROTTA RANGEL, V. *Natureza jurídica ... cit.*, p. 106.

(14) ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de direito internacional público* (II). Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1934, p. 106. N. sent.: MAROTTA RANGEL, V. *Natureza jurídica ... cit.*, pp. 104 ss.

(15) Cf. MAROTTA RANGEL, V. *Idem*, pp. 76 ss.

(16) BOSON, Gerson de Brito Mello. *Curso de direito internacional público* (I). Belo Horizonte, Bernardo Alvares, 1958, p. 352.

(17) VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional público*. Trad. Antonio Truyol y Serra. 6ª ed., Madrid, Aguilar, 1978, pp. 271-2.

(18) MIAJA DE LA MUELLA, Adolfo. *El derecho al comercio marítimo de los Estados sin litoral*. In: *Estudios de derecho internacional público* (homenaje al Prof. José Luis de Azcárraga). Madrid, Gráficas Alonso, 1968, p. 125.

(19) PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Princípios de direito internacional* (I). Rio de Janeiro, Jacintho Rodrigues dos Santos, 1902, p. 176.

(20) Ensinou Klüber: “Il est physiquement impossible de prendre possession de la pleine mer, tout comme on ne peut lui imprimer la moindre marque d'une possession continue ou d'une propriété exclusive, et une prise de possession purement mentale, serait, suivant les principes du droit des gens, sans aucun effet. Toutes les nations sont par conséquent obligées de reconnaître qu'elle n'appartient à personne et que l'Océan est libre de toute souveraineté et propriété” (grifo do original) (*Droit des gens moderne de l'Europe*. 2ª ed., Paris, Guillaumin, 1874, p. 185).



derado uma *res communis*. Todavia, há os que o vêem, ainda, como uma *res nullius*, como ROUSSEAU, que afirma que, “si tienen en cuenta las características que se ejercen en el mar parece lo más exacto afirmar que es una *res nullius*” (21). E, desenvolvendo seu pensamento, conclui, “el alta mar es, pues, una *res nullius*, lo que quiere decir que los diferentes Estados sólo ejercen una competencia defensiva y una competencia personal relativa a sus súbditos y a los barcos que llevan su bandera. La libertad de los mares no equivale, empero, a la anarquía, ya que todos los barcos están sometidos al derecho del Estado cuy pabellón enarbolan legalmente” (22).

O alto-mar, porém, não é *res nullius*, posto que pressuporia, em sendo coisa de ninguém, pode ser apropriável por qualquer Estado. Como *res communis*, está na situação de pertencer a todos, na medida em que “ningum Estado pode legitimamente pretender submeter qualquer parte do alto-mar à sua soberania” (art. 18, Convenção de Montego Bay), ou, como ACCIOLY, “o alto-mar não pertence a ninguém: é um bem comum de todos os povos” (23). Há, no alto-mar, afinal, na doutrina de LAFAYETTE, uma comunhão negativa, decorrente da inexistência de propriedade (24).

Se todos os Estados podem chegar ao alto-mar, é evidente que não de atravessar mares territoriais e zonas econômicas exclusivas suas (se costeiros) ou de terceiros (se mediterrâneos). Como, então, na última situação, pode um Estado gozar desse direito?

É pressuposto a todos os Estados o direito de acesso ao mar, ou ao alto-mar, e, antecedendo-o, a liberdade de trânsito. Como LINARES, “el principio sobre la libertad de tránsito y de acceso al mar constituye un derecho natural” (25), ou, como PASQUALE FIORE, “la haute mer est libre et ... le droit de s'en servir pour les besoins de la navigation et du commerce est nu droit naturel de tous les hommes” (26). Esses direitos são inerentes a todos os Estados, costeiros e mediterrâneos. Por corolário, infer-se a liberdade dos mares, comentada acima.

Segundo MIAJA DE LA MUELLA, não havia qualquer regra no Direito Internacional até à criação da Sociedade das Nações (SdN), em 1919, permitindo o comércio eficaz para os Estados sem litoral (27), apesar de, antes, Wilson ter reafirmado a idéia da liberdade dos mares e a supres-

(21) ROUSSEAU, Charles. *Ob. cit.*, p. 420.

(22) ROUSSEAU, Charles. *Idem*, p. 421.

(23) ACCIOLY, H. *Ob. cit.* (II), p. 76.

(24) PEREIRA, L. R. *Ob. cit.* (I), p. 136.

(25) LINARES FLEYTAS, Antonio. *Los principios y normas generales que regulan el ejercicio de los derechos de tránsito de las naciones carentes de litoral*. In *Estudios de derecho internacional marítimo*, cit., p. 105.

(26) FIORE, Pasquale. *Nouveau droit international public* (II). Trad. Charles Antoine. 2ª ed., Paris, G. Pedone-Lauriel, 1885, p. 11.

(27) MIAJA DE LA MUELLA, A., *Art. cit.*, p. 122.

são de barreiras econômicas<sup>(28)</sup>, em dois de seus célebres “14 Pontos”, de 08.I.1918: o 2.º e o 3.º pontos<sup>(29)</sup>.

Sob os auspícios da SdN, cujo Pacto, no art. 23, propunha, *inter alia*, “assegurar e manter a liberdade das comunicações e trânsito” (*alinea e*), realizou-se a 1.ª Conferência sobre Comunicações e Transportes, reunindo 34 Estados, cuja declaração, de 20-4-1921, reconhecendo direito a pavilhão aos Estados desprovidos de litoral marítimo, que também foi um importante elemento às discussões genebrinas de 1958, foi objeto do art. 131 do texto preliminar de negociação, submetido pela Comissão de Direito Internacional (CDI) da Organização das Nações Unidas (ONU) à 3.ª Conferência sobre o Direito do Mar, na sessão de 15-12-1977.

O período interguerras significou a transição do Direito Internacional clássico para o atual, com a sensível alteração do comportamento da sociedade internacional, que, na análise de DEMICHEL, “est faite d’une superposition de règles et de concepts d’origines diverses, et qui sont venus se surajouter les uns aux autres, sans se faire disparaître mutuellement. Les ‘strates’ du droit capitaliste se sont en effet maintenues (A) tandis que naissaient des normes d’origine socialiste (B). Et le dernier apport, plus récent, a été dû à la survenance des besoins juridiques du Tiers-Monde (C)”<sup>(30)</sup>. Nesse heterogêneo Direito Internacional contemporâneo, sobressai o advento de um direito internacional do desenvolvimento, que inclui necessariamente os recursos do fundo do mar internacional<sup>(31)</sup>, há o confronto entre ricos e pobres, desenvolvidos e subdesenvolvidos e, parece, também entre Estados costeiros e Estados encravados. Refoge ao tema deste pequeno estudo, porém, comentar a dimensão vertical do mar e minudenciar a nova conformação do Direito Internacional geral. Far-se-á isso, algum dia.

### 3. A evolução recente da proteção aos Estados mediterrâneos

Importa que se faça um breve esboço histórico sobre algumas das diversas medidas tomadas por ou em favor dos Estados mediterrâneos.

(28) MELLO, C. R. D. de A. *et alii*. *Legado político do Ocidente (o homem e o Estado)*. Rio de Janeiro/São Paulo, Difusão Editorial, 1978, p. 207.

(29) Ponto 2º: Liberdade absoluta de navegação nos mares, fora das águas territoriais, tanto em tempo de paz quanto em tempo de guerra, salvo o caso de que esses mares sejam fechados na totalidade ou em parte por uma ação internacional em vista da execução de acordos internacionais.

Ponto 3º: Supressão, tanto quanto possível, de todas as barreiras econômicas e estabelecimento de condições comerciais iguais para todas as nações que aceitem a paz e se associem para conservá-la.

Texto, na íntegra, in MELLO, C. R. D. de A. *et alii*. *Idem*, pp. 212-3.

(30) DEMICHEL, Francine, BENCHIKH, Doyen Madjid *et alii*. *Introducción critique au droit international*. Lyon, Presses Universitaires, 1986, p. 57.

(31) DEMICHEL, F., BENCHIKH, D. M. *et alii*. *Idem*, p. 111.

Assim, enquanto na 11.<sup>a</sup> Assembléia Geral da ONU, em setembro de 1956, a CDI apresentou projetos que serviram de elemento à 1.<sup>a</sup> Conferência sobre o Direito do Mar (Genebra, 1958), a 6.<sup>a</sup> Comissão da Assembléia Geral, a de Assuntos Jurídicos, recomendou, acolhendo proposta do Afeganistão, Áustria, Bolívia, Nepal e Paraguai, que a aludida Conferência também cuidasse do livre acesso ao mar pelos países sem litoral.

Adiante, a ONU aprovou a Resolução n.º 1.028 (XI), de 20-2-1957, reconhecendo que os Estados sem litoral precisam de facilidades de trânsito para o comércio internacional e concessão de facilidades conforme a prática e o Direito Internacional, quanto a futuras necessidades para o desenvolvimento econômico dessas nações, e a Resolução n.º 1.105 (XI), de 21-2-1957, preconizando uma conferência para estudar o direito de livre acesso ao mar dos Estados sem litoral (Princípio n.º 3).

Convocada pela Suíça, realizou-se uma conferência preliminar à reunião genebrina, de 10 a 14-2-1958, para uma tomada de posição dos mediterrâneos.

A I Conferência sobre o Direito do Mar, de 1958, formulou quatro tratados internacionais e um protocolo de assinatura facultativa<sup>(32)</sup>, dando início a uma nova fase de codificação ao Direito Internacional geral, e ao do Mar em especial. A Convenção sobre o Alto-Mar dedica-se aos Estados sem litoral, até porque 19 Estados mediterrâneos estavam presentes e reivindicaram acesso. Ressalte-se que a obra genebrina, toda ela, conquanto apresente pontos criticáveis, é de inegável valor. Afinal, foi o primeiro grande momento codificador do Direito Internacional Público, no qual se conseguiu documentos gerais a regular um dos aspectos de maior relevo nesse ramo da ciência jurídica, deixando as regras do Direito do Mar de ser apenas consuetudinárias, ou de abrangência mais restrita. Longe de significar a exacerbação legislativa, atendeu, àquela hora, as necessidades de então. A CMTZC consagra a passagem inocente à semelhança do que consta do diploma internacional de 1982. A de Alto-Mar reconheceu as quatro liberdades tradicionais do alto-mar: navegação, pesca, colocação de cabos e dutos submarinos e sobrevôo (art. 2), e o direito de acesso aos Estados mediterrâneos, aprovado sem nenhum voto negativo e apenas três abstenções (art. 3)<sup>(33)</sup>.

A Convenção das Nações Unidas relativa ao Comércio de Trânsito dos Países sem Litoral, de 1965, reconheceu que o direito de acesso ao mar é princípio essencial para a expansão do comércio internacional e do desen-

(32) V. nota 11, *supra*.

(33) A I Conferência sobre o Direito do Mar reuniu 86 Estados, ou quase todos os membros da ONU à época, ausentes apenas Japão e Egito, cf. FRANCO FILHO, G. de S. *Novas tendências do direito do mar*. In Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3.<sup>a</sup> Região. Belém, ano 14, n.º 27, jul./dez. 1981, p. 89.

volvimento econômico (1.º princípio do Preâmbulo). Registra a aplicação de suas regras com base na reciprocidade (art. 15), donde esse elemento (reciprocidade) parece preponderante para o livre trânsito.

A Resolução n.º 2.749 (XXV), de 17-2-1970, da Assembléia Geral da ONU, considerou o fundo do mar internacional patrimônio comum da humanidade (Princípio n.º 1), e seu uso para fins pacíficos, inclusive pelos Estados sem litoral (Princípio n.º 5).

A Resolução n.º 2.626 (XXV), de 24-10-1970, também da Assembléia Geral da ONU, aprovou a estratégia internacional para o segundo decênio das Nações Unidas para o desenvolvimento, adotando medidas especiais em favor dos países em desenvolvimento sem litoral (6.ª Parte, Princípio n.º 59) (34).

Enquanto na Europa, há interdependência entre os Estados sem litoral e países de trânsito para proporcionar facilidades ao vizinho encravado (35), na África, a Nigéria concedeu acesso ao mar ao Níger e ao Tchad, e Camarões celebrou, a 8-12-1964, tratado com a República Centro-Africana, Congo, Gabão e Tchad, beneficiando a primeira e o último. E o Seminário Regional dos Estados Africanos (Yaoundé, 20 a 30-6-1972) cuidou de uma zona econômica com limite a ser fixado com atenção para os Estados sem litoral, o que se conclui como uma restrição ao territorialismo que dominou a América Latina, a partir, sobretudo, da Declaração de Santiago, de 19-8-1952, e, mais tarde, pela Declaração de Montevidéu, de maio de 1970.

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), a Conferência Econômica de 1952 (Buenos Aires) aprovou a Resolução XXIII, cuidando do aproveitamento dos sistemas fluviais e facilidades aos Estados mediterrâneos. Mais de vinte anos depois, o Comitê Jurídico Interamericano, em 1973, analisava proposta de AJA ESPIL, que, no Princípio n.º 9, consignava: "Los Estados ribereños autorizarán a los Estados sin litoral que integran la región, a explotar los recursos vivos dentro de la zona

(34) Diz o Princípio n.º 59: "Las instituciones financieras nacionales e internacionales prestarán atención adecuada a las necesidades especiales de los países en desarrollo sin litoral, proporcionando suficiente asistencia financiera y técnica para proyectos destinados al desarrollo y mejora de la infraestructura de los transportes y comunicaciones que necesitan esos países, especialmente en lo tocante a los métodos y servicios de transporte que sean más convenientes para ellos y mutuamente aceptables para los países en desarrollo de tránsito y sin litoral. Todos los Estados invitados a ser partes en la Convención sobre el comercio de tránsito de los Estados sin litoral, de 8 de julio de 1965, que no lo hayan hecho ya, considerarán la posibilidad de ratificarla o adherirse a ella a la mayor brevedad posible. En la aplicación de las medidas encaminadas a ayudar a los países sin litoral a superar las desventajas de su ubicación mediterránea, se deberán tener en cuenta las decisiones y resoluciones pertinentes que hayan sido o puedan ser aprobadas en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio Y Desarrollo". Texto, na íntegra, in CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (dir.). *Textos básicos de Naciones Unidas*. Madrid, Tecnos, 1973, pp. 229-57.

(35) É o caso, v.g., da Romênia, com celebração de acordos bilaterais.

econômica, reconociéndoles derechos preferenciales con relación a terceros Estados, y de acuerdo con criterios que se enunciarán en convenios multilaterales, regionales o bilaterales” (36). A 9-2-1978, o Comitê aprovou Recomendação, cujo Princípio n.º 9 adotou a proposta de AJA ESPIL, deixando de falar em zona econômica, mas cuidando dos direitos dos Estados mediterrâneos em uma zona que se estende da 12.ª a 200.ª milhas marítimas, pelo que o jurista argentino afirmou que, “se recogió así la fórmula de nuestro proyecto, nacida a raíz de la argumentación presentada por los delegados de Bolivia y Paraguay en el curso del I Congreso Internacional del Derecho del Mar en Porto Alegre, en donde sostuvieron que el acrecentamiento del mar territorial limitaba aún más las posibilidades marítimas de los países sin litoral” (37). E esse I Congresso (Porto Alegre, 11 a 15-4-1972) aprovou a Resolução de Porto Alegre, pela qual ficou resolvido “que se estudem as formas adequadas para os Estados sem litoral poderem gozar dos mesmos direitos, quanto à navegação, aeronavegação e pesca, sempre que tais atividades sejam realizadas pelos respectivos nacionais e para cobrir suas próprias necessidades. Tais direitos, inclusive as quotas e áreas de pesca, serão estabelecidos por tratados com os Estados ribeirinhos” (38).

#### 4. A postura adotada pela Convenção de Montego Bay, de 1982

A Convenção de Montego Bay, fruto da III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, teve gestação lenta, pela importância dos assuntos em pauta e a necessidade de se obter um consenso, da sessão inaugural em Nova Iorque, de 3 a 15-12-1973, à parte final da 11.ª sessão, em Montego Bay, de 6 a 10-2-1982 (39). Durante quase uma década, praticamente a totalidade dos Estados integrantes da comunidade internacional participou dos debates, além de, como observadores, organismos de várias espécies, da Organização de Libertação da Palestina à Organização Internacional de Associações dos Consumidores.

O Brasil, diversamente da posição assumida na I Conferência (Genebra, 1958) (40), acabou por ceder à maioria e flexibilizar na sua posição territorialista, assumida sobretudo a partir do Decreto-Lei n.º 1.098, de 25-3-70, em um momento politicamente necessário, interna e externamente, quando adotou 200 m.m. de mar territorial, a alinhar-se com os vizinhos

(36) AJA ESPIL, Jorge A. *El derecho del mar (nuevas cuestiones del Derecho Internacional Marítimo)*. Bogotá, Temis, 1973, p. 101.

(37) AJA ESPIL, J. A. *Idem*, p. 106.

(38) *In* Arquivos do Ministério da Justiça. Rio de Janeiro, Ano XXIX, nº 122, jul. 1972, p. 8.

(39) V. Ata final, Parte I, Sessões, e nota 19 bis.

(40) V. a respeito, AMADO, Gilberto. *O Brasil e o direito do mar*. *In* Revista Forense. Rio de Janeiro, ano 54, vol. 169, jan./fev. 1957, pp. 9-15.

latino-americanos. Acredita-se que foi o mais indicado, e assim demonstrou-se alhures (41).

No Congresso Nacional brasileiro, a Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados reconheceu a importância da nova Convenção, tendo o Relator, Deputado Pedro Colin, referido, de modo expresso, às “circunstanciadas conferências realizadas pelos Srs. Prof. Vicente Marotta Rangel, Embaixador Carlos Calero Rodrigues e Ministro Henrique Sabóia, da Marinha” (42), ao emitir parecer acerca da Mensagem n.º 147, de 1985, do Senhor Presidente da República. O Decreto Legislativo n.º 5, de 9-11-87, aprovou o texto da Convenção (43). De notar que, diferentemente do ocorrido com as convenções genebrinas, houve evidente preocupação dos Poderes Executivo e Legislativo no sentido de incorporar os preceitos da Convenção de Montego Bay ao ordenamento interno. As anteriores, conquanto aprovadas a 29-4-58, somente em 1968 foram enviadas ao Congresso Nacional, e, ao final, não ratificadas (44).

Ainda que perfunctoriamente, posto que a relevância do tema requer um estudo extenso e detalhado, ver-se-á algumas das mais importantes disposições de Montego Bay acerca do *status jurídico* dos países encravados.

Para a correta interpretação do novo diploma internacional, importa recordar que um dos *consideranda* de seu Preâmbulo faz referência expressa a “os interesses e as necessidades especiais dos países em desenvolvimento, quer costeiro, quer sem litoral” (45).

Mais minuciosa que a CMTZC, que generalizou o instituto da passagem inocente no mar territorial e nos estreitos, a de Montego Bay distin-

(41) FRANCO FILHO, G. de S. *Art. cit.*, p. 84.

(42) In *Diário do Congresso Nacional*, 10-10-1985, Seção I, p. 11.639.

(43) In *Diário do Congresso Nacional*, 12-11-1987, Seção II, p. 2.726.

A Convenção foi promulgada pelo Decreto Presidencial nº 99.165, de 12-3-1990 (DOU de 14-3-1990, pp. 5.169-70), revogado, em seguida, pelo Decreto Presidencial nº 99.263, de 24-5-1990 (DOU de 25-5-1990, p. 9.972), eis que, como a Convenção ainda não se encontra em vigor, sua promulgação (ato interno) implicaria em abrir lacuna legislativa no Direito nacional, no pertinente aos espaços marítimos brasileiros, conforme os *consideranda* do último.

Observe-se que o Brasil foi o 37º Estado a ratificar a Convenção de Montego Bay, a 22-2-1988, que somente entrará em vigor doze meses após o depósito do 60º instrumento de ratificação ou de adesão (art. 308, 1). Só então deverá ser promulgada regularmente por novo Decreto do Executivo.

(44) CARNEIRO, Nelson. *Palavras, leva-as o vento ...* (IV). Brasília, Centro Gráfico do Senado Federal, 1974, p. 53.

(45) A Convenção sobre o Direito dos Tratados, de Viena, de 23-5-1969, em vigor desde 27-1-1980, ainda não ratificada pelo Brasil, reconhece, no Preâmbulo, fonte de interpretação de um tratado (art. 31,2). V., a respeito, o excelente estudo do delegado brasileiro à Conferência de Viena, Embaixador Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva (*Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro, Ministério das Relações Exteriores (MRE), 1971, especialmente pp. 34-5).

guiu um tipo novo de passagem. O art. 17 trata da passagem inocente dos navios dos Estados sem litoral, e os arts. 37 e seguintes tratam da passagem em trânsito, a efetuada nos estreitos, a todos os Estados, e, por óbvio, aos encravados.

Ao cuidar da zona econômica exclusiva, novidade da Convenção de 1982, é reconhecido que os Estados mediterrâneos "terão direito de acesso" (art. 69, 1). Faça-se ligeira digressão para um comentário que se parece necessário. Na CMTZC (art. 24), havia a zona contígua do alto-mar ao mar territorial de até 12 m.m., com direitos específicos, e a partir da linha de base onde começa o mar territorial, então sem limites expressos, eis que esse sempre foi o grande impasse a uma negociação definitiva. Agora, a zona contígua, prevista no art. 33, não é do alto-mar ao mar territorial, mas, continuado com as mesmas "medidas de fiscalização", começa na linha de base onde também começa o mar territorial de 12 m.m. (art. 3), no qual o Estado costeiro exerce soberania plena, nele, sobre e sob ele (art. 2,2). Por seu turno, a zona econômica exclusiva, onde o Estado ribeirinho possui certas competências, algo semelhante a uma soberania funcional ou econômica (art. 56), conquanto situada além do mar territorial (art. 55), não se estenderá além de 200 m.m. da mesma linha de base a partir da qual se mede a largura do mar territorial (art. 57), e, força repetir, no mar territorial a soberania não sofre restrições, salvo a passagem inocente. Ou seja, há 12 m.m. de mar territorial, 24 m.m. de zona contígua e 200 m.m. de zona econômica exclusiva, todas iniciando na mesma linha de base. É a interpretação imediata que deflui dos arts. 3,33 e 57, de Montego Bay. Em verdade, o que se tem é um mar territorial de 12 m.m., da linha de base até a linha de respeito, limite exterior (art. 4). A partir daí, tem-se 12 m.m. de zona contígua e zona econômica exclusiva, concomitantes com os direitos típicos de cada qual. A partir da 24.<sup>a</sup> m.m., terminam as medidas de fiscalização, passando o Estado costeiro a ter os "direitos de soberania" e a "jurisdição" deferidos no art. 56, 1, *a* e *b*. Crê-se que essa deve ser a mais adequada interpretação, eis que as medidas previstas para as 24 m.m. da zona contígua e para outras cogitáveis à zona econômica exclusiva estão implícitas nos direitos exercíveis no mar territorial, e o art. 55 refere que a zona econômica exclusiva se situa após o mar territorial respectivo.

Retomando o tema verifica-se que ao aceder à zona econômica exclusiva, o Estado sem litoral está obrigado a observar as regras de conservação (art. 61) e de utilização dos recursos vivos (art. 69,1 *in fine*). A admissão a essa zona exclusiva fica condicionada à celebração de acordos bilaterais, sub-regionais ou regionais entre os interessados (art. 69, 2, *b*), regra aplicável também aos chamados "Estados geograficamente desfavorecidos" (art. 69, 2, *c*), novidade introduzida pela Convenção da Jamaica, e que são definidos no art. 70,2.

A regra básica, ainda ao tempo da negociação do tratado, era a de que "los Estados sin litoral o que se encuentran en situación geográfica

desvantajosa tendrán derecho a participar sobre una base equitativa en la explotación de los recursos vivos de las zonas de los Estados vecinos, en condiciones que se establecerán mediante acuerdos bilaterales, subregionales o regionales" (46). Assim, quando o costeiro possui capacidade de efetuar a captura total dos recursos vivos da zona econômica exclusiva, ajustes poderão ser celebrados com os Estados sem litoral e os em desenvolvimento de maneira a não prejudicá-los (art. 69,3), que se deve processar por meios "equitativos", observando as garantias do Estado ribeirinho (art. 69,2), assemelhando-se em mais uma fórmula diplomática para se chegar a um consenso.

A plataforma continental, tal como definida no art. 76, é mais ampla que a tratada no art. 1, da Convenção sobre a matéria de 1958. Nesta, estendia-se "até o ponto em que a profundidade das águas sobrejacentes permita o aproveitamento dos recursos naturais das referidas regiões" (art. 1, *a*, *in fine*). Presentemente, compreende "toda a extensão do prolongamento do seu território terrestre, até ao bordo exterior da margem continental" (art. 76,1). Parece que a plataforma continental jurídica continua a distinguir-se da geográfica, com a primeira começando a partir da linha de respeito, onde termina o mar territorial, e a última, do momento em que começa a submersão do território do Estado costeiro. Ademais, não se adotou a regra da Declaração de Santo Domingo, dos países do Caribe, de 9-6-72, que pretendia o limite exterior da plataforma no bordo exterior da emersão continental (47), preferindo-se adotar o bordo exterior da margem continental. E, abandonando-se um critério meramente geográfico, posicionou-se o diploma por um método geológico (art. 76,4). Sem querer proceder à análise da correta denominação da plataforma, importa observar que, alhures, se teve ocasião de apontar a preferência pela expressão "plataforma submarina", defendida por AZCÁRRAGA E PODESTÁ COSTA (48), a incluir as plataformas submarinas dos continentes (continental) e das ilhas (insular), tendo prevalecido a denominação mais tradicional e usual de "plataforma continental". Nela, os Estados, inclusive os mediterrâneos, podem colocar cabos e dutos (art. 79,1), e o costeiro não pode impedir (art. 79,2), o que é uma das liberdades tradicionais do alto-mar, consagrada em 1958 (Convenção sobre a Plataforma Continental, art. 4), e mantida em Montego Bay (art. 87,1, *c*).

Manteve a Convenção de 1982 as quatro liberdades tradicionais do alto-mar (art. 87, 1, *a*, *b*, *c* e *e*), e que já haviam sido codificadas em Genebra (Convenção sobre o Alto-Mar, art. 2). Acresceram-se de duas novas: liberdades de construção de ilhas artificiais e outras instalações (art. 87,1, *d*) e de investigação científica (art. 87,1, *f*). Quanto à primeira, a proposta da Bulgária para impedir a construção de bases militares não logrou êxito,

(46) NAÇÕES UNIDAS. *Documentos de antecedentes: el derecho del mar*. Nova Iorque, Oficina de Información Pública, 1976, p. 15.

(47) AJA ESPIL, J. A. *Ob. cit.*, p. 87.

(48) FRANCO FILHO, G. de S. *Art. cit.*, p. 72.



e, segundo LUCIUS CAFLISCH, “rein n'empêche des lors l'Etat côtier de soumettre la mise en place d'îles artificielles à des fins militaires à son consentement” (49), embora, *data venia*, o ideal seria essas instalações apenas para fins econômicos e pacíficos, até porque o alto-mar deve ser utilizado para fins pacíficos (art. 88). Quanto à segunda, ficam restritas aos seus fins pacíficos (art. 240, a).

Para gozar desses direitos, o Estado mediterrâneo fica dependente da vontade exclusiva do Estado que o separa do mar (61). Há, porém, o que parece substancial diferença, exigível, quiçá, via judicial. Ao tempo da Convenção sobre o Alto-Mar, o art. 3 genebrino consagrava que “os Estados sem litoral *deverão ter* livre acesso ao mar” (grifou-se). Agora, não há o verbo no condicional, mas sim a garantia de que “os Estados sem litoral *têm* o direito de acesso ao mar e a partir do mar” (grifou-se) (art. 125, 1).

No mais, todos os Estados — e aí também os encravados — gozam das seis liberdades, mas nenhuma reivindicação de soberania pode ser admitida (art. 89), e o direito de navegação (art. 90) importa necessariamente no direito de os Estados encravados acederem ao mar e a partir do mar (art. 125, 1), mediante acordos bilaterais, sub-regionais ou regionais (art. 125,2), vedada a cobrança de direitos aduaneiros (art. 127,1), facultado o estabelecimento de zonas ou depósitos francos (art. 128), garantida igualdade de tratamento com relação a outros navios estrangeiros de Estados costeiros (art. 121), acenando com “a concessão de maiores facilidades no futuro” (art. 132, *in fine*), o que se dará por via de acordos que os interessados deverão negociar, donde os direitos consagrados na Convenção representam o mínimo indispensável a garantir razoáveis condições aos Estados mediterrâneos.

Nesse aspecto, de forma conclusiva, JEAN MONNIER registra que “les navires relevant d'Etats sans littoral bénéficient aujourd'hui, en haute mer, du même régime que les navires des Etats côtiers” (61). Isso é salutar, pelo fato de que “existen países sin litoral que tienen interés en ingresar al mar, porque consideran que el comercio está vinculado al transporte y el principal medio de transporte es el mar” (62).

## 5. Conclusão

Para que se desenvolvam, os Estados sem litoral precisam chegar ao mar, que é a via natural do comércio internacional. Mas, para alcançar esse

(49) CAFLISCH, Lucius. *La délimitation des espaces marins entre Etats dont les côtes se font face ou sont adjacentes*. In DUPUY, R. J. & VIGNES, D. (coord.). *Ob. cit.*, p. 436.

(50) N. sent., o registro de Celso de Albuquerque Mello (in *Curso de direito internacional público* (II). 8ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1986, p. 826), que acentua: “na prática, o exercício do direito de livre acesso ao mar continua dependendo de acordo com o Estado de trânsito” (idem, p. 827).

(51) MONNIER, J. *Art. cit.* In DUPUY, R. J. & VIGNES, D. (coord.). *Ob. cit.*, p. 444.

(52) LINARES FLEYTAS, A. *Art. cit.*, p. 107.

fim, dependem dos intermediários, daqueles que os separam das águas salubres. E nem sempre dispensam-se os Estados, à semelhança dos homens, das suas ambições e das suas tendências dominadoras. Essa dominação tanto se processa pela conservação, nos dias atuais, de regiões ainda consideradas colônias, como o caso da vizinha Guiana Francesa, como pela imposição de pesados ônus sobre os chamados países terceiro-mundistas, em decorrência de um endividamento externo, com taxas de juros alteradas unilateralmente pelos credores oriundos dessas potências.

E a ambição desmedida dos países mais desenvolvidos, se, por um lado, implica em uma quase-recusa à aceitação do territorialismo para os mares dos Estados costeiros menos desenvolvidos<sup>(53)</sup>, sobretudo porque desinteressando àqueles que possuem grandes frotas pesqueiras, por outro, se identifica a partir de documentos com o Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares, de 1968, como que a criar um neo-colonialismo, monopolizando, entre Estados Unidos e União Soviética, o acesso ao conhecimento nuclear.

Deve-se entender que a Convenção de Montego Bay é um passo largo, talvez o mais importante dado até o presente, no sentido de proporcionar o efetivo acesso dos Estados encravados aos mares. E apenas um passo, eis que, única forma negociável, a eficácia da norma internacional que garante o acesso ao mar é, juridicamente, contida, na medida em que, impossível ser negociado um tratado bilateral, v.g., que proíba a dado Estado mediterrâneo chegar ao mar, isso somente poderá ser alcançado com a anuência do Estado costeiro.

Por derradeiro, impõe-se ter que Montego Bay é, por si só, um instrumento que poderá servir para uma forma, ainda incipiente, de união internacional. Ao começar a vigor, ao incorporar-se aos ordenamentos jurídicos internos dos Estados-Partes, irá oferecer subsídios à solução dos problemas que afligem os Estados encravados, como a Bolívia e o Paraguai, na América do Sul. A própria alteração verbal, com a supressão do condicional e o dever de permitir o acesso, poderá significar uma nova realidade conceitual para esses Estados, tal como a de que a própria humanidade seja cogitada como sujeito do Direito Internacional, como pretende expressiva corrente doutrinária. Assim deve ser. E assim será...

#### *Bibliografia*

- ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de direito internacional público*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1933-4-5 (3 vols.).
- AJA ESPIL, Jorge A. *El derecho del mar (las nuevas cuestiones del Derecho Internacional Marítimo)*. Bogotá, Temis, 1973.
- AMADO, Gilberto. *O Brasil e o direito do mar*. In: Revista Forense. Rio de Janeiro, ano 54, v. 169, jan./fev. 1957, pp. 9-15.
- BOSON, Gerson de Brito Mello. *Curso de direito internacional público* (I). Belo Horizonte, Bernardo Alvares, 1958.

(53) Ficou evidente a posição dos Estados Unidos, contrária à limitação dos mares, no curso da III Conferência.

- CARNEIRO, Nelson. *Palavras, leva-as o vento ...* (IV). Brasília, Centro Gráfico do Senado Federal, 1974.
- CARRILO SALCEDO, Juan Antonio (dir.). *Textos básicos de Naciones Unidas*. Madrid, Tecnos, 1973.
- COMBACAU, Jean. *Le droit international de la mer*. Paris, Presses Universitaires, 1985.
- DEMICHEL, Francice, BENCHIKH, Doyen Madjid et alii. *Introducción crítica au droit international*. Lyon, Presses Universitaires, 1986.
- DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (coords.). *Traité du nouveau droit de la mer*. Paris/Bruxelas, Economica/Bruylant, 1985.
- FIGLIORE, Pasquale. *Nouveau droit international public*. Trad. Charles Antoine. 2ª ed., Paris, G. Pedone-Lauriel, 1885.
- FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa. *Novas tendências do direito do mar*. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Belém, ano 14, nº 27, jul./dez. 1981, pp. 65-87.
- . *Imunidade de jurisdição trabalhista dos entes de direito internacional público*. São Paulo, LTr, 1986.
- GRÓCIO, Hugo. *Del derecho de la guerra y de la paz*. Trad. Jayme Torrubiano Ripoll. Madrid, Reus, 1925 (4 vols.).
- KLUBER, Johann Ludwig. *Droit des gens moderne de l'Europe*. 2ª ed., Paris, Guillaumin, 1874.
- LINARES FLEYTAS, Antonio. *Los principios y normas generales que regulan el ejercicio de los derechos de tránsito de las naciones carentes de litoral*. In: Estudios de derecho internacional marítimo (homenaje al Profesor José Luis de Azcárraga). Madrid, Gráficas Alonso, 1968, pp. 105-17.
- MAROTTA RANGEL, Vicente. *Natureza jurídica e delimitação do mar territorial*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970.
- . *Direito e relações internacionais*. 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.
- MELLO, Celso R. D. de Albuquerque. *Direito internacional público; tratados e convenções*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1986.
- . *Mar territorial*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1965.
- . *Curso de direito internacional público*. 8ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1986 (2 vols.).
- . *et alii. Legado político do ocidente (o homem e o Estado)*. Rio de Janeiro/São Paulo, Difusão Editorial, 1978.
- MIAJA DE LA MUELLA, Adolfo. *El derecho al comercio marítimo de los Estados sin litoral*. In: Estudios de derecho internacional marítimo (homenaje al Profesor José Luis Azcárraga). Madrid, Gráficas Alonso, 1968, pp. 119-41.
- NAÇÕES UNIDAS. *Documentos de antecedentes; el derecho del mar*. Nova Iorque, Oficina de Información Pública, 1976.
- NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio. *Conferência de Viena sobre Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro, Ministério das Relações Exteriores, 1971.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Princípios de direito internacional* (I). Rio de Janeiro, Jacintho Rodrigues dos Santos, 1902.
- QUÉNEUDEC, Jean-Pierre. *Conventions maritimes internationales*. Paris, A. Pedone, 1979.
- ROUSSEAU, Charles. *Derecho internacional público*. Trad. Fernando Gimenez Artigues. 3ª ed., Barcelona, Ariel, 1966.
- VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional público*. Trad. Antonio Truyol y Serra. 6ª ed., Madrid, Aguilar, 1978.

# Sobre o Direito Natural na Revolução Francesa

MARCELA VAREJÃO  
Professora da Universidade Católica de PE

*Epigrafe:*

“Every Night and every Morn  
Some to Misery are Born.  
Every Morn and Every Night  
Some are born to Sweet Delight,  
Some are born to Sweet Delight,  
Some are born to Endless Night”

WILLIAM BLAKE — *Auguries of Innocence*

Há duas concepções possíveis de Direito Natural. Numa, é visto como base de todo Direito Positivo, sendo este uma qualificação de valores naturalmente *dados*. Então, o Direito Natural seria dado ao homem, e o Direito Positivo, *construído*. Haveria uma ordem hierárquica entre ambos, com primazia para o Natural, mas, ainda assim, a conotação seria conservadora, pois considera-se, nessa ordem de idéias, que o positivo estatal compartilha do natural. Então, é natural que o Estado seja como for, mesmo arbitrário, pois justifica-se pelo seu embasamento *jusnaturalístico metafísico*. Era assim com o Direito Natural de origem divina, em São Tomás. Era assim com a

ordem natural dos monarcas absolutos. Diz-se, nesse sentido, que o Direito Natural está impresso na criatura humana, de molde a dirigi-la para o bem e contra o mal, daí *todos* os homens se inclinarem para o bem. E como a lei humana é participação na lei divina, e Deus providencialmente não erra, está pronto o arquétipo da autoridade política que perdurou desde a Antigüidade até a Idade Média. E está pronta, também, uma das causas da violenta mudança que se seguiu.

A segunda concepção reflete o Direito Natural como padrão de julgamento das leis escritas, principalmente e das ações dos governantes. É a crítica, o combate ao Direito Positivo, estabelecendo a antinomia entre ambos, encontrável, especial e classicamente, na Antígona de Sófocles e, mais tarde, como embasamento teórico das revoluções liberais, podendo ser relacionado também com o movimento reformista europeu. Deságua particularmente na noção de “resistência”, geralmente violenta, embora nem sempre.

Mas as duas concepções não são excludentes. Na verdade, vê-se que Direito Natural como crítica ao Direito Positivo vai ter lugar exatamente quando um Direito Natural é tido como embasamento de um Direito Positivo determinado. Com isso, situa-se mais geograficamente esta segunda concepção. Pois falamos sempre do Direito Natural “cristão”, do Direito Natural “absoluto” e até do Direito Natural “racional”, como concepções teóricas nascidas mais de homens que de países, e que se dilatam extremamente por toda uma época. Falamos, por outro lado, do Direito Natural “da Grécia”, do Direito Natural “revolucionário americano”, do Direito Natural “revolucionário francês”, para facetas teóricas de conotações nacionalistas, se bem que tenham tido repercussões incomparáveis, como as da Revolução Francesa.

Sob a denominação de “Direito Natural”, por alguns criticada, mas sempre utilizada com sucesso, apresentaram-se inúmeros problemas à vida histórico-jurídica, que reuniam Direito e Moral, o bem e o mal, o justo e o injusto, o certo e o errado, o estatal e o individual, o amplo e o restrito, a certeza e o talvez, bem como o clássico *racional e irracional*, não esquecendo as implicações do nacional e do internacional, geradoras de um novo ramo do Direito: o Internacional. Nesses termos, poderíamos afirmar que sempre existiu algo como o Direito Natural, ainda quando peremptoriamente recusado.

Vemos também que Direito Natural passou a ser indenticado muito mais com pardão crítico, e nesse sentido é que se escuta dizer que ele sempre se desenvolve em épocas de crise, que está “bem presente” quando o agir estatal é “reto” e que desaparece do ápice da ordem hierárquica das idéias mais caras aos governantes, quando estão em busca de mais poder. Isso porque o Direito Natural muitas e muitas vezes não dá poder, consis-

tindo a força de sua propagação multissecular exatamente no fato de *fazer retirar poder* de um lado e transferi-lo para outro, normalmente sendo beneficiado o povo, ou os súditos, conforme a situação.

Em matéria de Direitos Naturais ocorre uma situação curiosa: é que tendem a codificar-se. E positivando-se, resvalam contra sua própria força de propagação, aquilo que, desde o princípio, os houvera tensionado: o aspecto “*idéia X realidade*”, núcleo especial das teorias revolucionárias, tudo levando ao movimento legalista do século XVIII, acontecendo tão intensamente que quiseram crer seus opositores terem-no sepultado.

Quando Sófocles deu preferência ao ser humano, para a construção de suas tragédias, rejeitando as lendas primitivas, onde os deuses eram os atores principais, talvez tenha sido o início da valorização da pessoa de modo absoluto, mesmo antes que se pudesse pensar em Direito Natural. Mas as duas coisas podem bem ter ocorrido em conjunto, pois a época era propícia à contestação da autoridade, com as discórdias internas na Grécia antiga, corroboradas pela escola Sofista. No entanto, não podemos dizer que Sófocles tenha sido influenciado pelos sofistas. O centro das idéias era bastante diferente: embora a escola Sofista tenha colocado rigorosamente o problema de saber se a justiça tem um fundamento natural, preocupando-se, ao contrário dos Jônicos, com problemas morais e sociais, apesar disso, achavam seus seguidores que não existia isso de “justo natural”, pois, se existisse, todas as leis seriam igualitárias, e não eram. Já através de Antígona, Sófocles dirige um tom sublime para demonstrar que existem princípios independentes de qualquer credo, aplicáveis a todos os tempos e lugares, leis divinas e eternas, imutáveis, plenas de justiça, ordem e pureza reverente em cada palavra, escritas no coração dos homens, capazes de comandar o Direito Positivo, o qual sempre em posição de jamais poder contrariar tais mandamentos de origem metafísica. Daí, não haver dúvidas sobre o ideal revolucionário francês.

Neste Direito Natural, fica óbvia a origem: existia um ser supremo e eterno, que dirige um universo também eterno, cujo poder eterno administrava leis eternas, às quais estavam inevitavelmente vinculados os indivíduos, reis e súditos. Os sinais e provas dessa ordem divina no mundo podem ser vistos nas retribuições que recaíam inevitavelmente sobre os culpados pelas injustiças. Adotando essa linha, Sófocles se afastava da filosofia revolucionária, ou, noutra perspectiva, a filosofia revolucionária é que dele se afastava, inclusive por acreditarem que o cumprimento dos direitos naturais trariam a felicidade dos indivíduos. Enquanto na Antígona, Sófocles admite — conforma-se — com a existência do mal, não fazendo nenhuma tentativa de coadunar leis tidas como infalíveis, no sentido de proporcionar o bem, com o mal causado por essas mesmas leis divinas. No seu entender, desvios como esse deviam ser aceitos como parte da ordem do universo

inexplicável para o entendimento humano. São mistérios, e a veneração às leis naturais é a melhor prevenção contra os infortúnios, muito embora a própria defensora dos direitos naturais tenha sido imolada por defender tais princípios. Nesses tempos, o termo referente a uma teoria de tais direitos, “jusnaturalismo”, ainda não era empregado, evidenciando o afastamento entre o natural e o positivo.

A aceitação do maquiavelismo pelas monarquias absolutas, e a utilização pura e simples da força como fundamento do poder, breve levaria a um outro caminho para o Direito Natural.

Sabe-se que na Antigüidade Clássica poder secular e poder divino se confundiam. Não havia ainda a noção de conflitos entre as várias atividades humanas, com a conseqüente exigência de que tais atividades se desenvolvessem independentemente, segundo regras próprias. O laicismo, ou secularismo, caracterizando a autonomia do Estado perante o clero, processou-se a partir do século V, com a teoria denominada “duas espadas”, estabelecendo dois poderes distintos, ambos derivados de Deus, o do papa e o do imperador. As lutas religiosas que transpassaram a Europa dos séculos XVI e XVII fundacionaram o novo poder político e provocaram a superação das pretensões de fundar um poder sobre uma fé. Havia o clero, e havia, agora, o Estado racional. A religião se justificava para os fins terrenos que era chamada a realizar (principalmente o bem-estar). As lutas havidas demonstraram ainda a necessidade de uma nova forma de organização que trouxesse unidade de comando. Seguiram-se a mundaneidade e a racionalidade como novos atributos do Estado moderno, útil à normalização das relações de força. Isso tornou-se possível pela nova construção filosófica, que trocou uma ordem prefixada, universal e imutável, de valores, conformadora de toda uma esfera social, por uma preocupação mais imediata com a ordem humana, das relações sociais, gerenciada pelo homem, com base na necessidades materiais naturais. É pela indagação material da natureza que o homem separa-se de Deus. A ordem estatal é, agora, um projeto racional da humanidade. O contrato social indicou o acordo de vontade dos homens, para que uma nova forma associativa os substituisse no provimento das condições de sobrevivência. Estava pressuposta a ordem política, superposta ao imaginado “estado de natureza”. Esse “estado natural”, como faz ver Hannah Arendt, é, ainda, pré-político mesmo, fazendo parte de um conjunto de idéias que, desde a Antigüidade bíblica, teve a violência como início de todas as coisas, desde o fraticídio de Caim, do qual foi sucessora direta toda a fraternidade que, socialmente, os homens pudessem reunir. A inquestionabilidade e a plausibilidade do “estado de natureza” (“paráfrase teoricamente purificada de um crime”) <sup>(1)</sup> para o homem e seu grau de organização política pode, na verdade, segundo ela, ser comparada à primeira frase de São João, em problemas de salvação: “no princípio era o Verbo”. De

(1) Hannah Arendt. *Da Revolução*, pág. 16.

fato, a idéia realmente perdurou. Antes de Hobbes e Rousseau, Sêneca já acreditava ter havido, anteriormente às instituições criadas convencionalmente, uma idade de ouro, onde os homens viviam felizes, segundo uma ordem ditada pela própria natureza original, conforme indica Abbagnano (2). Hobbes acrescentou-lhe a conotação política e Rousseau, a sentimental, muito mais. O que se subteende é que o “estado de natureza” se tornou um mito filosófico, e mesmo hoje, a solução encontrada para a crise de legitimidade dos países em desenvolvimento passa por uma reelaboração do contrato social — é o seu resgate.

Mas, tudo isso a propósito de laicização do Direito. Um conhecimento sem intermediários do Direito era seu propósito, e nesse sentido a doutrina jusnaturalista participou, ao criticar o poder pessoal e abrir caminho à legalização (racionalização) do poder de que fala Weber. Legal é o poder impessoal, em oposição ao proposto pelas autoridades sagradas. É o que se apresenta e se pauta por leis gerais e abstratas, e portanto racionais, em oposição ao costume, o qual, tendo resultado de um processo histórico, é irracional. Esvazia-se, desta forma, uma das fontes de legitimidade do poder tradicional e, daí para frente, a lei se afirma como fonte do Direito por excelência. Confundindo-se legalidade e legitimidade, na teoria política racional.

Bobbio faz ver que Weber prestigiou a religião, na sua atividade de preparo histórico do processo de legalização do Direito e do Estado (moderno), mas que, apesar da correspondência de sua temática com o pensamento jusnaturalista, situado na ante-sala da Idade Moderna, Weber, na verdade, desprezava as doutrinas filosóficas, por entendê-las como mero reflexo póstumo dos processos históricos reais: as religiões.

Nesse caldo teórico, o Direito Natural se preparou para cumprir novas funções.

No jusnaturalismo moderno, o Direito Natural deixou de ser o caminho de acesso à participação na ordem cósmica, passando como técnica racional de coexistência, impregnado de um caráter “necessitante” de Direito Positivo. Isso implica dizer que, quando se atribui um tal caráter racional ao Direito Positivo, por extensão ele chega ao Direito Natural e, ao mesmo tempo, reconhece-se neste — exatamente em função da racionalidade — uma autonomia para discutir e avaliar o Direito Positivo. Esse é o aspecto da racionalidade que vem atingir a Revolução Francesa. A época do Direito Natural teológico havia cumprido sua função. Se o Direito Natural tem por fim acabar com as lutas entre os povos, é preciso, diziam os revolucionários, não somente que tenha validade geral, como domine a realidade. O substituto, que parecera satisfatório, para a autoridade religiosa esquecida,

(2) Niccola Abbagnano. Dicionário de Filosofia, pág. 262.



viu-se desmascarada pela revolução, pois faltava-lhe a verdadeira fonte transcendente de poder.

Após uma fase que poderíamos chamar de “racional explícita”, inaugurada com o raciocínio europeu cartesiano e o amor à geometria e ao cálculo, a Europa setecentista foi sacudida pelo gosto do “implícito”, do que é apenas entrevisto. Os princípios claros (e, por isso, grosseiros) foram deixados de lado, em nome do “espírito de finesse”. Era a vez dos homens intelectuais criticarem o homem por não compreender mais a si mesmo, depois de tanto esforço que fizera para compreender o universo.

Curioso que o espírito de “finesse” tenha aparecido quando o reino da França exaltava o poder e a glória do absoluto, em tudo procurando beleza e grandiosidade. Geralmente a imagem que se faz do poder pessoal devolve brusquidão. Lá, havia leveza de espírito. Leveza que tem a ver com a heterogeneidade de idéias da época, não sendo fácil, a princípio, encontrar um princípio que reunisse a construção teórica. Tudo era fluido, em oposição direta à sede de sistematização do século precedente. Esse o caldo pensante em que se agitaram os filósofos, principalmente os franceses, nas “luzes”, preparando o arcabouço teórico da Revolução e os novos direitos naturais.

Pode-se dizer que falar em Revolução Francesa é falar de mitos, muitos mitos.

É possível que a abertura do mundo a críticas, de corrente do Iluminismo, não tenha sido tão enorme quanto se pensa. É verdade que a Igreja, e a religião de modo geral, tinha sido excluída por Descartes do campo da crítica racional. E é verdade também que a Igreja recebeu a parte mais virulenta do criticismo iluminado. Entretanto, Tocqueville faz ver que toda essa revolta secular não se dirigia contra a instituição eclesial em si, mas contra o fato do Clero constituir-se no Segundo Estado, ou seja, ligar-se visceralmente ao poder político.

Surge, aqui, uma linha de raciocínio que leva a nos perguntarmos até onde a pregação em torno dos direitos humanos tinha em mente a proteção de *todos* os indivíduos da sociedade. Deve-se ter em mente que iluministas como Voltaire, por exemplo, dos mais indignados com as injustiças perpetradas, compartilhavam das benesses do “Ancien Régime”, muitos deles integrando a chamada “burguesia”. Daí dizer-se tão constantemente ter sido a Revolução Francesa uma Revolução burguesa, o que não é bem assim, pelo enorme envolvimento de todas as camadas no fenômeno revolucionário. Quando se lê a história revolucionária, tem-se a nítida impressão de que os iluministas faziam o que deles se esperava, e que o monarca era o principal cultivador daquelas idéias. Eles criticavam, mas não tanto. Criticavam-se, mas nunca diretamente o rei. Veja-se que as preocupações de

Rousseau não chegaram ao ponto de permitir sobre o regime representativo para o governo, sendo mesmo a ele contrário. A impessoalidade do titular do poder foi encontrada, quando dela precisaram, em Montesquieu, apoiado por Condorcet.

Outra linha de pensamento leva a achar que a Igreja, num certo sentido, era alvo das críticas que, por motivos óbvios (e mortais) não poderiam ser dirigidas contra o monarca, diretamente. Assim, os intelectuais trabalhavam para destruir o poder absoluto, de dentro do próprio poder, e com conhecimento de causa. Esta é a concepção mais próxima da coletada nos livros.

Outra linha, ainda, poderia sugerir que os intelectuais franceses perceberam, antes que o "Ancien Régime" pudesse fazê-lo, uma situação explosiva que estava para detonar, passando, então, das anteriores preocupações fluidas, para um ataque mais direto às instituições e às desigualdades por elas representadas, na esperança de que, numa nova sociedade, eles, filósofos, ocupassem o primeiro plano, racionalmente, numa clara alusão à classificação social platônica, na qual os filósofos, por sua importância social, mereciam o governo. Essa era a idéia que estava em Voltaire, um contraditório, mais que todos os outros. Tece, antes e durante a Revolução, críticas veementes contra a noção supostamente igualitária e racional de "Terceiro Estado" ("Dizem que todos os homens são irmãos, mas falam de Estados diferentes"), mas defende um valor absoluto: a razão, não o indivíduo. No seu entender, o maior serviço que poderia ser prestado à humanidade seria proceder à separação dos imbecis que naturalmente existiam, vez que cada um é intelectualmente independente na medida da razão que possui. Os sábios guiarão; o povo, seria guiado. Evidentemente que uma tal idéia poderia apenas iniciar uma Revolução como a francesa, quando muito para ser sepultada logo depois. Fica claro como os efeitos da Revolução foram mesmo imprevisíveis, e como a população deixou-se guiar e, na verdade, foi manobrada mais que manobrou, seguindo a lição do sentimento, aprendida com Rousseau.

Aparecem, então, sucessivamente, os primeiros direitos naturais. Primeiro, a liberdade que criticava e pensava, sem limites. Nisso Voltaire foi precursor. A noção de igualdade, como faz ver Groethuysen, não poderia ser conseguida onde não havia liberdade. Aliás, dentre os países da Europa, a França era aquele onde a população recebia a maior carga de opressão. Resulta no surgimento da igualdade com Rousseau, um suíço, acostumado ao ambiente democrático, sentindo-se especialmente desconfortável com a desigualdade social que encontrava, quando a intelectualidade não a refultava como deveria.

Rousseau coloca-se, em termos de Revolução Francesa, como destino. Esteve no lugar certo, na hora certa. Envolvida com o destino também está,

para Tocqueville, a França, pois para ele a Revolução não poderia ter ocorrido em nenhum outro lugar, com nenhum outro povo, e de nenhuma outra forma.

A propósito de formas e métodos revolucionários, Burdeau sugere que uma revolução bem-sucedida, isenta de violência, começa pelo preparo do espírito do povo a ser revolucionado. Caso contrário, perece. Diz-se que o iluminismo preparou o povo francês para a Revolução. Mas a Revolução foi sangrenta. Então, não foram tão esclarecidos quanto se pensa, e a Enciclopédia de Diderot não atingiu sua finalidade. Fazem eco as palavras de Tocqueville: "Um povo tão mal preparado para a ação não podia reformar tudo sem tudo destruir" (3). E o palco de ascensão dos direitos naturais paradoxalmente também revelou-se o lugar onde foram abolidas instituições, idéias e hábitos dos quais a liberdade não poderia prescindir.

No início da Revolução reivindica-se um conjunto de direitos universais, não exercidos até então e embolorados nas prateleiras das nações. Não exercidos, mas existentes sempre, pois decorrem da natureza do homem, existentes sempre que os homens parem para refletir sobre eles. É, portanto, um Direito Natural sem intermediários, acessível através do "ser homem". Por princípio, é imutável e eterno. Em sendo violado, o Direito Positivo cede espaço para a legítima revolta contra a injustiça. Pois Direito Positivo algum deve contrariá-lo. Encontram expressão no agir humano segundo a vontade (liberdade) e em sua generalização para abranger todos os homens (igualdade). Para que todos sejam livres, é preciso que um se abstenha de violar o direito do outro, restringindo-se a liberdade em nome da mesma liberdade. Caberá ao Estado assegurar as liberdades individuais, e garantir que todos os homens sejam iguais em Direito. Não mais importa que os homens tenham diferentes capacidades intelectuais, porque o principal é que eles possam fazer uso de sua capacidade natural. A natureza está na liberdade e a idéia de liberdade concebe, juridicamente, a natureza. Está na Declaração de Direitos do Homem que "Tous les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit". Define-se, então — atribuindo aos atos praticados pelo homem, no exercício de sua liberdade, um caráter de direito —, o homem como sujeito de direitos naturais, enquanto homem. São, por isso, inatos e iguais para todos. A resposta ao fato de que existem desigualdades é dada pela injustiça do Direito Positivo, contingente, e, assim, imperfeito.

Pela primeira vez o homem é tomado explicitamente como valor, atribuindo-se-lhe um grau absoluto, guardado pelo Direito, erigido, este, à categoria de forma adequada à manifestação de liberdade e igualdade jurídicas. Ao agir, o homem exercita direitos preexistentes e se descobre diante dos direitos de outros indivíduos. Direitos que, não sendo morais, são, antes de tudo, legitimamente jurídicos, sendo possível a cada um represen-

(3) Alexis de Tocqueville. Do Antigo Regime à Revolução, pág. 159.

tar-se tais direitos, independentemente de nacionalidade, moral, beleza, eles constituem o que é “geralmente humano”.

A ligação com o espírito de “finesse” dá-se na seguinte forma: o homem participa daquela situação bela e harmônica, acreditada existente antes, através do Direito Natural. Mas este Direito representa uma evolução do espírito de “finesse”, na medida em que, agora, há uma uniformidade, plena de sentimento, onde antes tudo era heterogêneo. Diderot, mesmo ao reunir a Enciclopédia, fez absoluta questão de manter todas as heterogeneidades. O que pode ter sido sintomático da pouca intenção de informar suficientemente o povo francês.

Interessa saber como a esses conhecimentos foi emprestado o caráter revolucionário. Seria dispensado ao ente estatal, racionalmente organizado, a função de fazer respeitar o Direito, coletivamente atribuído. Ao tomar uma base jusnaturalista para o estabelecimento de direitos, haveria condições de dizer de cada lei se era ou não era conforme a natureza humana. O Direito Natural, destarte, executa o papel de base dogmática da Revolução Francesa. Tudo isso como resultado que apenas a Revolução conseguiu, de unir, filosoficamente, idéias opostas em muitos pontos, trazendo para o campo político o princípio de que o homem pode julgar, por si, os problemas de Estado. Desemboca na idéia de representatividade, seguindo a tradição norte-americana.

Somente pelos seus revolucionários mais exacerbados a Revolução conseguiu produzir-se. Os chamados “sangüinários” como Marat deram aos conceitos seus contornos mais decisivos e decididos. Enquanto Voltaire era o favorito dos soberanos; Montesquieu, o funcionário da justiça; e Diderot homenageava *Catilina II*, Marat detectava em seus escritos a fragilidade do progresso — factual — e a contradição do despotismo ilustrado, que pretendia fazer progredirem as “luzes”, deixando intocada a servidão. Ao escrever as “Cadências da Escravidão”, denuncia as condições em que se fundamentava o “Ancien Régime”, convidando à responsabilidade todos os co-participes, enfeixados numa “alta burguesia”, ideologicamente sustentada pelos iluministas franceses. De tal forma Marat posicionou-se, que fez Vovelle afirmar: “... antes del panfleto de Marat, raramente había sido afirmado con tanta violencia el carácter clasista de la legislación.” (4) No seu “Plano de Legislação Criminal”, estabelece os lindes dos direitos naturais: “En una sociedad organizada sabiamente, los miembros del Estado deben gozar casi de las mismas ventajas, porque poseen los mismos derechos naturales. Y digo casi porque no es necesario aspirar a una igualdad rigurosa, que no podría existir en la sociedad y que ni siquiera existe en la naturaleza: el cielo ha dado a diferentes individuos distintos grados de sensibilidad, de inteligencia, de imaginación, de ingenio, de actividad y de

(4) Vovelle, Michell. In *Marat*, Introducción, pág. 21.

fuerza...” (5). Não é para ser confundido com Voltaire, pois o valor absoluto continuava sendo o homem, a quem não deviam atingir outras contingências além das procedentes das desigualdades naturais. Voltaire simplesmente não pensou em igualdade.

Liberdade e igualdade trazem à tona o significado mágico, misterioso e irresistível que temperou a marcha da Revolução, por liberdade. Liberdade pelo espaço público, até então recusado. Negada a cidadania, as atividades dos principais protagonistas foram restritas à esfera privada, ao reino da necessidade. Libertos das necessidades do dia-a-dia, estabeleceu-se uma nova linguagem política, marcada pela impetuosidade. Por certo não estavam presos às necessidades diárias, mas o curso dos acontecimentos tornou-se incontrolável e, no instante seguinte, não eram mais livres.

A igualdade, base da Revolução Americana, provou ser uma ficção, no transcurso da Revolução Francesa. Pois as diferenças entre governantes e governados residia na “visível diferença de condição social, que só veio à luz após a revolução ter-se consolidado”, como faz ver HANNAH ARENDT (6). Mas é discutível até que ponto a maioria continuou esmagada pela miséria, como ela continua a afirmar. Sabe-se que ao menos com relação ao direito de propriedade, a pregação de Marat foi seguida à risca: o número de proprietários aumentou consideravelmente, ainda que a grande maioria não fosse auto-suficiente, e “la agitada Francia rural del ‘ancien régime’, con su aguda hambre de tierra y permanentes disputas en torno a los diezmos y las obligaciones, se volvió más pacífica después de la Revolución” (7).

Ainda a respeito de igualdades, houve três Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão: a de 26 de agosto de 1789 afirmava como direitos “naturais e imprescritíveis” a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Não citava a igualdade, embora este direito pudesse ser defluido facilmente dos princípios que informavam a Revolução. Em 1793, por ocasião da segunda Declaração, veio a explicitar-se a igualdade, de inspiração jacobina, o documento introduziu significativas modificações, como a finalidade da sociedade ser “a felicidade comum”. A terceira foi a Declaração Termidoriana, de 1795, acrescentando deveres, resumidos no dever de respeitar a lei. Mas certamente que a introdução da igualdade como primeiro direito natural deveu-se às influências de Thomas Paine. Acusado de traição na Inglaterra, para onde retornou em 1787, após sua intervenção na Revolução Americana, foi eleito membro da Convenção na França e colaborou na redação da Constituição de 1793. Foi preciso

---

(5) Marat. Plano de Legislación Criminal. In *Marat*, pág. 93.

(6) Hannah Arendt. *Da Revolução*, pág. 59.

(7) Norman Hampson. *Historia Social de la Revolución Francesa*, pág. 275.

que um estrangeiro como Paine trouxesse a igualdade para o nível constitucional; igualdade presente nos fundamentos da Revolução Americana. Antes, havia sido preciso que outro estrangeiro como Rousseau se sentisse um estranho entre tamanhas desigualdades, para que a idéia pudesse florescer. O que, no final das contas, pode significar apenas que os franceses entendiam desnecessário esclarecer o que, por ações, havia ficado bastante claro. Esta posição está de acordo com o fato de Paine, um estrangeiro, ter sido eleito membro de uma *Convenção Francesa revolucionária*; mas não está de acordo com o sentimento generalizado de positivar os direitos adquiridos.

Uma questão que interessa à igualdade tem a ver com escravidão. Franceses e americanos compartilhavam a crença de que a escravidão não fazia parte da questão social, era como se não existisse. Uma diferença difícil de entender-se, em face das expressivas bases jusnaturalistas de ambas. Entre os iluministas, encontramos apenas alguma referência sobre o assunto em Condorcet, no seu "*Réflexions sur l'Esclavage des Nègres*", edição original de 1781, reeditada, revisada e corrigida em 1789; assemelha-se à situação da Grécia de Péricles, com o esplendor democrático de um lado e a escravidão do outro. Com a diferença de que, na Grécia, a escravidão era tida como natural, não sendo esse o caso de uma Revolução como a Francesa.

Quando Stahl aduz que "*La Révolution n'est point une pure attaque, un bouleversement de l'ordre établi; elle est un ensemble logique de principes et de institutions. . .*"<sup>(8)</sup>, está conforme a concepção de mundo providenciada, por Groethuysen aludida, pelos revolucionários, no sentido de que tudo se entrelaça naturalmente, num todo pleno de significado. Tudo, relativo à natureza, acentue-se. Porque o absurdo da vida humana esteve bastante explícito nos intelectuais da época, e muito mais em Rousseau, extremamente preocupado com a vida de aparências, desenvolvida na sociedade pré-revolução, sob as bênçãos do Antigo Regime. Isso vem lembrar novamente como a Revolução conseguiu reunir o melhor de teorias no máximo complementares, como as de Montesquieu, Rousseau e Voltaire.

Então, o homem havia sido criado para conhecer a natureza, em sua *teleologia imanente*. Significa que há uma natureza dotada de finalidade para transferir ao homem a orientação de que se conduza conforme as suas leis naturais. Esta é a idéia de Direito, universal, que aparentemente determina o homem e seu caráter, mas só aparentemente, pois a determinação humana é naturalmente preexistente às concepções teóricas da época.

Se fosse possível reescrever a história da Revolução, Rousseau deveria ser considerado o único intelectual autenticamente revolucionário. Se considerarmos os radicais, os "subversivos" diante dos Comitês Populares, como revolucionários em sentido estrito, Rousseau seria um revolucionário em

(8) Frédéric-Jules Stahl. *Philosophie du Droit*, pág. 264.

sentido amplo, a despeito do acento por vezes autoritário de seus textos. Não há nenhuma dúvida, pelo que se lê, dele e sobre ele, a respeito da genuína sede democrática lançada em seus escritos. Isso também porque vinculava a Política à Ética, manifestando interesse na saúde moral do homem público. E também porque expressava sentimentos nacionalistas sem ser francês, quando não precisava fazê-lo, vivendo como vivia, entre cosmopolitas. Colocações como "... o homem bom se ordena em relação ao todo, e o perverso ordena o todo em relação a si mesmo. Um se faz o centro das coisas; o outro mede o raio e se coloca na circunferência" (9) encontram o meio-termo entre a simplicidade e o cuidado na elaboração, sendo, portanto, confiáveis.

### *Bibliografia*

- ARENDDT, Hannah. *Da Revolução*. Trad. De Fernando Didimo de Souza, Ed. Ática. Ed. UnB, 1988.
- BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*. Tome III. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950.
- COHAN, A. S. *Teorias da Revolução*. Trad. de Maria José Matoso Miranda Mendes. Ed. UnB, Brasília, 1981.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Trad. de Antônio José Brandão, 2ª ed., Armento Amado, Coimbra, 1951.
- DICIONÁRIO DE FILOSOFIA. Abbagnano, Niccola. Ed. Mestre Jou, São Paulo, 1982.
- FURET, François. *Pensando a Revolução Francesa*. Trad. de Luís Marques e Martha Gambini. Paz e Terra, São Paulo, 1989.
- GROETHUYSEN, Bernard. *Philosophie de la Révolution Française*, pré-cédé de Montesquieu. Gallimard, 5ª édition, Paris, 1956.
- HAMPSON, Norman. *Historia Social de la Revolución Francesa*. Trad. de Javier Pradera: 4ª ed., Alianza Universidad, Madrid, 1984.
- HAWTHORN, Geoffrey. *Illuminismo e Desespero*. Trad. de Célia Maria Euváldo, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1982.
- MARAT, Jean-Paul. *Textos Escogidos*. Prólogo, selección y notas de Michell Vovelle. Trad. de Manuel Serrat. Editorial Labor, Barcelona, 1973.
- STAHL, Frédéric-Jules. *Histoire de la Philosophie du Droit*. Trad. de A. Chauffard. Ernst Thorin Éditeur, Paris, 1880.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. 3ª ed., Trad. de Yvonne Jean, Hucitec Editora, São Paulo, 1989.
- TRUYOL Y SERRA, Antônio. *Historia de la Filosofia del Derecho y del Estado*. Vol. 2 (Del Renacimiento a Kant). 2ª ed., revisada y aumentada, Alianza Editorial, Madrid, 1982.
- WELZEL, Hans. *Derecho Natural y Justicia Material*. Trad. de Felipe González Vicén, Aguilar, Madrid, 1957.

(9) Geoffrey Hawthorn. *Illuminismo e Desespero*, pág. 35.

# “Ermächtigung”: proposta de leitura da hermenêutica na Teoria Pura do Direito

GLADSTON MAMEDE

Doutorando em Filosofia do Direito e  
Pesquisador da UFMG

## SUMÁRIO

1 — Introdução. 2 — “Ermächtigung”. 3 — Norma individual. 4 — Sentença “ilegal”.

### 1. Introdução

Indubitavelmente revolucionária para a Ciência do Direito foi a publicação, em 1934, da “Reine Rechtslehre” (“Teoria Pura do Direito”), do austríaco HANS Kelsen. A proposta de elaboração de uma teoria do Direito que fosse isenta de ideologia política e de elementos de ciência natural, transcendências filosóficas, dogmas religiosos etc., opôs-se às tendências que examinavam o Direito a partir de outros referenciais, como a sociologia, a psicologia, a política, entre outras.

O resultado obtido por Kelsen é fascinante. A Teoria Pura do Direito não se prende a qualquer consideração de conteúdo; é uma abordagem estrutural, considerando o Direito pela forma, pela função entre suas normas, pelo caráter de imperativo, de “dever-se”.

Bem a traduz Freitas, afirmando que “o direito é o que é e como tal nenhuma diferença existe entre o direito primitivo, o direito romano, o direito hitlerista e o direito moderno, não obstante o primeiro considerar os animais e as plantas como capazes de praticar atos ilícitos e sujeitos, portanto, a julgamento, o segundo caracterizar o escravo como *res mancipi*, o terceiro pôr os judeus à margem da vida e o último identificar ou confundir o conceito de homem, que é um conceito biológico, com o conceito



de pessoa, que é um conceito jurídico, estatuidando que todo o homem é pessoa, isto é, sujeito de direitos e obrigações.

E nenhuma diferença existe porque a noção do direito não tem aqui conteúdo moral, sentido ideológico ou político, já que é visto apenas como princípio de ordem, de certeza e de segurança nas relações humanas; (...) é a ordem da legalidade, toda fundada nos critérios do lícito e do ilícito (1).

A proposta de desenvolver o presente estudo acosta-se ao problema da interpretação numa teoria que desconhece o aspecto conteúdo da norma. Mais do que o resumo de uma obra, pretendo proceder a uma leitura que centra a análise em um ponto específico: a atribuição de poder e sua relação com a hermenêutica judicial, que permite a aplicação do Direito, que lhe garante a existência (a norma não cumprida deve ser aplicada, diz KELSEN).

É fundamental fixar-se, logo, nesta introdução ao tema, que para KELSEN uma ordem jurídica é justa e uma norma qualquer também o é. E é justa por ser uma norma jurídica válida (um comando emanado do Estado). Este "exceptismo", como o qualifica LEGAZ Y LACAMBRA (2), é alicerçado em uma compreensão da relatividade dos valores. "Não há valores absolutos mas valores relativos, que os valores que nós constituímos através dos nossos atos produtores de normas e colocamos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos" (3).

O que diferencia o justo de cada um daquele cujo sentido constitui uma norma jurídica, é que este último está garantido pela coercibilidade do Estado. Conseqüentemente, deve ser respeitado.

## 2. "Ermächtigung"

Para tratar da hermenêutica na Teoria Pura do Direito, alguns pontos são preliminares. Se se falará em hermenêutica para aplicação do Direito, ou seja, a hermenêutica a serviço do Poder Judiciário e que culmina com a sentença, há que se destacar que, segundo KELSEN, são normas jurídicas tanto as leis (quer constitucionais, quer complementares, quer ordinárias. . .) quanto as sentenças (normas individuais), e até mesmo os contratos. Outro

---

(1) FREITAS, Oswaldo de, in *Introdução à Ciência do Direito*. Uberlândia: s/ed., 1966.

(2) LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, in *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Bosch, 1972; p. 338.

(3) KELSEN, Hans, in *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987; p. 73.

ponto é o problema da atribuição de poderes, ou "Ermächtigung", elemento que utilizarei para a leitura da Teoria Pura.

Em KELSEN, Estado e ordem jurídica se confundem; a ordem jurídica é o conjunto de normas em níveis escalonados hierarquicamente, fundamentando umas às outras e sendo fundamentadas por uma norma pressuposta. O Estado é esta coleção de normas que o define, que regula a sua existência, sua organização e funcionamento. Assim, Estado e ordem jurídica existem simultaneamente, pressupondo-se.

Diz GROPPALLI que "nem o direito é qualquer coisa que está por si mesmo fora e acima do Estado, uma vez que ele representa o procedimento e a forma através das quais o Estado se organiza e dá ordem; nem o Estado, por outro lado, pode agir independentemente do direito, porque é através do direito que ele forma, manifesta e faz atuar a própria vontade" (4).

Naturalmente, enquanto conjunto de imperativos hipotéticos, enquanto ordem jurídica, o Estado não possui vontade. Somente o indivíduo possui vontade e capacidade de compreensão e de ação voluntária. E por tal razão, somente através de um indivíduo, ou de um grupo de indivíduos, poderá o Estado "agir". Então, somente por intermédio de indivíduos pode o Estado criar normas, alterá-las ou revogá-las.

Seria aqui um bom espaço para, fugindo à Teoria Pura, introduzir a concepção de "Poder de Estado" e "Aparelho de Estado", muito bem tratada por ALTHUSSER, e que pode oferecer uma interessante análise deste ponto (a vontade do indivíduo elevada à qualidade de vontade do Estado). Entretanto, nossa pesquisa tomaria outros rumos, e nos afastaríamos em demasia da linha central proposta. Fica, portanto, apenas a referência, enquanto ao longo do artigo faremos pequenas incursões ao tema.

Voltando a KELSEN, para que a vontade de um indivíduo possa ser reconhecida como a vontade do Estado, capaz de criar deveres, é necessário que haja uma prévia atribuição de competência (atribuição de poder). Somente quando está presente o elemento da atribuição de poder para produzir a norma ("Ermächtigung") é que os atos de um indivíduo, ou de um sodalício, representam o Estado.

"Um indivíduo é órgão de uma comunidade na medida em que exerce uma função que pode ser atribuída à comunidade, uma função da qual por isso se diz que é exercida pela comunidade, pensada como pessoa, através do indivíduo que funciona como seu órgão" (5).

(4) GROPPALLI, Alessandro, in *Doutrina do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1952; p. 168.

(5) KELSEN, op. cit., p. 162.

Devo retirar deste ponto o conceito de hermenêutica que estou procurando; denominar-se-á interpretação autorizada somente o ato de exegese que é exercido pelo órgão do Estado que possui esta atribuição, que possui poderes para determinar, no caso que examina, o direito aplicável. Constitui-se em um ato interpretativo que possui, além do sentido subjetivo de apuração do “dever-ser” contido na norma, o sentido objetivo de norma individual válida de acordo com uma ordem jurídica estabelecida.

Encontro-me, assim, diante de tipos diferentes de interpretação no âmbito da Teoria Pura do Direito. Embora em todas as situações em que um sujeito cognoscente se depare com uma norma jurídica e, por processos determinados, procura determinar qual é o seu significado, o seu comando (“dever-ser”), poder-se-á afirmar que se trata de uma mesma operação, haverá uma distinção nestes procedimentos segundo sua natureza, partindo do conceito de “Ermächtigung”. KELSEN diz de uma interpretação autorizada, que foi já citada, que faz diferenciar da interpretação promovida pela ciência jurídica.

Assim, somente o ato autorizado é a constituição de um verdadeiro processo interpretativo, pois aplica o Direito, ou seja, diz de forma imperativa qual é o comando da norma examinada e que deve ser empregada para o caso concreto. A interpretação autorizada é, como demonstrará este trabalho, um processo criativo do Direito, enquanto o processo interpretativo emanado da Ciência do Direito determina apenas a produção de uma proposição jurídica, sem caráter imperativo. “É um juízo, a afirmação sobre um objeto dado ao conhecimento” (6).

Nesta linha de raciocínio, é possível comparar, como faz KELSEN, a proposição jurídica (fruto desta hermenêutica doutrinária do Direito) com a lei natural, chamando-a de “lei jurídica”. Assim como a lei natural é um enunciado que procura traduzir uma relação que lhe é exterior e na qual não pode influir (p.ex.: o aquecimento de uma barra de metal provoca sua dilatação), a “lei jurídica” procura traduzir uma relação de “dever-ser”, aplicando-a a fatos hipotéticos; e mesmo que crie uma brilhante construção lógico-jurídica para este relacionamento entre pressuposto normativo e sanção, não poderá obstar uma sentença de sentido diverso, por mais contrários que sejam os argumentos nesta expendidos. Já a interpretação autorizada é como o fato natural, significando que possui eficácia (para aquele caso concreto).

Também neste ponto veremos uma discordância entre a doutrina tradicional e a Teoria Pura do Direito; enquanto que para muitos autores a doutrina é fonte do Direito (para alguns, apenas “fonte complementar”), principalmente no que concerne às chamadas “lacunas” do Direito, ela não

(6) KELSEN, op. cit., p. 89.

possui esta condição na Teoria Pura do Direito. Segundo KELSEN, somente a sentença, enquanto norma eficaz, aproveita-se das hipóteses não tratadas para criar Direito. E a sentença pode fundar-se ou não na doutrina.

“A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica” (7).

A propósito, a “lacuna” no Direito não é encarada como uma mera ausência de previsão, uma falha, mas como uma atribuição para que o aplicador da norma determine, na confecção da norma individual (a sentença), qual é o “dever-ser” aplicável à espécie.

Em face do que já está exposto, é o momento adequado este para tratar da função criativa do Direito que a sentença possui. Já de princípio eu encontro a oposição de diversos autores, entre os quais HERMES LIMA, para quem “o juiz não cria o direito, pois a lei é a garantia de todos os participantes do drama judiciário, mas é-lhe permitido interpretar a lei, adequando-a às circunstâncias e às modalidades do caso” (8).

Tão somente pelo que já foi estudado, e ainda mais pelo que adiante se verá, esta afirmação não encontra respaldo na Teoria Pura do Direito. E muitos outros autores com ela também não concordarão, como TORRE, ao afirmar que “la sentencia siempre agrega algo nuevo a la ley, siendo inexacto creer que puede aplicarse una norma jurídica, sin crear algo que no se encuentre en la norma aplicada. (...) Esta creación reconoce una serie de grados. En efecto, frente a una ley clara y sencilla, la sentencia agregará algo nuevo a ella (como dice Cossio, producirá cuando menos, cosa juzgada, lo que no ocurría con la ley); en cambio, el grado máximo lo tenemos en el caso de una “laguna” de la legislación en la que el juez se transforma en legislador del caso particular” (9).

Vou desenvolver por partes a controvérsia. Inicialmente, não se pode esquecer, pela leitura a que me propus, que na hermenêutica autorizada o intérprete, ou o grupo de intérpretes, está representando o Estado. Chego, por conseqüência, à conclusão que o Estado está interpretando suas normas (ou seja, interpreta-se), embora haja, *in casu*, uma diferenciação entre os órgãos da produção e da leitura: um legislativo, outro judicial. O ato de interpretação autêntica está, portanto, coordenado ao ato de legislar, de determinar uma obrigação, um “dever-ser”. Diferenciam-se, entretanto, os graus, provendo normas gerais e abstratas o processo de criação

---

(7) KELSEN, op. cit., p. 370.

(8) LIMA, Hermes, in *Introdução à Ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983; p. 306.

(9) TORRE, Abelardo, in *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Perrot, 1975; p. 328.

legislativa, e normas individuais e concretas (específicas) o processo de criação judicial.

Observe-se que o processo interpretativo autorizado, enquanto aplicador do Direito, dá eficácia a uma norma geral vigente. A aplicação pelo Poder Judiciário é condição para eficácia de uma norma (que não esteja sendo voluntariamente cumprida), e a sentença pode, em muitos casos, iniciar ou contribuir para a consolidação de um processo de revogação informal de uma norma, não aplicando-a ou, mais tecnicamente, declarando-a incompatível com uma outra qualquer que tenha sido posteriormente editada. A interpretação em si, complementarmente, é uma forma de moldar a lei, ou seja, de "dizer o que ela quer dizer".

Poder-se-á observar que o processo hermenêutico judicial equipara-se, em autorização e autenticidade, aos processos interpretativos desenvolvidos por outros órgãos do poder público. Exemplos seriam o legislador ordinário que interpreta a norma constitucional para estatuir a lei ordinária que a regulamenta, ou os órgãos do Poder Executivo que observam o Direito ou que o regulamentam por portarias, circulares, decretos. Mas penso ser importante destacar o caráter específico da hermenêutica judicial por manipular a sanção, seja na forma de execução forçada, onde substitui a voluntariedade do cidadão no cumprimento de uma obrigação, seja na forma de pena ou outras quaisquer, como a desconstituição de um ato, a declaração de sua nulidade, etc.

Assim colocada a questão, há um ponto em que quero me deter e que pertence à relação entre a norma individual e os sujeitos de direitos e deveres. Quando se trata de contratos privados, é o cidadão quem define parte substancial das normas que deverão ser utilizadas pelo magistrado. Na celebração de um negócio, está-se diante de uma outra hipótese de atribuição de poder (ou, "Ermächtigung") para criar normas com âmbito de vigência, validade e eficácia específico e que, obedecendo a normas gerais do Estado, são por ele protegidas.

Por outro lado, não se pode esquecer da importância do sujeito de direitos e deveres enquanto órgão autorizado dentro do processo judicial. Há, também aqui, uma atribuição de poder; somente a parte interessada possui capacidade para provocar o processo hermenêutico e criador judicial. Deve-se, naturalmente, exceptuar as hipóteses em que a lei estabeleça que a parte possa ser representada, substituída, ou que o poder de litigar pertença a outro órgão do Estado, o Ministério Público.

### 3. *Norma individual*

Como foi visto, a sentença é a norma individualizada, o produto da hermenêutica autorizada cujo exame está-se procedendo. O Poder Judiciário não trabalha sobre hipóteses acadêmicas, como a doutrina, desdobrando-se sobre casos abstratos, construídos como dados de uma equação cien-

tífica. No mesmo sentido, não é função do Poder Judiciário ir à procura de situações desconformes ao Direito para corrigi-las, o que se tornaria em um retrocesso ao princípio inquisitório.

O processo hermenêutico judicial, portanto, parte da existência de *um fato jurídico (o fenômeno dado aos nossos sentidos, processado no tempo e no espaço, ou o fenômeno dado à razão, verificado no tempo entre normas estatuídas, vontades, interesses, etc.)* ao qual se pretende atribuir um valor positivo ou negativo, ou, por outro ângulo, um significado objetivo. E principia, igualmente, pela provocação de outro órgão do Estado, como vimos, com atribuição para tanto. Tal é o Ministério Público, tal é o sujeito de direitos subjetivos no que se refere à defesa destes (ou quem, por disposição legal, assumo o seu lugar).

O processo é o palco de contenda de interesses de peças do Estado (os sujeitos litigantes). “Ciò significa che nel processo non si trovano di fronte direttamente l'attore e il convenuto (o imputato), bensì, da una parte, l'attore e lo Stato e, dall'altra, lo Stato e il convenuto. Infatti dall'interposi dell'autorità statale tra i soggetti del rapporto deriva che il titolare del diritto no può agire direttamente contro l'obbligato che ha comesso il torto, mentre costui no può direttamente resistere al titolare del diritto” (10).

Uma vez acionado o juízo competente para o exame de uma questão de Direito, e cumpridas as formalidades legais para a instauração do processo (especifica em cada ordenamento jurídico), este evoluirá, entre procedimentos determinados, em direção à solução da lide que é a sentença. Entretanto, ainda que sejam diferentes estes procedimentos nas diversas legislações, é certo que alguns momentos em comum o processo possui.

“Para individualizar a norma geral por ele aplicada, o tribunal tem de verificar se, no caso que se lhe apresenta, existem *inconcreto*, os pressupostos de uma consequência do ilícito determinados *in abstracto* por uma norma geral. (...) O Tribunal não só tem de responder à *quaestio facti* como também à *quaestio iuris*.” (11)

O primeiro momento do processo judicial será, assim, a apuração da verdade dos fatos alegados. É o procedimento de instrução, como definido no processo brasileiro, e onde se procura encontrar uma verdade dos fatos (para os fatos?). É importante que se destaque tratar-se, na espécie, de uma verdade formal, ou seja, aquela que se pode apurar a partir das provas coletadas. Naturalmente, esta dever-se-ia assemelhar ao máximo à verdade real, isto é, a realidade dos fatos, mas nem sempre isto acontece (diria: nem sempre isto é possível, viável!). A lei não pode considerar

(10) SFORZA, W. Cesarini, in *Filosofia del Diritto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1957; p. 166.

(11) KELSEN, op. cit.

esta problemática de forma minuciosa, motivo pelo qual a verdade formal do processo é considerada como suficiente para a sua instrução, prevendo, para alguns casos, a possibilidade de uma revisão (no caso brasileiro).

É importante anotar o papel da parte dentro deste procedimento. Sua posição, repito: de órgão do Estado no processo, ainda que na defesa de seus interesses pessoais, deve contribuir para a solução do litígio, sendo decisiva a sua atuação na instrução, oferecendo provas, requisitando perícias, procurando trazer à tona (numa forma dialética — uma parte em oposição à outra) a verdade que embasará a decisão judicial. Conclui-se que as partes são responsáveis pela verdade formal que fundamenta a decisão de um processo.

Determinada esta verdade processual formal, há que se verificar se estes fatos se ajustam a um imperativo jurídico, um “dever-ser”. Já se está numa das fases do processo hermenêutico. Leciona MAXIMILIANO que “verificado o fato e todas as circunstâncias respectivas, indaga-se a que tipo jurídico pertence. Nas linhas gerais antolha-se fácil a classificação; porém, quando se desce às particularidades, à determinação da espécie, as dificuldades surgem à medida das semelhanças freqüentes e embaraçadoras. Mais de um preceito parece adaptável à hipótese em apreço; entre as regras que se confundem, ou colidem, ao menos na aparência, de exclusão em exclusão, chegará, com o maior cuidado, à verdadeiramente aplicável, apropriada, preferível às demais” (12).

Lembre-se que a ordem jurídica pode restringir este processo de tipificação, estabelecendo que o magistrado deverá limitar-se aos dispositivos legais alegados pelas partes, ou impondo quaisquer outros limites à operação de determinação da norma que considere aplicável ao caso.

Mesmo este processo de apuração dos fatos possui um caráter constitutivo. O “dever-ser” estatuído na norma é uma previsão, ou seja, uma situação abstrata que precisa receber a adequação ao fato. No instante em que o magistrado procede a esta adequação, ou seja, no momento em que diz que um fato é, ou não, conforme a uma previsão legal, normativa, está constituindo Direito, não meramente declarando-o.

“Não é o fato em si de alguém ter cometido um homicídio que constitui o pressuposto estatuído pela ordem jurídica, mas o fato de um órgão competente segundo a ordem jurídica ter verificado, num processo determinado pela mesma ordem jurídica, que um indivíduo praticou um homicídio” (13).

(12) MAXIMILIANO, Carlos, in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1979; p. 7.

(13) KELSEN, op. cit., p. 257.

Ainda que a imputação deste órgão competente seja equivocada, isto é, que a verdade formal apurada no processo não corresponda à verdade real dos fatos, a sentença constitui uma ficção de "história" formal, à qual dará, ou não, o caráter de ilícito. Por estas razões torna-se possível que a alegação disconforme à verdade real receba do magistrado, pelo processo, outra "história", fundamentadora da constituição, pela norma individual, de um ilícito (até mesmo de um delito!).

Visto por outro ângulo, a verdade apurada dará o sentido objetivo dos fatos e sua adequação a uma norma pelo magistrado determinará seu sentido objetivo. O fato é o pressuposto desta adequação (tipificação); e esta adequação (tipificação) é o pressuposto de uma sanção (teremos: pena, execução forçada, anulação, declaração de nulidade, etc.). Note-se que o pressuposto mediato da sanção é o fato, tal qual apurado, enquanto que o pressuposto imediato da sanção é a tipificação, ou ainda, a constituição do fato em estrutura isomórfica ao preceito (tipo). Pode-se, ainda, (ao meu ver mais acertadamente) compreender esta operação como de subsunção: a tipificação constitui o fato em elemento componente de um grupo que é o preceito (o tipo).

Procedendo a um resumo, tenho que a norma individual determina se um fato é um ilícito ou não, aplicando-lhe, quando devido, a sanção respectiva, sendo que este fato é determinado pelo processo. Este fato só é ilícito pela constituição da norma.

Este último momento do processo hermenêutico autorizado pode ser examinado, como o faz Kelsen, por um ângulo axiológico: "O juízo segundo o qual uma conduta real é tal como deve ser, de acordo com uma norma objetivamente válida, é um juízo de valor, e, neste caso, um juízo de valor positivo. Significa que a conduta real é "boa". O juízo segundo o qual uma conduta real não é tal como, de acordo com uma norma válida, deveria ser, por que é o contrário de uma conduta que corresponde à norma, é um juízo de valor negativo. Significa que a conduta real é "má". Uma norma objetivamente válida que fixa uma conduta como devida, constitui um valor positivo ou negativo." (14)

Fugindo à Teoria Pura, posso afirmar que a norma traz em sua validade e em sua eficácia o sentido do ato de vontade dos detentores do poder de Estado (através dos comandos efetivamente aplicados nas normas individuais e suas execuções). Se se está num regime democrático, tais detentores são, por definição, o povo. O Direito é, nesta leitura, uma função de poder, ou melhor, um instrumento de exercício coercitivo do poder de Estado, e a norma é detentora de um valor daqueles, numa perspectiva

---

(14) Kelsen, op. cit., p. 18.



psicossociológica. KELSEN, entretanto, separa a norma do ato de vontade que a constitui.

Retomando a discussão axiológica, aclaro-a com uma citação de KELSEN: "na verdade, o conceito de 'bom' não pode ser determinado senão como 'o que deve ser', o que corresponde à norma." (15)

#### 4. A sentença "ilegal"

Uma vez que a ordem jurídica é o conjunto de normas em níveis diferentes, que se fundamentam hierarquicamente, das mais gerais às mais específicas, numa operação de concretização do Direito, e são todas fundamentadas por uma norma hipotética, há que se tratar da hipótese de uma norma de escalão inferior divergir da norma de escalão superior que lhe fundamenta. Mais especificamente, quero perquirir sobre a hipótese da norma individual, fruto do processo hermenêutico autorizado segundo a Teoria Pura, divergir do preceito da norma que lhe fundamenta. É o que muitos denominam "sentença ilegal" e que TERAN assim enfoca:

"Cuando los actos (...) del juez contra toda justificación y contra todo derecho, no se trata estrictamente de una arbitrariedad, sino de un proceder antijurídico o ilegal. Es decir, un acto realizado contra un orden jurídico establecido, es antijurídico, antilegal y susceptible de reparación directa o indirecta conforme al régimen jurídico mismo." (16)

Entretanto, esta posição não é comungada por KELSEN, que descarta a possibilidade de se ter, como entendeu TERAN, um direito antijurídico, o que impede de se encontrar uma norma "ilegal", ainda que seja uma norma individual, isto é, uma sentença. Será proveitoso a este estudo proceder a um exame mais detalhado deste ponto.

A primeira categoria de atos que devo mencionar não pode receber sequer a denominação de norma. São atos juridicamente inexistentes por ausência de atribuição de poder para o exercício jurisdicional. Não se pode afirmar a existência jurídica de uma sentença proferida por quem não é magistrado, ou por quem o seja mas não possua, para o caso, poder jurisdicional; nesta última hipótese, encontro possibilidades de inexistência e de nulidade do ato. Exemplos: uma sentença que um magistrado italiano profira em um processo na comarca de Capelinha (MG) é juridicamente inexistente; entretanto, a sentença que um juiz comum profira em um processo trabalhista é nula.

(15) KELSEN, op. cit., p. 72.

(16) TERAN, Juan Manuel, in *Filosofía del Derecho*. México: Porrúa, 1971; p. 72.

As discussões que nascem deste ponto são excessivamente complexas e, por pertinirem à teoria geral do processo, não irei aprofundar-me. Mas devo enfatizar a matéria pelo ângulo da leitura que estou procedendo da Teoria Pura do Direito. Se um indivíduo não possui poder (não lhe foi atribuído poder pela ordem jurídica) para a resolução de litígios, não é capaz de criar normas individuais válidas; seus atos, ainda que fisicamente adequados, não possuirão o sentido objetivo de sentença. Se fujo um pouco da Teoria Pura, direi que este indivíduo não possui poder de Estado para sentenciar.

Vou me afastar ainda mais da Teoria Pura do Direito para procurar oferecer um outro ponto-de-vista para esta questão. Considero a possibilidade de um ato inexistente juridicamente ou um ato nulo (mais especificamente, para este estudo, uma norma) produzir efeitos jurídicos. O processo julgado pelo escrivão, por exemplo, ou o processo trabalhista julgado pelo juiz comum, que não foram declarados defeituosos e que são incorporados pelo sistema jurídico, executadas as suas disposições. Se examino tais hipóteses por uma perspectiva positivo-sociológica, usando como critério de juridicidade a efetividade do comando que se utiliza do poder de Estado e compromete o aparelho de Estado (*in casu*, arditosamente), encontrarei, aqui, um direito efetivo (ainda que, por um prisma positivo legalista, trate-se de um completo absurdo).

A proposta do trabalho impede-me de alongar esta discussão, mesmo porque o Direito efetivo é excessivamente controvertido, merecendo uma análise muito mais profunda, a ser produzida alhures.

Mas torno à discussão central deste artigo, encarando a hipótese da discrepância de conteúdo entre a norma individual e a norma geral correspondente. Recorrendo a um segundo grau, revisor, não estamos diante de uma declaração de inexistência jurídica ou de nulidade, mas de anulação. Axiologicamente, a norma individual é posta sob exame e, se considerada como "má", ou seja, como não conforme ao Direito, será anulada, perderá sua validade; deixa de ser uma norma jurídica e uma outra norma é posta em seu lugar.

"Anular uma norma não pode significar anular o ato de que a norma é sentido. Algo que de fato aconteceu não pode ser transformado em não-acontecido. Anular uma norma significa, portanto, retirar um ato que tem por sentido subjetivo uma norma, o sentido objetivo de uma norma. E isso significa pôr termo à validade desta norma através de outra norma. Se a ordem jurídica, por qualquer motivo, anula uma norma, tem de considerar esta norma primeiramente como norma jurídica objetivamente válida, isto é, como norma jurídica conforme ao Direito." (17)

---

(17) Kelsen, op. cit., p. 284.

Se principio o exame deste ponto, de que a norma individual "disconforme" é válida até que seja anulada pelo órgão do Estado que possui competência para a sua revisão, vou chegar a uma conclusão que se refere a uma peculiaridade do processo hermenêutico autorizado, segundo a Teoria Pura. Se tomo esta norma individual "disconforme" entre os momentos de seu estabelecimento e de sua anulação, constato que, neste lapso de tempo, ela é válida, ou seja, é uma norma jurídica conforme ao Direito, como vimos em KELSEN.

Assim colocada a questão, posso construir uma outra situação hipotética. Em obediência ao princípio da demanda, ou seja, certo de que a manifestação do órgão judicial carece da provocação da parte vencida, se esta não lança mão dos instrumentos processuais de apelação que pode manejar segundo a ordem jurídica, a norma individual mantém sua validade. Tenho, então, uma norma individual "disconforme" mas válida e eficaz, passada em julgado.

O mesmo ocorreria se o sodalício revisor a ratificasse, ainda que desprezando o entendimento de todos os outros tribunais, ainda que superiores, da doutrina etc., e não houvesse ou não coubesse recurso. Os membros do Poder Judiciário, magistrados das diversas instâncias, possuem competência para dar validade à norma geral, como para escolher a norma aplicável e dizer qual é o seu conteúdo (interpretá-la), ainda que optem pelo emprego da equidade. Pelo referencial que adoto neste trabalho, a afirmação reduz-se à atribuição de poder para que aquele(s) indivíduo(s), e não outro(s), julgue.

Embora KELSEN não trate do tema, o limite deste exercício de natureza criativa da sentença seria uma "crise institucional". O Poder Judiciário, distanciando-se em demasia dos seus limites, poderia provocar um processo político de estabelecimento de uma nova ordem, jurídica e política. É fácil, assim, perceber a extrema complexidade de um regime democrático, onde há um respeito a uma divisão de poderes, evitando estes excessos.

A Teoria Pura do Direito, entretanto, mantém-se alheia a estas considerações, relevando a importância da interpretação autorizada.

"O tribunal de última instância tem poder para criar, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo se encontre predeterminado numa norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, quer uma norma jurídica individual, cujo conteúdo não se ache desse jeito predeterminado, mas que vai ser fixado pelo próprio tribunal de última instância."<sup>(18)</sup>

---

(18) KELSEN, op. cit., p. 286.

# Direito romano em Gramsci

RONALDO POLETTI

Professor e Diretor do Centro de Estudos de Direito Romano e Sistemas Jurídicos, do Departamento de Direito da Universidade de Brasília

## *A Idéia de Roma*

Em uma das inúmeras referências de Gramsci à democracia, que permeiam os Cadernos do Cárcere, considera ele o conceito democrático mais realístico e concreto aquele em conexão com o conceito de hegemonia. Haverá democracia, no sistema hegemônico, na medida em que o desenvolvimento da economia e suas conseqüências desaguarem em uma legislação, expressão daquele desenvolvimento, a favorecer a passagem molecular de elementos dos grupos dirigidos ao grupo dirigente. Dá, a propósito, como exemplo, a democracia imperial territorial do Império Romano na concessão da cidadania aos povos conquistados. Ao contrário, não poderia haver sistema democrático no feudalismo, em face da constituição dos grupos fechados etc. (Q/1.056) (1).

A referência ao Império Romano tem fortes implicações no direito público romano (2). A extensão da cidadania exprime uma natural tendência do conceito jurídico de *império* e da universalidade étnica, além de

---

(1) Todas as referências a Gramsci têm por fonte os *Quaderni del Carcere*. Edizione critica dell'Istituto Gramsci, a cura di Valentino Gerratana, Torino, Einaudi, 1977, 4 vols., 3.370 p. Para não sobrecarregar as notas de pé-de-página, as remissões são indicadas no texto pela letra "Q" seguida de uma barra e do número de página da citada edição crítica, onde se encontram interessantes e ricos dados no sistema de notação adotado pelo seu organizador.

(2) A categoria "império" no direito romano nada tem que ver com "imperialismo". A palavra "império" para caracterizar o Brasil é muito usada por diversos autores, não apenas no passado, mas também contemporaneamente, como, p. ex., José da Silva Lisboa, João Mendes Júnior, Júlio de Mesquita Filho, Goffredo Telles Júnior, Afonso Arinos de Mello Franco. V. tb. CATALANO, Pierangelo. *Alcuni Sviluppi del Concetto Giuridico di "Imperium Populi Romani"*. Estratto da "STUDI SASSARESI" VIII, Serie III, anno acc. 1980-81.

pressupor a localização da *potestas* no povo, independentemente da expressão formal dessa *potestas*.

Aliás, examinando a relação democracia-romantismo literário, Gramsci assinala que o romantismo significa também um liame especial entre os intelectuais e o povo, a nação, e isto representa um particular reflexo da “democracia” nas letras. O problema é visto mais do ponto de vista cultural. A democracia implica em uma unidade não servil do povo. Unidade não servil, devida a uma obediência passiva, mas uma unidade ativa e viva (Q/1.739-40). Gramsci não disfarça a sua admiração por Roma, seu direito e seu povo. Roma antiga, republicana e imperial! Admiração, talvez, necessária, porque Roma é o modelo do *Risorgimento*, na procura da unidade italiana. A grandeza romana está presente em todos os espíritos e mesmo, por absurdo, na tentativa caricata do fascismo de Mussolini. Além disso, o material fornecido por Maquiavel, sobre o qual Gramsci trabalhará, é indissociável do elogio à República Romana feito pelo florentino, sobretudo em os seus *Discorsi* (8).

Além das rimas inafastáveis de Roma com o *risorgimento* e a “unidade da Itália”, a sua lembrança em os Cadernos não se refere, tão-somente, ao passado, mas também como um aceno ao futuro.

Gramsci relata episódio em que Teodoro Mommsen, para quem não se podia estar em Roma sem uma idéia universal (Gramsci em outro texto discute a autoria disso), indagara a Quintino Sella qual a idéia universal do retorno da Itália a Roma. “A idéia da ciência”, teria sido a resposta. (Q/197-8).

Noutro passo, Gramsci lembra Giuseppe Ferrari (de quem seria a frase originariamente atribuída a Mommsen), o qual sustentara que se deveria viajar para Roma com as idéias proclamadas pela Revolução Francesa, pois com elas seríamos redimidos pelo pontífice, uma vez que resgatam a *razão*. E transcreve sugestivo texto de FRANCESCO DE SANCTIS:

“Nós vamos a Roma para edificar a terceira civilização, para fazê-la uma terceira vez a rainha do mundo civil. A capital do mundo pagão e do mundo católico é bem digna de ser a capital do espírito moderno. Roma é, portanto, para nós, não o passado, mas o porvir” (Q/971).

A colocação é oportuna. A idéia de Roma identifica-se com a universalidade. Sob esse prisma não se incompatibiliza com a dialética da história e o projeto gramsciano-comunista. Roma realiza o império, com que se antecipa e supera o conceito jurídico de “Estado”, entendido como

---

(3) MACHIAVELLI, Nicolo. *Comentários sobre a primeira década de Tito Livio*. Trad. Sérgio Bath. Brasília, UnB, 1979, 462 p.

“moderno e nacional”. Daí que o império e o povo romanos em nada se conciliam com os componentes étnicos das visões estatalistas-germânicas, em que o elemento da raça vai integrar o conceito de povo.

Gramsci celebra Roma cosmopolita. Uma cidade que se torna, desde o tempo do Império, um cadinho das classes recolhidas de todos os territórios imperiais. O pessoal dirigente torna-se sempre mais imperial e menos “latino”, torna-se cosmopolita: mesmo os imperadores não são latinos (Q/371).

A respeito do problema racial, Gramsci insurge-se contra um texto de um cientista e escritor americano, Madison Grant, presidente da Sociedade Biológica de New York, que denuncia, em livro, o perigo da invasão física e moral da América, pelos europeus mediterrânicos, isto é, do Sul. Para Grant, o progresso moral e intelectual da humanidade é devido aos nortistas, como exemplificariam as aristocracias gregas e romanas, enquanto a plebe era composta pelos homens do Sul, de uma raça inferior. Gramsci replica, evocando o caráter multirracial do Império Romano. Cita SOREL:

“Os romanos destruíram a nacionalidade, suprimindo a aristocracia”. (Q/198-200).

Na verdade, o processo de desnacionalização é um corolário da Roma imperial. A hegemonia territorial tem como conseqüência a transferência da função hegemônica a uma classe imperial, isto é, supranacional. Se é verdade que César continua e conclui o movimento dos Gracos, de Mário, de Catilina, é também verdade que ele vence o problema, que para aqueles se colocava como questão a ser resolvida na península. César situa tal questão no quadro de todo o império, do qual a península é uma parte e Roma, a capital “burocrática”. Daí a referida desnacionalização de Roma e da península, que se tornam um “terreno cosmopolita”. A aristocracia romana, que havia, nos modos e com os meios adequados aos tempos, unificado a península e criado uma base de desenvolvimento nacional, é absorvida pelas forças imperiais e pelos problemas que elas suscitaram: o nó histórico-político é rompido por César com a espada e se inicia uma nova época, na qual o Oriente tem um peso muito grande e acaba por superar o Ocidente e por dividir o império em duas partes (Q/1.959-60).

O conceito de Roma é, também, utilizado por Gramsci para formular a relação entre “grande potência” e “tranqüilidade interna”, bem como para formular em dicotomias a dupla perspectiva da ação política na vida estatal.

Na noção de “grande potência” há de considerar-se também o elemento da “tranqüilidade interna”, ou seja, o grau e intensidade da função

hegemônica do grupo social dirigente (a classe dirigente). As lutas internas da antiga Roma não impediram a sua expansão vitoriosa. Além disso, Roma era a única grande potência da época e não tinha que temer as potências rivais, sobretudo depois da destruição de Cartago. Poder-se-ia concluir que quanto mais forte é o aparato policial, mais fraco o exército, e vice-versa. Quando a polícia é débil, vale dizer relativamente inútil, o exército é forte, porque há uma perspectiva de luta externa (Q/985 e 1.577).

Cabe, aqui, uma referência ao problema da secessão da plebe no seu conflito com o patriciado, vitoriosa, em grande parte, pelo fato de a composição do exército dela necessitar, enquanto a polícia se tornou sem razão de ser e mesmo passou às mãos da própria plebe. Do conflito patrício-plebeu, como se sabe, nasceu uma nova república, onde se desenvolveram as notáveis categorias e instrumentos de Direito Público Romano (*Res publica; Civitas; Populus; Comitia; Lex; Plebiscitum; Potestas; Auctoritas; Dicitatura; Censura; Poderes Negativos; Consulado patrício-plebeu; Tribunatus*).

Quanto à dupla perspectiva da ação política na vida estatal, reduzíveis a dois graus fundamentais correspondentes à dupla natureza do Centauro maquiavélico (fera e homem), as dicotomias são aplicáveis ao conflito plebeu mencionado e ao novo regime dele decorrente, como a outras situações políticas: força/consenso; autoridade/hegemonia; violência/civilização; momento individual/universal; Estado/igreja; agitação/propaganda; tática/estratégia (Q/1.576).

Enfim, a referência constante de Gramsci a Roma coloca a questão da possibilidade de recuperarem-se os instrumentos de Direito Público Romano para a efetivação de uma democracia direta e de conceitos jurídicos superadores daqueles construídos pela civilização burguesa e falsamente emanados do Direito Romano, em defesa de idéias não compatíveis com o seu espírito.

Gramsci não faz esse exercício, mas poderia tê-lo feito. Há certa semelhança dessa possibilidade com que fez Maquiavel, lembrado por Gramsci por haver sido movido por uma concepção política da necessidade de um Estado unitário italiano fundado na recordação do passado de Roma. A postura maquiavélica não é uma consideração abstrata, desde que colocada no clima do humanismo e do renascimento. MAQUIAVEL escreve (*Arte da guerra*):

“esta província (a Itália) parece haver nascido para ressuscitar as coisas mortas, como se vê na poesia, na pintura, na escultura, por que então não se recuperaria a virtude militar?” (Q/968 e 1.563).

Por que não se recuperariam as virtudes políticas e jurídicas da república patricio-plebéia? Ou o verdadeiro espírito do Direito Romano?

### O Direito

A concepção de Gramsci sobre o direito não pode, obviamente, separar-se de sua matriz marxista. Ele o revela em vários passos de sua obra. Mas, situando o direito ao lado do Estado, ou como instrumento desse, em suas funções repressivas e educadoras, não deixa de dar relevância ao direito como componente da superestrutura e, portanto, aos atributos dessa última nas repercussões sociais e políticas.

A idéia de que o direito não é somente um produto das relações econômicas, não emerge dos fatos, senão que, uma vez em movimento, atua sobre aquelas relações e aqueles fatos, foi desenvolvida por um jurisfilósofo, famoso néo-kantiano, Rudolph Stammler. Gramsci comenta uma apreciação de Croce a um texto de Stammler. Por vias transversas, porque providas de idealistas, as considerações colocariam o problema do direito em face da filosofia da práxis, isto é, do marxismo.

Para Stammler, a obra de Marx sustentava, e isso não se resumia a pequenas considerações, que a chamada vida econômica exerce uma eficácia sobre as idéias, as ciências, as artes, e coisas assemelhadas. Roupas velhas, de pouca conseqüência, comenta Croce. Como o materialismo filosófico não consiste na afirmação de que os fatos corporais têm eficácia sobre os espirituais, mas em fazer desses uma mera aparência, irreal, daqueles; assim o materialismo histórico deve consistir na afirmação de que a economia é a verdadeira realidade e o direito a aparência ilusória. Croce assume a posição de Stammler sem justificá-la, o que merece uma ironia de Gramsci: aquilo que em 1898 era simplesmente um esforço arbitrário de Stammler, em 1915 torna-se uma verdade óbvia que não vale a pena desenvolver (Q/1.280).

Gramsci escreve sobre a função do direito na sociedade e no Estado. O centro "organizativo" de um reagrupamento é aquele da "continuidade" que tende a criar uma "tradição", entendida, naturalmente, em um sentido ativo e não passivo, como uma continuidade em permanente desenvolvimento, mas um "desenvolvimento orgânico". Este problema contém *in nuce* todo o problema jurídico, isto é, o problema de assimilar à fração mais avançada do reagrupamento todo o reagrupamento: é um problema da educação das massas, da sua "conformação" segundo as exigências do fim a alcançar. Tal é a função do "direito" no Estado e na Sociedade; através do "direito", o Estado torna homogêneo o grupo dominante e tende a criar um conformismo social que seja útil à linha do desenvolvimento do grupo dirigente. A atividade geral do direito (que é a mais ampla da atividade puramente estatal e governativa e inclui também a atividade diretiva da sociedade civil, na forma em que os técnicos do direito chamam de indiferença jurídica, isto é, na moralidade e nos costumes em geral) serve para



compreender, melhor e concretamente, o problema ético, que na prática é a correspondência, “espontânea e livremente aceita”, entre os atos e as omissões de cada indivíduo, entre a conduta de cada indivíduo e os fins que a sociedade se põe como necessários, correspondência que é coativa na esfera do direito positivo e é espontânea e livre (mais estritamente, ética) naquela zona na qual a coação não é estatal, mas de opinião pública, de ambiente moral (Q/756-7).

Para Gramsci uma concepção do direito deve ser renovadora e não pode ser encontrada, integralmente, em nenhuma doutrina preexistente. Se cada Estado intenta criar e manter um certo tipo de civilização e de cidadão (e, portanto, de convivência e de relações individuais), tende a fazer desaparecer certos costumes e atitudes e a difundir outros. O direito será o instrumento para aqueles fins (ao lado da escola e de outras instituições e atividades) e deve ser elaborado de maneira a conformar-se aos fins, sendo eficaz ao máximo e pleno de resultados positivos. A concepção de direito deverá ser liberada de qualquer resíduo de transcendência e de absoluto, praticamente de qualquer fanatismo moralista; todavia não se pode partir do ponto de vista de que o Estado não pune (se este termo é reduzido a seu significado humano), mas luta contra a “periculosidade” social, pois o Estado deve ser concebido como “educador” enquanto visa a criar um novo tipo ou nível de civilização. Os fatos da superestrutura, apesar de dependerem dos aspectos econômicos da infra-estrutura, não devem ser abandonados à sua própria sorte. O Estado, também, neste campo, é um instrumento de “racionalização”. O direito é o aspecto repressivo e negativo de qualquer atividade positiva civilizadora do Estado. Na concepção do direito dever-se-iam incorporar também as atividades premiáveis dos indivíduos e dos grupos; premia-se a atividade louvável e meritória, como se pune a atividade criminosa (e se pune de modo original, fazendo intervir a “opinião pública”, como sancionadora) (Q/978 e 1.570-1).

### *O Direito Romano*

Gramsci tem consciência de uma diferença fundamental, cujas consequências serão importantes na História, entre o direito romano e o direito bizantino. O primeiro consistia, essencialmente, em um método de criação jurídica, na solução contínua de uma casuística jurisprudencial. Ele sabe, certamente, que o direito romano não se assemelha a um direito judicial, como o do *Common Law*, em que o precedente obriga a igual decisão nos casos futuros, mas não pode deixar de assinalar que o método doutrinário romano ou a técnica de elaboração doutrinária dos jurisprudentes era a de examinar casos, conforme se evidencia no *Digesto*. Anota, no entanto, que os bizantinos, referindo-se expressamente ao Imperador Justiniano e sua compilação (*Corpus Iuris Civilis*), feita no século VI d.C., e que foi a base da divulgação do direito romano na Idade Média, recolheram a massa dos casos de direito resolvidos pela atividade jurídica concreta, não como documentação histórica, mas como um código ossificado e permanente. Essa

passagem de um "método" para um "código" permanente pode também representar o fim de uma idade, a passagem de uma história em contínuo e rápido desenvolvimento para uma fase histórica relativamente estagnada. Foi, de fato, o que ocorreu, a partir da queda do Império no Ocidente. Gramsci observa que o renascer do direito romano, isto é, a codificação bizantina do método romano aplicado à solução das questões de direito, coincide com o aflorar de um grupo social que deseja uma "legislação" permanente, superior ao arbítrio dos magistrados (movimento que culmina no "constitucionalismo") porque somente em um quadro permanente de "concordia discordante", de luta entre um quadro legal que fixe os limites do arbítrio individual, pode desenvolver-se a forma implícita na sua função histórica (Q/732).

Gramsci tem em vista um processo político que desaguou na Revolução Francesa, especialmente no iusnaturalismo, paradoxalmente positivado no constitucionalismo (Declaração dos direitos individuais) e no Código Napoleão (o Código da Propriedade), realizações jurídicas da revolução burguesa. Elas assinalam, inobstante influenciadas pelo direito romano, o fim da universalidade *ius-romana* e o início dos direitos nacionais emanados da novidade ôntica do Estado Moderno.

Na verdade, em outro passo, Gramsci volta ao tema, para frisar que a continuidade jurídica do centro organizativo não deve ser do tipo bizantino-napoleônico, isto é, segundo um código concebido como perpétuo, mas romano anglo-saxônico, isto é, aquele cuja característica essencial consiste no método, realístico, sempre aderente à vida concreta em perpétuo desenvolvimento (Q/756). Por esse lado, Gramsci está certo, embora mereça realçado que o sistema anglo-saxônico de direito difere do romano-germânico quanto às fontes de sua produção. Enquanto no primeiro, há relevância das fontes jurisprudencial (o valor do precedente) e dos costumes revelados pela atividade judicial, no segundo predominam a *lei* e a *doutrina*.

Gramsci vai dar, também, grande importância à concepção do costume como um *prius* lógico-histórico da lei. Isto, porém, precisa ser explicado. Não significa uma adesão ao sistema do *Common Law* em detrimento do sistema romanista. A concepção de *lex* em Roma, criação da república patricio-plebéia, vinculada à idéia do valor legal do *plebiscito*, integra a democracia direta proposta por Rousseau romanista, o qual, repelindo a idéia da lei votada pelos representantes, que ele não aceita, proclama ser lei apenas aquela votada pelo povo, nas suas deliberações livres, nos comícios (V. JEAN JACQUES ROUSSEAU, *O Contrato Social*, livro IV).

Escrevendo sobre os costumes e as leis, Gramsci assinala como opinião muito difundida, e até julgada realista e inteligente, que as leis devem ser precedidas pelo costume e que elas são eficazes quando sancionam os costumes. No entanto, afirma Gramsci ser tal opinião contrária à história

real do desenvolvimento do direito, que buscou sempre uma luta para afirmar-se e que, na realidade, é luta pela criação de um novo costume. Naquela opinião existe um resíduo evidente de um moralismo intrometido na política. Falsa é a suposição de que o direito seja expressão integral da sociedade inteira. Ao contrário, a expressão mais aderente da sociedade são aquelas normas de conduta que os juristas nomeiam como juridicamente indiferentes, cuja abrangência varia com o tempo e com a extensão da intervenção do Estado na vida dos cidadãos. O direito não exprime toda a sociedade (pela qual os violadores do direito saberiam ser anti-sociais por natureza ou por debilidade psíquica), mas é expressão da classe dirigente, que impõe a toda a sociedade aquelas normas de conduta que são mais ligadas à sua razão de ser e ao seu desenvolvimento. A função máxima do direito é esta: de pressupor que todos os cidadãos devem aceitar livremente o conformismo assinalado pelo direito, enquanto todos possam tornar-se elementos da classe dirigente. No direito moderno está implícita a utopia democrática do século XVIII (Q/773).

Essa construção lógica gramsciana não se afasta daquele elemento democrático já assinalado. A utopia democrática não é o governo dos representantes do povo, à moda da concepção liberal, mas o governo do próprio povo, sem intermediários (4). O verdadeiro direito na democracia é o direito do povo, não o da classe dominante.

Gramsci reconhece, porém, voltando ao tema dos costumes que a idéia de sua precedência em relação à lei tem alguma verdade. Nas revoluções contra o Estado absoluto, já existia como costume, e como aspiração, uma grande parte daquilo que se transformou em direito obrigatório. Foi com o nascimento e o desenvolvimento das desigualdades que o caráter obrigatório do direito aumentou, de igual maneira que se desenvolveu a zona de intervenção estatal e das obrigações jurídicas. Mas, nessa segunda fase, embora afirmando que o conformismo deve ser livre e espontâneo, se trata de coisa bem diferente: trata-se de reprimir e sufocar um direito nascente e não de conformar-se (Q/773).

Assinale-se, segundo Gramsci, que a argumentação mudará de posição, na medida em que as classes subalternas se transformarem em dominantes.

---

(4) A referência democrática de Gramsci nos Cadernos é sempre atinente à democracia liberal, burguesa, representativa. Ele não pensa, então, na democracia direta. No entanto, essa não estava ausente de seu pensamento expresso em *L'Ordine Nuovo*, revista socialista (1919-20) que a partir de 1921 se transformou em um diário comunista. Então, Gramsci desenvolveu a idéia de fundar o movimento revolucionário nos Conselhos de Fábrica (modelo do Estado proletário). V. JOLL, James. *As idéias de Gramsci*. Trad. James Amado. São Paulo, Cultrix, 1977, pp. 29-36; MACCIOCCHI, Maria-Antonietta. *A favor de Gramsci*. Trad. Angelina Peralva. 2ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1980, pp. 56 e segs.

O caráter de expansão ou o da repressão do Estado variam conforme as situações. Há o caráter educativo, criativo e formativo do direito, como um resíduo da idéia do espontaneísmo, do racionalismo abstrato que se funda sobre o conceito da "natureza humana", abstratamente otimista e crédula. Outro problema, dentro dessa linha, consiste em saber qual deve ser o órgão legislativo *lato sensu*. Há a necessidade de levar as discussões legislativas a todos os organismos de massa: uma transformação orgânica do conceito de referendo, embora mantendo no governo a função de última instância legislativa (Q/774).

O texto de Gramsci é claro e suscita um tema: o do Estado moderno coincidente com o direito concebido à moda liberal, que utiliza a codificação napoleônico-bizantina para a repressão ou a educação, a força ou o conformismo espontâneo dissimulados. O Estado, todavia, na sua acepção moderna inexistia em Roma. Por outro lado, a referência explícita à democracia direta — levar as discussões legislativas aos organismos de massa numa transformação orgânica do conceito de referendo — evoca os mecanismos explicitados por Rousseau na república romana dos sucessos plebeus.

Gramsci tem pleno conhecimento, como já mencionamos, de como o direito romano foi manipulado pelas novas classes dominantes, a ponto de transformar-se de técnica em código de normas, a serviço da propriedade burguesa. Mas, além disso, o direito público romano não reaparecerá jamais salvo em Rousseau e em certos momentos no jacobinismo da soberania popular, e no seu contrário, que é a sua manipulação a favor da idéia do Estado nacional.

O texto gramsciano é elucidativo. Para a formação das classes intelectuais italianas na Alta Idade Média é preciso considerar não somente a língua (o latim medieval) como também, e especialmente, o direito. A queda do direito romano depois das invasões dos bárbaros e sua redução a direito pessoal e costumeiro em confronto com o direito longobardo; aparecimento do direito canônico que, de um direito particular, de um grupo, passa a um direito estatal; renascimento do direito romano e sua expansão através da Universidade. Tais fenômenos não surgiram de um só momento e simultaneamente, porém são ligados ao desenvolvimento histórico geral (fusão dos bárbaros com as populações locais). O desenvolvimento do direito canônico e a importância que ele assume na economia jurídica das novas formações estatais, a formação da mentalidade imperial-cosmopolita medieval, o desenvolvimento do direito romano adaptado e interpretado pelas novas formas de vida fazem nascer e a estratificarem-se os intelectuais italianos cosmopolitas (Q/367).

Parece claro. O direito romano, recebido na Idade Média pela Universidade, cede à idéia do estatalismo do direito canônico. Mas sua universa-

lidade gera o intelectual cosmopolita, não o intelectual nacional, pois afinal a concepção romanista de direito se compatibiliza com a categoria de "império", não de "estado".

Prossegue Gramsci, referindo-se ao período como de hegemonia do direito germânico, no qual o liame entre o velho e o novo reside quase unicamente na língua, o latim medieval (*il mediolatino*). O problema dessa interrupção interessou aos intelectuais preocupados no começo do século XIX com a continuidade na tradição italiana da antiga Roma para formar a nova consciência nacional (Q/367-8).

A respeito do desaparecimento do direito romano e seu renascer, bem como do surgimento do direito canônico, Gramsci refere-se a ensaio de Francesco Brandillone ("*due diritti*" e *il loro odierno insegnamento in Italia*), do qual faz uma resenha. Aconselha também as grandes obras da história do direito (Q/368).

O resumo do texto de Brandillone explica bem o processo histórico-jurídico a que Gramsci está se referindo.

Nas escolas jurídicas do Império Romano em Roma, em Constantinopla, em Berito, ensinava-se o direito romano nas duas posições de *ius publicum* e de *ius privatum*; no *ius publicum* estava compreendido o *ius sacrum* pagão, uma vez que o paganismo foi religião tanto dos súditos como do Estado (Q/368).

Gramsci refere-se à célebre e problemática dicotomia presente logo no *Digesto* justiniano: as posições do estudo do direito, *público* e *privado*. A palavra Estado (*Stato*), no entanto, não se encontra no texto do *Digesto*, que diz que o *Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat*, o que é outra coisa, pois *status* tinham-no também os homens (*status civitatis, status libertatis, status familiae*).

Com o aparecimento do cristianismo e sua ordenação, nos séculos das perseguições e das intolerâncias, como sociedade em si, diversa da sociedade política, surgiu um novo *ius sacrum*. Depois que o cristianismo foi, primeiro reconhecido e depois elevado pelo Estado a fé única do Império, o novo *ius sacrum* teve certamente apoio e reconhecimento pelo legislador laico, mas não foi tão considerado como pelo antigo. Porque o cristianismo se separara da vida social e política, destacara-se também do *ius publicum* e as escolas não se encontravam com a sua ordenação; o novo *ius sacrum* tornou-se preocupação especial das escolas da própria sociedade religiosa (este fato é muito importante na história do Estado romano e é rico de graves conseqüências, porque inicia um dualismo de poder que terá desenvolvimento na Idade Média); mas Brandillone não o explica: coloca-o como uma conseqüência lógica da separação originária do cristianismo da sociedade

política. Muito bem! Mas por que tornado o cristianismo religião do Estado, como foi ou fora o paganismo, não se reconstituiu a unidade formal político-religiosa? Este é o problema, proclama Gramsci (Q/368).

Ele explica, ainda, em sua resenha, que durante séculos da Alta Idade Média o novo *ius sacrum*, chamado de *ius canonicum* ou *ius ecclesiasticum* e o *ius romanum* foram ensinados em escolas diversas e de importâncias diferentes.

Não estaria, aí — é possível indagarmos —, a raiz da manipulação do direito romano pelos estatelistas ou “estadólatras”?

Acentua-se, no texto, que as escolas romanistas, no Ocidente, só existiam na Itália. Além da península, havia as *Scholae liberalium artium*, onde se podiam aprender algumas lições de direito laico, especialmente romano, mas a atividade era pobre e a produção muito escassa (Q/369).

A anotação gramsciana é relevante. Bolonha foi a Universidade em que a ciência do direito se formou pela atividade dos glosadores, enquanto em Paris, o destaque era para a Teologia. Em ambas, todavia, as sete artes liberais constituíam uma espécie de básico e sua origem monacal era dirigida para o culto religioso.

Em contrapartida àquela pobreza na atividade romanística, as escolas eclesiásticas, dedicadas ao estudo e aos ensinamentos dos dogmas da fé e do direito canônico, foram em grande número, não apenas na Itália, mas em todos os países tornados cristãos e católicos. Cada monastério, cada catedral de qualquer importância, era a própria escola. A explicação dessa multiplicação dos estudos canônicos em confronto com o direito romano está ligada ao fato de que, enquanto o direito romano continuava a receber aplicação no Ocidente e na Itália, era degradado a direito pessoal, o que não acontecera com o direito canônico (Q/369).

Esse constitui o ponto a ser assimilado da leitura gramsciana. Explica como o direito público romano se perdeu. A função de direito público foi assumida pelo direito canônico, enquanto o direito romano transformou-se em direito das pessoas, vale dizer, um direito privado e sob inspiração codificante. Estamos, portanto, a um passo da utilização do direito romano pelos interesses da propriedade, o direito pessoal por excelência na civilização burguesa.

Diz o texto:

“Para o direito romano ter-se tornado direito pessoal significa ter sido colocado em uma posição inferior à que cabia às leis populares ou *Volksrecht*, vigente no território do Império do

Ocidente, cuja conservação e modificação era tarefa já do poder soberano, régio ou imperial, ou pelo menos não somente dele, mas também e principalmente das assembléias dos povos aos quais pertenciam. Ao contrário, os súditos romanos dos reinos germânicos, e portanto do Império, não foram considerados como uma unidade em si, mas como indivíduos singulares, e, portanto, não tiveram uma assembléia particular, autorizada a manifestar a sua vontade coletiva a respeito da conservação e modificação do próprio direito nacional. Assim, o direito romano foi reduzido a um mero direito consuetudinário” (Q/369).

Explica-se, assim, por que o direito público romano, que era o direito do povo romano, transformou-se em direito do Estado. De *Volksrecht* em *Staatsrecht*. Daí por que o maior dos público-romanistas, THEODOR MOMMSEN, haver escrito o seu monumental *Römisches Staatsrecht* 3.<sup>a</sup> ed. 1887-1888) (5), onde se tem em vista não apenas o ente político, república ou império romano, mas uma nova realidade, consagrada no idealismo de Hegel e concretizada no próprio Estado Alemão.

Do texto de Gramsci pode-se inferir também o surgimento do individualismo (o direito romano privatizado em direito pessoal) e o distanciamento da consulta direta ao povo, uma vez que os povos não mais tiveram as suas assembléias.

Outro texto de GRAMSCI é bastante explicativo sobre sua concepção romanista e de como o direito romano foi adaptado às novas situações, na defesa dos interesses dos poderosos e em detrimento ao seu verdadeiro espírito:

“... os estudos jurídicos, renascidos pela necessidade de dar ordem às novas e complexas relações políticas e sociais, voltaram-se, é verdade, para o direito romano, mas rapidamente degeneraram na casuística mais minuciosa, justamente porque o direito romano “puro” não pode ordenar a nova complexidade das relações: na realidade, através da casuística dos glosadores e dos pós-glosadores formam-se as jurisprudências locais, nas quais tem razão o mais forte (o nobre ou o burguês) e que é o “único direito” existente: os princípios de direito romano foram esquecidos ou superpostos pela glosa interpretativa, que, por sua vez, passa a ser interpretada como um resultado final, no qual de direito romano não havia mais nada a não ser o princípio puro e simples da propriedade” (Q/643).

(5) Mommsen fez um resumo de seu monumental tratado: “*Abriss des römischen Staatsrecht*”, 1893. V. trad. italiana de Bonfante, 1905, e de Arangio Ruiz, 1943, *Disegno del diritto pubblico romano*. Milano, Celuc, 1973.

# A filiação ilegítima e a Constituição de 1988

CLAYTON REIS

Professor na Universidade Estadual de  
Maringá. Magistrado do Estado do Paraná.  
Coordenador da Escola da Magistratura de  
Maringá

## S U M Á R I O

1. *Histórico.* 2. *Fundamentos jurídicos da família.* 3. *Evolução do conceito de família perante o direito.* 4. *A prole e a família.* 5. *Nova concepção social e legislativa da família.* 6. *Conclusões.*

### 1. *Histórico*

O *ius romanum* é a fonte originária do direito ocidental e, em particular, do direito civil brasileiro. O moderno direito de família é constituído de inúmeras referências quirritárias, consagrado por vários preceitos oriundos do *Corpus iuris civilis*.

No antigo direito romano, a organização religiosa da família sobressai-se diante da sua estrutura político-institucional<sup>(1)</sup>.

O culto familiar era assim, de importância transcendental para os romanos e, todas as relações civis gravitavam em torno dessa comunidade mística.

---

(1) PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos*, Rio de Janeiro/RJ, Editora Forense, 1977, p. 8: "No antigo direito romano, a organização religiosa da família sobreleva a qualquer outro aspecto seu. Os historiadores dão notícia de um culto doméstico, o culto dos ancestrais, veneração dos *diu lares*. Cada dia o chefe da comunidade familiar "congregava todos os membros em torno do altar, e ali solenemente oficiava, propiciando os seus *penates*, os deuses de sua família, que, em troca da reverência deviam protegê-lo só a eles e aos seus. Eram deuses particulares, cujo culto pertencia a cada família, e no qual o estranho não podia ser admitido."



O filho era aquele que o pai apresentava perante o altar, para suceder ao *pater* na sua celebração.

Por tais motivos, a filiação romana não se lastreava na consangüinidade, sem que o cerimonial religioso tornasse o recém-nascido um *agnato*.

Dessa forma, a família romana não era constituída de pressupostos democráticos, como atualmente. Na realidade, constituía-se em uma entidade política, centrada na autoridade do *paterfamilias*.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, destacando o pensamento de Jhering (2), proclama:

“O lar romano era o templo do amor e da moralidade, que não se submetia às regras mortas do direito.”

Por sua vez, FUSTEL DE COULANGES (3) retrata com fidelidade em sua obra *A cidade antiga* a pureza do lar romano, origem de todo sentimento de imaculabilidade da família moderna, conforme se denota:

“Pode-se calcular todo o respeito e afeto recíprocos que essas crenças inspiravam na família. Os antigos davam às virtudes domésticas o nome de piedade: a obediência do filho ao pai e o amor dedicado à mãe chamavam de piedade, *pietas erga parentes*; o afeto do pai pelo filho e a ternura da mãe eram também piedade, *pietas erga liberos*. Tudo na família era divino. Sentimento do dever, afeição natural, ideal religioso, tudo se confundia e se exprimia pela mesma palavra.”

E, adiante, em sua obra citada (4), destaca:

“A antiga moral, pautada por essas crenças, ignorava a caridade mas, pelo menos ensinava as virtudes domésticas. O isolamento da família foi, entre essa gente, a origem da moral.”

Portanto, dentro dessa hermética estrutura familiar, regida mais por conceitos de natureza ritualística do que por sentimentos de afeto, o filho proveniente das relações extraconjugais era uma pessoa absolutamente estranha ao núcleo social da família, posto que era excluído de participar do culto familiar.

Para CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (5) “o filho proveniente das relações extraconjugais não estava *in potestate*, não trazia o *nomen familiae* ou *gentile*, não herdava do pai”.

(2) PEREIRA, Caio Mário da Silva, ob. cit., p. 9.

(3) COULANGES, Fustel de, *A Cidade Antiga*, São Paulo/SP, Editora Hemus — Livr. Editora Ltda., 1975, p. 78.

(4) COULANGES, Fustel de, ob. cit., p. 79.

(5) PEREIRA, Caio Mário da Silva, ob. cit., p. 10.

Na realidade, as idéias transmitidas pelos nossos antepassados objetivavam penalizar o filho ilegítimo e, não quem o gerasse.

O procedimento, além de estranho, é patético e inconsistente, já que penalizava uma terceira pessoa, que não teve participação no seu ato gerador, absolvendo os responsáveis que, de forma quase sempre impensada e imatura, acarretaram a geração.

Esse pensamento perdurou durante séculos, decorrente da severidade dos padrões impostos pela Igreja Católica.

Com a queda do Império Romano, e a conseqüente invasão bárbara, que trouxe no seu bojo novos e rígidos conceitos morais, marcados ainda pela influência acentuada da Igreja Católica, o casamento é protegido. Os filhos naturais, ou gerados fora da relação matrimonial, passaram a ter um tratamento severo. Na lei lombarda, o filho ilegítimo não possui direito de suceder.

Para o costumeiro direito francês, havia inclusive um brocardo usual nos costumes vigentes nessa época — “*Bâtards ne succedent*”.

## 2. Fundamentos jurídicos

Para o Código Civil Brasileiro (art. 337), filhos ilegítimos são aqueles concebidos na constância do casamento ou que procedem de *justae nuptiae*. Essa legitimidade é ainda considerada na hipótese prevista no art. 338, I e II, do mesmo *codex* <sup>(6)</sup>.

O nosso estatuto civil primou pelo conceito fundado no princípio de que somente o congresso carnal do homem e da mulher, unidos pelo casamento legal, é que legitima os frutos advindos dessa união material.

Na realidade, o casamento em nossa época continua ainda a receber importante influência da religião predominante, ou seja, a católica, que mantém rígidos esquemas de proteção à família. Por outro lado, acentua-se na atualidade a influência de outras doutrinas religiosas, que pregam fortes conceitos morais aos consortes, contribuindo de forma marcante, para a consolidação dos laços que mantêm a família unida.

Essa influência é importante na medida em que impulsiona e consolida os princípios basilares, que servem de sustentáculo aos pilares, que mantêm a família coesa em torno dos padrões de moralidade.

---

(6) MONTEIRO, Washington de Barros, Curso de Direito Civil, Direito de Família, 17ª ed., São Paulo/SP, Ed. Saraiva, 1978, p. 237: “Com a declaração são legítimos os filhos concebidos na constância do casamento: afirma o código princípio segundo o qual *pater is est quem nuptiae demonstrat*. Com os recursos de que dispõe, procura o legislador enfrentar e resolver o mistério da concepção e da paternidade, até agora impenetráveis.”

## Para WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (7)

“É inegável, todavia, a generalização do fato social, que revela o estado de decadência a que chegou a sociedade hodierna.”

E, adiante, em nota de rodapé, conclui o mesmo autor, citando VALVERDE:

“O concubinato, união de fato mantida sem formalidade alguma e constituída muitas vezes com mulheres de condição social inferior, representa a exaltação do egoísmo no homem, que deseja satisfazer suas necessidades sexuais com o mínimo de responsabilidade e deveres.”

Assim, é fácil concluir que a família deve ser antes de tudo uma entidade moral. Isto porque as idéias almeçadas pela *mens legis* não se resumem apenas em preceitos de moralidade.

## Na ótica de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (8)

“Na união livre, como adverte SAVATIER, não há fidelidade, obediência, assistência obrigatória. Tudo isso, dado por amor, não deve durar senão enquanto puder durar esse amor. Os amantes nenhum compromisso assumem para o futuro; a independência de ambos é sagrada. *Nas páginas de suas vidas nada se escreve com tinta indelével* (destaquei).”

Por tais motivos, a família no momento presente, antes de constituir uma entidade jurídica, deve ser erigida à condição de uma instituição, situada entre o direito privado e o direito público (9).

A Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu art. 226, conceituou a família como sendo “a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado”.

Essa conceituação diverge frontalmente daquela definida pelo texto constitucional anterior, de 1967, que, em seu artigo 175, dispôs:

“A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.”

(7) MONTEIRO, Washington de Barros, ob. cit., p. 17.

(8) MONTEIRO, Washington de Barros, idem, p. 21.

(9) MONTEIRO, Washington de Barros, idem, p. 4: “A propósito, sustenta RUGGIERO, que o direito de família se destaca nitidamente das restantes partes do direito privado e tende para o direito público; que venha a se tornar futuramente direito público é coisa que se não pode afirmar, mas se sobressai no direito privado, de molde a constituir espécie à parte, é fato que não pode ser posto em dúvida.”

Denota-se claramente que a Carta Magna brasileira erigiu a família não apenas sob o manto tradicional do casamento. *A contrario sensu*, reconheceu a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar (10).

A nova orientação, imprimida pelo legislador, tem como pressuposto criar um ambiente jurídico-institucional-social, que possibilite a formação de uma célula comunitária sadia.

A nova redação do art. 377 do Código Civil Brasileiro deve ser ampliada de forma a permitir o reconhecimento do filho ilegítimo ampla e irrestritamente, a fim de integrá-lo sem discriminação de qualquer natureza no universo dos seres humanos que foram gerados legalmente.

Todavia, o procedimento exige cautela. Isto porque, na medida em que o texto legal permita essa interpretação, admitirá, em tese, a legitimidade das relações extraconjugais. Restaria saber se a sociedade encontra-se suficientemente amadurecida para refrear seus impulsos eminentemente materiais e inconseqüentes.

### 3. *Evolução do direito*

A rejeição dos filhos ilegítimos funda-se em regras de moralidade, e tem como escopo proteger a família regularmente constituída. Nesse aspecto, a influência moralizadora dos rígidos princípios adotados pelo Direito Canônico foi marcante, conforme destacamos (11).

Todavia, o concubinato era anteriormente uma instituição legal admitida pelas Leis Julia e Papia Poppae, que foram amplamente difundidas na sua época.

A filiação, da mesma forma, sofreu uma natural evolução ao lado desses rígidos princípios moralizadores da Igreja Católica. A filiação do filho concebido fora do casamento outorgou-lhe os mesmos direitos dos filhos legítimos, princípio que se acentuou em nossa legislação e — foi, na realidade, uma conquista do espírito humano e da melhor compreensão dos fatos que compõem a realidade social de nossa época.

---

(10) SANTOS, J. M. de Carvalho, *Código Civil Interpretado, Direito de Família*, 5ª ed., São Paulo/SP, Ed. Livraria Freitas Bastos S.A., 1953, p. 325: "A regra é que a coabitação seja principalmente física, vivendo os cônjuges sob o mesmo teto para melhor poderem cumprir seus deveres conjugais."

(11) MONTEIRO, Washington de Barros, *ob. cit.*, p. 16: "O cristianismo combateu o concubinato com o apoio moral público e com a autoridade de SANTO AGOSTINHO e SANTO AMBRÓSIO. Os concílios de Toledo (ano 400), Basileia (ano 431) e Latráo (ano 1516) insurgiram-se contra a tolerância por ele desfrutada, até merecer a condenação do Concílio de Trento. Atualmente, considerando-o jurídica e socialmente nocivo, o Código de Direito Canônico estabelece várias sanções para os concubinos (Cânones 1.078, 2.357, Par. 2º e 2.358)."

A Lei n.º 3.200, de 19-4-1941, que dispôs sobre a organização e proteção da família, abrandou a questão da filiação ilegítima, conforme se observa pelo texto do seu artigo 14.

O mesmo ocorreu posteriormente com o advento da Lei n.º 883, de 21-10-1949, que, em seu artigo 1.º, admitiu o reconhecimento do filho nascido fora da relação matrimonial.

Posteriormente, a Lei n.º 6.015, de 31-12-1973, no seu artigo 29, par. 1.º, letra "b" e "c", admitiu a averbação das decisões judiciais de reconhecimento de filhos ilegítimos.

Todavia, foi a Lei n. 6.515, de 26-12-1977, que, em seu artigo 51, concedeu uma nova e derradeira dimensão na conquista do reconhecimento amplo do filho ilegítimo, ao alterar a redação do texto do art. 2.º da Lei n.º 883/49, e estabelecer no *caput* do citado artigo que

"... qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições".

Por seu turno, a Lei n.º 6.697, de 10-10-1979, em seu artigo 35, ao proteger o menor em situação de irregularidade, sem questionar a legitimidade da sua filiação, admitiu o registro do referido menor, semelhante à do filho legítimo. Não há dúvida que se trata de marcante posição no direito positivo, no sentido de beneficiar o menor abandonado e o filho ilegítimo.

Os textos legislativos, acima apontados, demonstram de forma clara e precisa a evolução do pensamento do legislador, no sentido de eliminar, derradeiramente, as barreiras da filiação ilegítima, vontade que se materializou no espírito dos constituintes e que resultou consagrado no art. 227, par. 6.º da Carta Magna de 1988.

A idéia adotada pelos novos dispositivos citados, em particular a Constituição de 1988, funda-se em princípios de autêntica fraternidade, retratando sentimento de afeição devotado ao próximo. Afinal, a lei deve ser uma norma de união e não de separação entre seres humanos. Por seu turno, as diferenças sociais e econômicas, que nos diferenciam na escala humana, são apenas de natureza material e, portanto, temporais. Somente as idéias, os sentimentos e os valores do espírito são perenes e capazes de unir as criaturas na sua efêmera e transitória existência. São esses sentimentos que nortearam e vêm orientando o *mens legislatoris*, na edição de novos textos, que objetivam legitimar os filhos havidos fora do matrimônio.

#### 4. *A prole e a família*

Há quem afirme ser a geração da prole a finalidade maior do casamento, fundado no texto bíblico do "crescei e multiplicai-vos."

A Encíclica *Casti Connubi*, de 1930, disciplinou que a razão do casamento assenta-se na formação da prole, na fidelidade e assistência recíproca dos consortes, na conformidade prescrita no Código Cânico (12).

Na realidade, se o casamento se consuma pela união decorrente dos sentimentos de afeição (*affectio maritalis*) entre os consortes, ele se consolida como instituição com o advento dos filhos. Afinal, a prole gerada no âmbito familiar concretiza a geração e estimula nos pais o sentimento natural de proteção e amor. Os filhos, sob essa ótica, possibilitam o desenvolvimento no ambiente em que foram gerados, dos sentimentos nobilitantes entre os familiares — que enobrecem e enriquecem a pessoa humana.

Para Ghandi, “podemos constatar (o amor) entre pai e filhos, entre irmãos, entre amigos, mas temos de aprender a usar essa força entre tudo que vive, no uso dela está o conhecimento de Deus. Onde existe o amor, existe a vida, o ódio leva à destruição.”

O art. 231 do Código Civil Brasileiro, preceitua como consequência do casamento, “a fidelidade, a vida em comum, mútua assistência e o sustento e guarda dos filhos.”

Assim, nesse ambiente societário, é que haverá de resultar as consequências dessa união estável — os filhos.

Todavia, sempre que a prole for gerada fora desse recanto familiar — tão importante e necessário ao equilíbrio psíquico do ser humano —, há o rompimento de três princípios, a saber: o legal (fidelidade), o moral (*affectio maritalis*) e o religioso (o sacramento — no caso da Igreja Católica, ou a afinidade espiritual na hipótese de outras doutrinas religiosas).

O fato é que os filhos gerados, fora do convívio do matrimônio não podem e nem devem ser estigmatizados por causa desse fato. Somente quem cometeu o delito ou rompeu com os princípios de ordem legal e moral é que deveria, na realidade, ser penalizado.

Infelizmente, em época de abrandamento das normas de moralidade, que acentuam as paixões humanas, os resultados advindos desse fato são danosos para a civilização. O homem e a mulher se aviltam, quando buscam no prazer desenfreado a solução dos seus conflitos íntimos, não vislumbrando, na maioria das vezes, as graves consequências desses atos impensados — a geração de filhos indesejados, sem falar nos incontáveis abortos criminosos.

---

(12) MONTEIRO, Washington de Barros, ob. cit., p. 11: “*Matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio prollis; secundarius mutuuum adjuntorium et remedium concupiscentiae (Canon 1.013, par. 1º).*”

A geração é, sem dúvida, o mais sagrado dom que o Supremo Geômetra concedeu ao ser humano, quando outorgou-lhe o poder de gerar a vida.

É inquestionável que o ambiente familiar sadio e alicerçado em princípios de valores morais e cristãos contribui para a geração de homens e mulheres equilibrados e conscientes de suas responsabilidades para consigo mesmos e para com a sociedade.

##### 5. *Nova concepção social e legislativa da família*

O art. 227, par. 6.º, da Constituição de 1988 proibiu toda e qualquer diferença entre filhos legítimos e ilegítimos, revogando expressamente os artigos 358 e 364 do CCB.

Pelo novo texto constitucional, mesmo os filhos gerados na mais repugnante situação, entre as pessoas civilizadas — os incestuosos —, poderão ser reconhecidos sem distinção de qualquer natureza.

O avanço no direito de família, admitido pelo texto constitucional referido, é motivo de grandes indagações, já que poderá resultar na errônea interpretação do sentido preconizado pelo legislador, particularmente em época de pouca solidez moral.

Todavia, é preciso que a sociedade esteja preparada para o advento de uma nova ordem social, decorrente da aprimorada postura legislativa.

Para EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE (13):

“O disposto no art. 277, par. 6.º da Constituição atual, reflete, com ineditismo e avanço invulgar, esta nova ordem moral na qual o justo se impõe mesmo ao arrepio da lei. O humanismo paira soberano no salutar princípio que vedou tratamento discriminatório entre pais e filhos. A filiação deixa de depender do estado dos pais (de casados ou não) e, tão-somente, o aspecto biológico — da descendência de alguém passa a ser considerado.”

E, adiante EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE conclui:

“Na nova previsão constitucional valoriza-se sobremaneira o ente humano isolado, que passa a valer *motu proprio* (por si só), independente de sua origem, raça ou condição social. Realiza-se um ideal de justiça sempre apregoado, embora tão pouco aplicado — o de que todos são iguais perante a lei. Pela primeira vez, na história jurídica brasileira, se concretiza, em toda sua plenitude, o princípio da isonomia legal.”

A proibição de quaisquer designações discriminatórias referentes à filiação, contida no texto constitucional, representa um grande avanço no

(13) LEITE, Eduardo de Oliveira, Doutor e Professor Adjunto da Universidade Estadual de Maringá, em entrevista pessoal realizada pelo autor.

direito de família. A figura do filho ilegítimo desaparece no direito civil, para ser substituído pela figura do filho biológico, nas mesmas condições do filho legal.

A regra opõe-se ao conceito tradicional de filiação legítima, gerado no ambiente familiar.

Para JEFERSON DAIBERT (14), citando ROBERTO DE RUGGIERO:

“O mais perfeito estado familiar, aquele que determina a maior quantidade de relações, quer pessoais, quer patrimoniais, no âmbito da família, é o estado de filho legítimo.”

O direito brasileiro, como destacou EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, “inovou ao permitir o reconhecimento do filho ilegítimo, sem quaisquer distinções, em relação a outros institutos”. Nesse particular, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, destaca em sua obra citada (15):

“Assim entendendo, o nosso direito procede diversamente de outros sistemas que negam o ingresso do filho reconhecido na família paterna e levam o preconceito a ponto de dizer que o filho natural não é parente de seu pai, e que a família repele o bastardo.”

O Código Civil espanhol não estabelece nenhuma diferença entre a filiação matrimonial e não matrimonial, conforme se observa em seu artigo 108. A mesma orientação adotou o Código Civil argentino em seu artigo 240. Todavia, o Código Civil uruguaio imprimiu no seu artigo 227 a mesma orientação acolhida no Código Civil brasileiro.

A inovação constitucional brasileira objetivou afastar a repulsa que a sociedade possui aos filhos concebidos fora do casamento. Afinal, não é o parto que define a personalidade das criaturas, senão as forças da geração ou fatores de ordem genética e espiritual, que concorrem para a formação do homem consciente.

Os filhos, inobstante sejam causa de uma relação carnal, nem sempre são frutos das idéias e sentimentos dos entes biológicos que os geraram. Como acentuou EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE,

“são entidades autônomas que *motu proprio*, realizam sua função histórica e social, independente de sua origem, raça ou condição social.”

## 6. Conclusões

No transato da história os padrões de rigidez e falsa moralidade foram marcantes na formação estrutural da família, que cederam, no

(14) DAIBERT, Jeferson, *Direito de Família*, Rio de Janeiro/RJ, Editora Forense, 1973, p. 268.

(15) PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*. Vol. V, 3ª ed., Rio de Janeiro/RJ, Ed. Forense, 1979, p. 238.



transcurso do tempo, aos novos impulsos, fundados basicamente na valorização do ser humano.

A Constituição de 1988 projetou inovadora concepção acerca dos filhos concebidos fora da relação matrimonial. Ao proibir quaisquer diferenças, o texto contornou os rígidos esquemas sociais, que estabeleciam distinções entre filhos legítimos e ilegítimos.

Não há dúvida que, por força do texto constitucional de 1988, é imperioso a edição de normas legislativas referentes aos filhos ilegítimos. PEDRO SAMPAIO, em seu comentário a respeito da Constituição 1988 (16) destaca:

“Desse novo regime jurídico decorrem importantes consequências, tais como as do direito sucessório e dos alimentos, pois o adotado equiparado que está ao filho de sangue, não tem mais o seu parentesco limitado ao do pai adotivo, senão estendido a todos os parentes deste.”

A nova Carta Magna edificou um novo lugar para os filhos ilegítimos, tanto quanto o Anteprojecto do Código Civil, propõe uma postura de absoluta isonomia entre o homem e a mulher no casamento, procurando assim, projetar a família do futuro, fundada em normas de segurança, igualdade absoluta entre os seus membros e, sobretudo, movida por laços de amor e fraternidade.

O estabelecimento dessas novas regras legislativas de comportamento familiar objetivam conduzir a instituição família a situações estáveis no campo das emoções — valorizando os seus propósitos, na medida em que lhe concede autonomia na escolha dos seus rumos.

Somente com o advento do tempo será possível realizar uma avaliação acerca dos resultados advindos dos novos rumos, delineados pela família moderna.

A possibilidade do reconhecimento de todo e qualquer filho, sem questionar a sua origem, cria sem dúvida um universo de pessoas físicas que não poderão sofrer qualquer discriminação de ordem legal, social ou moral.

O legislador, além de inovar, principia em estabelecer normas de comportamento para a família do futuro — livre de preconceitos e da tutela do Estado. Nesse sentido, a orientação legislativa, que não consegue fugir dos componentes sociais, cria idéias-forças capazes de construir um núcleo familiar de encontro entre seres humanos, livre da herança e preparada para autoconduzir-se nos complexos caminhos da existência humana.

---

(16) SAMPAIO, Pedro, *Alterações Constitucionais nos Direitos de Família e Sucessões*, Rio de Janeiro/RJ, Editora Forense, 1990, p. 35.

# Solidariedade e fiança

ARNOLDO WALD

## I. Introdução

1. Os bancos costumam celebrar, de acordo com as praxes bancárias, contratos de mútuo padronizados, nos quais a obrigação de pagar os valores mutuados e os respectivos encargos financeiros recai sobre o mutuário e os devedores solidários, que também concedem procuração a um mandatário, para aceitar letras de câmbio representativas do seu débito.

2. Em alguns casos recentes julgados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foram proferidas decisões que consideram os bancos carecedores de ação contra os devedores solidários, por entenderem os julgadores que se tratava de fiança disfarçada ou de aval, “pouco importando o *nomem juris* que lhe tenham sido atribuídos no contrato”, e que, conseqüentemente, não eram exigíveis as obrigações por não ter havido a necessária *outorga uxória*.

3. O problema básico que se apresenta é, pois, a distinção que se deve fazer, no direito vigente, entre a obrigação solidária e a fiança, examinando-se a interpretação que deve ser dada aos contratos acima referidos.

4. Examinaremos, sucessivamente, os princípios básicos da hermenêutica aplicáveis aos contratos bancários, a distinção entre a obrigação solidária e a fiança, o caráter comercial do contrato, a interpretação econômica que tem sido dada à fiança pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, e, finalmente, apresentaremos as nossas conclusões.

## II. Da interpretação dos contratos bancários

5. Lembra o Professor RUBENS REQUIÃO que “a tutela do crédito e a segurança na circulação dos bens, dada a celeridade das operações realizadas em massa, importa muitíssimo ao Direito Comercial. Mais ao Direito Comercial do que ao Direito Civil. A solidariedade das obrigações era implícita no Direito Comercial desde os seus primórdios” (*Curso de Direito Comercial*, 1971, p. 22).

6. Sendo o Direito Bancário o ramo mais flexível do Direito Comercial, a afirmação do professor paranaense se aplica, com mais razão e densidade, nas relações entre o banqueiro e seus clientes. As recentes massificação e padronização dos contratos, aceleradas pela informatização imperante nesta área, exigem a rapidez na contratação e a supressão do formalismo.

7. Existem, pois, normas peculiares para a interpretação dos negócios bancários, dando-se maior importância à boa-fé das partes, ao espírito de colaboração que deve existir entre elas, às finalidades econômicas do contrato, às condições gerais existentes no mercado, à indivisibilidade do conjunto de contratos que constituem o negócio concebido pelos contratantes, e à lealdade recíproca que entre eles deve existir (LUIZ MUÑOZ, *Contratos y Negocios Jurídicos Financieros*, 1981, pp. 447 e seguintes, e ARNOLDO WALD, O Papel Pioneiro do Direito Bancário, in *Revista Forense*, vol 262, pp. 23/30).

8. Embora estes princípios estejam presentes tanto no Código Civil, como no Código Comercial, é no Direito Bancário que eles alcançam a sua plena extensão. Não obstante se trate, no caso, de um contrato de adesão e a interpretação deva ser realizada atendendo à conservação do negócio jurídico, as conclusões do Poder Judiciário não podem alterar as bases econômicas ou a equação econômico-financeira concebida e aceita pelas partes. Este equilíbrio, que mereceu consagração constitucional e legal, no Direito Administrativo, e que a doutrina e a jurisprudência consideram indispensável no Direito Privado, é essencial nos negócios bancários, pois os mesmos são realizados, na maioria dos casos, com recursos alheios pertencentes aos depositantes. Assim sendo, descabe admitir em favor dos devedores ou aderentes, interpretações demagógicas que, em tese, estariam protegendo as pessoas economicamente fracas contra as mais possantes instituições financeiras, porque, na realidade, assim fazendo, estar-se-ia violando os princípios da boa-fé, e da comutatividade dos contratos e ameaçando a própria sobrevivência do sistema financeiro e os direitos dos depositantes.

9. Acresce que as condições gerais admitidas, de modo pacífico e por longo tempo no mercado, com base nas leis e praxes vigentes, não podem, de um momento para o outro, ser modificadas ou afastadas pelo Poder Judiciário, em suas decisões proferidas em detrimento da estabilidade e da segurança do sistema.

10. Por mais importância que tenham os fatos econômicos, as categorias jurídicas devem ser mantidas e preservadas, sob pena de afetar toda a construção de um conjunto de relações, que criam direitos e deveres para as partes. Fazer prevalecer, com exclusividade, no campo jurídico, a função econômica das técnicas e das instituições, poderia levar a confundir os juros e os dividendos, a propriedade e o *leasing*, a gerência e o controle, o aval e a fiança, que, embora caracterizando situações de fato semelhantes, correspondem a realidades jurídicas distintas. Na verdade, a excessiva simplifi-

cação do direito e a aplicação generalizada da teoria da desconsideração baseadas em analogias de fato, embora inspiradas por boas intenções, pode implicar em retrocesso no desenvolvimento do direito e na civilização de um país.

11. É necessário lembrar que as técnicas jurídicas constituem elementos importantes do progresso humano, no plano econômico e social. GEORGES RIPERT lembrava que a sociedade anônima foi uma criação tão importante quanto a eletricidade e a máquina a vapor (*Les Aspects Juridiques du Capitalisme*, 1946, p. 48). No Brasil, o crédito ao consumidor e a alienação fiduciária permitiram o acesso de uma grande parte da população a bens que anteriormente não lhe seria possível adquirir e ensejaram, assim, a produção em massa, dando nova dimensão à nossa economia. Por sua vez, o arrendamento mercantil foi um relevante fator de modernização da nossa indústria. Afetar a pureza e integridade de técnicas jurídicas, em nome do realismo econômico, pode importar em verdadeira subversão da segurança que as relações econômicas exigem para a sua existência e permanência.

12. Na interpretação dos contratos bancários, como nos demais contratos empresariais, é preciso respeitar as premissas estabelecidas na negociação, não cabendo ao Poder Judiciário desconsiderar técnicas e institutos jurídicos criados pelo legislador e aos quais ele sabiamente concedeu autonomia na sistemática jurídica, especialmente quando não comprovada a existência de fraude.

### III. *Da distinção entre fiança e obrigação solidária*

13. É tradicional a distinção entre obrigação e responsabilidade, sendo a primeira a relação originária entre credor e devedor, abrangendo uma prestação de caráter patrimonial, e a segunda a relação secundária, na qual, não cumprida a prestação, o credor executa o patrimônio do devedor ou de terceiro que, em virtude do contrato ou da lei, lhe é equiparado.

14. Assim sendo, verifica-se, de imediato, que não há possibilidade de confundir o *devedor solidário*, que está presente na *relação originária*, com o *fiador* que é *responsável*, na relação secundária ou decorrente, *sem ser nem ter sido devedor*, embora a este possa ser, eventual e expressamente, equiparado. Já tivemos o ensejo de escrever que, embora obrigação e responsabilidade estivessem normalmente vinculadas, nada impede que haja uma obrigação sem responsabilidade, ou uma responsabilidade sem obrigação.

15. E acrescentamos:

“Como exemplo do primeiro caso, costuma-se citar as obrigações naturais, que não são exigíveis judicialmente, mas que,

uma vez pagas, não dão margem à repetição do indébito, como ocorre em relação às dívidas de jogo e aos débitos prescritos pagos após o decurso do prazo prescricional. Há, ao contrário, responsabilidade sem obrigação no caso de fiança, em que o fiador é responsável, sem ter dívida, surgindo o seu dever jurídico, com o inadimplemento do afiançado em relação à obrigação originária assumida." (ARNOLDO WALD, *Obrigações e Contratos*, 8.ª edição, 1989, p. 5).

16. Enquanto a *fiança* é uma *garantia pessoal dada à obrigação, a solidariedade é uma maneira de ser ou uma forma das obrigações* (originárias) que impede a divisão, seja do crédito (solidariedade ativa), seja do débito (solidariedade passiva). Na obrigação solidária, há uma pluralidade de credores ou devedores, cada um com direito ou obrigação à totalidade do crédito ou do débito, como se houvesse um só credor ou devedor. Assim sendo, na obrigação solidária, a relação é unitária, enquanto na fiança há várias relações distintas e, inclusive, um contrato principal — de mútuo — e um contrato acessório de fiança.

17. A unidade da obrigação solidária é, aliás, consagrada pelo art. 897 do Código Civil, que esclarece:

"A obrigação solidária pode ser pura e simples, para um dos co-credores ou co-devedores, e condicional ou a prazo para o outro."

18. A doutrina nacional, liderada por CLÓVIS BEVILÁQUA, reconhece, por sua vez, que:

"A solidariedade apresenta-se com a pluralidade de credores ou de devedores de uma obrigação única. A pluralidade de relações subjetivas é unidade objetiva da prestação.

*A solidariedade é a unidade do vínculo obrigacional, diante da pluralidade dos sujeitos da obrigação.*" (Código Civil Comentado, 8.ª edição, vol. IV, 1950, pp. 42 e 43.)

19. Historicamente, a solidariedade e a fiança também se distinguem, tanto assim que parte da doutrina considera que a solidariedade passiva se desenvolveu em virtude das exceções que surgiram em Roma, mitigando a responsabilidade dos fiadores, como os benefícios de divisão e de ordem (JOSSERAND, *Cours de Droit Civil*, 2, vol. 2, p. 414, n.º 761).

20. Acresce que a solidariedade, no Direito Comercial, tem as suas origens nos usos e costumes, que assemelharam os devedores solidários aos sócios, justificando-se pelo interesse comum do credor que ela incentiva

a contratar, e do devedor, cujo crédito fica assim aumentado (GEORGES RIPERT, *Traité de Droit Commercial*, 1951, n.º 1.837).

21. Na solidariedade não existe a idéia de garantia fidejussória, que encontramos na fiança. Na terminologia jurídica, a solidariedade está vinculada à palavra latina *solidum*, que significa totalidade, coisa inteira. Por muito tempo, os autores se referiam à correalidade (várias coisas numa só) ou posteriormente à *solidez* da obrigação, só havendo referências à solidariedade nas obrigações, a partir do século XVIII.

22. Na literatura jurídica brasileira, PONTES DE MIRANDA teve o ensejo de salientar que:

“As dívidas solidárias podem constituir-se:

a) *por negócio jurídico*, e não só por contrato, como é costume dizer-se, pois as dívidas tomadas pelos promitentes unilaterais podem ser solidárias e o caso dos obrigados cambiários é notável;

b) *por força de lei*, como acontece com as obrigações por atos lícitos se mais de um autor teve a ofensa (Código Civil, art. 1.518).

A relação de acessoriedade não determina solidariedade (HANS REICHEL, *Die Schuldmitubernahme*, 41 s.; G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 622, P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 348).

Não há solidariedade entre a obrigação do afiançado e a do fiador. *A obrigação do fiador é regulada independentemente das regras jurídicas sobre solidariedade*” (G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 622) (*Tratado de Direito Privado*, 2.ª edição, tomo 23, 1958, pp. 335 e 336).

23. No mesmo sentido escreve, em tese de concurso, REGINA GONDIM que:

“*Obrigação solidária não é fiança*, apesar de ninguém desconhecer que a presença de vários responsáveis *in totum* pela mesma dívida representa, sem dúvida, maior segurança para o credor.” (*Natureza Jurídica da Solidariedade*, 1958, p. 29.)

24. Do mesmo modo, examinando o Direito Alemão, ensina ENNECERUS que devemos distinguir a fiança tanto da assunção de dívida como da contratação de uma obrigação solidária, pois, neste caso, não há um devedor principal e um fiador, mas sim dois devedores principais (*Derecho de Obligaciones*, 2.ª edição, da tradução espanhola, BOSCH casa editorial, Barcelona, 1950, vol. II, p. 476).

25. LOUIS JOSSERAND pondera que são numerosas as diferenças entre o fiador (caucionero) e o devedor solidário, escrevendo que:

“se desprenden esencialmente de la idea de que el caucionero no es más que un deudor de segundo plano, un deudor subsidiario, que debe pagar solamente en el caso de que el deudor no pague; mientras que los codeudores solidarios son todos deudores principales de primera línea. Resulta de esto, sobre todo, que el caucionero perseguido por el acreedor, puede oponerle la *excepción de excusión*, es decir enviarlo a hacer excusión, a embargar los bienes del deudor principal; pero este recurso es extraño a la solidaridad pasiva, bajo cuyo reino no hay deudores de segunda línea, sino simplemente deudores, codeudores. La solidaridad entre deudores ofrece, pues, al acreedor más seguridad que la caución, precisamente porque *el deudor principal y el caucionero no son codeudores, sino deudores situados, por una misma obligación, en planos diferentes: esto la comprenderemos mejor más adelante.*” (JOSSERAND, *Derecho Civil*, tomo 2, v. 1, 1950, p. 608, e *Cours* já citado, vol. 2, n.º 761, p. 414.)

26. Não há dúvida que enquanto o devedor solidário responde por dívida sua, o fiador se obriga a responder, perante o credor, por débito alheio. Há, em cada uma das situações jurídicas, declaração de vontade específica que cria uma posição jurídica própria. Embora se possa discutir, em certos casos, a extensão da solidariedade considerada, por alguns, “vaga e excessivamente extensa”, mesmo em tais casos cabe adotar a posição de CLOVIS BEVILÁQUA que a aceitou “porque está geralmente admitida e já tomou, na ciência do direito, uma significação técnica determinada” (*Direito das Obrigações*, p. 94).

27. Acresce que o contrato de fiança no Direito Civil se caracteriza como uma espécie do gênero caução ou garantia, sendo sempre acessório, consensual, escrito, benéfico ou gratuito, unilateral e caracterizado por um espírito de liberalidade. (CLOVIS BEVILÁQUA, *Código Comentado*, vol. 5, pp. 242/243, comentário do art. 1.418; ARNOLDO WALD, *Obrigações e Contratos*, pp. 345/346; SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil*, vol. 3, 4.ª edição, 1972, pp. 369/370).

28. Podemos, pois, afirmar que as diferenças básicas entre a obrigação solidária e a do fiador são as seguintes:

a) a obrigação solidária decorre de contrato principal ou da lei, sendo uma modalidade da obrigação e a fiança é contrato acessório de garantia;

b) a obrigação solidária é presumidamente onerosa e a fiança civil é normalmente gratuita;

c) a obrigação solidária não admite o benefício de ordem, que existe em favor do fiador, nem o de divisão entre os vários devedores;

d) o obrigado solidariamente responde por débito próprio ou considerado como tal e o fiador é responsável por débito alheio;

e) a obrigação solidária se rege pelos arts. 896 e seguintes e a fiança pelos arts. 1.481 e seguintes do Código Civil.

29. Quando, aparentemente, um dos devedores solidários não obtém qualquer benefício em virtude da obrigação, por ele assumida, ou quando lhe cabe uma contraprestação menor do que a dos outros obrigados, esta matéria é irrelevante para o credor e se resolve na relação interna entre coobrigados, que constituem, em relação ao credor, um conjunto sólido ou solidário, respondendo cada um pela totalidade da dívida. Aplica-se o princípio "um por todos e todos por um".

30. Assumida a obrigação solidária no contrato, não cabe ao outro contratante examinar as relações existentes entre os vários co-devedores, que, para ele, constituem uma unidade, sendo despiciendo e descabido verificar quais os interesses de cada um e as vantagens materiais ou morais para ele decorrentes da operação. Essa dupla estrutura da relação jurídica no caso de solidariedade, abrangendo a relação externa e interna, faz com que se deva distinguir entre a primeira, existente entre o credor e os devedores, e a segunda, *constituída entre os vários co-devedores*. Na relação externa, o credor cobra de qualquer dos devedores ou de todos eles; na relação interna, aquele que pagou cobra dos demais o que lhe é devido.

31. Não é possível nem lícito decompor a solidariedade e pretender opor, ao credor, exceções decorrentes da relação interna, que tão-somente são oponíveis entre os vários devedores, o que implicaria em destruir o próprio vínculo solidário, que é essencial na relação de Direito Comercial.

32. Evidencia-se, assim, a nítida diferença de natureza e função entre a obrigação solidária, de que tratam os arts. 896 e seguintes do Código Civil, que se inserem no livro III, título I, intitulado "Da modalidade das obrigações", e a responsabilidade do fiador definida na área dos contratos, no capítulo XVI, nos arts. 1.418 e seguintes do mesmo diploma.

33. Assim sendo, o contrato de mútuo com obrigações solidárias não pode ter um ou vários dos seus co-devedores solidários transformados, por decisão judicial, em fiadores ou avalistas.

34. Acresce que sendo a obrigação principal regida pelo Direito Comercial e especificamente pelo Direito Bancário, não se lhe aplicam as normas do Código Civil que exigem a *outorga uxória*.



#### IV. Da fiança comercial e civil

35. Nas hipóteses que examinaremos, o contrato principal — e, aliás, único — é um contrato de mútuo bancário, tendo geralmente como mutuária uma sociedade comercial e como devedor solidário um sócio gerente da empresa, como deflui do próprio acórdão da Apelação Cível n.º 189020316, do Tribunal do Rio Grande do Sul, quando afirma:

*“Ora, na espécie, o embargante obrigou-se por outra pessoa (a mutuária) a satisfazer, como devedor solidário, a obrigação, caso a empresa não a cumprisse, sendo despicienda a circunstância de ser o apelante sócio ou gerente da mutuária.*

*A situação jurídica do embargante é pois, iniludivelmente a de avalista — devedor solidário, pouco importando o nome ou ‘nomen juris’ que lhe tenham sido atribuídos no contrato, na execução, nos embargos ou na sentença.*

Observa-se que o embargante/apelante é casado e não há notícia da *outorga uxória* na prestação da fiança.”

36. Na realidade, o acórdão embaralha e confunde três noções jurídicas absolutamente distintas: a obrigação solidária, a fiança e o aval. Caracterizando a obrigação solidária ao alegar que o devedor solidário se obrigou por outra pessoa, considera-o como avalista e, em seguida, como tendo prestado fiança, como deflui do texto acima transcrito.

37. A análise dos acórdãos nos leva a concluir que, em primeiro lugar, não houve obrigação por outra pessoa, inexistindo, no caso, ato de liberalidade, que a lei civil condicionou à *outorga uxória*. Ao contrário, havia interesse próprio do co-devedor, pelo fato de ser “sócio ou gerente da mutuária”, cabendo-lhe geri-la e arcar com as conseqüências de sua administração.

38. Mesmo se tivesse sido avalista, em nada teria sido infringido o art. 235, III, do Código Civil que somente trata da fiança, à qual não se equipara o aval, pela sua ligação aos títulos de crédito e pelo seu caráter abstrato de garantia.

39. A confusão entre o aval e a fiança é absolutamente inconcebível, violando todos os princípios básicos do nosso direito, como o é a transformação da obrigação solidária em fiança.

40. Efetivamente, como bem ensina WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO:

“Aval não é fiança, não obstante seus pontos de contacto. Representa uma garantia especial dos títulos cambiais; a seu respeito não prevalece, destarte, a restrição do art. 235, n.º III. Conseqüentemente, pode o marido avalizar títulos sem anuência da consorte e assim desfalcicar eventualmente o patrimônio comum, que se pretendia evitar com a limitação constante do mencionado dispositivo.” (*Curso de Direito de Família*, 5.ª edição, p. 123.)

41. No mesmo sentido, reconhece ORLANDO GOMES que a proibição do art. 235, III, é inócua, por não se estender ao aval (*Direito de Família*, 3.ª, 1978, p. 164).

42. Acresce que a obrigação solidária assumida pelo gerente ou sócio da empresa, se fiança fosse, o que só se admite *ad argumentandum*, seria fiança comercial em virtude de ser acessória de um mútuo bancário feito em favor da companhia e, conseqüente e indiretamente, dos seus sócios e administradores.

43. Efetivamente, o art. 256 do Código Comercial esclarece que:

“Para que a fiança possa ser reputada mercantil, é indispensável que o *afiançado seja comerciante*, e a *obrigação afiançada derive de causa comercial*, embora o fiador não seja comerciante.”

44. Nos casos que estamos examinando:

a) a afiançada (a empresa) era comerciante;

b) a obrigação afiançada decorreu de contrato de mútuo bancário que é comercial.

Não há, pois, dúvida que se de fiança se tratasse, seria ela comercial.

45. Na fiança comercial, a co-responsabilidade decorre, aliás, da própria prática bancária, nacional e internacional, sendo habitual a convocação dos controladores, sócios e administradores de sociedades anônimas ou de responsabilidade limitada para assumirem, como devedores solidários, os débitos das empresas das quais participam, como lembra o Professor JOAQUIM GARRIGUES (*Contratos Bancários*, 2.ª edição, Madrid, 1975, p. 300). Na realidade, para os fins específicos da operação bancária, a sociedade de responsabilidade limitada se transforma, no plano económico, em sociedade em comandita ou em sociedade em nome coletivo.

46. Ora, ao contrário do que ocorre em Direito Civil, no qual a solidariedade não se presume, *ex vi* do art. 896 do Código Civil, em Direito Comercial a tradição é no sentido da solidariedade presumida dos deve-

dores, equiparados, no passado, aos sócios, conforme ensina a melhor doutrina.

47. E sendo comercial a fiança, presume-se onerosa (art. 259 do Código Comercial), não se caracterizando como liberalidade e nela não incidindo, pois, a proibição do art. 235, III, do Código Civil, que trata da fiança civil, ou seja, de uma forma de liberalidade equiparada à doação. Efetivamente, as proibições do art. 235 abrangem a negociação e oneração dos bens imóveis, pela importância que presumidamente representam, e atos de liberalidade (fianças e doações não remuneratórias).

Do mesmo modo que prescinde de *outorga uxória* a doação remuneratória, por não ser ato de liberalidade, também dispensa a mesma, por motivo idêntico, a fiança comercial.

48. Assim entendemos, com o apoio na melhor doutrina e na jurisprudência, que a fiança comercial não depende de *outorga uxória*.

49. Neste sentido, WALDEMAR FERREIRA esclarece que a fiança concedida em garantia de operação comercial, em relação à qual pode ser considerada condição essencial do negócio, dispensa *outorga uxória* (*Instituições de Direito Comercial*, vol. 3, tomo III, n.º 1.057).

50. Também FRAN MARTINS sustenta que quando a fiança é comercial e não é desinteressada, não se justifica a exigência da *outorga uxória* (*Contratos e Obrigações Comerciais*, 8.ª ed., 1986, pp. 380/381), posição que também é consagrada por WALDIRIO BULGARELLI (*Contratos Mercantis*, 1979, p. 541).

51. Os tribunais têm ratificado essa tese, como se verifica por decisão do Tribunal Federal de Recursos no Recurso n.º 54.563/80, no qual decidiu que para a prestação da fiança mercantil é dispensável a assinatura do cônjuge do fiador (ap. FRAN MARTINS, obra citada, p. 380, nota 180).

52. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal admitiu, expressamente, em julgamento do plenário, em 12-8-1960, que:

“É válida a fiança prestada por comerciante em nome individual, independentemente de *outorga uxória*, mormente se da condenação foi excluída a meação da mulher.”

53. No seu relatório, salientou o eminente Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA que:

“A espécie é restrita à fiança prestada sem *outorga uxória*, por comerciantes em nome individual. Não se trata, pois, de fiança decorrente de ato de natureza civil, como faz crer a recorrente.”

54. A Procuradoria-Geral da República, em parecer aprovado por CARLOS MEDEIROS SILVA, entendeu na ocasião que:

“O acórdão embargado verificando que, em se tratando de fiança comercial, era dispensável o complemento da *outorga uxória*, porque dada pelo marido, como comerciante e para obrigação comercial.

Verificou mais que a meação da esposa fora excluída da execução do cumprimento da fiança do marido.

Portanto, não havia por que julgar inválida a fiança.”

55. Finalmente, a decisão unânime foi no sentido de admitir os embargos, mas de confirmar o acórdão recorrido, que dispensava a *outorga uxória*, tendo o voto do relator concluído que:

“A tendência jurisprudencial é não reputar nulos atos praticados pelos chefes da sociedade conjugal, que têm tantos meios, no atual estado da sociedade, de praticar inúmeros negócios que lhes dão lucros ou prejuízos. *Por que invalidar uma fiança dada por um comerciante que tantos outros negócios realiza?*”

Ficou salvaguardada a meação da esposa, em tempo oportuno.” *Revista dos Tribunais*, vol. 309, pp. 782 a 783.)

56. Também a jurisprudência dos tribunais estaduais se firmou no sentido de dispensar a *outorga uxória* na fiança prestada por comerciante, conforme se verifica em várias decisões do Tribunal de Justiça da antiga Guanabara, entre as quais se destaca o acórdão dos Embargos de Nulidade na Apelação Cível n.º 24.896, julgada em 21-8-1963, que invoca vários precedentes da Corte local e do próprio Supremo Tribunal Federal (*Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, vol. 9, 1965, pp. 102 a 104).

57. Finalmente, apreciando um caso de aval que, nos termos da Lei n.º 4.121, tem regime idêntico à fiança, o Excelso Pretório entendeu que cabia à mulher, para obter a procedência dos seus embargos, comprovar que a dívida não trouxe benefício ao casal e que o gravame atingiu efetivamente a sua meação, presumindo-se o interesse do casal no caso de fianças ou avais dados por diretor ou sócio gerente em favor da empresa.

58. No caso, a Egrégia Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, acompanhando por unanimidade o voto do Ministro CORDEIRO GUERRA, proferido no Agravo de Instrumento n.º 69.167 (AGRg), entendeu que lhe cabia negar provimento ao recurso, pois,

“o despacho agravado está conforme a exegese dada, pelo Supremo Tribunal Federal, ao art. 3.º da Lei n.º 4.121/62, face ao art. 1.º da mesma lei, que deu nova redação ao art. 246, parágrafo único, do Código Civil, que ressalva as dívidas contraídas em benefício da família.

*A lei de proteção à mulher casada não eliminou o regime de comunhão de bens, nem tornou obrigatória a outorga uxória para a concessão de aval, o que condenou foi o ato de liberalidade não justificado, capaz de atingir a meação da mulher.*

Ora, na espécie o que se verifica foi o que consta do acórdão recorrido, isto é, *os avais foram dados pelos maridos das agravantes, para garantia de um financiamento industrial da empresa de que eram diretores e da qual tiravam o sustento próprio e de suas famílias, f. 32-33.*” (RTJ, vol. 80, p. 510.)

## V. Conclusões

59. Verifica-se, assim, em conclusão que:

a) são inconfundíveis a obrigação solidária e a fiança, pois constituem institutos distintos, com histórico, regime jurídico e efeitos próprios, sendo diferentes as condições para a sua respectiva contratação;

b) tratando-se de obrigações comerciais, mesmo se houvesse fiança — o que só se admite *ad argumentandum* —, não necessitaria de outorga uxória;

c) na pior das hipóteses, a regulamentação da outorga uxória, no tocante à fiança e ao aval, obedece atualmente ao art. 3.º da Lei n.º 4.121, que, no caso de falta de assentimento de outro cônjuge, entende ser o débito imputável aos bens próprios de devedor e à meação dos bens comuns;

d) o Supremo Tribunal Federal tem entendido que quando se trata de obrigação de empresa, na qual figura como devedor solidário, fiador ou avalista o gerente, diretor ou sócio, presume-se o interesse do seu cônjuge e da família;

e) em tais hipóteses caberá ao cônjuge que não assumiu a obrigação fazer a prova, tanto da inexistência do seu interesse direto ou indireto, moral ou material, na operação realizada, como de estar a execução alcançando seus bens particulares ou bens comuns, além de meação do outro cônjuge;

f) somente o cônjuge prejudicado — e não aquele que se obrigou — pode invocar em juízo a carência de ação do credor, pois a ninguém é lícito defender-se alegando a sua própria torpeza.

# Proteção jurídica das embalagens

CARLOS ALBERTO BITTAR

Professor Adjunto no Departamento de  
D. Civil da FADUSP

## SUMÁRIO

### *I — O exercício da atividade empresarial e respectivos elementos:*

*1. Elementos necessários ao exercício da atividade: a criatividade como fator decisivo. 2. O aviamento como integrante desse contexto. 3. Bens que o compõem: as criações estéticas e as utilitárias. 4. A posição das embalagens. 5. Situação dessas criações no plano do Direito: diferentes campos de inserção possíveis.*

### *II — Proteção jurídica das embalagens:*

*6. Noção de embalagem e respectivas funções. 7. A multiplicidade de formas que pode assumir. 8. A proteção das embalagens no âmbito do Direito de Autor. 9. A proteção no campo do Direito de Propriedade Industrial. 10. A proteção no plano da concorrência desleal. 11. Providências necessárias para a proteção em concreto. 12. Conclusões.*

### *I — O exercício da atividade empresarial e respectivos elementos*

#### *1. Elementos necessários ao exercício da atividade: a criatividade como fator decisivo*

Um dos elementos mais importantes para o exercício da atividade empresarial é a criatividade do titular, seja quanto à capacidade de introdução de novos e competitivos bens (ou serviços) para o mercado, seja quanto à arte de apresentar-se, ou a seus produtos, ao público consumidor.

Esse fator mostra-se tão mais relevante quanto mais sofisticado e exigente se oferece o mercado, estimulando o engenho do empresário na busca de soluções que, atendendo ao interesse da demanda, possam maximizar os seus resultados.

E, nessa tarefa, o titular da empresa move-se por diferentes ações, desde a escolha do produto, do local do estabelecimento e de seus colaboradores, à adoção de comportamento e de publicidade adequados, valores esses que, a par de outros, formam, em seu estabelecimento, o respectivo aviamento, ou seja, a sua capacidade, ou aptidão, para a produção de lucros.

Nesse contexto, assumem significado especial as diversas formas, estéticas e utilitárias, de que se vale para, de um lado, a identificação da empresa e do estabelecimento, e, de outro, o acondicionamento, a divulgação e a colocação do produto na praça.

Esses bens, concebidos e materializados, seja por meio de pessoal especializado contratado (“designers”), ou por intermédio de agência de propaganda eleita, consubstanciam-se em verdadeiras expressões de arte — em que laboram singulares talentos da comunicação — a serviço da expansão dos negócios na economia, desde que, como temos anotado em vários trabalhos, se vem utilizando, na publicidade, da política de convencimento do consumidor pelo belo (v. “Direitos autorais nas criações publicitárias”, em *Revista de Informação Legislativa*, 83/427).

Trata-se, pois, de aplicação da arte ao mundo negocial, que, por isso, se tem mostrado, em sua extrinsecação, povoado de formas estéticas, que lhe conferem colorido próprio, fazendo com que o *design* se apresente, atualmente, como poderoso instrumento de *marketing*.

## 2 O aviamento como integrante desse contexto

Ora, o sucesso de uma empresa depende, como se sabe, dentre outros fenômenos, do respectivo aviamento, que revela exatamente o gênio do empresário ao reunir os diferentes fatores da produção a serviço de seus objetivos.

Importante, nesse contexto, é a gama de bens incorpóreos que, pela inteligência e pela sensibilidade do titular, são agregados à empresa, ao estabelecimento e a seus produtos, como componentes de seu aviamento, seja subjetivo, seja objetivo.

Assim, por exemplo, o nome da empresa, o nome do estabelecimento, a marca e a embalagem do produto acabam por constituir-se, em conjunto com outros bens imateriais, em significativos elementos de atração do consumidor, contribuindo decisivamente para o desenvolvimento dos negócios, como demonstramos, em profundidade, em nosso livro “Concorrência desleal: teoria e prática” (SP, Saraiva, 1989).

Por essa razão é que se cuida de integrar-se ao aviamento criações estéticas de forte poder atrativo, a fim de sensibilizar o consumidor e levá-lo a preferir os produtos correspondentes.

Dafí o destaque que, em nossos dias, se confere ao aspecto imaterial do aviamento, frente à acirrada concorrência existente, que tem feito com que se introduzam, continuamente, no mundo empresarial, mensagens visuais sensíveis, por formas, escritos, desenhos, figuras e cores expressivas, na ânsia de encontrar-se e definir-se os produtos com os seus consumidores.

Com isso se acentua o enorme valor dos bens incorpóreos no seio empresarial, que assiste a uma progressiva inserção de formas novas e originais, tanto de cunho estético, quanto utilitário, de alta plasticidade, mas também de elevada praticidade.

Assim, políticas especiais de planejamento e de pesquisa tem marcado o lançamento de produtos no mercado, onde a tônica é a ênfase quanto ao aspecto estético do aviamento.

### 3. *Bens que o compõem: as criações estéticas e as utilitárias*

Com isso, a par dos elementos materiais que compõem o estabelecimento, de conformidade com a natureza da atividade (máquinas, móveis e utensílios), os bens imateriais vêm, sucessivamente, ganhando vulto maior e, em conseqüência, merecendo atenção mais detida do titular, seja quanto à sua concepção e materialização, seja sobre a sua posterior fiscalização e proteção.

Em verdade, significativas obras de arte e de literatura, de um lado, e formas utilitárias engenhosas, de outro, estão hoje agregadas a estabelecimentos e a produtos de uso comercial ou industrial, conferindo ao patrimônio incorpóreo da empresa um vulto, nem sempre cogitado, ou mesmo mensurado, na prática.

Com efeito, desde criações estéticas (de arte, de literatura e de ciência) a utilitárias (objetos, aparatos, móveis e outros), passando-se por figuras, símbolos, desenhos, é incomensurável o universo de bens imateriais que hoje integra o aviamento das empresas industriais, comerciais e de serviços.

Isso mostra a força das criações intelectuais na propulsão da economia, que atuam, nesse plano, desde a materialização do nome da empresa ao do estabelecimento, e desde a concepção da marca e de seus componentes ao acondicionamento e à ornamentação do produto final.

Os complexos símbolos, linhas, traços e demais elementos com que o empresário se apresenta, e a seus produtos, perante o público, é que, no fundo, compõem a sua imagem frente ao mercado, propiciando a sua individualização e o direcionamento do consumidor para os seus produtos.

Essas criações podem combinar-se, de sorte a possibilitar-se o uso industrial de criações estéticas autônomas, nem sequer, às vezes, em sua concepção, imaginado por seu idealizador, como vem ocorrendo em diferentes campos.

### 4. *A posição das embalagens*

Ora, dentre essas criações, ocupam posição de realce as embalagens dos produtos, cuja materialização é, por isso mesmo, confiada a artistas do setor, organizados em empresas, ou como profissionais autônomos, ou ainda, como integrantes de quadros funcionais de agências de propaganda ou do próprio empresário interessado.

Ao compor o produto, como sua roupagem definitiva para consumo, a embalagem exerce, dentre todas as criações referidas, a influência mais direta sobre o público em geral, representando verdadeiro elo de comunicação final entre produtor e consumidor.

Também como integrante de sua ornamentação, a embalagem atua como força atrativa imediata do consumidor, impondo-lhe, muitas vezes, pela excitabilidade provocada, o impulso aquisitivo, para ele até imperceptível ou mesmo inevitável.



É decisivo, no ato da compra, o fator psicológico, razão pela qual uma embalagem convidativa pode arrebatrar o consumidor e adquirir a sua preferência, mantendo-o fiel a determinado produto.

Assim, vêm as embalagens assumindo formas cada vez mais atraentes e práticas, onde a engenhosidade, a utilidade e a plasticidade se conjugam para o exercício do mister apontado.

Dai, a necessária proteção que devem merecer no campo jurídico, a fim de assegurar-se a seu titular o uso pacífico e a garantir-lhe a competente reação, em caso de violações que venham a acontecer, na defesa dessas importantes peças do aviamento objetivo da empresa.

#### 5. *Situação dessas criações no plano do Direito: diferentes campos de inserção possíveis*

Dessa maneira é que as embalagens encontram amparo jurídico em três distintos planos, em consonância com os respectivos condicionantes, no campo dos denominados "direitos intelectuais".

Assim, como criações estéticas em si, dotadas de autonomia, dentro dos terrenos literário, artístico ou científico, são protegidas na área do Direito de Autor, desde que originais, independentemente de qualquer formalidade.

Outrossim, enquanto formas utilitárias, de uso industrial, recebem guarida no âmbito do Direito de Propriedade Industrial (ou Direito Industrial), desde que novas e registradas no organismo de regência (o INPI).

Além disso, no uso empresarial, podem, ainda, encontrar resguardo jurídico no campo da concorrência desleal, em que recebem sancionamento utilizações indevidas de criações alheias.

No primeiro campo, volta-se a proteção para o criador da obra e respectivoscessionários de direitos, ou sucessores, através de mecanismos que lhes asseguram a utilização exclusiva, por toda a vida do autor e por longo prazo de sua morte, para, a par da defesa de seus aspectos pessoais, possibilitar-lhes a fruição econômica da obra, em toda e qualquer utilização pública, nos termos da legislação de comando (basicamente, entre nós, Lei n.º 5.988/73, arts. 29 e ss.).

No segundo, dirige-se o amparo à forma utilitária final, assegurando-se à empresa detentora dos direitos a exclusividade de utilização em indústria, comércio ou na área de serviços, para os respectivos fins, desde que registrada nos termos e nas condições previstas na legislação de regência (fundamentalmente, Lei n.º 5.772/71, o denominado "Código da Propriedade Industrial").

No terceiro, cuida-se de evitar ou reprimir a concorrência desleal, consubstanciada por ações desenvolvidas por concorrentes no sentido de aproveitar-se, indevidamente, de elementos do aviamento alheio, para arre-

batar-lhe clientela, que, em última análise, essa teoria procura preservar (com base em regras gerais de responsabilidade civil e penais no âmbito do CPI: entre nós, Decreto-Lei n.º 7.903/45, art. 178, mantido em vigor por força do art. 128 da Lei n.º 5.772/71).

A proteção nesses campos pode ser cumulada, desde que a obra reúna os requisitos legais e o autorize as circunstâncias do caso em concreto (como, por exemplo, obra estética registrada como marca e depois usada indevidamente por concorrente do mesmo setor).

## II — *Proteção jurídica das embalagens*

### 6. *Noção de embalagem e respectivas funções*

Não são muitas as referências legais a embalagem em nosso direito positivo, que, no entanto, no âmbito do controle da alimentação, fixa uma definição para essa figura.

Assim, entre nós, embalagem é “qualquer forma pela qual o alimento (ou produto, portanto) tenha sido acondicionado, guardado, empacotado ou envasado” (Decreto-Lei n.º 986/69, art. 2.º, item XIII).

A noção em causa toma a embalagem em si, como um todo, podendo, no entanto, o intérprete anotar a existência de componentes em seu interior (rótulos, disposições, cores etc.).

A função precípua da embalagem, como uma unidade, é a de acondicionar o produto, servindo-lhe de roupagem externa para o contato com o público. Complementam-na as de guarda ou de conservação, mesmo temporárias, além de outras funções que a especificidade da situação o determine (como no transporte, em que existe legislação de controle e, muitas vezes, complexa e rígida, como, por exemplo, para coisas perigosas).

Mas, além disso, deve-se registrar a existência de elementos outros na composição final do produto, como os rótulos, ou disposições de ornamentação, que, a par da função de destaque, podem revestir-se de formas protegíveis nos campos jurídicos citados.

### 7. *A multiplicidade de formas que pode assumir*

Com efeito, as embalagens, em razão das funções que exercem, podem assumir formas diversas, que o engenho humano vem, ao longo dos tempos, acrescentando ao extenso universo fático do atual acervo, desprezadas outras tantas que a evolução dos negócios demonstrou estarem superadas.

A multiplicidade de formas existentes é, ainda assim, a tônica desse mercado, em que a criatividade assume, a cada passo, papel primordial na definição de criações que, por sua expressão, possam realmente constituir novidades, afastado, como natural, o também enorme patrimônio comum de formas hoje em uso.

As formas introduzidas na praça têm demonstrado sempre a preocupação de atualização, acompanhando as cambiantes condições da vida empresarial e dos gostos humanos.

Assim, desde simples invólucros e de materiais diferentes a embalagens de ornamentação, é multifária e complexa a gama de formas utilizadas para o fim em questão (como exemplos: vasos, sacos, cartuchos, caixas, garrafas, maletas etc.).

A preocupação sempre é a da esteticidade e, a seu lado, a da praticidade, de sorte que formas cada vez mais leves e expeditas, para facilitação do manuseio e do próprio consumo, são freqüentes, mas com destaque para a sua plástica, na sensibilização do consumidor.

Desse modo, tanto o invólucro como seus componentes estéticos autônomos podem merecer resguardo legal, na medida em que presentes estejam os condicionantes de direito, em cada área referida.

#### 8. *A proteção das embalagens no âmbito do Direito de Autor*

No plano do Direito de Autor, estará protegida a concepção estética autônoma que se enquadrar em uma das categorias previstas em seu contexto, a saber: literária, artística ou científica (como, por exemplo, desenhos, figuras, traços, linhas, escritos, combinações e outras criações).

Nesse âmbito, a proteção não depende de qualquer formalidade, mas, para segurança de seus direitos, deve o titular proceder ao registro na entidade própria (conforme a natureza da obra: Lei n.º 5.988/73, art. 17).

O sancionamento legal pode dar-se em três planos: administrativo, civil e penal, à escolha do titular, em função dos contornos da ação censurável e dos pressupostos legais em cada caso verificáveis.

Dispõe o autor de medidas tendentes a elidir o uso indevido (preventivas), fazer cessar o uso indevido (cominatórias ou cautelares) e obter a satisfação do dano experimentado, a nível patrimonial ou moral (reparatórias), as quais, dependendo das circunstâncias, podem ser cumuladas.

Registre-se que a perseguição criminal independe da civil e o acionamento da via administrativa não obsta o ingresso na justiça.

#### 9. *A proteção no campo do Direito de Propriedade Industrial*

No plano do Direito de Propriedade Industrial, a forma nova de embalagem, que tenha uso industrial, pode ser encartada em: modelo, desenho ou privilégio de invenção (tanto modelo de utilidade como industrial), embora explicitamente exista, na legislação própria, apenas regra proibitiva de registro como marca (CPI, art. 65, item 6) (em que se fala que, como marca, não é registrável "formato e envoltório de produto ou mercadoria", em face da incompatibilidade reconhecida, na prática, com a denominada "marca tridimensional", por nosso legislador).

O titular pode obter patente nos quatro citados campos, que lhe assegurará a exclusividade pelo prazo legal, observadas as condições fixadas no Código, inclusive quanto ao efetivo uso (os prazos são mais curtos, de quinze e dez anos, conforme o caso, exatamente para possibilitar a posterior utilização pela coletividade, ou seja, o domínio público: CPI, art. 24).

O enquadramento depende da natureza da criação e o registro é condicionante do direito de exclusividade.

A proteção também se dá nos terrenos administrativo, civil e penal, existindo recursos e providências próprias na citada legislação, a par das já enunciadas, que aqui são cabíveis, nas condições expostas.

#### 10. *A proteção no plano da concorrência desleal*

No plano da concorrência desleal — capítulo especial do Direito de Propriedade Industrial — a proteção a embalagens está relacionada à utilização indevida, por concorrente, de criações usadas no seio empresarial, na defesa da clientela, valor exponencial do aviamento objetivo da empresa (tanto que se verifica, na doutrina europeia, a denominação de “droit de la clientèle” para esse campo).

Com efeito, à vista de expedientes captativos de clientela alheia, mune-se o ofendido de meios tendentes a fazer cessar a ação ilícita e obter a reparação devida, encartando-se, entre as ações desse naipe, a imitação de embalagem (ou componente) alheia (dentre inúmeras outras analisadas no livro referido).

A conduta ilícita deve provir de concorrente — dentro de certo mercado — e independe de dolo (bastando a culpa) e, em concreto, deve referir-se a embalagem existente e em uso anterior pelo concorrente (não há necessidade de registro, sendo suficiente o pré-uso: v. a respeito, nosso trabalho: “Concorrência desleal”, cit., na parte referente à imitação de marca (ou de seu componente) como forma de confusão entre produtos). A idéia básica é a da confusão que se estabelece entre os produtos, por força da imitação (que pode ser também do produto, na concorrência parasitária).

A satisfação dos direitos do lesado deve ser buscada em Juízo, por medidas de caráter cautelar (com liminar), cominatório e reparatório, admitida, conforme o caso, a cumulação.

A indenização levará em conta o dano emergente e os lucros cessantes, apuráveis por perícia, em concreto, à luz do declínio de vendas que a concorrência desleal tenha provocado.

A imitação de invólucro encontra-se, ainda, prevista como crime de concorrência desleal, que o CPI pune (art. 2.º, alínea *d*, e art. 178, V e VIII, do Decreto-Lei n.º 7.903/45).

#### 11. *Providências necessárias para a proteção em concreto*

Para a obtenção, em concreto, de proteção para as embalagens, deve, de início, o empresário valer-se de cautelas especiais, desde a concepção e a materialização da criação até à sua posterior utilização no fim próprio, que, no entanto, nem sempre se tem verificado na prática, daí a já considerável gama de conflitos existentes a respeito, em especial no último dos campos indicados.

De fato, inúmeras ações de concorrência desleal — inclusive com desfechos por acordo — têm alimentado nossos tribunais quanto à formação de considerável acervo jurisprudencial, que vem permitindo a consecução de justiça ao caso particular, em prol do ofendido.

Polpudas reparações tem a imprensa anunciado no exterior por usos indevidos de embalagens, a confirmar a tendência protetiva dos tribunais para os direitos intelectuais.

Mas, uma ação preventiva mais consciente e mais incisiva se faz necessária, por parte dos titulares de direitos, na defesa de seu patrimônio incorpóreo.

Assim é que, desde a contratação dos criadores ao efetivo uso do material, sugerimos se tomem cautelas, seja quanto à busca de antecedentes (para evitar-se colisões); seja quanto a sigilo (para elidir-se vazamento de informações); seja quanto à documentação (adotando-se contratos próprios, orientados por especialistas); seja quanto a registros (tanto os previstos em lei, como os de iniciativa do interessado, como o registro em tabelionatos, em documentos internos e em comunicados, que possam assegurar a anterioridade e o pré-uso); quanto à fiscalização do mercado (para detectar-se, de pronto, qualquer violação). Conveniente é a adoção de registros múltiplos, assegurando-se proteção por todos os campos possíveis.

Na hipótese de eventual detetação de irregularidades, a pronta ação (administrativa ou judicial) pode produzir efeitos compensadores, devendo-se buscar sempre aconselhamento especializado.

## 12. Conclusões

Ponto-finalizando, podemos, à guisa de conclusões, assentar que:

a) a criatividade é fator decisivo no mundo empresarial de nossos dias, frente à competitividade existente;

b) daí, a constante inserção de criações intelectuais, estéticas e utilitárias, no âmbito do aviamento, na busca da sensibilização da clientela pelo belo;

c) nesse contexto, ocupam posição de relevo as embalagens dos produtos (e seus componentes) marcadas por esteticidade e plasticidade ímpares;

d) como conseqüência, constituindo-se em formas estéticas e também utilitárias, podem ser protegidas, juridicamente, em três planos distintos: o do Direito de Autor, o do Direito de Propriedade Industrial e o da concorrência desleal, com sancionamentos diversos, nas áreas administrativa, civil e penal;

e) para a proteção em concreto devem ser tomadas providências de cautela pelos empresários, desde a criação à utilização das embalagens que, inexistentes ou inoperantes, devem suscitar, necessariamente, o ingresso em juízo, na defesa desses importantes componentes de seu patrimônio incorpóreo.

# Contratos estipulados por computador: declaración de voluntad. Forma y momento de su perfeccionamiento

Dr. DANIEL E. MOEREMANS  
y CARLOS E. SALTOR

## SUMARIO

- I. *Introducción.*
- II. *Concepto de declaración de voluntad entre ausentes y presentes.*
- III. *Reglas que se aplican a cada una de estas clases de manifestaciones de voluntad.*
  1. *Oferta.*
    - a) *Retracción.*
    - b) *Muerte e incapacidad sobreviniente del oferente.*
  2. *Aceptación.*
    - b) *Muerte e incapacidad sobreviniente del aceptante.*
- IV. *Contratos estipulados por computador.*
  1. *El computador está programado algorítmicamente para realizar la contratación.*
  2. *El o los computadores funcionan como dos terminales conectadas entre sí.*
    - a. *A través de línea punto a punto.*
      - aa) *La comunicación es recibida por un operador.*
      - bb) *Un operador se comunica con un banco de datos.*
    - b. *A través de red arpac.*
      - aa) *En forma sincrónica con protocolo x25.*
      - bb) *En forma asincrónica con protocolo x28.*
        - 1) *En forma directa.*
        - 2) *A través de la red conmuta telefónica.*
      - cc) *Correo electrónico.*
    - c. *Comunicación directa a través de línea telefónica común.*

## I. Introducción

En materia de contratación informática e no informática<sup>(1)</sup>, el avance de las comunicaciones y de la microelectrónica ha gerado cambios en la forma de estipulación y de conclusión de los contratos. La telemática, ciencia que reúne a las telecomunicaciones y a la informática, ha producido un impacto en la sociedad, al posibilitar salvar las distancias físicas en la comunicación entre dos personas, entre una persona y un banco de datos o entre una persona y una terminal de datos. Así en la actualidad cada día gana más terreno la contratación de objetos o servicios por medios telemáticos. Desde un contrato bancario hasta la compra de verduras en el supermercado del barrio puede ser perfeccionada a través de aquéllos<sup>(2)</sup>. Al respecto, el primer problema con el que nos confrontamos es saber cuando se perfeccionan las declaraciones de voluntad de las partes, lo que nos llevará a la problemática de las declaraciones de voluntad entre presentes y entre ausentes<sup>(3)</sup>.

## II. Concepto de declaración de voluntad entre ausentes y presentes

Para determinar cuando tiene lugar una declaración de voluntad entre ausentes un sector de la doctrina afirma que hay que atenerse a la distancia física entre las partes contratantes. Pero, como apunta López de Zavalía<sup>(4)</sup>. Todo dependería en definitiva de la magnitud de la distancia, ya que distancia existe siempre entre las partes contratantes. Para otro sector lo caracterizante sería el medio utilizado para expresar la voluntad. En este sentido expresa Larenz<sup>(5)</sup> que estamos en presencia de una declaración de voluntad entre ausentes cuando ella se encuentra contenida en una carta o telegrama y también cuando a pesar de haberse realizado verbalmente, la misma es transmitida a través de un mensajero. Otra opinión conjuga ambos elementos mencionados (distancia y medio utilizado para exteriorizar la voluntad) para conceptualizar las declaraciones de voluntad entre ausentes. Así Spota<sup>(6)</sup> sostiene que un contrato es entre ausentes cuando las

---

(1) Entendemos por contratos informáticos aquellos que alcanzan todas las transacciones que directa o indirectamente tienen por objeto cualquier tipo de bienes informáticos. Por lo tanto consideramos que los contratos por computador o sistemas telemáticos pueden tener como objeto cualquier tipo de bienes o prestaciones. Véase Tortras Bosch, *Los Contratos Informáticos*, Facultad de Derecho ICADE, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1988, p. 261; Altmark, *La etapa precontractual en los contratos informáticos*, Buenos Aires, 1987, pp. 6 y ss.

(2) *Enciclopedia Práctica de la Informática*, Editorial Nueva Lente, Octubre de 1984, p. 901.

(3) Esta clasificación es importante para determinar en que momento un contrato fué concluído, cuál es el tribunal competente, a partir de que momento puede exigirse las prestaciones contractuales, cuando no se precisó un plazo cierto para ello, y también para determinar el plazo de prescripción.

(4) López de Zavalía, *Teoría de los Contratos, Parte Gral*, Buenos Aires, 1986, pp 119 y ss.

(5) Larenz, *Allgemeiner Teil des BGB*, Munchen 1977, p. 245.

(6) Spota, *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*, T. 1, Buenos Aires, 1981, pp. 119 y ss.

partes no se encuentran en el mismo lugar, a pesar de que pueden encontrarse en la misma ciudad, cuando utilizan un medio de exteriorización de la voluntad como es el correo o un mensajero. Dickmann<sup>(7)</sup> afirma que no es suficiente cuando uno define al ausente como la persona que se encuentra separada físicamente de otra en un espacio determinado. Es necesario además que las partes no utilicen para manifestar sus voluntades un medio comunicante tal que les permita conocer la declaración de voluntad de la otra inmediatamente. En concreto, "ausentes" en sentido jurídico serían aquellas personas entre las cuales no tiene lugar un inmediato y rápido intercambio de opinión. López de Zavalía<sup>(8)</sup> afirma que lo caracterizante no es la distancia física sino la distancia jurídica. Se las partes se encontraran frente a frente pero separadas por una línea de frontera, no abría ninguna distancia física, pero sí una distancia jurídica que haría surgir nuevos problemas como por ejemplo los de colisión de normas.

Más que de contratos entre ausentes y entre presentes debe hablarse de declaraciones de voluntad de una u otra especie<sup>(9)</sup>. Por otro lado la distancia jurídica es importante a los efectos de colisión de normas (Derecho Internacional Privado, Interdepartamental o Intemporal). Pero, los problemas que la ley quiere resolver cuando se plantea el tema de la declaración de voluntad entre "ausentes" se refieren a aquellos casos en que no pueden esperar una respuesta inmediata debido al medio comunicante utilizado para realizar la manifestación de voluntad, medio que impide al destinatario de la declaración conocerla en forma inmediata.

### III. Reglas que se aplican a cada una de esas clases de manifestaciones de voluntad

En nuestro derecho la doctrina no es pacífica acerca del momento perfeccionante de la declaración de voluntad<sup>(10)</sup>. Existen diversas posiciones. La dominante sostiene que nuestro codificador aceptó la teoría de la expedición pero con atenuaciones hacia la del conocimiento (Arts. 1154,

(7) Dickmann, *Vertrage Unter Abwesenheit nach dem Handelsgesetzbuch*, Dusseldorf; 1959, p. 11.

(8) López de Zavalía, *ob. cit.* (nota 4), pp. 119 y ss.

(9) Véase al respecto el Código Civil Alemán (BGB) por ej. el Parágrafo 130.

(10) Así por ej. Salvat (*Tratado de Derecho Civil Argentino*, Buenos Aires, 1946, p. 40) sostiene que el codificador ha seguido un sistema intermedio: el contrato se considera perfeccionado cuando ha llegado a conocimiento del proponente, pero una vez que esta condición se cumple, sus efectos se retrotraen al momento de la expedición. Llerena (*Código Civil Argentino, concordancias y comentario*, Buenos Aires, 1931, p. 223) adopta un sistema dual: Para el proponente el contrato se perfecciona desde el momento en que el aceptante manda la aceptación. Para el aceptante desde que la aceptación llega a conocimiento del proponente. Sobre las distintas teorías véase López de Zavalía, nota 4, p. 120; Crivellari Lamarque, "Contratos entre ausentes", en *Contratos, Cátedra de Derecho Civil del Dr. Federico Escalada*, Buenos Aires, 1971, p. 333; Llambías/Alterini, *Código Civil Anotado*, Tomo III-A, Buenos Aires, 1982, pp. 40 y ss.; Falbo, *El Contrato entre ausentes en el Código Civil Argentino*, La Plata, 1955, pp. 71 y ss.; Moisset Iturraspe, *Manual de Derecho Civil, Contratos*, Buenos Aires, 1961, pp. 153 y ss.



1149, y 1155 del c.c.)<sup>(11)</sup>. Esta opinión es según nuestro criterio correcta. La regla se desprende del art. 1154 c.c. Este art. reza: "la aceptación hace solo perfecto el contrato desde que ella se hubiese mandado al proponente". El principio plasmado en este artículo no es solo aplicable a la aceptación sino también a la oferta. Ello implica que el oferente debe gozar de capacidad, poder de disposición, etc. en el momento del envío de la oferta. Ahora bien con relación a la oferta y a la aceptación nos podemos preguntar si las partes pueden retractar su manifestación de voluntad (si la oferta y la aceptación son vinculantes) y si dichas manifestaciones son autónomas, es decir qué efectos producen la muerte y la incapacidad sobreviniente de las partes. Para contestar estas preguntas debemos distinguir por un lado entre la oferta y la aceptación y por otro entre la retractación y los casos de muerte e incapacidad sobreviniente.

## 1. *Oferta*

### a) *Retractación*

El art. 1150 cc establece que las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas, es decir hasta que la aceptación haya sido enviada al oferente (art. 1154 cc). Para que la retractación sea válida debe haber sido enviada, conforme al art. 1154 cc. Ello significa que en nuestro sistema, que se basa en la concepción clásica de la autonomía de la voluntad, la existencia de la oferta depende exclusivamente de la voluntad del oferente. El fundamento del precepto residiría<sup>(12)</sup> en la consideración de que si el proponente perdiese su facultad de revocación se vería gravemente comprometido frente al destinatario que mantiene su libertad de decisión<sup>(13)</sup>.

### b) *Muerte e incapacidad sobreviniente del oferente*

El art. 1149 cc reza: "La oferta quedará sin efecto alguno si una de las partes falleciere, o perdiere su capacidad para contratar...". Para que se produzca la caducidad de la oferta debe haberse producido la muerte o sobrevinido la incapacidad antes que el oferente hubiera tomado conocimiento de la aceptación. El codificador se aparta de la teoría de la

(11) Véase al respecto López de Zavalía, ob. cit. (nota 4) p. 121; Borda, Tratado de Derecho Civil, Contratos I, Buenos Aires, 1979, p. 49.

(12) Fontanarrosa, Derecho Comercial Argentino, T. II, Doctrina Gral de los Contratos Comerciales, Buenos Aires, p. 65; Llambías/Alterini, ob. cit. (nota 10) pp. 40 y ss.

(13) Esta opinión no nos parece correcta. Si bien es cierto que el oferente cuando pierde la facultad de revocación ve su situación comprometida, también es cierto que es él el que puso en movimiento la mecánica contractual y por lo tanto es él el que debe soportar el riesgo. Además no vemos de que podría quejarse el oferente, ya que en sus manos estaría la facultad de aclarar que en realidad su manifestación de voluntad debe ser interpretada como invitación a ofertar y no como una oferta. De todos modos lo cierto es que según nuestro derecho vigente, el oferente puede revocar la oferta. Esta solución como veremos más adelante no es responde a diversas situaciones y su aceptación no es minoritaria en el derecho continental y aceptada unánimemente en el derecho anglo-americano.

expedición, receptando en este supuesto la de la información. Sin embargo, no deja desprotegido a la otra parte que hubiera aceptado la oferta y que a raíz de ello hubiera hecho gastos o sufrido pérdidas, ya que conforme al art. 1156 cc puede reclamar el interés negativo. En el caso del art. 1150 2.º párrafo, la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente carece de efecto alguno, siempre que ocurra con posterioridad a la aceptación de la renuncia o de haber enviado su oferta obligándose a mantenerla por un cierto plazo. Es decir, en estos casos la oferta deviene autónoma, a no ser que de su propia naturaleza, resulte lo contrario, como si fuera personalísima (14).

## 2. Aceptación

b) El art. 1155 cc establece que el aceptante de la oferta puede retractar su aceptación antes que ella haya llegado al conocimiento del proponente. Si la retractase después de haber llegado a conocimiento del proponente debe satisfacer a este las pérdidas e intereses que la retractación causare, si el contrato no pudiere cumplirse de otra manera, estando ya aceptada la oferta. En la primera parte del artículo el legislador deja otra vez de lado el principio de la expedición, receptando el de la información. La segunda parte del artículo tiene una redacción poco feliz, ya que en tal supuesto el contrato ha sido concluído cualquiera sea la teoría que se sostenga. Es por eso que la doctrina ha sostenido (15) que este dispositivo es sobreaudante o inútil. Otros, en cambio (16), para darle una explicación al párrafo que se analiza, sostienen que no sería absurdo suponer, como una derogación a los principios. Y como una concesión excepcional a la teoría de la información, que valga una retractación de la aceptación enviada antes de que el proponente tenga noticias de esta última, y que llegue después de este conocimiento. En este caso quedaría el contrato aniquilado, y el proponente que ignorando la retractación hubiera hecho gastos o sufrido pérdidas, estaría protegido por el art. 1156 cc.

### b) Muerte o incapacidad sobreviniente del aceptante

El art. 1149 cc establece que caduca la oferta si el aceptante fallece o sobreviene su incapacidad antes de haber aceptado, es decir antes de haber enviado la aceptación. La razón de dicha regulación la expone el legislador en la nota al art. 1149 cc. El sostiene que los herederos de aquel a quien da proposición se ha dirigido, no tienen derecho a aceptar la propuesta con efecto respecto al proponente, porque pueden mediar consideraciones personales al tratarse de un contrato, y porque no es lo mismo obligarse, o que se obligue una sola persona, o que sean varias las que de-

(14) Fontanarrosa, ob. cit. (nota 12) p. 67; Llambías/Alterini, ob. cit. (nota 10), pp. 40 y ss.; Ovsejevich, El consentimiento y sus términos en: Contratos, Cátedra de Derecho Civil del Dr. Federico Escalada, Buenos Aires, 1971, p. 292.

(15) Salvat, ob. cit. (nota 10), p. 40; Llambías/Alterini, ob. cit. (nota 10), pp. 40 y ss.

(16) López de Zavalía, ob. cit. (nota 4), p. 133; Llambías/Alterini, ob. cit. (nota 10) pp. 40 y ss.; Ovsejevich ob. cit. (nota 14), p. 296.

ban cumplir el contrato. Este argumento no parece convincente, porque la misma situación se presenta cuando el aceptante después de haber enviado la oferta fallece o sobreviene su incapacidad. Sin embargo en este caso el contrato queda perfeccionado.

#### IV. *Contratos estipulados por computador*

Debido a la carencia de regulación específica en nuestro derecho sobre el tema que nos ocupa, hay que aplicar *mutatis mutandi* los principios generales teniendo en consideración las distintas hipótesis que se pueden plantear.

En efecto, cuando el negocio se realiza por intermedio de un computador, se pueden presentar dos supuestos netamente diferenciados entre sí:

##### 1. *El computador está programado algorítmicamente para realizar la contratación*

Es el supuesto de las máquinas de expendio automático. En este caso, consideramos que hay una autorización para autocontratar dirigida al público (17). Las cosas están dispuestas de tal manera que cualquiera del público puede concluir y cumplir el contrato. El computador es el instrumento de una autorización, y al servirse de él, el cliente contrata en nombre propio y en el del titular de la máquina. El titular deja la mercadería para que la tome quien use el computador (18), y el cliente hace la tradición del precio depositándolo en el lugar en que se encuentra a la exclusiva disposición de aquel (19). También ocurre algo similar en el caso de los cajeros automáticos. Estos son un instrumento para realizar una transferencia electrónica de fondos (14), lo que presupone un convenio que regla la relación interna de los bancos adheridos a la respectiva red y un contrato de adhesión que celebran la red y el banco emisor de la tarjeta con los usuarios. El usuario tiene derecho a efectuar desde el cajero automático las operaciones que autoriza el contrato de adhesión que estipuló previamente con el banco. (20)

En ambos casos la declaración de voluntad del oferente es entre ausentes, mientras que la declaración del aceptante y la conclusión del contrato tiene lugar entre presentes, es decir, en el momento en que el cliente introdujo la moneda o la tarjeta en la máquina, aceptó la oferta para celebrar la autocontratación y el contrato quedó perfeccionado, siendo aplicable en lo demás, las reglas que regulan este tipo de manifestación.

(17) López de Zavalía, ob. cit. (nota 4), pp. 119 y ss.

(18) Doctrina del art. 2529 "Si las cosas abandonadas por sus dueños lo fueren para ciertas personas, estas personas únicamente tendrán derecho para apropiárselas...".

(19) Doctrina del art. 2386 "La tradición quedará hecha aunque no esté presente la persona a quien se hace..."; López de Zavalía, (nota 4), pp. 119 y ss.

(20) Art. 796 del Código de Comercio "Las partes fijarán la tasa de interés, comisión y todas las demás cláusulas que establezcan las relaciones jurídicas entre el cliente y el banco".

## 2. *El o los computadores funcionan como dos terminales conectadas entre si*

La comunicación se realiza por una línea de teléfono o una red de comunicaciones telemáticas, a las cuales se encuentran enfrentadas una o más personas (21).

Basicamente existen tres alternativas de conexión entre computadores:

### a. *A través de línea punto a punto* (22)

El perfeccionamiento de las voluntades negociales va a variar según la forma en que es recibida la comunicación:

aa) La comunicación es recibida por un operador. Hay dos terminales con un operador en cada una de ellas. Este supuesto sería similar al de

(21) Ver Giannantonio, Ettore, "Transferimenti elettronici dei fondi e autonomia privata", Giuffrè Editore, Milano, 1986, p. 6; Orzabal Josefina, "Transferencia Electronica de Fondos y protección del usuario" Ponencia presentada en las III Jornadas Nacionales de Derecho Informático, Buenos Aires, 1988, p. 333.

(22) En este supuesto hay que distinguir entre las formas de comunicación que emplee el usuario. Estas pueden ser sincrónica (con protocolo x25) o asincrónica (con protocolo x28).

#### a) *Forma sincrónica. Protocolo de comunicación x25.*

La comunicación a través de un protocolo x25 no es la habitualmente aplicada por los usuarios comunes de redes de comunicación telemática. Este tipo de protocolo es empleado por bancos de datos o empresas que brindan información en línea (SAIJ, ACAMATICA, DELPHI etc.) Este protocolo permite al que lo posee comunicarse con otros que tienen uno idéntico, funcionando tanto como emisor o receptor en la conexión y comunicación. A través de un x25 no se usa la red telefónica en ningún momento. El enlace con la red ARPAC por protocolo x25 se realiza en forma directa mediante un acceso que ENTEL debe instalar en el domicilio del usuario.

#### b) *Forma asincrónica. Protocolo de comunicación x28.*

Es el utilizado normalmente por los usuarios comunes de redes telemáticas. A diferencia del anterior puede estar conectado en forma directa, o a través de la red conmutada telefónica.

1. En forma directa. Es muy parecida a la comunicación con x25, el usuario debe solicitar a ENTEL la instalación de un acceso en su domicilio. Se diferencia con la forma asincrónica en la velocidad de comunicación, que con protocolo x28 es considerablemente más lenta.

2. A través de red conmutada telefónica. ENTEL tiene habilitados una serie de números telefónicos para ingresar a la red ARPAC mediante una simple llamada telefónica. No se requieren instalaciones especiales por parte de ENTEL, lo cual permite realizar el enlace en forma inmediata, contando solamente con una línea telefónica ordinaria. El usuario de esta forma de comunicación también puede realizar el enlace sin pasar por la red ARPAC, entrando por la línea telefónica ordinaria al computador destino. Es más económica la comunicación, especialmente a larga distancia, cuando se la efectúa a través de red ARPAC.

dos personas que se comunican telefónicamente <sup>(23)</sup>, es decir, los operadores se comunican en el mismo momento y pueden obtener una contestación instantánea. El contrato así celebrado sería un contrato entre presentes siendo de aplicación en este tipo de manifestación las disposiciones referentes al perfeccionamiento de la declaración de voluntad de este tipo, en especial lo establecido en el art. 1151 cc que establece en su primera cláusula: "la oferta o propuesta hecha verbalmente no se juzgará aceptada si no lo fuese inmediatamente . . .".

bb) Un operador se comunica con un banco de datos, es decir, su declaración de voluntad no es recibida por otro operador, sino que se encuentra con información estructurada algorítmicamente de tal forma que él mismo puede encontrar lo que necesita <sup>(24)</sup>. En esta hipótesis se presenta una situación similar a la de las máquinas de expendio automático. Las ofertas en línea son según nuestra opinión, una autorización para autocontratar dirigida al usuario. Las cosas están dispuestas de tal manera que cualquier usuario puede concluir el contrato. El sistema con la información en línea es el instrumento de una autorización, y al aceptar algunas de las ofertas, el usuario contrata en nombre propio y el del titular del banco de datos. El oferente deja la oferta en línea, para que pueda ser aceptada o tácitamente rechazada por quien ingrese al sistema (doctrina del art. 2529 cc). El cliente puede entonces rechazar tácitamente la oferta cerrando la comunicación sin hacer ningún pedido, o aceptar indicando la cantidad y el código del artículo requerido.

La declaración de voluntad del oferente se perfecciona cuando manda la orden para hacer ingresar al banco de datos los bienes y servicios que él ofrece (doctrina del art. 1154 cc). El puede revocar la oferta mientras la misma no haya sido aceptada, es decir, hasta que el cliente manda la orden para hacer ingresar al banco de datos su pedido. Hasta ese momento puede el oferente revocar la autorización y la oferta, por ejemplo eliminando el bien o servicio de la lista del banco de datos. El usuario acepta cuando ingresa el pedido del artículo o servicio y puede teóricamente retractar su aceptación mientras no haya llegado a conocimiento del oferente. Sin embargo, en la práctica, dada la velocidad del medio utilizado, dicha retractación es casi imposible, porque el oferente toma conocimiento casi

(23) Este tipo de líneas dedicadas a la transmisión de datos son de dos (2) o cuatro (4) hilos y su instalación debe gestionarse ante ENTEL, quien se encarga de tenderla entre dos computadores.

(24) En cuanto a los contratos por teléfono se discutió en la doctrina si los mismos son entre presentes o entre ausentes. Algunos autores consideran que dichos contratos en cuanto al tiempo son entre presentes, pero desde el punto de vista del lugar de celebración, son contratos entre ausentes. Nosotros consideramos que los mismos deben ser considerados entre presentes y por lo tanto la aceptación debe ser dada de inmediato. Excepcionalmente debe considerarse entre ausentes si del otro lado de la línea responde un contestador automático. Salvat, Tratado de Derecho Civil, p. 37; Spota, Instituciones del Derecho Civil, Contratos T.1, Buenos Aires, 1981, p. 288; Crivellari Lamarque: Contratos entre ausentes en: Contratos, cátedra de Derecho Civil del Dr. Federico Escalada, Buenos Aires 1971, p. 323.

inmediato de la aceptación. Si bien la declaración de voluntad del oferente es entre ausentes, la declaración del aceptante es entre presentes, lo mismo que la conclusión del contrato; siendo de aplicación los principios antes señalados.

b. *A través de red ARPAC* <sup>(25)</sup>

Las declaraciones de voluntad por intermedio de esta red se perfeccionan de distintas maneras:

aa) En forma sincrónica con protocolo x 25. Entre dos protocolos de comunicación x 25 se presentan las hipótesis analizadas precedentemente según que haya dos terminales con un operador en cada una de ellas, o con un operador que se comunica con un banco de datos. Se aplican reglas similares, a los casos planteados en supra A. — IV. — 2. — aa) y bb).

bb) En forma asincrónica con protocolo x 28. El acceso a la red ARPAC con protocolo x 28 puede realizarse de dos maneras:

1) *En forma directa*

Pueden darse las mismas hipótesis analizadas en supra A. — IV. — 2. — a) aa) y bb). En cuyo caso son de aplicación las reglas ya mencionadas.

2) *A través de la red conmutada telefónica* <sup>(26)</sup>

Se presenta este supuesto cuando el enlace se realiza entre un protocolo x 28 y un protocolo x 25; la comunicación debe ser iniciada siempre por la terminal que posee el protocolo x 28. Desde esta terminal el flujo de datos se transmite por la red telefónica (después de ser discado el número del nodo público de la red de transmisión de datos, ARPAC) hasta el acceso a la red ARPAC y desde allí parte a la terminal o banco de datos con la que se desea comunicar. Si bien el sistema de ingreso es diferente, las declaraciones de voluntad se perfeccionan en los mismos momentos que vimos anteriormente, según que haya dos terminales con un operador en cada una de ellas, o con un operador que se comunica con un banco de datos. Ver A. — IV. — 2. — a) aa) y bb).

cc) *Correo electrónico* <sup>(27)</sup>

Cada usuario tiene una clave o *password* pública y otra personal. La clave pública permite ingresar a cualquier casillero para dejar un mensaje,

(25) No nos referimos a bancos de información, sino a aquellos en los que se ofertan bienes o servicios en línea.

(26) ARPAC es el nombre de la red nacional de transmisión de datos por paquetes. Esta red es de conveniencia para el usuario de comunicaciones telemáticas, ya que la facturación de este servicio se realiza únicamente en función de la cantidad de paquetes de información transmitidos, independientemente de las distancias entre los equipos terminales.

(27) ENTEL tiene habilitados una serie de números telefónicos para ingresar a la red mediante una simple llamada telefónica. Para poder conectarse a la red usando esta modalidad no se requieren instalaciones especiales por parte de ENTEL, lo cual permite realizar el enlace contando solamente con una línea telefónica ordinaria.

pero el único que puede retirarlo, es el destinatario, haciendo uso de su clave privada. De esta forma se logra seguridad y privacidad en el tráfico de mensajes. En este caso estamos frente a una situación muy parecida a la que se plantea en los contratos perfeccionados a través de correspondencia, ya que la comunicación no va a ser instantánea y al respecto se pueden señalar cuatro momentos distintos en que la voluntad puede perfeccionarse:

1) el de la inscripción del mensaje en el casillero. (Teoría de la exteriorización.)

2) el del ingreso del mensaje en el casillero (cuando luego de tipear el mensaje, se presiona la tecla enter). (Teoría de la expedición.)

3) el momento en que el mensaje queda en el casillero, a disposición del destinatario. (Teoría de la recepción.)

4) el momento en que el destinatario toma conocimiento del mensaje. (Teoría de la información o del conocimiento.)

En nuestro derecho se aplica, como dijimos, la teoría de la expedición. La declaración queda perfeccionada cuando el mensaje ha sido enviado, es decir, cuando la persona que inscribe el mensaje, luego de hacerlo presiona la tecla enter. Pensamos, sin embargo, que esta teoría es inconveniente en los casos de declaraciones de voluntad emitidas por computador, porque el contrato puede quedar perfeccionado sin que el destinatario de la aceptación tenga posibilidad de conocerla. Esto ocurriría cuando el mensaje luego de ser colocado se borra, o cuando el destinatario queda impedido de ingresar a su casillero por algún problema técnico ajeno a él. Es por ello que de lege ferenda propiciamos la teoría de la recepción. Según esta teoría el contrato se perfecciona cuando la aceptación ha llegado a la esfera del oferente<sup>(28)</sup>, de forma tal que éste pueda tomar conocimiento de la misma y bajo circunstancias normales se pueda contar con tal conocimiento. La declaración se perfeccionaría cuando queda a disposición del destinatario en su casillero. Esta teoría no exige que el oferente tome conocimiento efectivo del contenido del mensaje, sino simplemente que él esté en condiciones de conocer la aceptación.

### *c. Comunicación directa a través de la línea telefónica común*

La comunicación no ingresa a la red ARPAC. En equipo necesario para este tipo de comunicación son dos computadores con un protocolo x 28 cada uno, conectados entre sí por la línea telefónica. En este caso la comunicación es interactiva e instantánea, por lo tanto pensamos que las declaraciones de voluntad son entre presentes, ya que, las partes pueden esperar una respuesta inmediata. Por lo tanto, es de aplicación el art. 1151 c.c. primera parte que establece "la oferta o propuesta hecha verbalmente no se juzgará aceptada si no lo fuese instantáneamente", y los demás principios aplicables a las declaraciones de voluntad entre presentes.

(28) El correo electrónico es un sistema de mensajería en el que las personas que se comunican por él deben estar adheridas como usuarios. Se ingresa a él a través de la red ARPAC.

# A ação civil pública no Estatuto da Criança e do Adolescente

HUGO NIGRO MAZZILLI

## 1. O que é ação civil pública

O primeiro texto legal a mencionar a expressão “ação civil pública” foi o art. 3.º, III, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Complementar federal n.º 40, de 13-12-1981). A expressão, porém, só veio a ser consagrada na Lei n.º 7.347/85, que cuidou da defesa do meio ambiente, do consumidor e de valores culturais.

A seguir, a Constituição Federal de 1988, abandonando a fórmula de *numerus clausus*, conferiu a ação civil pública ao Ministério Público para defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

Seguiram-se diversas leis ordinárias, no mesmo sentido, como a Lei n.º 7.853/89 (para defesa das pessoas portadoras de deficiência), a Lei n.º 7.913/89 (de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários), e, por fim, a Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Na sua criação, com “ação civil pública”, por certo se queria apenas distinguir a ação de objeto não-penal, proposta pelo Ministério Público. Tratava-se de enfoque nitidamente *subjetivo*, baseado na titularidade ativa de qualquer ação civil, sem objeto mais específico, desde que proposta pelo Ministério Público.

---

Palestra realizada em 14-8-90, na Escola Paulista do Ministério Público.



Tanto a Lei n.º 7.347/85, como as leis posteriores, e a própria Constituição, ao disciplinarem a “ação civil pública”, não a restringiram à iniciativa do Ministério Público.

*Ação civil pública* passou a significar não só a ação ajuizada pelo Ministério Público, como a ação proposta por outros legitimados ativos — pessoas jurídicas de direito público interno, associações e outras entidades — desde que seu objeto fosse a tutela de interesses difusos ou coletivos (agora um enfoque *subjetivo-objetivo*, baseado na titularidade ativa e no objeto específico da prestação jurisdicional).

O conceito de ação civil pública alcança hoje, portanto, mais que as ações de iniciativa ministerial; é útil, contudo, dar atenção especial a estas últimas, porque, ordinariamente, é o Ministério Público quem toma a iniciativa de sua propositura. Em se tratando das ações de que cuida o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), em regra seu ajuizamento cabe aos órgãos do Ministério Público investidos nas funções de Curadoria de Menores (os quais, nas novas Leis Orgânicas do Ministério Público, certamente officiarão perante os Juizes da Infância e da Juventude, sendo provável que venham a chamar-se os Curadores da Infância e da Juventude, cf. arts. 146 e 148, IV, do Estatuto).

## 2. *O que são interesses difusos*

Partindo de uma distinção já propiciada pelos estudos de Carnelutti, Renato Alessi procurou distinguir duas facetas do interesse público.

O *interesse público* identifica o bem geral, ou seja, o interesse da coletividade como um todo: esse é o que se pode chamar de *interesse público primário*.

Já o interesse público visto pelo Estado é o que se pode chamar de *interesse público secundário*.

Embora naturalmente fosse desejável a perfeita e permanente coincidência entre o interesse público secundário e o interesse público primário, é mais do que claro para todos nós que o interesse do Estado como pessoa jurídica nem sempre coincide com o interesse público primário.

Assim, a decisão de construir uma usina nuclear neste ou naquele lugar pode ou não, efetivamente, ser opção segura em prol da população; a decisão de inundar mais cedo ou mais tarde uma vasta região de terras,

para construir uma usina hidrelétrica pode ser mais ou menos acertada, sob o ângulo do interesse geral. As ações populares estão aí a confirmar o exemplo de que nem sempre o interesse público, visto pelo administrador, coincide com o verdadeiro interesse da coletividade.

Confundem-se antes com o interesse público primário os mais autênticos interesses difusos (o exemplo, por excelência, do meio ambiente); e, num sentido lato, também os interesses que, posto reflexamente, atinjam toda a sociedade (nesse sentido, até mesmo o interesse individual, se indisponível, deve ser considerado interesse público).

Por *difuso* se quer, exatamente, entender o interesse de um grupo ou de grupos menos determinados de pessoas, entre as quais não haja vínculo jurídico ou fático muito preciso.

Por sua vez, interesse *coletivo* é o que abrange categoria determinada ou pelo menos determinável de indivíduos, como a dos associados de uma entidade de classe.

Assim como ocorre com o interesse individual indisponível, também o interesse coletivo, se indisponível, está inserido naquela noção mais abrangente de interesse público.

Todas estas noções introdutórias são indispensáveis para conceituar o que seja ação civil pública, ainda que com o escopo mais específico de situá-lo dentro do campo de abrangência do Estatuto da Criança e do Adolescente.

### 3. *Legitimação ordinária e extraordinária*

Ainda no campo introdutório deste estudo, é necessário anotar que a clássica maneira de buscar em juízo a defesa de interesses dá-se por meio da chamada *legitimação ordinária*, ou seja, o lesado defende seu próprio interesse.

Em nosso sistema jurídico, fica limitada a hipóteses excepcionais a chamada *legitimação extraordinária*, ou seja, a possibilidade de alguém, *em nome próprio*, defender interesse alheio (art. 6.º do CPC). Quando isso ocorre, configura-se verdadeira *substituição processual*, inconfundível com a *representação*, pois nesta última alguém, *em nome alheio*, defende o interesse alheio.

Em matéria de interesses coletivos e difusos, antes das já citadas leis — Lei n.º 7.347/85 (Lei da ação civil pública, de proteção ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio cultural), Lei n.º 7.853/90 (Lei da ação civil pública de proteção às pessoas portadoras de deficiência), Lei n.º 1.913/89 (Lei da ação civil público para proteção dos investidores no mercado mobiliário) e Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) —, poucas fórmulas havia para a defesa global em juízo dos ditos interesses coletivos e difusos (como a ação popular e as ações cíveis propostas pelo Ministério Público). Nesses casos, a legitimação ordinária nem mesmo seria praticável, pois não seria viável o comparecimento de todos os lesados a juízo.

No caso dos conflitos de interesses difusos, mister se tornou encontrar uma fórmula que, dentro da tradição de nosso Direito, também desse acesso ao Judiciário.

Essa fórmula foi a *ação civil pública*.

#### 4. *A defesa de interesses difusos e coletivos na área de proteção à criança e à juventude*

À vista dos bons frutos da Lei n.º 7.347/85, a Constituição de 1988 não só ampliou o rol dos legitimados ativos para a defesa dos interesses transindividuais, como alargou as hipóteses de cabimento da sua tutela judicial (v.g, art. 5.º, XII — que confere às entidades associativas a representação de seus filiados em juízo ou extrajudicialmente; art. 5.º, LXX — que cuida do mandado de segurança coletivo; art. 8.º, III — que confere aos sindicatos a representação judicial ou administrativa dos interesses coletivos ou individuais da categoria etc.).

Analisando os principais direitos ligados à proteção da infância e da juventude, como foram elencados pelo art. 227, *caput*, da Constituição da República, vemos que a indisponibilidade é sua nota predominante, o que torna o Ministério Público naturalmente legitimado à sua defesa (art. 127 da CR).

Com efeito, diz o art. 227 da Constituição ser “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à

convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

A análise do Estatuto da Criança e do Adolescente, como um todo, reforça esta conclusão, seja quando cuida dos seus direitos fundamentais (arts. 7.º e s.: direito à vida e à saúde; à liberdade, ao respeito e à dignidade; à convivência familiar e comunitária; à educação, ao esporte e ao lazer; à profissionalização e à proteção no trabalho), seja quando cuida dos seus direitos individuais (arts. 106 e s.).

##### 5. *Hipóteses de ações civis públicas*

A atuação do Ministério Público, na área de proteção da criança e da juventude, pode dar-se pela propositura de inúmeras ações civis públicas.

Inicialmente, não se pode afastar a possibilidade de ajuizamento de representações interventivas ou de ações diretas de inconstitucionalidade de norma federal, estadual ou municipal (até mesmo por omissão) ou, ainda, de ajuizamento de mandado de injunção, quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais.

Também deve ser lembrado o importante papel fiscalizador exercido pelo Ministério Público quanto aos gastos públicos, às campanhas, aos subsídios e investimentos estatais ligados à área em exame.

Igualmente, devem ser consideradas as ações civis públicas destinadas a proteger a criança e o adolescente enquanto destinatários de propaganda ou na qualidade de consumidores (arts. 77-82 do Estatuto e Lei n.º 7.347, de 1985).

Pelo novo Estatuto, regem-se pelas disposições da Lei n.º 8.069/90 as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não-oferecimento ou oferta irregular:

- do ensino obrigatório;
- de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;
- de atendimento em creche e pré-escola;
- de ensino noturno;

- de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde;
- de serviço de assistência social;
- de acesso às ações e serviços de saúde;
- de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade (cf. art. 208).

Como exemplos concretos, podem ser mencionadas as seguintes ações civis públicas:

a) contra a Fazenda Pública e os empregadores em geral, para assegurar condições de aleitamento materno (art. 9.º);

b) contra a Fazenda Pública para assegurar condições de saúde e de educação (arts. 11 e § 2.º, e 54, § 1.º);

c) contra hospitais, para que cumpram disposições do Estatuto (art. 10);

d) contra empresas de comunicação (arts. 76 e 147, § 3.º);

e) contra editoras (arts. 78-79 e 257);

f) contra entidades de atendimento (arts. 97, parágrafo único; 148, V; 191);

g) contra os próprios pais ou responsáveis (arts. 129, 155, 156);

h) de execução das multas (art. 214, § 1.º).

Reiterem-se, enfim, duas questões fundamentais, assim interpretadas num contexto que concorre para melhor proteção da criança e do adolescente.

De um lado, a enumeração de ações civis públicas de iniciativa ministerial é meramente exemplificativa, haja vista a norma residual ou de extensão contida não só no art. 201, VI, do Estatuto, como no art. 129, III, da Constituição Federal.

De outro, nessa área, não é nem poderia ser exclusiva a legitimidade ativa do Ministério Público (arts. 201, § 1.º, e 210 do Estatuto; art. 129, § 1.º, da CR): sua iniciativa não exclui a de terceiros, na forma da lei.

# Recurso adesivo e ordem constitucional: são compatíveis?

JOSÈ PITAS

Juiz do Trabalho de Franca e mestrando pela Faculdade de Direito da UNESP — SP

## I. Introdução

No II Congresso Brasileiro de Direito Processual do Trabalho, promovido pela Ltr e pela Faculdade de Direito de São Paulo, em julho de 1990, o jovem professor e juiz do trabalho, Manoel Antônio Teixeira Filho, elaborou e expôs tese de incompatibilidade entre o Recurso Adesivo e a Ordem Constitucional.

Desafiado pela insigne tese apresentada, gostaria de expor alguns argumentos que, sob o presente e subjetivo entendimento, tornam insubsistentes os fundamentos inovadores do admirável juslaboralista.

## II. Tese defendida

O ponto principal da fundamentação da tese, em exame, assenta-se na afirmação de que, vencidos autor e réu e transcorrido o prazo para recurso em relação a uma das partes, reduzir-se-á a termo este fato, mediante certidão que cristalizará em desfavor do não-recorrente a coisa julgada, especialmente em relação aos pedidos cumulados.

Enfatizou o conferencista que não se pode entender que o trânsito em julgado só possa ocorrer de forma unitária em relação ao conteúdo integral da sentença. É viável a execução definitiva de parte da sentença, enquanto a restante esteja sob reexame do tribunal.

Portanto, o permissivo ao Recurso Adesivo, interposto que é após a preclusão do apelo ordinário, vem por ferir a garantia constitucional da inviolabilidade da coisa julgada, ressalvada a via rescisória (CF, 5.º, XXXVI).

## III. Reflexões decorrentes da antítese

Tem-se por fundamental princípio informante da Ciência Processual o “postulado da instrumentalidade das formas”, cujo vetor é afinado através da teleologia dos efeitos pretendidos pelo modelo jurídico.

Por que se introduziu no ordenamento jurídico a possibilidade de se devolver a novo curso (recurso) o exame da prestação jurisdicional, adesivamente ao exercício recursal da parte *ex adversa*?

Este modelo jurídico processual forma-se etiologicamente do “princípio de celeridade processual”, outro importante postulado da processualística e tem por fim desarmar o espírito litigioso das partes, motivando-as a se satisfazerem com o provimento jurisdicional, acomodando-se à composição da lide dita pelo Estado e à conseqüente paz social.

O sistema jurídico prescreveu mecanismo desestimulador da perpetuação da lide, ao mesmo tempo em que, por equidade, resguardou ao jurisdí-

cionado o interesse de poder aderir ao exercício postulatório do adversário que não quis se conformar com a disposição normativa principal.

Não há antagonismo entre o Recurso Adesivo e a ordem constitucional.

Ao legislador ordinário compete estabelecer as regras disciplinadoras da aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição.

O Código Processual de 1973 instituiu o Recurso Subordinado ao apelo autônomo, sob os fundamentos anteriormente expostos, o que vem alterar a natureza jurídica do termo de preclusão do recurso ordinário, esvaziando deste fato processual o efeito imediato para configurá-lo sob fato dependente de condição, qual seja, a eventual interposição do Recurso Adesivo (CPC, 500).

Logo, por força do disposto no art. 500 do CPC, não tem subsistência o entendimento de que a certidão que declara a preclusão do direito de apelar da sentença gere, de imediato, o efeito de irrecorribilidade da sentença, visto que dependente de condição tal fato processual.

Outro aspecto da tese que suscita relevante dúvida é a concepção de que a sentença admita o trânsito em julgado fracionado do todo, com execução definitiva de parte dela, enquanto outra parte sobe à apreciação do tribunal recorrido.

Em relação a esse entendimento, opõe-se singelamente uma exigência de ordem pública e de ordem prática nascida da indispensável salvaguarda e certeza dos provimentos judiciais, diante da possibilidade de o tribunal, *ad quem*, ainda que por um só precedente, vir a anular determinada sentença *ex officio*.

A despeito da inadmissibilidade da reforma, *in peius*, os efeitos da sentença podem perder sua autoridade em decorrência do reconhecimento de nulidade que o tribunal venha a decretar, de ofício, por questão de ordem pública prevista em lei.

A sentença, formalização da prestação jurisdicional de primeira instância, é expressão processual indivisível. Enquanto depender do duplo grau de jurisdição não há falar-se em coisa julgada.

A prestação jurisdicional é una e, portanto, a execução deverá ser da sentença e não de parte da sentença, por questão de economia processual. É também o que se depreende da tipificação concebida pelo art. 467 do CPC que se refere à sentença (*ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere potest*).

A instrumentalidade do processo constitui a "mínima burocracia", sem a qual perde-se a principal fonte de autoridade do direito: a segurança e certeza de suas expressões.

Para execução de sentença dependente de revisão, em segundo grau de jurisdição, o ordenamento jurídico previu o instrumento da Carta de Sentença (CPC, 589), onde não se contempla a possibilidade de execução definitiva de parte de sentença. O que pode ocorrer, sob este aspecto, é

a execução definitiva de parte do pedido decorrente de conciliação parcial das partes.

Pode-se inferir que o legislador ao adotar o Recurso Adesivo visualizou a forma unitária de pedido preponderantemente presente nas controvérsias comuns, o que induziria à conclusão de que aquela medida processual só seria oponível em relação à matéria impugnada no apelo principal. Contudo, não se pode tomar por fonte de direito a vontade concreta e eventualmente defeituosa do legislador, mas deve-se pressupor que a norma jurídica presente a vontade latente, autônoma, orgânica, histórica da consciência jurídica coletiva e portanto reputar que o art. 500 do CPC dirige-se para a composição de pedidos únicos ou plúrimos, o que é inevitável nas ações em geral.

A afastar a hipótese de que o Recurso Adesivo só pode impugnar matéria ventilada no Recurso Autônomo está a própria razão de ser (*ratio*) deste modelo processual: motivar a satisfação das partes em relação à prestação jurisdicional cumprida pelo Estado, mediante a desistência de apelos parciais, o que, com igual adequação, abrange os pedidos cumulados.

Na esteira destes fundamentos caminhou o Colendo Tribunal Superior do Trabalho ao consolidar na Súmula de Jurisprudência dominante o seguinte enunciado:

“O recurso adesivo é compatível com o processo do trabalho, onde cabe, no prazo de oito dias, na hipótese de interposição de recurso ordinário, de agravo de petição, de revista e de embargos, sendo desnecessário que a matéria nele veiculada esteja relacionada com o recurso interposto pela parte contrária (Res. TST, 16/88 de 11-3-88, DJ, 18-3-88)” Enunciado 283.

O que é ainda suscetível de dúvida, a despeito da compatibilidade, é o entendimento de que haja aplicação subsidiária do art. 500 do CPC ao processo do trabalho.

E tais inquietações jurídicas são criadas pelas seguintes disposições:

“É vedado aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões já decididas, excetuados os casos expressamente previstos neste Título e a ação rescisória (...)” (CLT, 836).

O referido segmento da CLT é o Título X — Do Processo Judiciário do Trabalho (CLT, 7.653 a 910), no qual não se inclui o Recurso Adesivo.

Como, efetivamente, a novidade processual do art. 500 constitui uma prorrogação condicional do prazo para se apelar da sentença, não se revela pacífica a aplicação do referido dispositivo, em face da ausência desta previsão legal no Processo do Trabalho e ao disposto no art. 6.º da Lei n.º 5.584, de 26 de junho de 1970:

“Será de 8 (oito) dias o prazo para interpor e contra-arrazoar qualquer recurso (CLT, art. 893).”

O argumento favorável à aplicação subsidiária do art. 500 do CPC ao Processo do Trabalho sustenta-se na afirmação de que, malgrado não



estejam no rol do art. 893 da CLT, é pacífico o cabimento, v.g., dos Embargos Declaratórios e do Recurso Extraordinário no Processo do Trabalho.

Fundado no princípio constitucional do "contraditório e da ampla defesa" (CF, 5.º, LV), tende-se a admitir a aplicação subsidiária dos recursos previstos no processo comum. O que se coloca em dúvida, agora, é a subsidiariedade do art. 500 do CPC, uma vez que o aspecto inovador e relevante do novo modelo processual não reside em sua natureza recursal e sim no *efeito dilatório condicional* do prazo para exercício do direito recursal, travestido do *nomen juris* Recurso Adesivo.

Autor e réu, parcialmente vencidos, podem dar-se por acomodados à prestação jurisdicional e não recorrer. Dissolve-se o litígio. Retorna-se à paz social. Poderia, por cautela, um ou outro interpor recurso. Em razão, entretanto, da possibilidade de evento futuro e incerto (irresignação definitiva da parte e conseqüente postulação recursal) o prazo inicial é dilatado, podendo a outra parte aderir à irresignação do impetrante e apresentar, no lapso aberto para as contra-razões (sendo idêntico o prazo) o recurso subordinado à admissibilidade do outro.

Questiona-se, finalmente: vem ocorrendo, na prática, satisfação do fim colimado pelo novo modelo processual, de desestímulo à perpetuação da lide e conseqüente diminuição dos encargos aos tribunais, ou o efeito esperado foi convertido, saindo o tiro pela culatra?

#### IV. Conclusão

Não há antagonismo entre Recurso Adesivo e ordem constitucional, porque:

a) a certidão que declara o vencimento do prazo para recurso ordinário é, sob a imposição do art. 500 do CPC, materialmente um ato dependente de condição:

1) se houver conhecimento do Recurso Adesivo, os efeitos da certidão permanecerão suspensos;

2) se não houver interposição do Recurso Subordinado a certidão gera efeitos *ex tunc*;

b) por exigência de ordem prática, de segurança e autoridade da prestação jurisdicional, os efeitos da coisa julgada só incidirão na relação processual após não estar mais a sentença sujeita a recurso (de nenhuma das partes) ordinário ou extraordinário (CPC, 467), não sendo compatível com esta proposição o entendimento de coisa julgada de parte da sentença, porque sob o exame do tribunal recorrido pode, por princípio, a sentença ser considerada nula, de ofício.

É duvidosa a aplicação subsidiária do art. 500 do CPC ao Processo do Trabalho (CLT, 769), ainda que compatível a medida processual prevista, uma vez que o aspecto inovador do novo modelo processual não está na instrumentalidade do recurso e sim na dilação condicional do prazo de apelação da sentença em que autor e réu forem vencidos (Cf. CLT, 836 e Lei n.º 5.584/70, art. 6.º).

# A arte e o obsceno (\*)

EVERARDO DA CUNHA LUNA  
Catedrático de Direito Penal da Faculdade  
de Direito do Recife — UFPE

## I

A arte e os bons costumes resultam da atividade espiritual do homem, constituindo valores positivos da cultura. Bens do homem, numa determinada sociedade, protegidos por normas jurídicas que disciplinam os atos do homem socialmente considerados, tornam-se, pela proteção que recebem do Direito, *bens jurídicos*. Deste modo, fala-se, por um lado, de *propriedade artística*, de *propriedade literária*, *civil* e penalmente garantidas, e, por outro, de *bons costumes* ou *costumes* simplesmente — *bonus e mos* —, nome que, situando-se no *limite entre o individual e o coletivo* (1), compreende fatos vários que se referem à vida sexual do homem em suas relações com a sociedade. Diante, portanto, da complexidade de conteúdo do nome em questão, as sanções jurídicas não podem alcançar todas as violações dos bons costumes, como alcançam, ressalvadas as exceções previstas na própria lei, qualquer violação à propriedade artística ou literária. Aqui se pode dizer que *o costume é o rei e o tirano a lei* (2).

Entre os bens jurídicos, bens do homem acolhidos pelo Direito na vida social, sejam eles bens jurídicos conceituados com precisão rigorosa, como a *vida* e a *propriedade*, sejam eles bem jurídicos conceituados com dificuldade, como a *fé pública* e os *bons costumes*, existe uma *hierarquia* de valores; e isto tanto pela razão de método e de sistema, como por força da realidade social situada em determinado espaço e em determinado tempo. A existência, porém, dessa *hierarquia de valores*, não implica na presença constante de um insanável *conflito de valores*, a quebrar, fatalmente, a desejada e procurada harmonia na vida jurídica e social. Todos os esforços devem dirigir-se no sentido de combater essa conclusão negativa, ora pelo aprofundamento do conceito de cada bem jurídico, ora pela fixação, o mais precisamente possível, dos limites que devem ser estabelecidos a cada bem jurídico.

(\*) Trabalho apresentado no VI CONGRESSO BRASILEIRO DE TEORIA E CRÍTICA LITERÁRIAS e II SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE LITERATURA (19 a 25 de setembro de 1982), Campina Grande — Paraíba.

(1) Everardo da Cunha Luna, BONS COSTUMES, in Enciclopédia Saraiva do Direito, 12, São Paulo, p. 131.

(2) “E um detto degno di considerazione quelle di Dion Cassios che la consuetudine è simile al re a la legge al tirano” (Vico, PRINCIPI DI SCIENZA NUOVA, in Opere Filosofiche, Firenze, 1971, p. 457).

Assim, dentro dessa ordem de idéias, haveria um conflito entre a obra artística e os bons costumes? Na resposta afirmativa, dever-se-ia considerar a obra artística como o produto de um ato de *mau costume* alcançado pela sanção penal, ou como o produto de um ato de mau costume permitido por lei sobre o fundamento da liberdade de pensamento? As duas respostas, hipoteticamente admitidas, perdem a razão de ser porque a pergunta padece de um vício. De fato. Sendo a obra artística um produto positivo da cultura e do espírito, não pode ser considerada como contrária aos bons costumes, esses costumes bons que provêm da atividade espiritual e que também encarnam, positivamente, determinados valores na ordem cultural. De resto, se, na lógica abstrata da inteligência, a inteligência não pode contradizer a própria inteligência, na lógica concreta dos valores, o valor não deve contradizer o próprio valor. Mesmo numa sociedade pluralista, valores diferentes devem harmonizar-se conforme o princípio de um valor maior, que se fundamenta no reconhecimento da realidade do pluralismo social. Conflitos, que haja, portanto, entre arte e bons costumes, são conflitos *aparentes* que desafiam o pensamento para distinguir entre *aparência* e *realidade*, explicando as causas do aparente e revelando a substância do real.

## II

Na matéria, de que se ocupa este trabalho, os bons costumes manifestam-se pelo *pudor*, e os escritos, objetos, representações teatrais e exibições cinematográficas podem ser *obscenidades* que ofendem o *pudor*. Sem dúvida que *podem*. Mas, quando são essencialmente *obscenos*, realizam valor negativo, aparentando, à primeira vista, serem obras de arte. Bem examinados, arte não o são, porque a arte é um valor positivo. Podem até ser considerados como *abuso da arte*, mas arte não o são, pois que onde começa o abuso termina o *uso*, o *bom uso* da arte.

Que é o *pudor*, que é ofendido pelo obsceno?

O pudor é um sentimento do homem individualmente considerado. Variando, porém, de homem a homem, surge, ao projetar-se na vida social, como o sentimento comum aos que socialmente vivem. Não é o sentimento vulgar do incivil, nem a *pruderie* do afetado, nem a visão da vanguarda. É o sentimento do *bonus paterfamilias*. A vergonha, *verecundia*, diante das coisas do sexo, *pudenda*. Bem da civilização, varia no tempo e no espaço, o sentimento do pudor. Sempre existe, porém, onde quer que exista civilização, entre hindus e árabes, ou entre aqueles helenos como no mito de Acteon castigado por contemplar Diana a banhar-se<sup>(3)</sup>.

Trata-se, sob o aspecto psicológico, de um *freio ou controle do instinto sexual*<sup>(4)</sup>, que ao penetrar a esfera do Direito, torna-se um bem jurídico

(3) Everardo da Cunha Luna, ATO OBSCENO — I, in Enciclopédia Saraiva do Direito, 9, São Paulo, 1978, p. 55.

(4) Régis Jolivet, TRATADO DE FILOSOFIA — PSICOLOGIA, 2ª ed., trad. Gerardo Dantas Barreto, Rio de Janeiro, 1967, v. 2, pp. 236/7.

de natureza moral. Como bem moral, portanto, exposto fica à incerteza e à imprecisão<sup>(5)</sup>. Acolhe-o o direito, como bem jurídico, provavelmente pela forte repulsa social que sua violação representa<sup>(6)</sup>. E, sob o aspecto filosófico, por ser o Direito, na clássica definição, a possibilidade da moral e, por isso mesmo, também a possibilidade da imoralidade<sup>(7)</sup>.

Que é o *obsceno*, que ofende o pudor?

O obsceno é o fato de natureza sexual publicamente praticado e gravemente ofensivo do pudor. Para que o fato seja considerado obsceno, é necessário que se faça uma valorização subjetiva conforme uma norma objetiva da sociedade. Defrontamos, portanto, uma lógica de valores, na qual é imprescindível a lógica do concreto.

Titular do bem jurídico violado pelo fato *obsceno* é a coletividade. Deste modo, se, com a dessuetude, o fato é consentido pela coletividade, desaparece o caráter *obsceno*. E a norma jurídica, que o proíbia e o sancionava, perde o conteúdo valorativo antigo para investir-se de nova valorização, ou deixa, simplesmente de ser aplicada, ou é abolida, ou substituída por outra norma, tudo como dinamização do Direito conforme as transformações sociais.

### III

Os produtos da cultura, ou seja, as obras literárias, artísticas e científicas, não devem ser apodadas de *obscenas*<sup>(8)</sup>. Cultura é valor positivo; obscenidade é valor negativo: logo, onde existe a cultura, não existe o *obsceno*.

Uma coisa é uma obra obscena; outra, uma obra que estuda ou representa o *obsceno*. A primeira, imanente ao vício, e a segunda, ao vício transcendente. "*En effet, il faut peindre les vices tels qu'ils sont, ou ne pas les voir*"<sup>(9)</sup>. Como, porém, viver sem *ver* o vício? Assim como, na medicina, existe a diagnose e a cura, assim também na arte e na literatura: diagnose

---

(5) "L'objet ici protégé est un sentiment des convenances à propos duquel on peut parler de morale publique, sans d'ailleurs se dissimuler ce que ces notions ont d'imprécis" (Paul Logoz, COMMENTAIRE DU CODE PENAL SUISSE, partie spéciale, Neuchâtel, 1955, v. 1, p. 350).

(6) Marcela Martinez Roaro, DELITOS SEXUAIS, 1ª ed., México, 1955, p. 252.

(7) Gustav Radbruch, FILOSOFIA DO DIREITO, parte geral, trad. de L. Cabral de Moncada, Coimbra, 1944, v. I, p. 139.

(8) Convegna di Studio "Enrico de Nicola", II, Problemi giuridici della prevenzione e della repressione in materia di spettacolo, Giuffrè, 1963; Leonardo Mazz, Sulla confisca di pellicola cinematografica oscena, ARCHIVIO PENALE (nota 2), pp. 345 e s.; Pedro Carlos Narvaiz, El concepto de la obscenidad y el art. 128 del Código Penal, Revista de Derecho Penal Y Criminología, Tucumán, 1. pp. 55 e s., 1971.

(9) Baudelaire, OEUVRES, Gallimard., 1951, p. 966.

do *mal*, do *obsceno* e culto da saúde e da beleza (10). Também a *arte*, que procura representar a *virtude*, pode falhar em sua representação, viciando-se, se não pela obscenidade, talvez pela hipocrisia. Como também a *arte* que, pretendendo representar um *ideal* político, desmancha-se em propaganda (11).

Para distinguir, nos casos sutis, os escritos e objetos *obscenos* das obras literárias e artísticas, a melhor solução nem está no critério do *homem normal* — já definido como *a pessoa na qual se combinam todas as anomalias* — nem no critério do *especialista em literatura e arte* — haja vista nos preconceitos e idiosincrasias pessoais — mas no critério da *pessoa artisticamente interessada*, conforme já decidiu o STF alemão (12). Ao Juiz, portanto, na apreciação dos casos concretos, o caminho de ouvir pessoas interessadas em literatura e arte, quando julgar necessário ou conveniente ouvi-las (13).

Autoridades administrativas também podem ouvir as pessoas artisticamente interessadas, numa atividade auxiliar da justiça. Pessoas assim interessadas, ao apreciarem escritos, objetos, representações teatrais e exposições cinematográficas que foram lançados ao grande público, além dos próprios recursos, dos recursos pessoais que participam da atividade artística, podem valer-se também da repercussão social das obras publicadas, ora apelando para o senso comum e o bom senso de quantos na sociedade tomaram conhecimento de tais obras, ora ouvindo as várias opiniões dos especialistas. Formam, as pessoas artisticamente interessadas, algo assim como um júri, um corpo de jurados que não julgam, mas que refletindo os costumes do meio social em que vivem, podem oferecer ao magistrado os fundamentos para uma acertada decisão. Pelo caminho agora indicado, que parece ser, do ponto de vista jurídico, o preferível, ganha-se uma aproximação maior entre

---

(10) "As the are in medicine the art of diagnosis and the art of cure, so in the arts, so in particular arts of poetry and of literature, there is the art of diagnosis and there is the art of cure. They call one the cult of ugliness and the other the cult of beauty. The cult of beauty is the hygiene, it is sun, air and the sea and the rain and the lake bathing. The cult of ugliness, Villon, Baudelaire, Corbière, Beardsley are diagnosis. Flaubert is diagnosis. Satire, if we are to ride this metaphor to stagers, satire is surgery, insetions and amputations. The cult of beauty and the delineation of ugliness are not in mutal opposition" (Literary Essays of Erza Pound, edited with an Introduction by T. S. Eliot, Faber and Faber, London, 1974, p. 45). Tudo está em não confundir a apresentação do obsceno como o obsceno representado.

(11) Sobre *literatura comprometida* ou *engagée* e *literatura planificada* ou *dirigida*, consulte-se Vitor Manuel de Aguiar Silva, *TEORIA DA LITERATURA*, São Paulo, 1976, pp. 129-38.

(12) Ernst Buchholz, *CUANDO ES DESHONESTO EL ARTE?*, in *Sexualidad y Crimen*, versión de la 3ª ed. alemana por Enrique Gimbernat, Madrid, 1969, pp. 325-54.

(13) Everardo da Cunha Luna, *ESCRITO OU OBJETO OBSCENO*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 33, São Paulo, 1979, pp. 144 a 145.

a arte e a literatura, de um lado, e o público a que estão destinadas, de outro. Vantagem para os escritores e os artistas pela penetração mais profunda no mundo dos leitores e apreciadores da arte. E vantagem para os leitores e apreciadores pela participação mais ativa nos trabalhos de criação artística e literária.

Quando a obscenidade da obra é facilmente percebida, dificuldades não existem para o juiz. O problema surge nos casos duvidosos, ou que exigem uma sutil penetração. Às vezes o que aparece, à primeira vista, como *obsceno*, pertence à própria essência da arte, é substância da obra artística. Às vezes, em determinada obra, surge esse ou aquele tópico obsceno, sem valor artístico, assim como um quisto que deveria ser evitado ou extirpado. Tópicos *obscenos*, contudo, não implicam, necessariamente, um juízo desvalorativo para a obra observada em seu conjunto, vista como um todo, do mesmo modo que tópicos apoéticos ou antipoéticos, defeitos que são quando no corpo de um poema, em que pese diminuam o valor artístico da obra, não podem fundamentar uma crítica artística desfavorável da obra em sua inteireza. Às vezes, pesa a dúvida sobre o caráter obsceno, e, com o peso da dúvida, paira a aprovação da obra.

Pelo conjunto das considerações que acabam de ser feitas, está implícito que a *censura* não é o melhor caminho no combate à obscenidade. "Tanto a censura como a liberdade de imprensa colocam a verdade em perigo. O problema está em saber qual o caminho mais digno e próprio do homem. Esse caminho é o da liberdade" (14). Observe-se que a *censura*, por constituir, de regra, um juízo prévio sobre as obras submetidas, tem o poder de impedir-lhes a publicação. Deste modo, veja-se: cria-se, para as pessoas que fazem a *censura*, um *direito à verdade*. Ora, um *direito à verdade*, abstratamente considerado, é incompatível com a liberdade, sem a qual o espírito fenece. Não é que se estabeleça uma antinomia entre a verdade e a liberdade. Ao contrário. Pela liberdade, com ou sem perigo, chega-se à verdade, e a presente afirmativa mais expressiva se torna quando se deparam problemas complexos em que a verdade, apesar de ser sempre *uma*, só se deixa revelar pela mais ampla e aprofundada discussão, por essa discussão pública e objetiva que a melhor das *censuras* jamais pode alcançar.

#### IV

Obras inequivocamente obscenas, sejam escritos, objetos, representações teatrais e exibições cinematográficas, podem ser descriminalizadas, isto é, podem perder o caráter de crime. Essa descriminalização pode resultar de ato legislativo, de ato interpretativo do juiz e *de fato*. No mundo moderno existe uma tendência para descriminalizar a pornografia. Essa tendência, porém, não deve ser interpretada, de modo absoluto, como um sintoma de decadência moral da sociedade. E isto porque pode valer, positivamente, como arma contra a própria decadência moral: a pornografia,

(14) Karl Jaspers, INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO FILOSÓFICO, trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota, 2ª ed., São Paulo, 1965, p. 103.

uma vez livre, cansa, esgota-se. Em favor da última interpretação, pode-se lembrar o interesse, no mundo moderno, para proteger, de modo especial, a personalidade moral dos menores.

Uma vez descriminalizada, a pornografia não perde, *ipso facto*, o seu caráter desvalorativo. Continua sendo pornografia, mal do homem e da sociedade, razão pela qual deve ser combatida pela administração pública. O combate pode ser feito através de sanções administrativas, como a multa e a destruição do material pornográfico. Pode, igualmente, ser feito mais brandamente, o que o torna provavelmente mais eficaz, através de limitações de lugar e de tempo. Assim, por exemplo, uma película pornográfica só pode ser exibida em determinado lugar e em determinada hora. Dando-se à obra pornográfica um certo caráter privado ou particular, resguarda-se o pudor público e, principalmente, a formação moral da juventude. No combate à pornografia, pela apreensão e destruição de material pornográfico, deve-se ressaltar a possibilidade de conservação, pelo poder público, de parte desse material, para o atendimento de fins culturais, como pesquisas científicas, históricas, sociais etc.

Por último, pode-se indagar sobre a conveniência da descriminalização da pornografia no Brasil. *De fato*, essa descriminalização vem existindo. E contra fatos não há argumentos. Quanto à descriminalização, por ato legislativo, a conveniência não é defensável, porque a incriminação do fato pornográfico, num país que ainda não alcançou o amadurecimento cultural e de civilização, pode valer como medida preventiva de caráter geral. Como medida de contenção, o que representa muito. (\*)

(\*) A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, IX, proibe a censura ou licença, considerando livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, tese fundamental do presente trabalho. Se houver abuso da liberdade, o autor responderá, de uma forma ou de outra, pelo abuso praticado. O julgador, ao investigar a responsabilidade do autor, deve levar em conta, para firmar a sua convicção, o critério da *pessoa artisticamente interessada*, a que alude o texto do trabalho acima redigido.

No art. 220, § 3º, a Constituição assim se expressa: "Compete à lei federal — I — regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada", o que corresponde ao que está escrito no texto deste trabalho. O combate pode, igualmente, ser feito mais brandamente, o que torna mais eficaz, através de limitações de lugar e de tempo. Assim, por exemplo, uma película pornográfica só pode ser exibida em determinado lugar e em determinada hora. Dando-se, à obra pornográfica, um certo caráter privado ou particular, resguardar-se-á o pudor público e, principalmente, a formação moral da juventude. Desse modo, o art. 233 e seu parágrafo único, do Código Penal, deve ser interpretado de acordo com as normas constitucionais citadas acima, bem como com as normas contidas nos arts. 5º, § 2º, e 205 a 230 da nova Constituição. A disciplina legal da arte e do obsceno está contida, no anteprojeto do Código Penal, Parte Especial, no art. 251 e seu parágrafo único, I e II.

E não esquecer que *as publicações de caráter obsceno constituem uma espécie menor, porém bastante prejudicial, do terrismo* (Dicionário de Borges, o Borges oral, o Borges das declarações e das polêmicas, Carlos R. Storini, tradução de Vera Mourão, Rio de Janeiro, 1990, p. 157).

# A PMCE, os servidores militares e a Carta estadual / 89

ADAUTO RODRIGUES DE OLIVEIRA LEMTE  
Cel.-Prof. do quadro do magistério da  
Academia de Polícia Militar Gen. Edgar  
Facó

1. A vigente Constituição do Estado do Ceará, manifestação do chamado Poder Constituinte Decorrente — art. 11 do ADCT da CF/88, em seu aspecto *inicial*, por alguns também chamado de *instituidor*, no que concerne à PMCE., capítulo V, seção III, e aos servidores militares, capítulo IV, seção III, *data venia*, parece-nos desafeiçoada à chamada Legislação Específica, esta, como sabido, editada para as polícias militares pela União Federal, a partir da permissão contida no texto fundamental de 16-7-34, reproduzida pelos Estatutos Políticos Subseqüentes (CF/88 —, art. 22, inc. XXI):

2. Teria, *in casu*, o constituinte incorrido em equívoco? A nosso sentir, sim. Senão, vejamos: o art. 177 da CE/89 dispõe, *verbis*:

“O soldado, cabo e sargento da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros que tenham o 2.º grau completo, com limitação de trinta anos de idade, poderão submeter-se à seleção de oficiais”. (Sup. do DOE n.º 15.166 — I parte — 5-10-89). (O encaixe alto não é do original.)

Atenta-se, aqui, frontalmente, contra a Legislação Específica: mais precisamente — malferir-se o disposto no art. 4 do Regulamento das Polícias Militares, aprovado pelo Dec. Executivo n.º 88.777/83 (DOU de 4-10-83). É que a ampliação de idade, como prevista no artigo retro transcrito, evidentemente, constitui regalia de que não desfrutam os militares do Exército. É dizer: não poderia tê-la, como não pode, o militar estadual.



De notar que essa "generosa concessão" do constituinte, sem dúvida alguma, representa inaceitável retrocesso à carreira do oficialato PM e BM, pois que, convenhamos, a fixação do limite de idade em trinta anos, para matrícula no Curso de Formação de Oficiais, está por demais *elastecida* e *inadequada* às peculiares tarefas do aluno a oficial, *maxime* se casado, por óbvias razões.

O § 1.º do artigo em comento, também, encerra dissonância com a Legislação Específica, visto como admite a possibilidade de o subtenente PM e BM, portador das qualificações ali aludidas, ao ser transferido para a reserva, com trinta anos ou mais de serviço, ser promovido ao posto de segundo tenente.

Ora, o Estatuto dos Militares Federais, Lei n.º 6.880/80 (DOU de 11-12-80), no art. 62, veda, expressamente, promoção do militar quando de sua transferência para a reserva.

De outra parte, cumpre assinalar, quanto ao Curso de Aperfeiçoamento de Sargentos, cuja equivalência do 2.º grau de ensino, ali encarecida, constitui proposta totalmente inviável, pois, o primeiro tem seis meses de duração, enquanto o segundo, nos termos do art. 22 da Lei de Diretrizes e Bases para o Ensino de primeiro e segundo graus Lei n.º 5.692/71, deverá ter uma carga horária de trabalho, de pelo menos duas mil e duzentas horas.

Desta sorte, parece-nos, *data venia*, sem préstimo o mandamento contido no preceito constitucional em referência, no que respeita à equivalência dos cursos referidos, dada a óbvia impossibilidade da exigência constante da carga horária acima aludida. Trata-se, *permissa venia*, de verdadeiro *cochilo* do constituinte.

3. No respeitante ao provimento do cargo de CMT. Geral da PMCE., art. 187, § 2.º, da CE/89, que se pretende ser privativo de Cel. PM do serviço ativo, com as qualificações indicadas em lei, parece-nos, com a devida licença, *vazio*.

Lamentável equívoco do constituinte, também nesse passo, em face do que prescreve o art. 6.º do DL n.º 667/69, redação dada pelo art. 1.º do DL n.º 2.010/83, embora, prescreva ser... "em princípio", o Comando das Polícias Militares Atribuição de Oficial PM, da ativa, do último posto da escala hierárquica, não *exclui*, absolutamente, a possibilidade de exercê-lo oficial do Exército, da ativa, dos postos de general de brigada ou oficial superior combatente, preferentemente Cel. ou Tenente-Coronel, em qualquer hipótese, proposto ao Ministro do Exército pelo Governador do Estado, do Território e do Distrito Federal.

É provável que a nova redação do art. 6.º do DL n.º 667/69, como acima assinala, tenha refletido a abertura democrática que restaurou as

eleições de Governador de Estado *pelo voto direto*, conforme estabelecido na Emenda Constitucional n.º 15.

De toda sorte, o provimento do cargo de Cmt. Geral de Polícia Militar recebeu novo enfoque: admitido... "em caráter excepcional", aquele provimento se efetivasse com oficial PM, do último posto da escala hierárquica, com prévia audiência do Ministro do Exército, na redação original do prefalado art. 6.º do DL 667/69, a nova redação que lhe foi dada pelo já referido art. 1.º do DL n.º 2.010/83, mantida, ainda, a prévia audiência do Ministro do Exército... "observada a formação profissional do oficial para o exercício do Comando", tornou-se, como nos parece, em tese, aquele provimento, incumbência de Coronel PM. Corrigiu-se, assim inusitada e odienda restrição ao oficial do último posto da hierarquia policial militar. (DOU de 13-1-83).

A nosso ver, o conteúdo do referido dispositivo legal pode ser considerado como matéria pertinente a normas gerais de organização, de que trata o art. 22, inc. XXI, da CF/88. Significa dizer: quando da elaboração da CE/89, o constituinte não estava autorizado, como não está, a legislar, sobre o assunto em tela, ao arrepio da Legislação Específica. Daí a conclusão: se nos termos do § 4.º do art. 24 da CF/88, a superveniência da lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, naquilo que lhe for contrário, *não será exagerado* dizer-se: se já existe lei federal da categoria sobredita, vedado esta ao constituinte, *como estava*, por ocasião da feitura da CE/89, no exercício da *atividade derivada* (ADCT — art. 11 da CF/88), dispor sobre matéria já regulada pela Legislação Específica, de maneira diferente, como óbvio.

Com outras palavras: a Legislação Específica, recepcionada pelo novo texto constitucional, *inibe* o constituinte estadual, ainda que no exercício da "atividade constituinte derivada", de dar enfoque divergente à matéria já disciplinada por aquela legislação, pois isso, evidentemente, lhe é vedado, sob pena de laborar em crasso equívoco, como parece ter incorrido no caso vertente.

4. Frise-se que o descompasso de dispositivos constitucionais da CE/89, com a Legislação Específica, bem assim com a ordem constitucional vigente, inicia-se a partir do § 10.º do art. 176 daquela Carta Política do Estado, onde se pretendeu *vincular, de maneira especiosa*, a remuneração do PM e do BM com a relativa às graduações e postos da hierarquia do Exército.

Atentou-se, com aquela pretendida vinculação, por sinal, mal disfarçada, contra o preceito contido no inciso XIII do art. 37 da CF/88.

De notar que o inciso XI do artigo sobredito, segundo entende o insigne professor BERNARDO SESTA,... "é a espinha dorsal da sistemática

adotada pela CF/88 no concernente ao sistema remuneratório do servidor público, seja civil ou militar” (RPGERS — pág. 37 — v. 47).

Daí a relevância da decisão do E. Supremo Tribunal Federal, que, acolhendo representação do Governador do Estado do Ceará, suspendeu os efeitos do § 10.º do art. 176, da CE/89, como informou o *DO* de 9-2-90.

Assim porque aquele dispositivo constitucional da Carta Política do Estado, ora vigente, materializa frontal desrespeito ao chamado princípio federativo ou constitucional, o qual, conforme a lição dos constitucionalistas, igualmente sufragada pela Jurisprudência da Suprema Corte, proíbe a União Federal de criar ônus para os cofres do Estado-Membro.

Como outras palavras: vigorante o precitado § 10.º do art. 176 da CE/89, na prática, ter-se-ia impossibilitado o Governo do Estado de, *mediante lei própria*, fixar vencimentos e vantagens para seus servidores militares.

5. O § 11 do mencionado art. 176 da CE/89 veda... “qualquer forma de discriminação, inclusive em razão de Estado Civil, no acesso a cursos e concursos que possibilitem a promoção do militar no seio da Corporação”.

A eliminação de... “qualquer forma de discriminação...” de que trata aquele dispositivo constitucional, traduz sutil regalia, para usar-se a linguagem adotada pela Legislação Específica.

Isto é assim porque, para ficar somente no que respeita a essa força, já que eleita para parametrar o comportamento da política de pessoal das Polícias Militares, nos termos do Regulamento para elas instituído pelo Decreto Executivo n.º 88.777/83, o acesso aos Cursos de Formação de Oficiais, bem como de Graduados, não é permitido aos militares casados. Não estão incluídos, nessa proibição, os cursos de formação de oficiais auxiliares, administrativos e especialistas.

Diante do preceito constante do art. 43 do referido Regulamento, parece-nos, torna-se insubsistente a “cautelosa” vedação proibitiva da discriminação a que se refere o § 11 do art. 176 da CE/89.

A nosso ver, *permissa venia*, não seria temerário dizer que o dispositivo constitucional sobredito, também, decorreu de sibilina sugestão ao constituinte, que a acolheu, inadvertidamente, por certo.

6. O § 12 do art. 176 da CE/89, trata da preservação da graduação da praça condenada à pena privativa de liberdade superior a dois anos, transitada a sentença em julgado.

Trata-se, a nosso entender, também nesse passo, de ardilosa artimanha a que, como parece, foi induzido o constituinte.

A partir disso, o dispositivo é *discriminatório*, privilegia, embora aquele que lhe é anterior, tenha vedado qualquer forma de discriminação, fato que evidencia flagrante paradoxo.

Com outras palavras: ao especificar que a sentença condenatória à pena privativa de liberdade superior a dois anos, transitada a sentença do julgado, somente ensejará a manifestação do E. Tribunal de Justiça do Estado, para que efetive a perda da *graduação* da praça, se proferida por Corte de Justiça Militar, estadual ou federal, como parece, à toda luz, criou-se odiosa regalia, posto que não se considerou veredito promanado do Juízo Criminal Comum, *estadual* ou *federal*.

Ademais, parece-nos, ao constituinte estadual, vedado também está criar regalia, já que tal tratamento inexistente no âmbito das Forças Armadas.

Ao lado dessa inadmissível discriminação, importa salientar que, por igual, investe-se contra o disposto no art. 49 da Lei n.º 6.880/80 (Estatuto dos Militares Federais).

Observe-se, portanto, a inexistência de preceito similar na legislação relativa às Forças Armadas, pois, sequer, vige a norma contida no art. 93, § 3.º da CF/69, segundo a qual, o militar condenado nas circunstâncias acima referidas, inclusive por tribunal civil, também permaneceria nas fileiras de sua Força, desde que submetido a julgamento de que trata o § 2.º do art. 93 da CF/69, não fosse considerado indigno ou incompatível de nelas permanecer.

A Corte de Justiça, onde se processou o feito, em caso que tais, como previsto nos dispositivos sobreditos da CF/69, deveria ter caráter permanente.

De qualquer sorte, a norma contida no § 12 do art. 176 da CE/89, à toda evidência, a nosso ver, contraria a Legislação Específica e a CF/88, visto como o § 7.º do art. 42 dessa Carta Política, diferentemente da CF/69, como acima demonstrado, *não contempla a praça*, donde a sua invalidade.

Ademais, não é de se admitir, certamente, que, para escrever tal regra tenha o constituinte cearense se respaldado na chamada teoria da desconstitucionalização, até porque esta, como sabido, não é aceita por renomados Mestres do Direito Constitucional.

*Prima facie*, impende notar: o constituinte federal procurou emprestar ao vocábulo *Organização*, por ele utilizado nos textos do inciso XXI do art. 22 e no do § 7.º do art. 144, ambos da CF/88, *significado vário*. É que, evidentemente, cuidam de matérias diferentes, visando a atingir objetivos diversificados.

Na primeira hipótese (art. 22, inc. XXI), parece-nos tratar-se de medidas atinentes à estruturação militar das Polícias Militares e dos Corpos

de Bombeiros Militares, nos moldes do figurino adotado no Exército, até porque se cuida de assunto compreendido no âmbito da competência privativa da União Federal. É dizer: nesse aspecto parece inadmissível atribuir à lei estadual o seu disciplinamento pois cogita-se de matéria ligada à chamada doutrina da Segurança Nacional. É vedada, portanto, a competência suplementar e complementar, dada a relevância dos assuntos tratados.

No tocante ao conteúdo do precitado § 7.º do art. 144, em comento, . . . A ORGANIZAÇÃO E O FUNCIONAMENTO DOS ÓRGÃOS RESPONSÁVEIS PELA SEGURANÇA PÚBLICA . . . a *mens legis* parece visar ao adestramento, à habilitação e ao preparo técnico-profissional, à própria estrutura das corporações militares ali referidas, bem como ao seu funcionamento *eficaz*, tudo com vistas a garantir a segurança pública, esta o principal elemento, como sabido, da Ordem Pública.

Diante do exposto, parece-nos razoável a conclusão seguinte: “A lei estadual é vedado cuidar das “normas gerais de organização” . . . dos entes em referência, pelas razões já explicitadas”. Contudo, parece-nos cabe-lhe disciplinar a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, se disso não cuidou a lei federal, a qual, uma vez editada, elidirá a promulgada pelo Estado-Membro, como dispõe o art. 24 e seus parágrafos da CF/88, pois se trata de competência concorrente.

Aliás, como se sabe, é princípio dominante no Direito Público Federal, em se cuidando de competência concorrente a Lei Federal suplanta a Estadual.

O § 13 do art. 176 da CE/89, como parece, atribuiu direitos do regime jurídico do servidor público civil ao militar, desde que isso não constitua ofensa à CF/88.

À primeira vista, aquele dispositivo parece *inusitado*. Todavia, na realidade, os *direitos* a que alude, cingem-se aos seguintes: décimo terceiro salário, salário família, gratificação natalina e ao benefício da pensão policial militar, este nos termos do § 5.º do art. 168 daquela Carta Política.

Ao que parece, o constituinte estadual, desejoso de contemplar o servidor militar com direitos que se lhe afiguraram de inteira justiça, atribuiu-os, sem se dar conta de que alguns deles já constavam da chamada legislação *peculiar ou própria*, salvante o décimo terceiro salário.

Decerto, a redação do mencionado § 13 do art. 176 poderia ser de molde a explicitar tais direitos.

A nosso entender, não pode aquele dispositivo ser acoimado da eiva de inconstitucionalidade, como parece sugerir a sua redação, se submetida

a uma leitura menos atenta. É dizer-se: examinado atentamente haverá de notar-se a ressalva nele contida.

Apropositado, parece-nos, sugerir: o Estado-Membro, com respaldo no art. 144 § 7.º, da CF/88, na lacuna da lei federal procura, mediante estudo a ser desenvolvido em reunião de órgãos de ensino policial-militar atendidas as peculiaridades regionais, *editar lei peculiar* visando à reestruturação dos currículos dos diversos cursos de formação e aperfeiçoamento de oficiais, graduados e praças.

A troca de experiência, na espécie é altamente recomendável, podendo, inclusive servir de subsídio à edição de lei federal, a ser editada pela União, no futuro. Todavia, de se alertar para as condições próprias de cada região geográfica, sem prejuízo do que tiver caráter universal naturalmente.

Por derradeiro, cabe registrar retalhos da Jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“A obediência aos modelos federais tem sido um *standart* da constitucionalidade de dispositivos de leis maiores dos Estados.” (RTJ-47/667, *in fine*).

“... ”

A elaboração das constituições estaduais não deflui do poder do constituinte, mas sim da permissão aberta pela Constituição Federal, deixando ao poder constituído local a edição de regras diretoras da estrutura administrativa do Estado-Membro, jungido este poder às limitações impostas pela própria Constituição Federal. Nisso estamos com a doutrina corrente sobre não se conceber o poder constituinte senão na plenitude de sua extensão, correlata à soberania de que é corolário.

A competência das Assembléias Legislativas não vai além dos marcos fincados pela Carta Magna ao exercício do poder constituído que o legislador estadual detém.” (RTJ-47, pág. 635.) (O encaixe alto não é do original.)

Na Representação 752, referente à Constituição do Estado de Goiás (in RTJ), 55 — pág. 662), o voto vencedor do Min. Eloy da Rocha expressa:

“Passando à análise dos combatidos dispositivos, não nos parece haver dúvida sobre a procedência da arguição. De fato, no plano estadual, a elaboração da Constituição não deflui do exercício do poder constituinte mas sim da permissão aberta pela Constituição Federal, deixando ao poder constituído local a edição

de regras diretoras da estrutura administrativa do Estado-Membro, numa estreita faixa delimitadas nas limitações impostas pela própria Constituição Federal.

Não se conceberia a detenção de poder constituinte pelas Assembléias Estaduais, sem cair-se numa franca antinomia — admitir-se este poder a par de sua subjuvação a imposições limitativas da soberania que lhe é peculiar. A competência das Assembléias Legislativas para essa promulgação, portanto, não vai além dos marcos traçados pela Constituição Federal para o exercício do poder constituído que o Legislativo detém no plano estadual.” (RTJ, 55 — pág. 663.)

### *Bibliografia*

- AFONSO DE MELO FRANCO — *Curso de Direito Constitucional* — Rio de Janeiro — 1958.
- ALVARO LAZZARINI — *Revista de Informação Legislativa* — Nº 104 — Senado Federal — Subsecretaria de Edições Técnicas — pág. 223 — Da Segurança Pública na Constituição de 1988.
- ANA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ — *Poder Constituinte dos Estados* — Editora Revista dos Tribunais — São Paulo.
- CELSO BASTOS — *Curso de Direito Constitucional* — Saraiva Editora — São Paulo.
- CLAUDIO PACHECO — *Novo Tratado das Constituições Brasileiras* — Volume I — Saraiva Editora — São Paulo — 1990.
- CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ — Imprensa Oficial do Estado — Fortaleza — Assembléia Legislativa — 1989.
- HILDEBRANDO ACCIOLY — *Manual de Direito Internacional Público* — S. Paulo — 1948.
- MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO — *Direito Constitucional Comparado* — São Paulo — Ed. da USP — José Bushatsky — 1974.
- MICHEL TEMER — *Elementos de Direito Constitucional* — Revista dos Tribunais — Editora.
- OSVALDO TRIGUEIRO — *Direito Constitucional Estadual* — Editora Forense.
- RAUL MACHADO HORTA E OUTROS — *Perspectivas do Federalismo Brasileiro* — Belo Horizonte — 1958.
- ROBERTO MAGALHÃES — *Sistema Constitucional Brasileiro* — Rio de Janeiro — 1962.

# O Conselho Constitucional Francês: ator da lei, mas nunca seu autor!

PAULO RODRIGUES VIEIRA

Advogado e Professor Especialização e Mes-  
trado em Direito Constitucional, doutoran-  
do em Direito Público, todos pela Université  
de Paris II

## S U M Á R I O

A — *Extensão do controle.* B — *O processo do controle.*  
C — *Execução da decisão. Bibliografia.*

Este artigo deve ser lido como uma análise complementar ao artigo que publicamos nesta mesma *Revista de Informação Legislativa* de n.º 102, de abril/junho de 1989, onde já mostramos a organização e o funcionamento do controle de constitucionalidade na França.

No exercício do controle de constitucionalidade das leis na França, desempenha papel importante de *prevenção* o Conselho de Estado, na sua função de órgão consultor do Governo (ele é também a mais alta jurisdição administrativa), que é o autor da esmagadora maioria das leis nesse País, fenômeno que não é exclusividade francesa. O Conselho de Estado procura orientar o governo no sentido de que seus projetos de lei, que serão submetidos à apreciação do Parlamento, não sejam eivados de inconstitucionalidades. Entretanto, o papel central de controle da constitucionalidade das leis votadas cabe evidentemente ao *Conselho constitucional*. Esse papel é relativamente recente e foi necessário construí-lo. O Conselho constitucional o fez assumindo em grande parte os métodos e as formas do Conselho de Estado, somando-se às contingências políticas de cada momento e também à sua vontade e necessidade de se *auto-afirmar*, passando a corresponder mais à vontade da Constituição em si que propriamente à dos seus idealizadores. Na verdade, aqueles que em 1958 idealizaram e impuseram a idéia de uma corte constitucional pensavam mais em bloquear a ação do



Parlamento da época (IV República), tida como inconseqüente, que propriamente se preocupar com o controle da constitucionalidade das leis.

Passaremos a examinar então, sucessivamente, a extensão do controle do Conselho constitucional, as questões de processo e os efeitos ou conseqüências do controle.

#### A — *Extensão do controle*

1 — O controle possível do Conselho constitucional é, antes de mais nada, estreitamente limitado no tempo. Ele pode intervir apenas entre o voto definitivo da lei, após a última leitura pelas Assembléias e a sua promulgação pelo Presidente da República.

A Constituição de 1958, artigo 10, prevê que a promulgação deve intervir nos quinze dias que seguem à tramitação ao Governo da lei definitivamente votada. Esse prazo era de um mês nas leis constitucionais de 1875 e de 10 dias na Constituição de 1946. A Constituição atual não conserva os prazos reduzidos, em caso de urgência declarada pela Assembléia nacional, como consagravam as Constituições de 1875 (três dias) e a de 1946 (cinco dias).

É nesse prazo, finalmente, muito breve, que se situa exclusivamente a possibilidade de intervenção formal do Conselho constitucional no processo legislativo. Ora, a extensão desse prazo é em função da mais ou menos grande celeridade que é dada ao ato da promulgação, ato que é hoje da competência exclusiva do Presidente da República (a competência subsidiária do Presidente da Assembléia nacional que existia nas Constituições de 1848 e de 1946 não foi retomada pelo texto atual). E a análise da prática mostra que o prazo de promulgação chega às vezes a ser apenas de algumas horas.

Não se pode assim excluir, teoricamente, uma estratégia redutora das possibilidades de arguição diante do Conselho constitucional ou, ao contrário, favorável a estas, conforme seja a promulgação feita num curto espaço de tempo ou seja procedida apenas no limite final do prazo, ou seja, 15 dias, conforme prescreve a Constituição. Entretanto, na prática, isso não ocorre, sendo que se tem mais ou menos consciência de que não é bom utilizar os prazos para paralisar um controle que a própria Constituição consagra. Assim sendo, a consulta ao Conselho constitucional deve ser antecipada ao máximo, mesmo porque, de qualquer sorte, o prazo já é curto. Quando o controle é acionado por 60 deputados ou 60 senadores (conforme autorizou a reforma constitucional de 1974), o princípio do pedido de exame pelo Conselho constitucional já é preparado antes mesmo do voto definitivo da lei, sendo que também as argumentações já se encontram praticamente elaboradas, podendo assim acionar rapidamente o Conselho, para

examinar a constitucionalidade de uma lei que acabara de ser votada, dando mais tempo ao Conselho para desenvolver seus estudos e reflexões antes de sua *decisão*.

O prazo de promulgação — durante o qual é possível acionar o Conselho constitucional — é interrompido quando o Presidente da República usa do direito, que lhe é reconhecido pelo artigo 10, al. 2, da Constituição, de solicitar uma nova deliberação da lei ou de alguns de seus artigos. Após nova deliberação, a lei, modificada ou não, será novamente transmitida à Secretaria Geral do Governo, cuja data de recepção marcará o início do novo prazo de promulgação, de 15 dias, permitindo nova consulta ao Conselho constitucional.

2 — Limitado no tempo, o controle que o Conselho constitucional exerce sobre a lei votada é também limitado, se assim podemos dizer, de um ponto de vista material.

Se excluirmos as leis orgânicas, para as quais o controle de conformidade pelo Conselho constitucional é imposto pela própria Constituição (artigo 61, al. 1), o controle deste Conselho é subordinado a uma legitimidade que era bastante restrita no texto inicial da Constituição, mas que se encontra também aberta ao Parlamento depois da reforma de 1974. Essa legitimidade dada a 60 deputados ou 60 senadores torna quase automática, de fato, a intervenção deste nos textos importantes ou controvertidos. Devido à reforma, o Conselho constitucional francês pode ser considerado hoje como um ator *normal*, senão *necessário*, de toda reforma legislativa de uma certa importância. É muito natural que, por esta razão, a perspectiva de sua intervenção esteja presente desde os primeiros trabalhos de preparação do anteprojeto de lei e durante todo o processo de sua confecção.

3 — Dizer que o controle do Conselho depende exclusivamente de ser acionado não corresponde exatamente à realidade. Certamente, o Conselho não pode chamar a si a legitimidade que é pela Constituição, reservada unicamente, além dos parlamentares, ao Presidente da República, ao Primeiro-Ministro e aos Presidentes das duas Casas Legislativas — não existe controle *ex officio*. Nesse ponto, como em muitos outros, o Conselho segue a Constituição; mas, uma vez que ele é acionado, quaisquer que sejam as conclusões e os meios da sua provocação, ele entende como tendo sido consultado sobre a *totalidade da lei*. Nesse sentido, a extensão do controle e o término deste não fica submetido ao controle daqueles que o acionaram.

Essa é uma característica fundamental do controle do Conselho no processo legislativo, sobre a qual não se tem insistido muito, sendo que esse aspecto distancia a ação do Conselho de uma função do tipo jurisdicional.

É também em função dessa *terceira leitura da lei* (após as leituras feitas pela Assembléia Nacional e pelo Senado) que se diz que o Conselho consti-

tucional exerce um papel legislativo, como sendo uma *terceira Câmara*. Nessa leitura do conjunto da lei que lhe é deferida o Conselho não dispõe evidentemente de um poder geral de apreciação e de decisão idêntica ao do Parlamento, limitando-se exclusivamente à análise da constitucionalidade do texto votado.

Em todos os casos, essa atitude constante do Conselho constitucional não deixa margem a dúvidas. Ela é explícita quando, às vezes, ele estende sua censura a disposições distintas daquelas criticadas na arguição da inconstitucionalidade e perfeitamente dissociáveis dessas.

#### 4 — *Extensão do controle e meios de ofício*

Apesar de algumas posições ambíguas de alguns constitucionalistas, entre esta posição de princípio do Conselho constitucional e a teoria bem conhecida dos meios de ofício diante de uma jurisdição e especialmente no contencioso administrativo. O apelo a um meio de ofício completa a argumentação do requerente, mas ela não modifica — e não pode modificar! — a natureza e o alcance do pedido através do qual ele acionou o juiz. Se, por exemplo, esse requerente contesta um artigo de um ato complementar, o apelo a um meio de ofício conduzirá talvez a dar-lhe satisfação, mas certamente não à anulação de outros artigos do mesmo ato, os quais não foram contestados. O juiz — todos os juizes — é ligado pelas conclusões das partes, pelo pedido formulado diante dele. Pois o Conselho constitucional não o é e, denunciado um artigo da lei, ele estenderá sistematicamente seu exame ao conjunto da lei. Ele fará, assim, a terceira leitura, constitucional, da lei que foi submetida à sua apreciação. Ele está na presença de um texto do qual ele deve examinar a constitucionalidade, para permitir o aperfeiçoamento da lei, assim como ele deve fazer justiça ao recurso que lhe fora interposto.

### B — *O processo do controle*

#### 1 — *Caracteres*

Esse processo de intervenção do Conselho constitucional para o controle de constitucionalidade da lei votada é pouco regulamentado: a lei orgânica relativa ao Conselho constitucional se limita a prever a designação de um relator entre os membros do Conselho (artigo 19). Sobretudo por essa razão, mas também porque ela é secreta, parece que esse procedimento tem variado em função das personalidades e da sobrecarga do Conselho.

O procedimento não é regido por um *princípio de contradição*, mesmo se o relator, principalmente, pode insistir na reunião de opiniões contrárias.

Não existe uma representação das partes e pode-se até mesmo interrogar se existe verdadeiramente falar em *partes* diante do Conselho constitucional.

O nome do relator não é conhecido, exceto, às vezes, por indiscrição. Ele não é mencionado na decisão do Conselho e nem tampouco os nomes daqueles que participaram da discussão e voto, diferentemente do que acontece no contencioso eleitoral (e lá as partes são também conhecidas!). O procedimento apresenta um caráter inquisitorial bem marcado, que manifesta notadamente o papel ativo do relator, que dispõe de uma grande liberdade de ação: ele provoca audiências que ele julga útil, solicita informações, dá a atenção que lhe parece necessária às informações escritas que podem ter sido endereçadas diretamente ao Conselho, independentemente da arguição de inconstitucionalidade. O Conselho dispõe de um serviço jurídico que ajuda o relator em suas investigações.

Nesse aspecto também, esse procedimento de instrução parece bastante distante do mundo da jurisdição. Mesmo num procedimento jurisdicional inquisitório, o objetivo do relator é organizar a contradição entre as partes, de onde nascerá sua informação e, se ele completa essa a partir de sua própria iniciativa, ele deve assegurar as comunicações correspondentes entre as partes. O trabalho do relator diante do Conselho constitucional — desde que se possa conhecê-lo do exterior — pode ser feita uma analogia com o relator diante das instâncias administrativas do Conselho de Estado (ou até mesmo com o relator de um projeto de lei na Assembléia ou no Senado).

Sob este aspecto técnico revela-se assim uma certa comunhão de métodos, característicos da elaboração da lei nos diferentes estágios de seu processo.

2 — Por outro lado a adoção desses métodos é talvez devido tanto às condições de intervenção do Conselho constitucional, quanto de uma vontade deliberada de sua parte. O Conselho deve julgar, em princípio, no mês em que foi acionado; sob pedido do Governo, se houver urgência, esse prazo pode ser reduzido para oito dias. Esses prazos são efetivamente bastante curtos; mas existe aí a manifestação da vontade de impedir que o “acabamento” da lei tome muito tempo, devendo, por conseguinte, ficar “pronta” para aplicação dentro de menor prazo possível.

Ora, é claro que esses prazos — imperativos e que sempre foram respeitados — são infinitamente muito curtos para permitir a organização de um procedimento de tipo jurisdicional, baseado sobre o contraditório; mesmo assim, muitas vezes o Conselho assume uma espécie de pré-instrução condicionada, desde o voto da lei, na perspectiva de um quase certo questionamento para o exercício do controle da constitucionalidade de um texto votado.

Para concluir sobre esses aspectos de procedimento, pode-se notar que, se na construção e na redação de suas decisões, o Conselho fez a escolha da

forma jurisdicional, se ele emprestou do juiz, notadamente do juiz administrativo, numerosas técnicas e referências de controle que ele usa não coincidem com as de um juiz, mas retoma ele largamente os métodos das outras instâncias que, antes dele e com ele, participam da confecção da lei.

Esse sentimento é confirmado quando examinamos, enfim, a execução da decisão do Conselho constitucional, sempre numa perspectiva de confecção da lei.

## C — Execução da decisão

### 1 — Posição da questão

Toda a dificuldade aqui se deve ao fato de saber se a decisão do Conselho constitucional é uma decisão de justiça ou não — a tese da autoridade da coisa julgada foi majoritariamente adotada pela doutrina. Ela é ao mesmo tempo, e certamente em todos os casos, *um ato do processo legislativo*, fazendo parte do procedimento de confecção da lei. Esse é um traço bastante original do Conselho constitucional francês, que o distingue profundamente dos demais tribunais constitucionais estrangeiros e marca, sem dúvida, o limite das comparações e aproximações possíveis com aqueles.

A decisão do Conselho constitucional é um ato de confecção da lei. Seus efeitos devem ser observados primeiramente dentro desta perspectiva, afastando a discussão neste artigo da questão de sua contribuição ao Estado de direito através de sua jurisprudência. Nessa perspectiva imediata e prática, a execução da decisão concerne aos outros participantes da confecção da lei, isto é, o Governo, o Parlamento e, acessoriamente, o Presidente da República. Eles são os interlocutores do Conselho para a execução de suas decisões.

**Assim, é necessário distinguir esse problema prático da execução das decisões, do problema de seus efeitos, que concerne todos aqueles que, por uma razão ou outra, participam na definição e na aplicação do Estado de direito.**

### 2 — Dispositivos das decisões

A lei orgânica sobre o Conselho constitucional distingue três categorias de decisões, segundo seu dispositivo:

— a rejeição do pedido (por motivo de conformidade ou de não-conformidade com a Constituição das disposições criticadas e do conjunto da lei);

— a declaração de não-conformidade à Constituição de uma disposição declarada inseparável do conjunto da lei;

— ou, ao contrário, separável do conjunto da lei.

A prática do Conselho conduz a distinguir, entre as decisões de rejeição, aquelas que constataam a constitucionalidade do texto *sob a reserva de uma interpretação*, indicada por ele mesmo.

a) A constatação pelo Conselho de uma inconstitucionalidade reconhecida como *inseparável* do resto da lei não coloca problema de execução. Neste caso, a solução é simples: a lei não pode ser promulgada. O processo legislativo chega ao fim, com o abandono do texto.

Podemos observar que, segundo a lei orgânica sobre o Conselho constitucional, o caráter inseparável da disposição criticada no conjunto da lei deve ter sido expressamente destacado pelo Conselho. Sem o que a disposição julgada inconstitucional passa a ser tida como *separável*.

b) Por outro lado, a rejeição de um pedido coloca uma importante questão de princípio, sendo seus efeitos acumulativos. Como dissemos, o Conselho entende, quando consultado por um ponto apenas da lei, como tendo sido consultado do conjunto inteiro da lei, fazendo uma leitura completa do ponto de vista de sua conformidade à Constituição. Uma decisão de rejeição não é então apenas a recusa em atender o pedido que lhe fora formulado, mas sim é a afirmação de que a lei, em seu conjunto, está conforme a Constituição. A lei fica, assim, “inatacável”, do ponto de vista de sua constitucionalidade e, exceto incoerência ou mudança de posição do Conselho, todos os textos que, no futuro, retomarem os mesmos princípios serão, de antemão, reputados como conformes à Constituição.

Ora, quem pode pretender que, nos prazos e nos limites de seus meios, o Conselho pode, além das disposições criticadas no pedido, conduzir em todos os casos um exame de constitucionalidade exaustivo e seguro de todas as disposições de textos, às vezes muito extensos, técnicos e desarmônicos?

Pela decisão de rejeição o controle de constitucionalidade elimina abruptamente seus efeitos. Essa decisão projeta o futuro, às vezes, bem mais profundamente — e apesar das aparências — que uma declaração de inconstitucionalidade.

Essa observação pode ser estendida, em caso de declaração de não-conformidade com a Constituição, a todas as disposições da lei reputadas separáveis da disposição declarada inconstitucional. Assim sendo, sua influência no processo legislativo em geral vai além das disposições declaradas constitucionais ou não, em resposta ao pedido.

c) Problemas imediatos de execução são encontrados, por outro lado e, às vezes, num contexto difícil, para as decisões de inconstitucionalidade de disposições declaradas separáveis do resto da lei e para as decisões de constitucionalidade *sob reserva de interpretação*.

Em se tratando das decisões de inconstitucionalidade de disposições declaradas separáveis, a lei deve então ser promulgada, uma vez amputada da disposição declarada inconstitucional. O Presidente da República pode também, ao invés de promulgar imediatamente, solicitar uma nova leitura às Câmaras, segundo indica expressamente o art. 23 da Lei Orgânica de 7 de novembro de 1958, sobre o Conselho Constitucional. Existe aí um pequeno problema de terminologia, entre a palavra "leitura" e "deliberação", como diz a Constituição (art. 10), que pode influenciar no prazo para a promulgação da nova lei, mas é uma questão menor e não iremos entrar no seu mérito. O direito do Presidente da República de solicitar uma nova deliberação nunca é afetada pelo exercício preliminar, por ele ou por outros, de um recurso diante do Conselho Constitucional. Essa faculdade existe a partir do dia seguinte ao da decisão do Conselho Constitucional até o término do prazo que o presidente tem para a promulgação das leis.

O recurso diante do Conselho Constitucional nunca foi apresentado pelo Presidente da República, mas sim pelas outras autoridades legítimas para tal prática e, por conseguinte, nada justificaria que essa iniciativa da parte deles suprima uma das prerrogativas reconhecidas pela Constituição ao Presidente da República.

Tratando-se agora das declarações de constitucionalidade sob reservas de interpretação, essas últimas ligam o Governo para os textos complementares de aplicação da lei. Quando dizem respeito a uma lei de habilitação (habilitando o Governo a legislar, conforme o art. 38 da Constituição, elas ligam o Conselho de Estado nas suas observações sobre os decretos-leis (*ordonnances*), o Governo, na sua elaboração, assim como o Presidente da República, se considerarmos que ele exerce uma competência própria através de sua assinatura.

### 3 — *Execução pelo Governo e pelo Parlamento*

Tudo isso mostra suficientemente que, distintamente da questão dos efeitos das decisões do Conselho, coloca-se um problema bastante prático e imediato de sua execução, ao menos de cada uma daquelas que declaram inconstitucional uma disposição separável ou admitem a constitucionalidade sob reserva de interpretação.

Esses problemas de execução são ligados ao término da lei, à conclusão do processo legislativo e à execução da lei, cuja solução dependeria,

talvez, basicamente de uma melhor organização das relações entre o Conselho Constitucional, a Assembléa Nacional, o Senado e o Governo.

Não é positivo, por exemplo — e isso ocorre — que, ao ser pronunciada uma decisão pelo Conselho Constitucional de não-conformidade parcial com a Constituição, várias interpretações circulem sobre o alcance dessa decisão, sobre a necessidade ou não de uma lei complementar e sobre o conteúdo desta, interpretações que são atribuídas ao próprio Conselho, a seus Serviços, à Secretaria-Geral do Governo, ao Ministro interessado e outros. Trata-se da confecção da lei; e da participação comum, no exercício das competências que a lei lhes confia respectivamente, do Governo, do Parlamento e do Conselho Constitucional, a essa tarefa de confecção da lei. A esses, o Conselho Constitucional, que contribui com decisões às vezes de difícil interpretação, deveria talvez continuar sua tarefa, dando a sua e única interpretação, a ser por todos seguida. Aqueles a quem cabe a execução imediata da lei deveria haver a possibilidade de indagar o Conselho sobre a interpretação que deve ser dada às suas decisões, sempre que ocorresse a dúvida. Essas possibilidades ainda não existem, ao menos oficialmente.

Para concluir, o Conselho Constitucional está presente no processo legislativo, mas ele não faz a lei: esta origina-se de uma iniciativa que não é a sua; ela é feita pelos representantes eleitos pelo *Povo soberano* ou diretamente pelo próprio povo (lei referendária). Mas o Conselho Constitucional intervém, em virtude dos títulos constitucionais, substancialmente diferentes, como um aval e uma soma ao processo legislativo. *O Conselho Constitucional é um ator da lei, mas nunca o seu autor!*

#### BIBLIOGRAFIA

AVRIL, Pierre. *La Vè. République — Histoire Politique et Constitutionnelle*, P.U.F., Paris, 1987.

AVRIL, Pierre et GICQUEL, Jean. *Chroniques constitutionnelles françaises — 1976 — 1982*, P.U.F., 1983.

CHARASSE, Michel. "Saisir le Conseil", *Revue Pouvoirs* n° 13, p. 91.

CHIROUX, René. "Faut-il réformer le Conseil?", *Revue Pouvoirs* n° 13, Paris, 1980, p. 101.

ETIEN, René. "La nature juridique des textes soumis au contrôle de constitutionnalité", *Revue Administrative*, Paris, 1987, pp. 450 e 545.



- FAVOREU, Louis. La politique saisie par le droit, *Economica*, Paris, 1988.
- , "L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles", *Revue Française de Droit Administratif*, 1984, p. 174.
- , "La décision de constitutionnalité", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1976, p. 611.
- FAVOREU, Louis e PHILIP, Loïc. Le Conseil constitutionnel, P.U.F., Paris, 1985.
- , *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 4.<sup>a</sup> edição, Sirey, 1986.
- GENEVOIS, Bruno. *La Jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Editions S.T.H., Paris, 1988, 406 pp.
- , "Le Conseil constitutionnel", *Revue Pouvoirs* n<sup>o</sup> 49, sobre Les 30 ans de la V République, Paris, 1989.
- HAMON, Léo. *Les juges de la loi — Le Conseil constitutionnel*, Fayrd, Paris, 1987.
- LEPAGE-JESSUA, Claude. "Bilan et perspectives de la jurisprudence constitutionnelle", *Gazette du Palais*, 5-6 de novembro de 1986.
- LUCHAIRE, François et CONAC, Gérard (sob a direção de). *La Constitution de la République Française*, 2.<sup>a</sup> edição, Economica, Paris, 1987.
- MAUS, Didier, "La notion de contentieux constitutionnel sous la V<sup>e</sup>. République", *Revue Politique et Parlementaire*, Paris, jan./fev., 1980, p. 26.
- MODERNE, Frank. "La déclaration de conformité sous réserve dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français", conferência pronunciada no congresso da Associação Francesa de Constitucionalistas, em 14 de março de 1987.
- RENOUX, Thierry, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, Economica — Presses Universitaires d'Alx, Marseille, 1984.
- , "Libre propos sur le Conseil constitutionnel: le spectre du gouvernement des juges", *Revue Politique et Parlementaire*, Paris, 1977, p. 5.
- ROBERT, Jacques. "Conseil d'Etat et Conseil constitutionnel — Propos et variations", R.D.P., 1987, p. 1.151.
- TURPIN, Dominnique. *Contentieux Constitutionnel*, P.U.F., Paris, 1986.

Publicações anuais do Conselho Constitucional, apresentando o conjunto de suas decisões, inclusive um quadro analítico de suas decisões em matéria de controle de constitucionalidade e delimitação das competências.

# Os direitos fundamentais na Lei Fundamental de Bonn

LUÍS AFONSO HECK

## SUMÁRIO

1. *Intróito.* 2. *Escoço histórico.* 2.1. *O preâmbulo da Lei Fundamental.* 2.2. *O "iter" histórico dos direitos humanos ou individuais.* 2.3. *A inspiração histórica dos direitos fundamentais da Lei Fundamental de Bonn.* 3. *Definição e aspecto terminológico.* 3.1. *Direitos individuais, direitos do homem e direitos humanos.* 3.2. *Direitos fundamentais.* 4. *Aspectos gerais dos direitos fundamentais.* 5. *A visão doutrinária dos direitos fundamentais.* 5.1. *Classificação dos direitos fundamentais.* 5.2. *Funções dos direitos fundamentais.* 6. *O Tribunal Constitucional Federal.* 6.1. *A jurisdição constitucional.* 6.2. *Os recursos existentes para o "Bundesverfassungsgericht".* 7. *Conclusão.* 8. *Bibliografia.*

### 1. *Intróito*

A República de Weimar, protagonista do segundo grande confronto mundial, não soube superar a crise que se avistava no horizonte do ano de 1932. A eleição para Presidente, cujo mandato expirava em abril, diluiu-se, por assim dizer, as suas bases já solapadas. Os ventos que então começaram a soprar varreram a Europa até 1945.

No ventre do Século das Luzes engendrou-se a Revolução Francesa. Da convicção em seus valores nasceu a certeza de que com os mesmos seria possível extirpar da face da terra certos acontecimentos. Ao final de 156 (cento e cinquenta e seis) anos a Humanidade, entretanto, intentou haver provado o contrário. Nesse interstício, um insigne filósofo, Kant, "acreditava piamente que o mundo era acessível aos olhos do espírito e a Revolução Francesa um parágrafo da razão" (José N. Heck, *A Liberdade em Kant*, p. 9). Talvez não estejamos longe da verdade ao dizer que o ano de 1945 se constituiu no ponto final da História que a Razão pretendeu iniciar no ano de 1789, quando redigiu o seu primeiro grande parágrafo. As lições desta História formam, sem dúvida, um quadro impressionante. E as ilações deste quadro inspiraram os constituintes da Lei Fundamental de Bonn. Como exemplo frisante temos a alínea primeira do artigo primeiro da Lei Fundamental, assim enunciado: "Die Würde des Menschen ist

unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt." (A dignidade das pessoas é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.)

A Lei Fundamental de Bonn entrou em vigor a partir da zero hora do dia 24 de maio de 1949. Passados quarenta anos, esta assertiva mantém-se em pé. A dignidade é um valor (Wert) que subjaz e permeia os direitos fundamentais (artigos 1.º ao 19), como também toda a Lei Fundamental.

O mundo assiste hoje à desmontagem daquilo que foi, por muito tempo, tido como uma vergonha. Referimo-nos ao Muro de Berlim. Isso prova que os direitos fundamentais, agasalhados pela Lei Fundamental, lançaram raízes sob os auspícios e com a égide do "Bundesverfassungsgericht". O Estado soube respeitar a vida que a dignidade da pessoa tem insita e, ainda, reconstruiu uma comunidade que hoje se quer para além de uma fronteira de pedras e fios elétricos. Ou, como afirma Lindsay, em seu livro epigrafado de "El Estado democrático moderno": "Aunque al Estado le interesa la vida de la comunidad como conjunto, no es el conjunto. Tiene una tarea definida con respecto a la totalidad de la vida: comprender los principios que rigen esa vida — no prescribirlos —; diagnosticar las enfermedades que la afectan y exigen una regulación común para su remedio. (...) Así, pues, la función del Estado es servir a la comunidad y hacerla más comunidad con ese servicio." (P. 350.)

É de mister ainda esclarecer, nesse esboço introdutório, que não pretendemos fazer um escólio dos artigos que cuidam dos direitos fundamentais. Isso se deve a um motivo de ordem prática. Na Alemanha Ocidental, diferentemente do Brasil, a Lei Fundamental não tem um valor "em si", platônico, metafísico. Ela contém, isso sim, valores "em si", que os tribunais interpretam e a doutrina disseca. Desta forma, os direitos fundamentais têm um sentido prático, transpirado pelas decisões dos Tribunais Superiores, máxime pelo "Bundesverfassungsgericht" (Tribunal Federal de garantias constitucionais). Estas decisões, que os alemães denominam de "Entscheidung" e que, mais corretamente se traduz por "resolução", acompanham e esclarecem os comentários feitos aos direitos fundamentais. Assim, não nos é possível ter em mãos os arquivos que contêm estas resoluções, pelo que estamos, por esse fato, manietados.

Nosso trabalho se encaminhará, então, num primeiro momento, à análise de aspectos gerais, comuns a todos os direitos fundamentais. Num segundo momento, os mesmos serão vistos sob a ótica doutrinária e, por fim, será demonstrada a relação umbilical do "Bundesverfassungsgericht" com os direitos fundamentais.

Estes momentos, porém, serão precedidos de uma introdução histórica, pois "quanto ao elemento histórico em primeiro lugar mencionado no parágrafo (fatores históricos do direito positivo), foi Montesquieu quem definiu a verdadeira visão histórica, o verdadeiro ponto de vista filosófico, que

consiste em não considerar isolada e abstratamente a legislação geral e suas determinações, mas vê-las como elemento condicionado de uma totalidade e correlacionadas com as outras determinações que constituem o caráter de um povo e de uma época; nesse conjunto adquirem elas o seu verdadeiro significado e nisso encontram portanto a sua justificação". (Hegel. *Filosofia do Direito*, p. 20.)

## 2. *Esforço histórico*

Ao pensamento de Hegel se pode apor que a História não possui um significado jurídico em si. É possível, entretanto, valorá-la nesse sentido. Por isso, achamos de bom alvitre dividir esse tópico em três partes. Na primeira trataremos do preâmbulo da Lei Fundamental, que traduz uma carga jurídica considerável. Na segunda focalizaremos, embora perfunctivamente, a trajetória histórica dos direitos humanos ou individuais e, na terceira, serão perquiridos os direitos fundamentais.

### 2.1. *O preâmbulo da Lei Fundamental*

No pórtico da Lei Fundamental situa-se o preâmbulo (Präambel), onde se lê: "... , hat das Deutsche Volk (...), um dem staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine neue Ordnung zu geben." Para entender esse período transitório aí mencionado, que Bachof denomina de "refúgio temporal" (*Jueces y Constitución*, p. 21), é preciso ter presente a situação do fecho da Segunda Grande Guerra. O oeste e a metade da Alemanha são divididas em quatro zonas: americana, britânica, francesa e soviética. A Polônia fica com a terra a leste dos rios Oder e Neisse. Os soviéticos ficam com a parte da Prússia oriental. Das três partes restantes é fundada, em 1949, a República Federal da Alemanha.

Esta configuração geográfica explica também uma outra frase do preâmbulo: "Es hat auch für jene Deutschen gehandelt denen mitzuwirken versagt war", ou seja, o poder constituinte atuou também em nome dos alemães a quem estava vedada a participação. Esta participação velada, ausente, por se assim dizer, encontra sua tônica no art. 146 da Lei Fundamental, que cuida da validade temporal da mesma e se encontra assim enunciado: "Dieses Grundgesetz verliert seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist." Quer dizer: esta Lei Fundamental perderá sua validade no dia em que uma nova Constituição entrar em vigor, Constituição constituída por livre decisão de todo o povo alemão. A respeito comentam Seifert/Hömig: "A reunião das duas Alemanhas não é apenas constitucionalmente esperada, mas também é devolvida, pela Lei Fundamental, a um órgão de poder constituinte. Este desafio tem caráter de obrigação legal". (*Das Deutsche Bundesrecht Taschenkommentar*, p. 26).

O final do preâmbulo é significativo a respeito, ao assentar que, "Das gesamte Deutsche Volk bleibt aufgefordert, in freier Selbstbestimmung die

Einheit und Freiheit Deutschlands zu vollenden", i.é., o convite a que todo o povo alemão realize a unidade e liberdade da Alemanha.

A chave da questão terminológica entre Lei Fundamental e Constituição é explicada, também, pelo período transitório. Lei Fundamental, em alemão, significa "Grundgesetz". "Grund" é um substantivo masculino e quer dizer solo, razão, base, fundamento. E "Gesetz", da mesma forma, é um substantivo neutro, que se traduz por lei, estatuto, regra. A conjugação dos dois substantivos dá a idéia de Lei Fundamental, pelo fato de ser a Lei Maior mas, ao mesmo tempo, tem inerente o significado de algo temporal, transitório.

Já Constituição, em alemão, significa "Verfassung". O leitor deve ter percebido que o art. 146, supra transcrito, menciona "Verfassung" e não "Grundgesetz". A Lei Maior só terá o *status* de "Verfassung" no momento em que todos os alemães, livres e unificados, por decisão própria a instituírem.

A reunificação (para usar uma forma de valorização da semântica das palavras, tão à gosto de Heidegger), detecta-se pelo meio de comunicação, tem deixado a Comunidade Internacional um tanto apreensiva. Esses temores, fundados ou não, têm, não obstante, a seu desfavor o próprio testemunho da vida política da República Federal da Alemanha que, nesses 40 (quarenta) anos de existência, soube cumprir o que se propôs no preâmbulo: "... und als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen..." Ou seja: como membro que tem os mesmos direitos, numa Europa unida, a servir a paz mundial.

## 2.2. O "Iter" Histórico dos Direitos Humanos ou Individuais

É na velha Inglaterra onde iremos divisar o marco inicial do surgimento de certos documentos de importância aos Direitos Humanos ou Individuais. Estes documentos se materializaram na Magna Carta (1215-1225), na Petition of Rights (1623), no Habeas Corpus Amendment Act (1679) e no Bill of Rights (1688).

Segundo Garcia-Pelayo, "Pero las primeras tablas de derechos en el sentido moderno son los bills de las colonias americanas al separarse de la metrópoli". (Derecho constitucional comparado, p. 131). Assim, temos a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, ocorrida no dia 12 de janeiro de 1776. Apesar de ser anterior à Declaração de Independência dos Estados Unidos, não obstante, também se respalda nos escritos de Locke, Rousseau, Montesquieu, todos versados nos escritos de Jefferson e Adams, na prática testados por Madison e Mason, entre outros.

A Constituição norte-americana não albergava, de início, uma Declaração de Direitos do Homem. Sua entrada em vigor estava na dependência da ratificação de pelo menos nove dos treze Estados independentes, na épo-

ca. E alguns Estados só iriam aderir ao pacto se no mesmo houvesse uma Declaração de Direitos ou "Carta de Direitos". O encargo da redação desta "Carta de Direitos" ficou sob a responsabilidade de Thomas Jefferson e James Madison, originando daí as 10 (dez) primeiras emendas à Constituição de Filadélfia, aprovadas em 1791. Até 1975 outras se acrescentaram e, no conjunto, constituem, no dizer de José Afonso da Silva, "o Bill of Rights do povo americano".

Em seguida vem a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, empreendida pela Assembléia Constituinte francesa de 27 de agosto de 1789. Esta Declaração é matizada por três caracteres: intelectualismo, mundialismo e individualismo, na visão de José Afonso da Silva. (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 141).

No início de 1945, em Chapultepec (México), vinte e um países da América se reuniram, propugnando a tese de que uma das primeiras preocupações das Nações Unidas deveria ser a redação de uma Carta dos Direitos do Homem. Por isso a Carta das Nações Unidas ficara impregnada da idéia de proteção dos Direitos do Homem. Veio então a redação de uma Declaração Universal dos Direitos do Homem. Criou-se, para tanto, na ONU, uma comissão dos Direitos do Homem, cuja presidência coube a Sr.<sup>a</sup> Eleonora Roosevelt. Esta Declaração foi aprovada na noite de 10 de dezembro de 1948, na terceira sessão ordinária da Assembléia Geral da ONU, realizada em Paris.

Biscaretti di Ruffia, citado por José Afonso, anuncia uma dupla transformação nas Declarações durante o século pretérito. Uma consiste na inclusão dos Direitos nas Constituições (positivação jurídica); a outra se configura no acompanhamento de certas normas, aos Direitos, com o fito de regulamentar as questões mais delicadas, de forma a evitar a futura intervenção do legislador ordinário. E assera que foi a Constituição Belga, de 1831, a primeira a realizar esta transformação. Riposta José Afonso, no sentido de que Ruffia devia, com certeza, desconhecer a Constituição Imperial brasileira de 1824. A positivação e a subjetivação dos Direitos cabe a esta, e não aquela. O art. 179, da Constituição de 1824 estava assim enunciado: "inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte". Segue-se um rol de 35 incisos (op. cit., p. 149).

Em sua obra *Princípios de direito internacional contemporâneo*, Antonio Augusto chama atenção ao fato de que, em termos processuais, não havia, há um século atrás, órgãos internacionais de implementação dos Direitos Humanos. Como conseqüência, não havia capacidade processual reconhecida ao indivíduo. O *status* processual passou gradualmente a ser reconhecido e experimentado por meio de Tratados Internacionais específicos, tendo o seu início no século XIX com o sistema de navegação do Reno. (Páginas 223-4). Esta iniciativa culminou com a criação do "Comitê

dos Direitos Humanos”, pela ONU, da “Comissão Européia dos Direitos Humanos” e do “Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”. Estas Instituições põem à disposição do indivíduo mecanismos internacionais para reclamação e queixas contra a violação dos Direitos do Homem. (Raul M. Horta. *Constituição e direitos individuais*, p. 201).

É de se salientar ainda, dentro da trajetória histórica dos Direitos Humanos e Individuais, um importante momento ocorrido no ano de 1951. A Assembléia Geral optou, no meado do século, pelo preparo de dois pactos: um versando sobre direitos civis e políticos e, o outro, sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Esta decisão é tida como a mais importante e fundamental, no sentido de denotar a visão valorativa dos Direitos Humanos e Individuais. Antônio Augusto, em sua obra já mencionada, cita um comentário de uma importante autoridade da área: “É o reconhecimento indubitável do fato de que os seres humanos estão habilitados ao gozo, não apenas dos direitos civis e políticos tradicionais, mas também dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais, para a maioria das pessoas os direitos tradicionais têm pouco sentido”. (Pág. 228).

Por fim, merece registro que a preocupação com os Direitos Humanos e Individuais traspassa hodiernamente as fronteiras nacionais dos países europeus. Num importante artigo, intitulado “Le rôle de la cour de justice des communautés européennes — techniques de protection —”, Joël Rideau expõe a problemática da questão processual relacionada com a proteção dos Direitos Humanos e Individuais na Comunidade Européia. O autor analisa a implementação desses direitos por meio de Tratados, a sua inserção no direito nacional e a sua eficácia, sendo esta garantida, em grande parte, pela Corte de Justiça, como guardiã da efetividade dos Tratados constitutivos.

Do exposto neste subtópico se deduz uma conclusão deveras importante: a preocupação, que de início se restringia a alguns nobres senhores, não interessados em verem as suas fortunas desbaratadas em guerras que, a rigor, não lhes tocavam, em relação aos Direitos, mais Individuais que Humanos (Magna Carta, 1215-1225), evoluiu para uma preocupação a nível de governo, no sentido de garantir a efetivação dos Direitos Humanos e Individuais dentro de uma Comunidade, a Européia, no caso. E Mirkiné — Guetzévitch acentua que “As liberdades individuais e sociais ocupam um lugar de honra nas novas Constituições européias (*Evolução constitucional européia*, p. 157).

### 2.3. *A Inspiração Histórica dos Direitos Fundamentais da Lei Fundamental de BONN*

A inspiração histórica quer traduzir os documentos que lastrearam a redação dos Direitos Fundamentais na citada lei. A respeito argumenta Christian Starck: “Le texte de la plupart des droits fondamentaux s’est inspiré de ceux de la Constitution de Francfort (1849), qui n’est jamais

entrada en vigueur, de la Constitution de Weimar (1919) et du projet de la déclaration universelle des droits de l'homme des Nations Unies". (La jurisprudence de la cour constitutionnelle fédérale concernant des droits fondamentaux, p. 1.264).

A estes Direitos a Lei Fundamental acrescentou outros, elencados por Starck: "da dignité de l'être humain (art. 1.º, al. 1.ª), le droit à la vie et le droit à l'intégrité corporelle (art. 2.º, al. 2.ª, frase 1.ª), l'égalité juridique entre les hommes et les femmes (art. 3.º, al. 2.ª), le droit de n'être pas astreint, contre sa conscience, au service militaire armé (art. 4.º, al. 3.ª), le droit de s'informer librement aux sources qui sont en principe accessibles à tous (art. 5.º, al. 1.ª), le droit de choisir librement sa profession, son emploi et le lieu où on reçoit sa formation professionnelle (art. 12, al. 1.ª, frase 1.ª), le droit de tout citoyen de n'être pas extradé à l'étranger (art. 16, al. 1.ª) et le droit d'asile pour les persécutés politiques (art. 16, al. 2.ª, frase 2.ª).

### 3. *Definição e Aspecto Terminológico*

Julgamos oportuno esclarecer o porquê das diversas formas de se referir aos Direitos que tocam à pessoa: Direitos Humanos, Direitos Individuais, Direitos do Homem, Direitos Fundamentais e garantias dos direitos.

Afora as garantias dos direitos, pensamos que não há, no sentido ôntico e axiológico, nenhuma diferença. Em sua quiddidade, não há como estabelecer contrastes, pois todos dizem respeito à pessoa humana. Agora, a terminologia empregada e, até uma certa gradação nos valores, é fruto de uma projeção ideológica do meio em que esses Direitos estão previstos. Basta aqui lembrar a famosa obra de Karl Mannheim (*Ideologia e Utopia*), onde o autor demonstra a influência do fator ideológico nas concepções a ações do indivíduo.

Referindo-se especificamente aos Direitos Individuais e Direitos Humanos, argumenta o Professor Raul M. Horta no sentido de que, como ambos pertinem ao indivíduo, à pessoa, não há como diferenciá-los, uma vez que não há diferença ontológica entre ambos. (Constituição e direitos individuais, p. 180.)

Para dissertar em torno das razões das diferenças terminológicas, achamos de bom alvitre dividir esse tópico em duas partes.

Antes, porém, vejamos a definição, no bojo da qual será possível diferenciar também os Direitos das Garantias.

Baseando-se na Constituição de 1891, escreveu Rui Barbosa: "as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição



constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.” (Apud, José Afonso da Silva. Op. cit., p. 355.) O professor Raul M. Horta chega, inclusive, a afirmar que “a finalidade dos direitos individuais é a limitação do poder”. Esta limitação, de início, se chamava de liberdade-resistência; ao depois, foi denominada de liberdade-participação. (Conforme Professor Raul M. Horta. *Conceituação dos Direitos Individuais*, p. 3.)

A liberdade-resistência teve seu significado marcante à época do liberalismo político e econômico. O Professor Raul M. Horta, citando Duguit, ensina: “A doutrina individualista mostrava as coisas que o Estado não poderia fazer. Cumpria agora indicar não só o que o Estado não poderia fazer, mas, também, as coisas que o Estado é obrigado a fazer, pois há obrigações positivas que se impõem ao Estado.” (*Constituição e Direitos Individuais*, p. 185.) Ou, como diz, sinteticamente, Paulo de Figueiredo: “Proibiu-se o Estado de fazer, mas não se obrigou o Estado a fazer.” (*Enfoque constitucional dos direitos humanos no Brasil e no mundo*, p. 110.)

E o que se obrigou o Estado a fazer? Respondem Seifert e Hömig: “... eine Verpflichtung der staatl. Gewalt auch zum aktiven Schutz und zur Förderung dieser Rechte”, ou seja, há um dever, uma obrigação dos poderes públicos de protegerem ativamente os Direitos e, ainda, de incrementá-los (op. cit., p. 29). Bem entendido, não apenas de respeitá-los.

Dentro deste contexto, uma definição imutável não é possível de ser estabelecida. Os Direitos inerentes à pessoa sofrem a injunção das concepções ideológicas do meio em que estão prescritos. Nesse sentido, nós já chamamos a atenção ao fato de que há uma certa graduação axiológica que incide sobre a concepção dos Direitos imanentes à pessoa.

### 3.1. *Direitos Individuais, Direitos do Homem e Direitos Humanos*

A expressão “Direitos Individuais e do Homem” aparece nas primeiras Declarações de Direitos. Já a expressão “Direitos Humanos” lança suas bases a partir das Constituições Mexicanas e de Weimar (5 de fevereiro de 1917 e 11 de agosto de 1919, respectivamente).

O porquê desta diferenciação terminológica pode ser entrevista na própria concepção do chamado “Estado de Direito”. Este nasceu dentro da democracia liberal. A superação desta levou a uma análise da freqüência entre Estado e Direito. E, desta análise, reveladora da insuficiência de sintonia, partiu-se para o Estado Social de Direito (conforme José Afonso da Silva. Op. cit., p. 99).

Da gradação do “Estado de Direito” para o “Estado Social de Direito” surgem os chamados “Direitos Sociais”. Estes, na verdade, têm o seu *habitat* garantido nas Constituições modernas e os Direitos Humanos convivem em maior intensidade nos tratados e convenções internacionais que tratam do assunto.

Isso vem corroborar também a idéia de que os Direitos que tocam à pessoa são, em sua grande maioria, o denominador comum dos valores dominantes de uma determinada época.

### 3.2. *Direitos Fundamentais*

A terminologia usada pela Lei Fundamental se explica pelos aspectos trazidos à baila no intróito do nosso trabalho. É neles que encontramos o nicho, por se assim dizer, dos valores (Werte) encarnados pela Lei Fundamental.

A alínea 3.<sup>a</sup> (terceira) do artigo 1.<sup>o</sup> da Lei Fundamental traduz a semântica dos valores inerentes aos Direitos Fundamentais e, ao mesmo tempo, elucida a terminologia empregada. Diz o citado artigo e correspondente alínea: "Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht." No vernáculo: os direitos fundamentais que seguem, comprometem (binden) o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, a título de direito diretamente aplicável. Quer dizer: os três Poderes estão proibidos, pela Lei Fundamental, a tergiversar sobre os Direitos Fundamentais.

Ao comentar esta cláusula (alínea terceira), Starck lembra que, "C'est la clause de la suprématie des droits fondamentaux qui nous intéresse le plus, parce qu'elle prescrit, contrairement à la tradition juridique allemande, une subordination du pouvoir législatif aux droits fondamentaux" (op. cit., p. 1.265). Não se deve olvidar que o valor inerente aos Direitos Fundamentais (e que, por isso mesmo, mais uma vez explica a terminologia) está assegurado também pela alínea 2.<sup>a</sup> (segunda) do artigo 19 da Lei Fundamental e pela alínea 3.<sup>a</sup> (terceira) do artigo 79 também da Lei Fundamental. A primeira alínea citada assegura, em qualquer caso, a substância (Wesen) dos Direitos Fundamentais. A segunda, por sua vez, interdita a revisão da Lei Fundamental que queira alterar os princípios enunciados no artigo 1.<sup>o</sup> (primeiro) da mencionada Lei.

Hans-Peter Schneider entende que a citada alínea do artigo 1.<sup>o</sup> (primeiro) contém uma "eficácia vinculante". "Según esto, el legislador no puede aprobar ninguna ley, el poder ejecutivo no puede decretar ningún acto administrativo y la jurisdicción no puede fallar ninguna sentencia que sean incompatibles con las garantías de los derechos fundamentales." (*Problemática general de las instituciones de garantía*, p. 20.)

Uma parte da doutrina alemã, da qual Schneider é um exemplo, denomina de Direitos Fundamentais todos os Direitos que, amiúde se denominam de Individuais, sob este título **aparecem** no evolver da História Constitucional alemã. O mencionado autor apresenta também, de uma maneira muito feliz, o significado dos valores (Werte) agasalhados pela Lei Fundamental. Devido a estes dois motivos, pensamos ser esclarecedor presentificar os dois parágrafos onde Schneider preleciona a respeito.

“Los primeros catálogos de derechos fundamentales los recogieron las Constituciones de los Estados del Sur (Baviera, 1818; Baden, 1818, y Württemberg, 1819), a los que siguieron en los años treinta algunos Estados del Centro y Norte de Alemania. Posteriormente iban a ser garantizados los derechos fundamentales, con mayor amplitud, a todos los alemanes con la constitución del Parlamento de la Paulskirche de Frankfurt en 1849, que había sido elaborada, por vez primera, por una Asamblea Nacional libremente elegida, pero que, sin embargo, nunca entró en vigor. Como Prusia recogió en su Constitución de 1850 las garantías de los derechos fundamentales — siendo uno de los últimos Estados alemanes en hacerlo —, la Constitución del Reich de 1871, concebida como un tratado federativo entre los príncipes, podía renunciar al reconocimiento de los derechos del hombre y del ciudadano. Su garantía se encomendaba exclusivamente a las constituciones de los Estados particulares. Tan sólo la Constitución de Weimar de 1919 contenía en su segunda parte “derechos y deberes fundamentales de los alemanes”, divididos en párrafos sobre la persona individual, la vida comunitaria, formación y enseñanza, así como sobre la vida económica, a los que se dotaba de fuerza coactiva con vinculación jurídica y del carácter de principios programáticos, de normas fundamentales y de reglas de interpretación.

“Frente a esto, la Ley Fundamental de 1949 garantiza los derechos fundamentales en su primer artículo como “derecho directamente aplicable”, al que quedan vinculados el legislador el poder ejecutivo y la jurisdicción. Después de las experiencias del nacionalsocialismo y de la influencia de las ideas de las potencias de ocupación aliadas, el Consejo parlamentario quiso expresar de manera inequívoca que, con la dignidad humana como valor supremo, también los derechos del hombre y del ciudadano son inviolables en su contenido esencial y obligan a todos los poderes del Estado a respetarlos y protegerlos. Para su garantía se abrió al ciudadano la posibilidad de acceder a la vía judicial en caso de una violación de sus derechos fundamentales e interponer por último el recurso de amparo. Desde entonces la tarea de la protección de los derechos fundamentales es una parte esencial del Tribunal Constitucional Federal.” (Op. cit., pp. 11-2.)

Esta longa citação foi de propósito, pois, além dos dois motivos já alegados, ela também prenuncia a fundamental importância do Tribunal Constitucional Federal na configuração dos Direitos Fundamentais dentro do espectro político da República Federal Alemã.

Devido ao fato de haver na República Federal da Alemanha e na Itália sistemas de proteção aos Direitos Fundamentais, a própria Corte de Justiça, para neutralizar os riscos de pôr em causa algum direito comunitário que deles dimanava, se refere a Direitos Fundamentais. Ela tomou, assim, emprestado dos sistemas nacionais e os inseriu dentro da ordem jurídica comunitária, termos não previstos nos Tratados (conforme Joël Rideau. Op. cit., p. 584).

À guisa de cerrarmos este subtópico, gostaríamos de registrar a íntima relação existente entre a questão conceptual dos Direitos Fundamentais e a História, entendida esta com todas as suas condicionantes. Assim, apesar de havermos dado um tópico autônomo para a análise da definição e terminologia, na verdade elas são corolários do fator histórico. Ou, como quer Joaquim Herrera Flores: "Los derechos fundamentales cumplen, pues, una función importantísima a la hora de delimitar la actuación de los valores jurídicos y de la plasmación concreta del nuevo tipo de Estado que va consolidándose en la pos-guerra." (A propósito de la fundamentación de los derechos humanos y de la interpretación de los derechos fundamentales, p. 182.)

Como se vê, os Direitos Fundamentais são preceitos que representam valores e, como tal, têm força interpretativa.

#### 4. Aspectos gerais dos Direitos Fundamentais

Há, na doutrina alemã, um estudo em torno dos Direitos Fundamentais que se constitui, de certa maneira, como uma introdução, uma propedêutica que antecede a análise dos artigos em particular. Este estudo, em grande parte, está ancorado nas decisões dos Tribunais Superiores. A obra de Seifert/Hömig, já mencionada no subtópico 2.1., supra, nos servirá de guia nesta parte de nosso trabalho. Com o intuito de não tornar o estudo enfadonho, evitaremos, ao máximo, as traduções, como também a remissão à citada obra (o assunto está tratado nas páginas 28 e seguintes). Quando se tratar de outros autores, procederemos como vimos fazendo até agora.

É reconhecido que os Direitos Fundamentais incorporam uma ordem de valores objetiva que, como determinações de direito de natureza constitucional, vale para todos os domínios do Direito, como também são diretivas e dão impulso ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário. Daí resulta que as normas do direito comum devam ser determinadas e interpretadas à luz dos Direitos Fundamentais. A este respeito, comenta Schneider que "... el Tribunal Constitucional Federal ya ha destacado, en este sentido, que los derechos fundamentales no sólo son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, sino que, simultáneamente, son también elementos del ordenamiento objetivo, esto es, normas jurídicas objetivas formando parte de un "sistema axiológico" que aspira a tener validez, como decisión jurídico-constitucional fundamental, para todos los sectores del derecho" (op. cit., p. 25).

Alguns Direitos Fundamentais também representam uma prestação de garantia, através da qual o fundamento da norma é preservado e pelo qual se assegura a instituição respectiva. Os Direitos Fundamentais são protegidos pelos respectivos institutos, sendo estes precedidos por princípios estruturais, dentro dos quais aqueles asseguram a força da decisão do Poder Constituinte. Alguns exemplos desses institutos são a "liberdade de imprensa" (aspas dos autores alemães), derivada do artigo 5.º, alínea 1.ª;

“a liberdade da ciência” (idem), derivada do artigo 5.º, alínea 3.ª; o instituto do casamento e da família, artigo 6.º, alínea 1.ª; a instituição da escola particular, derivada do artigo 7.º, alínea 4.ª, e o instituto da propriedade e sucessão, artigo 14, alínea 4.ª

No tocante à eficácia dos Direitos Fundamentais em relação a terceiros (*Drittwirkung*), encontramos as considerações mais palpitantes, sugerindo que os mesmos, nessa área, são tratados com muita atenção e delicadeza. Isso significa pôr a questão seguinte: até que ponto os Direitos Fundamentais têm valor, não só entre a relação cidadão-Estado, mas também nas relações dos cidadãos entre si, ou seja, nas relações particulares ou privadas? Ou, por outra: é possível invocar os Direitos Fundamentais nesta última categoria de relações? No tocante ao artigo 9.º, alínea 3.ª, a própria Lei Fundamental é clara, no sentido de que vale para além do campo ou domínio estatal. Outros Direitos Fundamentais, como o do artigo 4.º, alínea 3.ª, em sua essência, só podem ser endereçados contra o Estado. Temos então que, no domínio das relações dos cidadãos entre si, os Direitos Fundamentais não podem ser acionados. Estes, entretanto, servem de filtro interpretativo às normas do Direito Civil. Isso quer dizer que eles estão antes de toda e qualquer cláusula geral do Direito Civil e, estas, deverão ter o seu sentido jurídico preenchido pelo espírito (*im Geiste*) dos Direitos Fundamentais. Nesse sentido, isso também significa que os órgãos do Estado não se podem valer das fendas (*Lücken*) do Direito Civil para, em nome delas, retirar ou negar os laços impostos pelos Direitos Fundamentais.

Schneider denomina esta eficácia dos Direitos Fundamentais em relação a terceiros como “eficacia horizontal o social”. De acordo com esse autor, “los problemas de esta vinculación frente a terceros o eficacia social ha hecho llenar bibliotecas enteras en la República Federal. Prescindiendo del Tribunal Federal del Trabajo y de algunas voces en la bibliografía especializada, hasta ahora nadie ha abogado por una eficacia social inmediata de los derechos fundamentales” (op. cit., p. 22).

Depois de acentuar, da mesma forma que Schneider, o aspecto de somente o Tribunal Federal do Trabalho, com o apoio de autores isolados, haver aplicado os Direitos Fundamentais nas relações privadas, Starck justifica a posição contrária, da maioria, dizendo: “Cet effet obligatoire dans le domaine du droit civil découle de la supposition que les droits fondamentaux sont des normes de base de tout système juridique.” (Op cit., p. 1.283.)

A capacidade ou aptidão para os Direitos Fundamentais, i.é, a titularidade de uma pessoa natural ou jurídica, no que toca aos Direitos Fundamentais, é de ser analisada em cada caso concreto. Isso se deve ao fato de que a Lei Fundamental só garante certos Direitos Fundamentais a alemães, tais como, v.g., os previstos nos artigos 8.º, 9.º, alínea 1.ª, 11, 12, 16, alíneas 1.ª e 2.ª E o artigo 9.º, alínea 3.ª, que torna a capacidade da pessoa jurídica, no que pertine aos Direitos Fundamentais, praticamente

independente desse estado mesmo assim, exige que se averigüe a questão em sua essência, para saber até onde vai a aptidão dos Direitos Fundamentais.

Há também a maioria para os Direitos Fundamentais. Essa não é igual e, por isso, não se confunde com a maioria civil e/ou com a maioria processual. Aqui se pode fazer valer o princípio de que, embora menor, o mesmo já possui o critério de, por sua vontade pessoal, fazer valer pessoalmente os seus direitos. Se, entretanto, o próprio interessado não der a devida importância aos seus Direitos Fundamentais, podem, os seus representantes legais, fazer valer os mesmos por ele.

Uma particularidade interessante é de se saber se se pode renunciar aos Direitos Fundamentais. Esta, a renúncia, não é permitida, nem em relação a todos os Direitos Fundamentais, nem em relação a um só deles, especificamente. Pode-se, entretanto, em determinados casos, renunciar temporariamente à autoridade imaneente aos Direitos Fundamentais. Isso, no fundo, não é nada mais do que uma maneira de se utilizar, ou não, dos mencionados direitos. Há uma exceção: a dignidade (artigo 1.º, alínea 1.ª, da Lei Fundamental) é irrenunciável, sob todos os aspectos. Somos da opinião de que o valor (Wert) da dignidade é, na Lei Fundamental, de natureza transcendental.

É possível haver uma concorrência de Direitos Fundamentais. Nesse caso, as normas de Direito Fundamental (Grundrechtsnormen), como as do artigo 1.º, alínea 1.ª (dignidade da pessoa humana), do artigo 2.º, alínea 1.ª (livre desenvolvimento da personalidade), e do artigo 3.º, alínea 1.ª (a igualdade de todos perante a lei), recuam diante das normas especiais de Direito Fundamental (speziellen Grundrechtsnormen), tais como as dos artigos 5.º, alínea 1.ª (liberdade de expressão), 8.º e 9.º (direito de reunião e associação, respectivamente), 11 (liberdade de circulação) e 12, alínea 1.ª (prestação de serviço militar). Se a norma tem um sentido específico, como é o caso do artigo 3.º, alínea 1.ª (isonomia) e do artigo 6.º, alínea 1.ª (casamento e família sob especial proteção do Estado), assim deve ela então ser aplicada, i.é., deve provar o estado de coisas numa relação o mais objetiva possível. Pode, não obstante, a outra norma oferecer uma contribuição de valor fundamental, na aplicação da norma principal, em sua explicação e interpretação.

No caso de haver colisão de Direitos Fundamentais, ou seja, se Direitos Fundamentais se chocam com diferentes titulares, deve ser efetuada uma ponderação de bens (Güterabwägung). Isso tem a finalidade de concluir, no caso concreto, qual a cláusula constitucional que tem o maior peso. O ponto de partida não é, entretanto, aceitar a repressão completa de um dos Direitos Fundamentais, mas procurar no meio da colisão dos mencionados direitos um acordo moderado, no sentido de ambos permanecerem com eficácia, pelo menos em parte.

Para a explicação dos Direitos Fundamentais, ou seja, em sua interpretação, como também no restante das normas da Lei Fundamental, é de

se recorrer a vontade do legislador no momento em que os anunciou. Os anais também podem ser invocados. E, na dúvida, deve-se optar por aquela que mais fortaleça o preceito da Lei Fundamental. Aqui achamos oportuno esclarecer que, apesar de para muitos a remissão à *mens legislatoris*, bem como para os anais, apresentar uma forma já superada e obsoleta de interpretação, tal não é, entretanto, o caso, se se levar em conta o especial contexto histórico em que a Lei Fundamental foi redigida. Não se pode, e nem se deve, olvidar do exposto no preâmbulo do nosso trabalho. Esta fidelidade à vontade do legislador constituinte e aos anais revela como se entranharam, se assim nos é dado expressar, na opinião (*Meinung*) jurídica alemã as exigências, talvez até certo ponto crisálidas, das forças de ocupação.

A Lei Fundamental também cuida de Deveres Fundamentais i.é, obrigações prescritas pela citada Lei aos cidadãos em relação ao Estado. São, é verdade, em número pequeno, e estão assim enunciados: art. 5.º, alínea 3.ª (a fidelidade do ensino à Lei Fundamental), art. 6.º, alínea 2.ª (a obrigação primordial dos pais em cuidar e educar os seus filhos), art. 12, alínea 2.ª (a obrigação de prestar o serviço militar ou, se por razões de consciência recusar, a obrigação de prestar outro serviço a título de substituição) e art. 14, alínea 2.ª (a obrigação inerente a propriedade que, mesmo assim, deve servir ao bem comum).

No respeitante à proteção dos Direitos Fundamentais, todos os órgãos estão vinculados, por meio da Lei Fundamental (art. 1.º, alínea 3.ª), a esta missão. Isto toca especialmente aos Tribunais, sobretudo ao Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), guarda supremo da Lei Fundamental. Além das decisões sobre divergências no tocante à constitucionalidade do direito comum (art. 93, alínea 1.ª, frase 2.ª e art. 100, alínea 1.ª), o Tribunal Constitucional Federal tem a competência originária para decretar a caducidade dos Direitos Fundamentais elencados no art. 18 da Lei Fundamental. E, pelo art. 93, alínea 1.ª, frase 4.ª, qualquer titular pode invocar o Tribunal Constitucional Federal, por meio da queixa constitucional (recurso constitucional — “*Verfassungsbeschwerde*”), se estiver convencido de que algum Poder Público lhe tenha ferido algum Direito Fundamental.

Aqui julgamos, de toda conveniência, intentar mais uma elucidativa digressão. E o que desejamos salientar é a coerência do Legislador Constituinte, no sentido de manter, a nível da Lei Fundamental, a integridade do valor (*Wert*) da dignidade humana. Para tanto, são de considerar três disposições da Lei Fundamental: o art. 1.º, alíneas 1.ª e 3.ª; o art. 18, *in totum* e o art. 93, alínea 1.ª, frase 4.ª

Os artigos citados estão assim enunciados:

“Artikel 1 (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.” (3) “Die nach-

folgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht”.

“Artikel 18 Wer die Freiheit der Meinungsäußerung, insbesondere die Pressefreiheit (Artikel 5 Abs. 1), die Lehrfreiheit (Artikel 5 Abs. 3), die Versammlungsfreiheit (Artikel 8), die Vereinigungsfreiheit (Artikel 9), das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Artikel 10), das Eigentum (Artikel 14), oder das Asylrecht (Artikel 16 Abs 2) zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung missbraucht, verwirkt diese Grundrecht. Die Verwirkung und ihr Ausmass werden durch das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen.”

“Artikel 93 (1) 4 a. über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein.”

No vernáculo:

Artigo 1.º, alínea 1.ª: a dignidade das pessoas é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. Alínea 3.ª: os direitos fundamentais que seguem, comprometem o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, a título de direito diretamente aplicável.

Artigo 18: Perde os direitos fundamentais da liberdade de opinião, especialmente a liberdade de imprensa (art. 5.º, alínea 1.ª), a liberdade de ensino (art. 5.º, alínea 3.ª), a liberdade de reunião (art. 8.º) e a liberdade de associação (art. 9.º), o segredo das comunicações postais e das telecomunicações (art. 10), e, ainda, o direito de propriedade (art. 14) e de asilo (art. 16, alínea 2.ª), todo aquele que, para combater o regime fundamental de liberdade e democracia, abuse dos mesmos. A perda e o seu respectivo alcance serão pronunciados pelo Tribunal Constitucional Federal.

Artigo 93, alínea 1.ª, frase 4.ª: sobre recursos de queixa por inconstitucionalidade, que podem ser interpostos por todo aquele que se julgue ferido pelo poder público em um de seus direitos fundamentais, ou em um de seus direitos contidos nos arts. 20, alínea 4.ª, 33, 38, 101, 103 e 104. (O *caput* do art. 93 estabelece: “O Tribunal Constitucional decide:”).

Vejamos como agiu o Legislador Constituinte:

No artigo 1.º, alínea 1.ª, ele, após enunciar categoricamente a dignidade humana como sendo sagrada, intocável, vinculou, em razão da sua afirmação, o Poder Público na tarefa de respeitá-la e protegê-la. E, na alínea 3.ª do mesmo artigo, os três Poderes estão obrigados a aceitar os Direitos Fundamentais como sendo diretamente aplicáveis. E isso se deve pelo motivo de que os Direitos Fundamentais se constituem no solo sobre o qual se erige a dignidade humana. Aquele deve ser preservado contra qualquer investida, para que esta medre.

Entretanto, a liberdade no uso de certos Direitos Fundamentais encontra, no artigo 18, um critério de limitação. É sabido que a liberdade



de opinião ilimitada pode acarretar a liberdade limitada de não se ter opinião nenhuma. Aqui é importante destacar que o Legislador Constituinte pôs dois anteparos à proteção dos Direitos Fundamentais: um, direcionado ao Estado (artigo 1.º, alíneas 1.ª e 3.ª) e, o outro, à Sociedade (artigo 18).

Quanto à proteção dos Direitos Fundamentais e, implicitamente, para garantir a eficácia, a validade, o valor da dignidade humana, o Legislador Constitucional elegeu, para este encargo, um órgão especial: o "Sundesverfassungsgericht" (artigo 93, alínea 1.ª, frase 4.ª). Importante, nesse ponto, é assinalar um detalhe técnico: ao atribuir ao Tribunal Constitucional Federal não somente a competência da proteção dos Direitos Fundamentais (artigo 93, alínea 1.ª, frase 4.ª), mas, também, a competência para pronunciar a sua perda (artigo 18), o Legislador Constituinte, na verdade, reforçou a proteção. Além disso, com a presentificação desta técnica, percebe-se a relevância incomensurável do Tribunal Constitucional Federal no contexto constitucional alemão.

O mencionado Tribunal, em suas decisões, tem-se referido à proteção dos Direitos Fundamentais, entendendo: para que os Direitos Fundamentais possam satisfazer a realidade social, necessitam de proteção para a sua realização, de formas organizadas e de métodos de procedimento adequados, a cargo do legislador (conforme Seifert/Hömig. Op. cit., p. 35).

Um outro aspecto, não mais relacionado à proteção, mas ainda dentro do campo das generalidades, é analisado por Starck sob o título do "princípio da proporcionalidade". Trata-se do dilema entre a força obrigatória dos Direitos Fundamentais e a competência do legislador em restringir estes direitos. Se, por si só, o objetivo de proteção dos bens juridicamente protegidos bastar para restringir um Direito Fundamental, o legislador poderá alegar a cláusula de supremacia. Este resultado pode ser evitado se os meios de proteção a estes bens estiverem previstos na própria Lei Fundamental. É o caso do artigo 11, alínea 2.ª: "Este direito apenas pode ser restringido por lei ou com base numa lei e só quando a falta de meios de subsistência possa acarretar encargos excepcionais para a coletividade ou a restrição seja necessária para a defesa frente a um perigo iminente contra a ordem constitucional liberal. . . ." Mesmo quando a necessidade não é mencionada nos outros Direitos Fundamentais, o princípio, não obstante, se aplica também às outras reservas legais. Este princípio permite evitar o dano de limitações inúteis, como também, de atualizar a cláusula de supremacia. A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal exige não somente que as restrições a um Direito Fundamental sejam necessárias, mas que elas também se apresentem apropriadas e proporcionais num sentido restrito. São apropriadas as leis e as medidas quando se mostram capazes de proteger um bem juridicamente protegido. São necessárias as leis e medidas apropriadas, quando configuram um meio, o mais brando, para proteger o bem. E, são proporcionais as leis e as medidas necessárias, quando restringem o Direito Fundamental de uma maneira razoável, res-

guardando as vantagens que tem a coletividade. Em sentido amplo, os três critérios (de apropriação, de necessidade e de proporcionalidade) se configuram, então, no princípio da proporcionalidade (conforme Starck. Op. cit., pp. 1.269-70).

## 5. *A visão doutrinária dos direitos fundamentais*

Uma preocupação constante em toda a doutrina se refere à questão da classificação dos Direitos Fundamentais. Isso, de certa maneira, toca a problemática da hierarquização, numa tentativa de estabelecer um critério de interpretação. Pensamos, por isso, que este ponto merece um subtópico.

### 5.1. *Classificação dos direitos fundamentais*

Encontramos em Schneider uma subdivisão dos Direitos Fundamentais baseada num critério valorativo. Os Direitos Fundamentais se classificam, então, tendo em vista o que asseguram, ou seja, a garantia de liberdade, de igualdade e garantias objetivas.

O maior número dos Direitos Fundamentais são, segundo o autor, garantias de liberdade. Nesta categoria se encontram os Direitos Fundamentais da pessoa (o livre desenvolvimento da personalidade, o direito à vida e à integridade física e a liberdade de movimento e de residência), os Direitos Fundamentais de comunicação (liberdade de opinião, liberdade da ciência e da arte, liberdade de consciência, liberdade de reunião e liberdade de associação) e os Direitos Fundamentais econômicos (liberdade de profissão, liberdade industrial e comercial e o direito à propriedade). Todos estes direitos têm em comum o fato de somente poderem ser restringidos por uma lei, ou sobre a base de uma lei (princípio da reserva legal), não alcançando a lei, entretanto, o seu conteúdo essencial (dos Direitos Fundamentais).

As garantias de igualdade se fundamentam no princípio da isonomia. O autor alega ser discutível se este princípio permite que o legislador trate, de acordo com a situação objetiva, os iguais por iguais e os desiguais por desiguais. Continua dizendo que a teoria constitucional alemã não se tem decidido a respeito, não obstante proíba ao legislador a arbitrariedade de tratar por iguais os desiguais (ou vice-versa), o que, por fim, se reduz, na prática, a uma mera proibição ao uso da arbitrariedade. Há igualdades no sentido individual (igualdade jurídica do homem e da mulher, equiparação dos filhos naturais, igualdade de acesso a cargos públicos e igualdade de sufrágio), e no sentido coletivo (igualdade de oportunidades para os partidos políticos e sociedades religiosas). Afora isso, existem dois artigos na Lei Fundamental (artigo 3.º, alínea 3.ª e artigo 33, alínea 3.ª) proibindo expressamente o Estado de fazer uso de certas características com o intuito de prejudicar alguém. Os dois artigos citados enunciam: sexo, ascendência, raça, língua, pátria e origem, credo, opiniões religiosas e políticas.

As garantias objetivas são das mais variadas classes. O autor enumera, v. g., a nacionalidade, com todos os seus direitos anexos (sufrágio, acesso a cargos públicos, direito de petição e direito de asilo), as garantias de determinadas instituições (propriedade e herança, matrimônio e família, escola, universidade, igrejas, partidos, autonomia para convênios coletivos e autonomia administrativa comunal), e determinadas atuações de esfera privada (inviolabilidade de domicílio, segredo postal e de comunicações e direitos da personalidade). Por fim, há as garantias especiais de justiça (garantias processuais, direito ao juiz legal e de prestar declaração, nenhuma pena sem previsão em lei e proibição de dupla punição) (conforme Schneider. Op. cit., pp. 18-9).

Uma outra classificação é empreendida por Starck e Stein. Ambos se baseiam na divisão feita por Jellinek, que entendia os Direitos Fundamentais em três categorias: "status negativo" (liberdade do Estado, "status positivo" (pretensões frente ao Estado) e "status activo" (direitos políticos) (conforme Ekkehart Stein. *Derecho político*, p. 238).

O primeiro autor citado faz uso da classificação de Jellinek, sem restrições, e a aplica para uma divisão dos direitos presentes na Lei Fundamental. Como não são apenas os Direitos Fundamentais a figurarem no mapeamento realizado por Starck, julgamos não ser de interesse perscrutá-lo, uma vez que foge ao nosso escopo.

Stein, ao contrário, não aceita o pensamento de Jellinek. Após afirmar que, apesar da classificação de Jellinek ser proveitosa pelo fato de demonstrar aspectos importantes dos Direitos Fundamentais argumenta, não obstante, no sentido de a mesma poder levar a erronias, pois os Direitos Fundamentais apontam para variadas direções, pelo que oferece sua preferência por Rudolf Smend que, segundo ele, ao tempo da Constituição de Weimar, construiu a "teoria da integração" com o desiderato de enfeixar uma base para a interpretação dos Direitos Fundamentais. Neles percebeu Smend uma "integração objetiva" (aspas do autor). Para Stein, "Su contenido objetivo tiene un efecto integrador: constituyen partes esenciales de nuestro ordenamiento democrático y libre gracias a las cuales prestan su consentimiento al Estado la mayoría de los ciudadanos. Concretizan la libertad y la garantizan bajo esta figura concretizada, no en el sentido de una expresión descriptiva de la realidad, sino en el sentido normativo de una meta que hay que alcanzar. Por ello, no pueden limitarse a emancipar parcialmente al individuo frente al Estado y a proporcionarle protección frente al mismo, sino que deben concebirse como relaciones vinculantes entre el individuo y el Estado; es decir, como el fundamento de la unidad política" (op. cit., pp. 239-40).

Para Konrad Hesse, os Direitos Fundamentais apresentam um duplo caráter, i.é, direitos subjetivos, por um lado e, por outro, elementos fundamentais de uma ordem objetiva. Preleciona o autor tedesco: "In den Grundrechten des Grundgesetz verbinden sich, unterschiedlich akzentuiert

und oft in fließenden Übergängen, mehrere Bedeutungsschichten. Einerseits sind sie subjektive Rechte, Rechte des Einzelnen, und zwar nicht nur in den Menschen — und Bürgerrechten im engeren Sinne (z.B. Art. 3, 4, 5, 8, 9 GG), sondern auch dort, wo sie zugleich ein Rechtsinstitut oder die Freiheit eines Lebensbereiches gewährleisten (z.B. Art. 6 Abs. 1, 14 Abs. 1, 5 Abs. 3 GG). Andererseits sind sie Grundelemente objektiver Ordnung des Gemeinwesens. Dies ist anerkannt für Garantien, die nicht primär Individualrechte enthalten oder die überhaupt keine Individualrechte gewährleisten, gleichwohl aber in den Grundrechtskatalog der Verfassung aufgenommen sind (z.B. Art. 7 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 und 2, Abs. 5 GG). Es gilt auch für diejenigen Grundrechte, die primär als subjektive Rechte ausgestaltet sind." (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, páginas 112-13). (Os Direitos Fundamentais se combinam, no interior da Lei Fundamental, em camadas de significados com diferenças acentuadas e, às vezes, com transições fluentes. Por um lado eles são direitos subjetivos, direitos de todos, não só no sentido restrito de pessoas ou cidadãos (v. g., arts. 3.º, 4.º, 5.º, 8.º e 9.º da Lei Fundamental), mas também onde eles garantem, simultaneamente, um instituto jurídico e a liberdade na esfera da existência (v. g., arts. 6.º, alínea 1.ª, 14, alíneas 1.ª e 5.ª, alínea 3.ª da Lei Fundamental). Por outro lado, são elementos fundamentais de uma ordem objetiva da comunidade. Aquela é reconhecida a título de garantias, não contendo direitos individuais primários ou, no geral, nenhum direito individual garantido, não obstante estarem acolhidos no catálogo dos Direitos Fundamentais da Constituição (v. g., art. 7.º, alínea 1.ª, alínea 3.ª, frases 1.ª e 2.ª, alínea 5.ª da Lei Fundamental). Ela também vale para aqueles Direitos Fundamentais constituídos de direitos subjetivos primários.)

## 5.2. *Funções dos direitos fundamentais*

Sob o aspecto funcional e teleológico (toda função tem vista um fim, pelo menos na obra humana), os Direitos Fundamentais travejam toda a estrutura do chamado "Rechtsstaat", ou seja, "Estado de Direito". Isso se deve porque, de acordo com Herrera Flores, "Es en la Grundgesetz o Ley Fundamental de Bonn aprobada en 1949, donde encontramos por primera vez reconocido el término derechos fundamentales en toda su plenitud. Dos son las razones que fuerzan la aparición del término; por un lado la necesidad de superar el estrecho marco ofrecido por el concepto de derechos públicos subjetivos dentro de la nueva configuración del Estado Social, y por otro lado, la exigencia de articular el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado en cuanto fundamento de todo el orden jurídico-político" (op. cit., p. 182).

Schneider, em seu trabalho já citado, dedica um tópico autônomo à análise das funções dos Direitos Fundamentais. Entende que, "Considerados en abstracto, los derechos fundamentales son, en primer lugar, fin en sí mismos y expresión de la dignidad humana que sólo se pueden funcio-

nalizar de maneira limitada. (...) Por outra parte, es indiscutible que los derechos fundamentales, como contenido objetivo de integración de la Constitución (Smend), participan en la constitución del Estado y las posibilidades de realización de los mismos deciden, al mismo tiempo y de manera esencial, si los principios estructurales de la Constitución cobran realidad y efectividad en el proceso político. (...) Son simultáneamente la *conditio sine qua non* del Estado constitucional democrático, puesto que no pueden dejar de ser pensados sin que peligre la forma de Estado o se transforme radicalmente” (páginas 22-3).

Em sua obra *Derecho político*, Stein argumenta que “los derechos fundamentales resuelven conflictos entre los intereses particulares y los intereses estatales, y que lo hacen esencialmente en contra de los intereses estatales. Se dirigen, por tanto, contra el Estado” (pág. 241).

Além de se constituírem num direito de defesa do cidadão contra o Estado, os Direitos Fundamentais são também, simultaneamente, no entendimento do “Bundesverfassungsgericht”, “elementos del ordenamiento objetivo, esto es, normas jurídicas objetivas formando parte de un “sistema axiológico” (aspas do autor) que aspira a tener validez, como decisión jurídico-constitucional fundamental, para todos los setores del Derecho” (conforme Schneider. Op. cit., p. 25).

Gostaríamos de enfocar, do exposto supra, uma particularidade relevante. No pensamento de Hobbes, Locke, Rousseau e Montesquieu, o Estado tinha uma função em si, antes e acima de tudo: garantir a paz, a segurança e a felicidade dos participantes do pacto ou da associação. Com o tempo, porém, o Estado tomou certas feições a ponto de possibilitar a pergunta: o Estado foi feito para o indivíduo ou este para o Estado? A esta interrogação responde a Lei Fundamental: o moderno Estado Social Democrático é um meio de preservar a dignidade humana, cuja expressão máxima se contém nos Direitos Fundamentais. O artigo 1.º, alíneas 1.ª e 3.ª, da Lei Fundamental, traduzidas no tópico 4, supra, são de clareza meridiana, estremes de dúvida.

## 6. O Tribunal Constitucional Federal

Um belo e incrementado elenco inserido numa Constituição, anunciando Direitos, amiúde denominados de Individuais ou Sociais, não tem valor jurídico nenhum se, em contrapartida, não houver um Poder ou um órgão destinado a assegurar a sua eficácia. Nesse caso, na verdade, até destoa, como tudo aquilo que não está no seu lugar. Nunca nos devemos olvidar da assertiva de Jhering: “A coação exercida pelo Estado constitui o critério absoluto do direito; uma regra de direito desprovida de coação jurídica, é um contra-senso: é um fogo que não queima, um facho que não alumia.” (*A evolução do direito*, pp. 270-1). Gabriel Tarde expressou a mesma idéia numa frase de estilo elegante: “O poder afinal é o privilégio de se fazer

obedecer.” (Apud. Jean Cruet. *A vida do direito e a inutilidade das leis*, p. 118). Bem entendido, é o privilégio de se fazer obedecer, para que o Poder não ouça o agravo de Shilok (personagem de Shakespeare): “A libra de carne que eu reclamo, eu a pagarei caro, ela é minha e eu a quero. Fora pois a vossa justiça se vós ma recusais. O direito de Veneza está sem força. É a lei que eu intimo. Eu me apoio aqui sobre o meu título.” (Apud, Jhering. *A luta pelo direito*, p. 68). O Legislador Constituinte entendeu o recado de seu jurista patricio e tratou de evitar escutar intimações semelhantes às de Shilok. Pelo artigo 19, alínea 4, da Lei Fundamental, toda pessoa que se sentir ofendida em seus direitos por uma agressão dos Poderes Público, poderá recorrer à via judicial. Se não houver outra jurisdição competente para conhecer do recurso, a via será para os Tribunais Ordinários. Isso não impede, entretanto, que o interessado faça uso do artigo 93, alínea 1.<sup>a</sup>, frase 4.<sup>a</sup>, ou seja, recorra ao “Bundesverfassungsgericht” por meio da “Verfassungsbeschwerde”, i.é, queixa constitucional (tradução literal), que se configura como um recurso extraordinário. O fecho disto está no artigo 1.<sup>o</sup>, alíneas 1.<sup>a</sup> e 3.<sup>a</sup>, da Lei Fundamental (traduzidas no tópico 4., supra).

Fica assim esclarecida e, no decorrer deste tópico, ainda mais, a relação que mencionamos no preâmbulo do nosso trabalho, *in fine*.

Aqui desejamos apenas salientar duas facetas: a jurisdição constitucional, conseqüência da existência do Tribunal Constitucional Federal e, em breves linhas, descrever os recursos que ao mesmo podem ser endereçadas.

### 6.1. A jurisdição constitucional

Uma idéia quase sempre presente quando se fala ou se lê a respeito de jurisdição constitucional (ou justiça constitucional) é a de que isso seja um fenômeno do nosso século, mormente do pós-guerra. A Alemanha, entretanto, é uma exceção. Há um breve histórico da jurisdição constitucional alemã no trabalho de Hans Joachim Faller, epigrafado “Defensa constitucional por meio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania”, onde está registrado que a Constituição de 28 de março de 1849, sancionada pela Assembléia Nacional reunida na Igreja de São Paulo, situada em Frankfurt e, por isso, denominada de “Constituição da Igreja de São Paulo” (aspas do autor), havia previsto uma jurisdição constitucional com amplas atribuições. Infelizmente, devido à revolução alemã de 1848-9, esta Constituição nunca entrou em vigência. As duas Constituições que se seguiram, a da Liga Alemã do Norte, de 1867 e Constituição Imperial de Bismarck, de 1871, nenhuma se referiu à jurisdição constitucional. A Constituição de Weimar, de 1919, apenas previu uma jurisdição constitucional limitada. Encontramos na Lei Fundamental de Bonn, de 1949, resgatada a pretensão da Assembléia reunida na Igreja de São Paulo: a existência de um Tribunal Constitucional com amplas atri-

buições para a defesa da Constituição (conforme autor e obra citada, pp. 48 e ss.).

Na visão de Eduardo Garcia de Enterría, “la justicia constitucional cierra su círculo sobre un sentido final y global de la vida de las sociedades y del Derecho. Su última legitimación se encuentra, en definitiva, “en el Tribunal de la Historia”, en el “plebiscito diario” (aspas do autor) sobre el que una comunidad se asienta por la comunión de ciertos principios” (*La constitución como norma y el tribunal constitucional*, p. 203).

José Luis Cascajo Castro assinala que “La jurisprudencia constitucional, tutelando la coherencia del sistema normativo a la luz de los principios y las normas constitucionales, va remodelando dinámicamente el ordenamiento jurídico”. Em seguida cita Verdú, dizendo que a justiça constitucional é “la autoconciencia que la Constitución posee de su propia eficacia y dinamismo”. (*La jurisdicción constitucional de la libertad*, p. 154). Castro acentua ainda ser a jurisdição constitucional da liberdade um meio ótimo de controle jurisdicional para tutelar a superioridade de alguns direitos fundamentais e a sua inderrogabilidade (p. 161). Sob este aspecto, entra em pauta o problema da interpretação da Constituição, máxima dos Direitos Fundamentais. Entende Herrera Flores que a interpretação representa um ponto de encontro, bem como uma banca de prova, das diversas teorias que tratam dos mencionados Direitos, sendo também um dos fatores mais decisivos para a sua realização (op. cit., p. 189). É ainda por meio da jurisdição constitucional da liberdade que os Direitos Fundamentais recebem e obtêm “ihren vollen Charakter als subjektive Rechte” (o seu pleno caráter de direitos subjetivos). (Cascajo. Op. cit., p. 165). Realmente, nos informa Starck: “Au Conseil parlementaire qui élabore la Loi fondamentale, les droits fondamentaux furent caractérisés comme des droits subjectifs invocables à l’appui d’une action en justice. Cette qualification résulte directement de l’idée des droits de l’homme, c’est-à-dire de droits attachés au sujet humain. Le caractère subjectif des droits fondamentaux découle également du fait que, par la clause de suprématie et par la mise en place des recours appropriés, la constitution protège des droits fondamentaux par des garanties procédurales” (op. cit., p. 1.274).

Mirkine-Guetzévitch entende, por fim, que a jurisdição constitucional traduz o que ele chama de “o processo de racionalização do poder” (*As novas tendências do direito constitucional*, p. 71)

## 6.2. Os recursos existentes para o “Bundesverfassungsgericht”

A Lei Fundamental prevê três caminhos pelos quais é possível a defesa dos Direitos Fundamentais. Trata-se, na verdade, em todos os casos, de um controle da constitucionalidade das leis. Entretanto, devido ao procedimento, efeitos e características, recebe o nome de jurisdição constitucional.

O controle da constitucionalidade, *stricto sensu*, recebe o nome de "Normenkontrolle", i.é, controle de normas. O procedimento, para tal controle, tem duas vias: "konkrete Normenkontrolle", prevista no artigo 100, alínea 1.ª, da Lei Fundamental, e "abstrakte Normenkontrolle", prescrita no artigo 93, alínea 1.ª, frase 2, também da Lei Fundamental. Klaus Schlaich explica isso da seguinte maneira: "Richterliche Normenkontrolle i. S. einer Kontrolle der Verfassungsmässigkeit von Normen kann auf zweierlei Weise geschehen: Entweder beurteilt jeder Richter anlässlich seiner Entscheidung des anstehenden Einzelfalls "inzident" (aspas do autor) die Verfassungsmässigkeit und damit die Anwendbarkeit bzw. Nichtanwendbarkeit der einschlägigen Norm. Oder es entscheidet ein Gericht, "abstrakt" (aspas do autor) mit dem Ziel der generellen und allseits verbindlichen Feststellung über die Gültigkeit bzw. Ungültigkeit einer Norm." (*Das Bundesverfassungsgericht*, p. 59). (O controle judicial das normas, i. é, um controle de constitucionalidade de uma norma pode ser feita de duas maneiras: ou cada juiz julga, no momento de sua decisão, o incidente em resposta isolada (aqui esclarecemos que se trata do "konkrete Normenkontrolle), verificando a constitucionalidade e, com isso, a aplicabilidade ou não da correspondente norma. Ou o Tribunal Constitucional Federal decide abstratamente com objetivo geral, e verifica, sob todos os aspectos, a obrigatoriedade da validade ou a nulidade da norma.)

Na página 72, preleciona o mencionado autor no sentido de que, quando se trata do "konkrete Normenkontrolle", o juiz tem a competência de fazer o teste legal. Tem ainda a competência e a obrigação de decidir sobre a constitucionalidade da norma. Se a estimar inconstitucional, deve suspender o feito e remeter a questão ao "Bundesverfassungsgericht". E, na página 67, ensina que, no segundo caso ("abstrakte Normenkontrolle") o Tribunal Constitucional conhece a questão de imediato. O pedido será feito, ou pelo Governo Federal, ou pelo Governo Estadual, ou por um terço dos membros do Parlamento (Bundestag). O objeto do pedido consiste em dúvidas relativas à compatibilidade formal e material entre a legislação federal ou estadual com a Lei Fundamental, ou com a compatibilidade de direitos dos Estados-Membros em relação à legislação federal.

O controle jurisdicional das leis, em sentido lato, está previsto no artigo 93, alínea 1.ª, frase 4.ª, já mencionado e traduzido no tópico 4., supra. Uma íntima relação existe entre este artigo (e correspondente alínea e frase) e o artigo 19, alínea 4.ª, também já traduzido no tópico 6., supra. Esta alínea foi denominada por Jellinek de "norma régia". (Apud. Otto Bashof. *Jueces y constitución*, p. 31). A íntima relação se explica porque, como diz Schneider, "Si allí no se le reconoce su derecho le queda todavía el camino de Karlsruhe: el recurso de amparo ante o Tribunal Constitucional Federal (art. 93, párrafo 1, frase 4, Ley Fundamental)" (op. cit., p. 21).

Já se percebe que agora se trata da "Verfassungsbeschwerde". A tradução literal resulta em queixa constitucional. A palavra "Beschwerde"



significa queixa (há outros sentidos ainda, mas não relacionados ao caso). E “Verfassung”, de acordo com o exposto no subtópico 2.1., supra, se traduz por Constituição. Deixando de lado a tradução literal, a palavra deve ser entendida como sendo um recurso constitucional, um instrumento específico para a proteção dos Direitos Fundamentais. Inicialmente não estava albergado pela Lei Fundamental, embora tenha seus antecedentes nas leis regionais da Baviera, de 1919 e de 1946, segundo Fix-Zamudio. Esclarece ainda o autor que o mesmo foi introduzido em 1951, pelo legislador ordinário, na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal. Em 1969, com a reforma da Lei Fundamental, foi elevado ao “status” constitucional, onde está até hoje (frase 4.ª, alínea 1.ª, artigo 93). (*Los instrumentos procesales internos de protección de los derechos humanos en los ordenamientos de Europa Continental y su influencia en otros países*, p. 364).

Encontramos em Seifert/Mömig uma definição, dada por uma decisão do próprio Tribunal Constitucional Federal: “Die Verfassungsbeschwerde ist ein dem Staatsbürger eingeräumter ausesordentlicher Rechtsbehelf, mit dem er Eingriffe der öffentlichen Gewalt in seine Grundrechte abwehren kann.” (Op. cit., 450). (A “queixa constitucional” é um recurso extraordinário concedido ao cidadão com o qual ele pode se defender e/ou resistir à violação dos Poderes Públicos a seus Direitos Fundamentais.) Esta decisão é comentada, com maiores detalhes, na obra, já citada, de Klaus Schlaich, à pág. 97.

A definição pode suscitar a dúvida no sentido de saber porque antes falamos de controle jurisdicional das leis “lato sensu”. A própria Lei Fundamental explica, uma vez que a mesma, na frase 4.ª, alínea 1.ª, artigo 93, menciona “recursos de queixa por inconstitucionalidade”. Na verdade, o “Bundesverfassungsgericht” checa o ato do Poder Público, acusado de infringir algum Direito Fundamental (ou a esta equiparados: art. 20, alínea 4.ª, 33, 38, 101, 103 e 104, pela própria Lei Fundamental), no sentido de verificar se o mesmo está de acordo com a Lei Fundamental ou não. E o meio de se provocar este checamento é justamente o “Verfassungsbeschwerde”.

Segundo Cascajo, todos aqueles que têm capacidade para serem titulares de Direitos Fundamentais (pessoas físicas, jurídicas, estrangeiros e, em alguns casos, até grupos sociais) podem, em princípio, interpor o “Verfassungsbeschwerde” (op. cit., p. 188-1).

O objeto deste recurso, como já foi dito, são os Direitos Fundamentais e aqueles a estes equiparados.

Existem dois artigos da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgerichtsgesetz), cuja menção julgamos importante. Um deles é o artigo 31, alínea 1.ª: “Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Mehrfassungsorgane des Bundes und der Länder

sowie alle Gerichte und Behörden.” (As resoluções do Tribunal Constitucional Federal vinculam os órgãos constitucionais, federais e estaduais, bem como os Tribunais e Autoridades.) O outro é o artigo 35: “Das Bundesverfassungsgericht kann in seiner Entscheidung bestimmen, wer sie vollstreckt; es kann auch im Einzelfall die Art und Weise der Vollstreckung regeln.” (O Tribunal Constitucional pode, em sua decisão, determinar o órgão ou funcionário que deve executá-la; e, se esta tocar a ele, pode regular o seu modo e método.)

É de se ressaltar, por fim, a função do “Verfassungsbeschwerde”. De acordo com Klaus Schlaich, “Die Funktion der Verfassungsbeschwerde erschöpft sich nicht im individuellen Grundrechtsschutz, “sie hat auch die Funktion, das objektive Verfassungsrecht zu wahren und seiner Auslegung und Fortbildung zu dienen... Insoweit kann die Verfassungsbeschwerde zugleich als spezifisches Rechtsschutzmittel des objektiven Verfassungsrechts bezeichnet werden”. (Aspas do autor.) (Op. cit., pp. 101-2.) (A função da “queixa constitucional” não se esgota na defesa dos Direitos Fundamentais individuais. Ela também tem “a função de defender o Direito Constitucional objetivo, e servir para sua interpretação e aperfeiçoamento... por isso a “queixa constitucional” (aspas nossas, em todos os casos) pode ser designada simultaneamente como um específico meio de proteção jurídica do Direito Constitucional objetivo”).

Apesar de não estar elencado nos recursos constitucionais, é de se mencionar, não obstante, o que a doutrina alemã denomina de “Verfassungskonforme Auslegung”, pois ela também denota o caráter da jurisdição constitucional, “Verfassungskonforme Auslegung” (que não é de fácil tradução), seria uma interpretação em harmonia com a Constituição. Hesse a entende como um princípio, i.é, o princípio da interpretação em harmonia com a Constituição — “Der Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung”. O autor tedesco assim a explica: “Nach dem Grundsatz ist ein Gesetz nicht für nichtig zu erklären, wenn es im Einklang mit der Verfassung ausgelegt werden kann. Dieser “Einklang” (aspas do autor) ist nicht nur dann vorhanden, wenn das Gesetz ohne die Heranziehung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte eine Auslegung zulässt, die mit der Verfassung vereinbar ist; er kann auch dadurch hergestellt werden, dass ein mehrdeutiger oder unbestimmter Inhalt des Gesetzes durch Inhalte der Verfassung bestimmt wird. Im Rahmen verfassungskonformen Auslegung sind Verfassungsnormen also nicht nur “Prüfungsnormen”, sondern auch “Sachnormen” (aspas do autor) zur Inhaltsbestimmung einfacher Gesetze.” (Op. cit., páginas 29-30.) Segundo este princípio, uma lei não é de ser interpretada como nula se pode ser explicada de acordo com a Constituição. Este “acordo” não só existe se a lei, sem atrair o ponto de vista constitucional, admite uma explicação em conformidade com a Constituição, como também quando pode ser restabelecido, v. g. no caso de a ambigüidade e indeterminação do conteúdo da lei poderem ser determinadas por meio do conteúdo da Constituição. Na moldura da interpretação em harmonia com a Constituição, as normas constitucionais não são somente “normas de controle”,

como também “normas objetivas” para a definição do conteúdo de leis simplesmente. Este princípio recebeu, segundo Hesse, elevada significação na jurisprudência do “Bundesverfassungsgericht” (p. 29). E Fix-Zamudio asserta que este instrumento (ele assim denomina o princípio) é da maior transcendência na justiça constitucional alemã dos últimos anos (op. cit., p. 373).

A “verfassungskonforme Auslegung” não se confunde, entretanto, com o que Schlaich denomina de “verfassungsorientierten Auslegung”, i.é, interpretação de orientação constitucional. Trata-se, como esclarece o autor, da explicação e do emprego de normas capazes de explicar (preencher espaços interpretativos vazios (Interpretationsspielraum) como, por exemplo, o artigo 826, do BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), assim enunciado: “Quem, de um modo atentatório contra os bons costumes, causar, dolosamente, um dano a um outro, estará obrigado, para com o outro, à indenização do dano.” Ou de alcançar as decisões consideradas de base pela Constituição, como, por exemplo, de atentar à influência do artigo 5.º, alínea 1.ª, frase 2, da Lei Fundamental (A liberdade de imprensa e a liberdade de informação por rádio e cinema estão garantidas. Não se exercerá censura), sobre o emprego de disposições e princípios do Direito do Trabalho (op. cit., pp. 187-8).

Feita esta diferenciação e retomando o caminho, salta aos olhos o “colosso jurídico” representado pelo Tribunal Constitucional, em seu labor de interpretar as leis em harmonia com a Lei Fundamental. Além de resguardar o ordenamento legal em sua pureza constitucional, ao mesmo tempo aproxima a Lei Fundamental da realidade permeada pelas leis. Com isso, a Lei Fundamental não é apenas um oráculo para consultas eventuais e graves. Ela se constitui, antes e acima de tudo, num critério de convivência que deve ser estimado e respeitado.

## 7. Conclusão

A “volonté générale”, tão enfatizada por Rousseau e já entrevista por Montesquieu, perdeu em nossa centúria e, mais especificamente, no seu meado, a aura com a qual esteve adornada desde a época do Século das Luzes. O Estado Democrático moderno não depende mais tão só e unicamente das Leis. Hodiernamente, com mais realismo, as principais forças que se interagem na estrutura do Estado elegeram um outro Poder ou Órgão Especial com a descomunal responsabilidade de guardar e manter íntegro o que fora caro para os principais pensadores políticos pós Idade Média: o pacto e a associação humana.

Neste novo processo de correlação de valores, sobressai o papel do juiz. Este emergir está muito bem expresso por Tomás-Ramón Fernández, na introdução que faz ao opúsculo de Bachof, mencionado no subtópico 6.2., supra, quando assenta, “. . . , porque lo que hoy falta (en lemania, en España y en todo occidente democrático) es, justamente, lo que a Montesquieu le sobraba, es decir, esa confianza ilimitada y ciega en la Ley, cuyo

mantenimiento a ultranza exigía convertir al juez en la boca que limita a pronunciar sus palabras, una confianza que los tiempos — y las necesidades — se han llevado por delante” (pp. 12-3).

Uma excelente prova do que afirma Fernández é a pergunta que Rita Thalmann faz à República de Weimar: “Como entender, com efeito, o paradoxo dessa República nascida na confusão de um país transtornado pela guerra, traumatizado pela derrota e suas conseqüências, que viu nascer os sonhos e a criatividade de homens e mulheres dos mais diversos horizontes?” (A república de Weimar, p. 7). Com certeza, a resposta não depende da Lei, pois a Constituição weimeriana não deixou por menos. A Alemanha, mais uma vez estraçalhada pela guerra aprendeu, não apenas a inscrever determinados valores nas leis, pois estas desde sempre os abrigaram, mas a assegurá-los efetivamente. O seu aprendizado tem servido a outros povos, a outras nações. Esta irradiação, num século que conviveu com duas guerras, dimana uma mensagem a qual os homens devem atentar e meditar: não basta apenas confiar nas Leis, é imprescindível que se lhe as respeite, máxime os valores nelas aninhados.

A amplitude dos poderes conferidos ao “Bundesverfassungsgericht”, pela Lei Fundamental, não tem-se mostrado em vão. O seu trabalho, desembocando em suas decisões, até hoje conseguiu convencer o povo alemão no sentido de respeitar os “Grundrechte”. E, nesta perspectiva, os Direitos Fundamentais têm apenas um significado parcial se a eles não se conectar o Tribunal Constitucional Federal. Então, de um lado há os Direitos Fundamentais, insculpidos na Lei Fundamental e, de outro, o “Bundesverfassungsgericht”. São, sem dúvida, os dois pilares que sustentam o “Rechtsstaat” alemão.

## 8. Bibliografia

- ALEMANHA. Leis, decretos etc., Código Civil Alemão, traduzido diretamente do alemão por Souza Diniz, Rio de Janeiro. Ed. Record. 1960.
- ALEMANHA. Leis, decretos etc., Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, in der Fassung der Bekanntmachung vom 12 Dezember 1985.
- BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*. Madrid, Editorial Cívitas S.A., 1985.
- CASTRO, José Luis Cascajo. “La jurisdicción constitucional de la libertad”. *Rev. de Estudios Políticos*, Madrid, 1975, p. 149 e ss.
- CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Salvador, Ed. Progresso, 1956.
- FALLER, Hans Joachin. “Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la republica federal de Alemania”. *Rev. de Estudios Políticos*, Madrid, ene./feb., 1979. P. 47 e ss.
- FIGUEIREDO, Paulo de. “Enfoque constitucional dos direitos humanos no Brasil e no mundo”. *Rev. de Informação Legislativa*, Brasília, jan./mar., 1983. P. 103 e ss.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. “Los instrumentos procesales internos de protección de los derechos humanos en los ordenamientos de europa continental y su influencia en otros países”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, mayo/ago., 1979. P. 337 e ss.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid, Editorial Cívitas S.A., 1985.

- GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid, Ed. Revista do Occidente, 1950.
- HECK, José Nicolau. *A liberdade em Kant*. Porto Alegre, Ed. Movimento, 1983.
- HEGEL, Georg W. F. *Princípios de filosofia do direito*. 3ª ed. Lisboa, Ed. Gulmarães Ltda., 1986.
- HERRERA FLORES, Joaquín. "A propósito de la fundamentación de los derechos humanos y de la interpretación de los derechos fundamentales". *Rev. de Estudios Políticos*, Madrid, mayo/jun., 1985. P. 177 e ss.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 16. ergänzte Auflage, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1988.
- HORTA, Raul Machado. "Conceituação dos direitos individuais". *Rev. Jurídica LEMI*, Belo Horizonte, out., 1976. P. 1 e ss.
- . "Constituição e direitos individuais". *Rev. de Direito Constitucional e Ciência Política*, Rio de Janeiro, jan./jun., 1985. P. 180 e ss.
- JHERING, Rudolf von. *A evolução do direito*. Salvador, Ed. Progresso, 1953.
- . *A luta pelo direito*. In, *Questões e estudos de direito*. Salvador, Ed. Progresso, 1955.
- LINDSAY, A. D. *El estado democrático moderno*. México, Ed. Fondo de Cultura Economica, 1963.
- MANHEIM, Karl. *Ideologia e utopia*. 4ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Guanabara, 1986.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. *As novas tendências do direito constitucional*. São Paulo, Ed. Companhia Ed. Nacional, 1933.
- . *Evolução constitucional européia*. Rio de Janeiro, Ed. José Konfino, 1957.
- RIDEAU, Joel. "Le rôle de la cour de justice des communautés européennes". *Revue Internationale de Droit Compare*, Paris, abr./jul., 1981. P. 583 e ss.
- SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht*. München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1985.
- SCHNEIDER, Hans-Peter. "Peculiaridad y funcion de los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático". *Rev. de Estudios Políticos*, Madrid, ene./feb., 1979. P. 47 e ss.
- SEIFERT, Karl-Heinz/HÜMIG, Dieter. *Das Deutsche Bundesrecht Taschenkommentar*. 2 Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5ª ed. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1989.
- STARCK, Christian. "La jurisprudence de la cour constitutionnelle fédérale concernant des droits fondamentaux". *Revue du Droit Public et...*, Paris, sept./out., 1988. P. 1.263 e ss.
- STEIN, Ekkehart. *Derecho político*. Madrid, Ed. Aguilar, 1973.
- THALMANN, Rita. *A república de Weimar*. Rio de Janeiro, Ed. Jorge Zahar, 1988.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Princípios de direito internacional contemporâneo*. Brasília, UNB, 1981.

## Obras Publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

*Os pedidos a serem atendidos através da ECT deverão ser acrescidos de 50% (cinquenta por cento) de seu valor, para a cobertura das respectivas despesas postais, acompanhados de cheque nominal à Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal ou de vale postal remetido à agência APT Senado.*

*Deixamos de atender pedidos por reembolso postal em virtude de o preço de várias publicações desta Subsecretaria estar abaixo do mínimo exigido pela ECT para remessa através do referido sistema.*

*Não estão relacionadas as obras esgotadas.*

Posto de Venda no Senado Federal: Via nº 2 — Unidade de Apoio I (fundos do CEGRAF, pelo estacionamento à direita deste) — Praça dos Três Poderes — CEP 70165 — Brasília, DF — Telefones: (061) 311-3578 e 311-3579.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA. N.ºs 10, 12, 13/14, 17, 18, 46, 62, 79 a 85, 87 a 108.

Cr\$ 1.000,00

— Periódico trimestral de pesquisa jurídica. Lançamento: jan./mar. 1964, com circulação ininterrupta.

## ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA. N.ºs 1 a 100.

*Distribuição gratuita aos assinantes da Revista*

- Conteúdo: índice temático dos artigos publicados; índice onomástico dos autores (colaboradores); sumários.
- Editado de 10 em 10 números. Índices já publicados: 1 a 10; 1 a 20; 1 a 30; 1 a 40; 1 a 50; 1 a 60; 1 a 70; 1 a 80; 1 a 90; 1 a 100.

## CONSTITUIÇÕES DO BRASIL. 2 volumes; edição de 1986.

*Cr\$ 1.000,00*

- *Volume 1*: Textos das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1946 e 1967 e suas alterações; Texto da Emenda n.º 1/69 consolidado.
- *Volume 2*: Índice temático comparativo de todas as Constituições.

## CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS. Série, com 6 volumes publicados; edição de 1987.

*Cr\$ 500,00 cada volume*

- *Volume 1*: Alemanha (República Democrática); Bulgária; Hungria; Polónia; Romênia; Tchecoslováquia.
- *Volume 2*: Costa Rica; Nicarágua.
- *Volume 3*: Angola; Cabo Verde; Moçambique; São Tomé e Príncipe.
- *Volume 4*: Dinamarca; Finlândia; Noruega; Suécia.
- *Volume 5*: Áustria; Iugoslávia.
- *Volume 6*: Coréia; Filipinas; Suriname.

## CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS. 4 volumes; edição de 1984, com suplemento de 1986.

*Cr\$ 1.500,00*

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N.º 11, DE 1984.

Cr\$ 500,00

- Emendas oferecidas e propostas anexadas; texto constitucional vigente.

REGIMENTOS DAS ASSEMBLÉIAS CONSTITUENTES DO BRASIL.  
Edição de 1986.

Cr\$ 500,00

- Obra de autoria da Subsecretaria de Arquivo do Senado Federal.
- Antecedentes históricos; Regimentos das Assembléias Constituintes de 1823, 1890/91, 1933/34 e 1946; textos comentados pelos Constituintes. Normas regimentais disciplinadoras do projeto que deu origem à Constituição de 1967.
- Índices temáticos dos Regimentos e dos pronunciamentos. Índices onomásticos.

LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA. Suplemento à 7.ª edição  
— 1990.

Cr\$ 300,00

- Eleições de 1990: instruções do TSE.
- No prelo, a 7.ª edição, com os textos atualizados da legislação.

SISTEMAS ELEITORAIS DO BRASIL (1821-1988). Edição de 1990.

Cr\$ 500,00

CÓDIGO CIVIL — ANTEPROJETOS. 6 volumes; edição de 1989.

Cr\$ 2.000,00

- *Volume 1*: Anteprojeto de Código de Obrigações — Parte Geral (1941); Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas (1964).
- *Volume 2*: Anteprojeto de Código Civil (1963); Anteprojeto de Código Civil — revisto (1964).



- *Volume 3*: Anteprojetos de Código de Obrigações: Negócio Jurídico, Obrigações em geral, Contratos e outros títulos de ordem geral (1963); Sociedades e exercício da atividade mercantil (1964); Títulos de Créditos (1964).
- *Volume 4*: Projetos do Governo Castello Branco: Projeto de Código Civil (1965); Projeto de Código de Obrigações (1965).
- *Volume 5*: — *Tomo 1*: Anteprojeto de Código Civil (1972).  
*Tomo 2*: Anteprojeto de Código Civil — revisto (1973); índice temático comparativo (volumes 1 a 5).

DIREITOS HUMANOS. Edição de 1990.

Cr\$ 1.000,00

- Declaração de direitos e garantias.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Edição de 1990.

Cr\$ 1.000,00

- Lei n.º 5.869/73, atualizada com todas as alterações posteriores, até 1989.

LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS. 3 volumes; 2.ª edição — 1987.

Cr\$ 1.500,00

- Textos atualizados, consolidados e anotados das Leis Orgânicas dos Municípios de todos os Estados.
- Índice temático comparativo.

PROCESSO LEGISLATIVO. 4.ª edição — 1985.

Cr\$ 500,00

- 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.
- Comissões parlamentares de inquérito; impedimento de parlamentar; votação de matéria no Congresso Nacional reunido; competência privativa do Senado Federal; requerimentos que podem ser apresentados no Senado Federal.

ANAIS DO SENADO FEDERAL

ANAIS DO CONGRESSO

DECRETOS-LEGISLATIVOS

RESOLUÇÕES DO SENADO FEDERAL

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA  
(Números 109 a 112 — jan./mar. a out./dez. 1991)

**Cr\$ 4.500,00**

O preço está acrescido de 50% de seu valor para a cobertura das despesas postais.

Os pedidos deverão ser acompanhados de cheque nominal à Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal ou de vale postal remetido à agência APT Senado.

*Autorizo a remessa dos números 109 a 112 da Revista de Informação Legislativa para o endereço abaixo discriminado:*

Nome: .....

Endereço: .....

CEP: ..... Cidade ..... UF: .....

Data: .... / .... / .... Assinatura: .....

**Obs.:** O Índice da Revista de Informação Legislativa (n<sup>os</sup> 1 a 100) é de distribuição gratuita aos assinantes.

# REDE DE BIBLIOTECAS DEPOSITÁRIAS DAS PUBLICAÇÕES DA SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

Biblioteca Nacional  
Instituto Nacional do Livro  
Senado Federal  
Câmara dos Deputados  
Tribunal de Contas da União  
Presidência da República  
Ministérios  
Procuradoria-Geral da República  
Consultoria-Geral da República  
Supremo Tribunal Federal  
Superior Tribunal de Justiça  
Superior Tribunal Militar  
Tribunal Superior Eleitoral  
Tribunal Superior do Trabalho  
Assembléias Legislativas  
Tribunais de Justiça  
Tribunais de Contas Estaduais  
Tribunais Regionais Federais  
Tribunais Regionais Eleitorais  
Tribunais Regionais do Trabalho  
Procuradorias-Gerais dos Estados  
Ordem dos Advogados do Brasil  
(Conselho e Secções Regionais)  
Faculdades de Direito

Estas Bibliotecas recebem, regular e gratuitamente, todas as obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas.

**Centro Gráfico do Senado Federal  
Fevereiro de 1991**