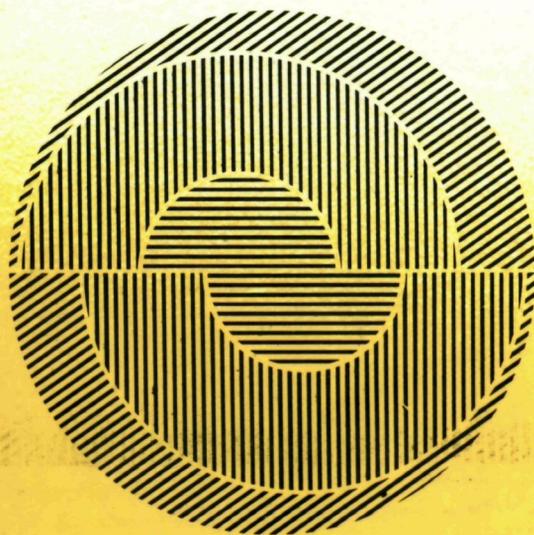


# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ABRIL A JUNHO 1980

ANO 17 • NÚMERO 66

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 17 n. 66 — abril/junho 1980

Publicação trimestral da  
Subsecretaria de Edições Técnicas  
do Senado Federal

---

---

Fundadores:

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

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

---

---

Direção:

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL

---

---

Redação:

ANA VALDEREZ AYRES NEVES DE ALENCAR (Chefe)  
PEDRO HELVÉCIO BOMTEMPO

---

---

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. 17	n. 66	abr./jun. 1980
-----------------	----------	-------	-------	----------------

---

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

---

Preço deste exemplar: Cr\$ 120,00

Pedidos, pelo reembolso postal, à Subsecretaria  
de Edições Técnicas

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

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

v. trimestral

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

Diretores: 1964- Leyla Castello Branco Rangel.

ISSN 0034-835X

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



CDD 340.05  
CDU 34(05)

## SUMÁRIO

	Pág.
<b>COLABORAÇÃO</b>	
Técnica de la formulación de las Constituciones — <i>Segundo V. Linares Quintana</i> .....	5
Em torno das idéias constitucionalistas de João Mangabeira — <i>Arx Tourinho</i> ...	27
Liberdade e poder regulamentar — <i>Geraldo Ataliba</i> .....	45
O controle da constitucionalidade das leis na República Federal da Alemanha e no Brasil — um estudo de Direito Constitucional comparado — <i>João Batista de Oliveira Rocha</i> .....	75
Medidas de emergência e estado de emergência — <i>Osmar Alves de Melo</i> .....	99
O princípio da liberdade na prestação jurisdicional — <i>José Ignácio Botelho de Mesquita</i> .....	111
A liberdade e o direito à intimidade — <i>René Ariel Dotti</i> .....	125
O contencioso diplomático e os recursos de direito interno — <i>Antônio Augusto Cançado Trindade</i> .....	153
Poluição e responsabilidade no Direito brasileiro — <i>Antônio Chaves</i> .....	175
O controle administrativo da empresa pública e sociedade de economia mista, no Direito brasileiro — <i>Fides Angélica Ommati</i> .....	201
O dirigismo econômico e o direito contratual — <i>Carlos Alberto Bittar</i> .....	239
Do contrato de adesão no Direito brasileiro — <i>Arnoldo Wald</i> .....	257
Terrorismo — <i>William Clifford</i> .....	267
Violência nas prisões — <i>Armida Bergamini Miotto</i> .....	273
Direito Agrário — novas dimensões (A Lei nº 6.739/79) — <i>Otávio Mendonça</i> ...	293
Notas sobre trabalho e trabalhador agrícola no Brasil — <i>Vilma de Figueiredo</i>	303
A nova lei do comércio exterior nos EUA — <i>Luiz Gastão Paes de Barros Leães</i>	325
Da afronta ao sistema de incidência única na tributação de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos — <i>Carlos Walberto Chaves Rosas</i> .....	329
<b>PUBLICAÇÕES</b>	
Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas .....	341

# Técnica de la formulación de las Constituciones

SEGUNDO V. LINARES QUINTANA

Miembro Titular de la Academia Nacional de Ciencias, la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, y la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de la República Argentina. Ex-Profesor Ordinario Titular de Derecho Constitucional de las Universidades de Buenos Aires y La Plata.

La existencia de una ciencia constitucional supone, a la vez, la de una técnica constitucional, que se propone la búsqueda y la adopción de los medios adecuados para la consecución de los fines que persigue aquella disciplina. ADOLFO POSADA, el ilustre maestro español del derecho político, hacía notar la conveniencia de distinguir siempre el derecho puro — el derecho idea, que es criterio estimativo de valoración y generador de inspiraciones en normas que se viven, al acomodarse a ellas el comportamiento de dichos seres libres — de los medios, instrumentos institucionales y procesales con que se procura dar y se da efectividad concreta al derecho y sus normas, y que constituyen su técnica jurídica, si en tanto reflejan o traducen derecho (1).

La técnica constitucional consiste, entonces, en el adecuado manejo de los medios que permiten alcanzar los fines que persigue la ciencia del derecho constitucional. Pero, como dichos fines se obtienen mediante la formulación y la aplicación de las normas constitucionales, corresponde distinguir la *técnica de la formulación de la técnica de la aplicación* de la Constitución. La primera se refiere a la elaboración y redacción de la Constitución; la segunda, a la aplicación de ésta a los casos particulares, y suscita el importante y delicado problema de la interpretación constitucional. Nosotros nos ocuparemos, ahora, de la primera, vale decir, de la técnica de la formulación constitucional (2).

(1) ADOLFO POSADA, *Tratado de Derecho Político*, Madrid, 1935, t. 2, p. 89.

(2) Nos hemos ocupado del tema *in extenso* en nuestras obras: *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, 2ª edición, Buenos Aires, 1977, t. 3, p. 570; *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas: Teoría Espirica de las Instituciones Políticas*, 2ª edición, Buenos Aires, 1976, t. 2, p. 375.

Ha de reconocerse, con humildad, que supera las posibilidades de la mente humana la soberbia pretensión de dictar normas para el gobierno de la comunidad. Ya ROUSSEAU, en su libro famoso, escribió que "para descubrir las mejores reglas de sociedad que convienen a las naciones, sería preciso una inteligencia superior, que viese todas las pasiones de los hombres y que no experimentase ninguna; que no tuviese relación con nuestra naturaleza y que la conociese a fondo; que tuviese una felicidad independiente de nosotros y, sin embargo, que quisiese ocuparse de la nuestra; en fin, que en el progreso de los tiempos, preparándose una gloria lejana, pudiese trabajar en un siglo y gozar en otro". Y el ilustre autor del *Contrato Social* resumía su pensamiento al respecto, diciendo que "serían preciso dioses para dar leyes a los hombres." (3) En lo que coincidía ESTEBAN ECHEVERRÍA cuando en el *Dogma de Mayo* afirmaba que la obra del legislador es "sublime y semejante a la de Dios" (4).

No ha de sorprender entonces que la elaboración de las constituciones y las leyes sea tarea que desde antiguo se ha querido vincular a lo divino, por lo que, a quienes las hacen, se ha exigido siempre virtudes y conocimientos que sólo los dioses podrían poseer. En sus clásicos *Aforismos Políticos*, proclamaba CAMPANELLA, en el siglo XVII, que "legislador es quien funda un imperio bajo nuevos auspicios de religiones y de leyes, armas y ritos, como Moisés bueno y Mahoma malo. De donde el legislador ha de ser: o Dios como Cristo, o mensajero de Dios como Moisés, o astutísimo político, como Minos, Mahoma, Júpiter, Osires y otros semejantes; que fingieron ser enviados de Dios para alcanzar crédito, ya que el legislador debe ser alabadísimo, sapientísimo, divinísimo, religiosísimo y sobrehumano". Por lo que CAMPANELLA insistía en que "la primera alabanza y sabiduría y otras virtudes débese al legislador" (5).

JEREMY BENTHAM — el famoso filósofo y jurista inglés, creador del utilitarismo — escribió un libro sobre lo que denominó *nomografía*, o sea, el arte de redactar las leyes, que se publicó, luego de su muerte, en 1832. BENTHAM fué un gran creador de palabras y si bien no inventó el término *nomografía*, fué quien le dió el sentido que hoy se acepta. Explayándose sobre el tema, explica que emplea dicho vocablo para distinguir aquella parte del arte de la legislación que se relaciona con la forma dada, o adecuada para ser dada, a la materia de la cual el cuerpo legal y sus distintas partes está compuesto: la forma, en contraposición con la materia, y en la medida en que un objeto es susceptible de ser contemplado separadamente del otro" (6).

(3) JUAN JACOBO ROUSSEAU, *Contrato Social*, Madrid, 1929, libro II, cap. VII, p. 58.

(4) ESTEBAN ECHEVERRÍA, *Dogma Socialista o de Mayo*, Universidad Nacional de La Plata, 1940, § X, p. 205.

(5) TOMAS CAMPANELLA, *Aforismos Políticos*, Madrid, 1958, § 51/54, p. 46.

(6) MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, libro I, cap. III, t. 1, p. 7.

La primera y más importante regla que debe observar el legislador constituyente — y que, por desgracia, es también la que más a menudo se transgrede — exige que la Constitución responda lo más ajustadamente posible a la realidad jurídica, política, social, económica etc., del pueblo de que se trata. Ya MONTESQUIEU sostenía que “el gobierno más conforme a la naturaleza es el que más se ajusta a la disposición particular del pueblo para el cual se establece... y las leyes políticas y civiles no deben ser otra cosa sino casos particulares en que se aplica la misma razón humana. Deben ser estas últimas tan ajustadas a las condiciones del pueblo para el cual se hacen, que sería una rarísima casualidad si las hechas para una nación sirvieran para otra. Es preciso que esas leyes se amolden a la naturaleza del gobierno establecido o que se quiera establecer, bien sea que ellas lo formen, como lo hacen las leyes políticas, bien sea que lo mantengan, como las leyes civiles”. Y definiendo lo que denominaba el *espíritu de las leyes*, el genial pensador decía que dichas leyes “deben estar en relación con la naturaleza física del país, cuyo clima puede ser glacial, templado o tórrido; ser proporcionadas a su situación, a su extensión, al género de vida de sus habitantes: labradores, cazadores o pastores; amoldadas igualmente al grado de libertad posible en cada pueblo, a su religión, a sus inclinaciones, a su riqueza, al número de habitantes, a su comercio y a la índole de sus costumbres. Por último, han de armonizarse unas con otras, con su origen y con el objeto del legislador. Todas estas miras han de ser consideradas” (6). Recuérdese que cuando se le preguntó a Solón si había dado a los atenienses las mejores leyes, respondió con la profunda y sencilla sabiduría de los antiguos: “de las que podían recibir, las mejores” (7).

En 1819, BOLIVAR afirmaba enfáticamente que “las leyes deben ser relativas a lo físico del país, al clima, a la calidad del terreno, a su situación, a su extensión, al género de vida de los pueblos; referirse al grado de libertad que la Constitución puede sufrir, a la religión de sus habitantes, a sus inclinaciones, a sus riquezas, a su número, a su comercio, a sus costumbres, a sus modales”. Años antes, había criticado a los teóricos del derecho constitucional positivo. “Los códigos que consultaban nuestros magistrados — dijo — no eran los que podían enseñarles la ciencia práctica del gobierno, sino los que han formado ciertos buenos visionarios que, imaginándose repúblicas aéreas, han procurado alcanzar la perfección política, presuponiendo la perfectibilidad del linaje humano” (8). Coincidentemente, SAN MARTÍN escribía a O’HIGGINS, en 1833: “yo estoy firmemente convencido de que los males que afligen a los nuevos Estados de América no dependen tanto de sus habitantes como de las constituciones que los rigen. Si los que se llaman legisladores de América hubieran tenido presente que a los pueblos no se les debe dar las mejores leyes pero sí las mejores que sean apropiadas a su carácter, la situación de nuestro país sería

(7) PLUTARCO, *Solón, en Vidas Paralelas*, Madrid, 1919, t. 1, XV, p. 244.

(8) LUIS ALBERTO CABRALES, “El Pensamiento Auténtico de Bolívar sobre el Régimen de Gobierno”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1949, núm. 43, p. 129.

diferente" (9). Y RIVADAVIA, en el discurso que pronunció al asumir la Presidencia de la Nación Argentina, el 8 de febrero de 1826, proclamaba que "fatal es la ilusión de un legislador cuando pretende que su talento y su voluntad pueden mudar la naturaleza de las cosas o suplir a ella sancionando y decretando creaciones".

Los Constituyentes argentinos de 1853, al colocar las piedras miliars de la organización constitucional de su país, demostraron su sencilla pero profunda y admirable sabiduría. Y es que entre las muchas y sobresalientes virtudes de la Constitución Argentina, una de las más destacables es la de ser exacta expresión de la historia, de las necesidades y de los ideales del pueblo de la República. Bien explicó en el seno del Congreso General Constituyente su Presidente, don FACUNDO ZUVIRÍA, que "la ciencia del legislador no está en saber los principios del derecho constitucional y aplicarlos sin más examen que el de su verdad histórica; sino en combinar esos mismos principios con la naturaleza y peculiaridades del país en que se han de aplicar; con las circunstancias en que éste se halle, con los antecedentes y acontecimientos sobre que se deba y pueda calcular; está en saberse guardar de las teorías desmentidas por los hechos, ya sea por la falsedad de ellas o su mala aplicación. Está también en conocer todos los elementos materiales y morales que encierra la sociedad sobre que va a legislar. Está, finalmente, en saber juzgar y combinar todas las pretensiones e intereses discordantes de los pueblos que constituyen dicha sociedad" (10).

Coincidentemente, la Comisión del referido Congreso, que redactara el proyecto de Constitución de 1853, declaró, en el informe respectivo: "el proyecto que la Comisión tiene la honra de someter a examen de V.H., no es obra exclusiva de ella. Es la obra del pensamiento actual argentino, manifestado por sus publicistas y recogido en el trato diario que los miembros de la Comisión mantienen con sus dignos colegas. La Comisión no ha hecho más que redactar la idea del Congreso Constituyente, como habrá de probarlo, sin duda, la plena aprobación que de V.H. confiadamente espera". Todo el pensamiento del Congreso General Constituyente sobre el punto fué sintetizado por dicha Comisión, al declarar en el mencionado informe que el proyecto "no crea ni inventa nada" (11). Por su parte, en el seno de la Convención de la Provincia de Buenos Aires de 1860, la Comisión que revisó el texto constitucional de 1853, expresaba en su informe — firmado por BARTOLOMÉ MITRE y en el que tuvo intervención preponderante DOMINGO F. SARMIENTO — que "la Comisión no ha desconocido, al adoptar esta regla de criterio, que cada pueblo tiene su modo de ser; sus principios fundamentales de gobierno encarnados en sus costumbres, sus antecedentes históricos, sus instituciones de hecho que no es-

(9) JOSÉ DE SAN MARTÍN, *Epistolario Selecto*, Buenos Aires, 1947, p. 240.

(10) *Diario de Sesiones del Congreso General Constituyente: 1852-1854*, Buenos Aires, 1854, p. 50.

(11) *Convención Nacional de 1860 y antecedentes*, Buenos Aires, 1860, p. 266.

tán escritas y que tienen toda la fuerza de la ley aceptada; y, por consecuencia, que cada pueblo tiene en sí mismo su Constitución, y que no es posible organizar bien una nación en teoría, prescindiendo totalmente de las leyes del tiempo y del espacio. Pero ha reconocido, también, que no obstante estas verdades prácticas, el legislador debe propender a levantar los hechos a la altura de la razón, poniendo a la ley de parte de ésta, en vez de capitular con los hechos que no tienen razón de ser" (12).

Quienes redactan una Constitución no deben sentirse especialistas que en la serenidad de un gabinete están elaborando un tratado sobre la materia, sino hombres de Estado, que se hallan preparando un verdadero instrumento de libertad y gobierno, cuyo contenido tiene íntima relación con el drama desarrollado a través de la historia del país, del cual son protagonistas las varias generaciones de habitantes que con su esfuerzo, su sacrificio y hasta su vida, llevaron a buen término el siempre azaroso, y no pocas veces cruento, proceso de institucionalización; instrumento de libertad y de gobierno que si no resulta adecuado para la consecución de los fines propuestos, como tampoco a la realidad y a las posibilidades de la Nación, en su fracaso degenerará en instrumento de opresión y desgobierno.

JOSÉ MANUEL ESTRADA — desde su cátedra famosa en la Universidad de Buenos Aires — de la que hizo astillas, como dijera, para defender la libertad — proclamaba que "una Constitución debe consultar la situación histórica de la sociedad que está destinada a regir; pero no con el objeto de eliminar ni destruir ninguna de las fuerzas vivas puestas en acción por los sucesos sino, por el contrario, con el propósito de no excluirlas, con el fin de perfeccionarlas, con el empeño de suscitar todas las que le sean correlativas y necesarias para su consolidación y su mejora, de acuerdo con los principios eternos a que debe subordinarse el orden jurídico" (13). Lo dijo también MITRE, con emocionada palabra desde su banca de senador: "es que detrás de los códigos fundamentales de los pueblos libres, detrás de aquellas prescripciones que mejor garanten sus derechos, hay siempre un espectro histórico que simboliza la lucha, el dolor o el sacrificio, ya sea el de un libertador como WASHINGTON, de un verdugo como ROSAS, o de un mártir como ABERASTAIN. Cada una de las grandes cuestiones resueltas entre nosotros por el derecho constitucional ha sido un drama prolongado y palpitante, una pasión o un martirio a que esas soluciones responden y se ligan... Si recorremos las páginas de nuestra Ley Fundamental encontraremos en cada una de ellas las manos con que levanta la carta de manumisión que atestigua su antiguo cautiverio" (14). Por eso, pudo decir ESTRADA, con verdad, que el artículo 29 de la Constitución Argentina, que prohíbe las facultades extraordinarias y la

(12) *Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución Federal*, Buenos Aires, 1860, p. 92.

(13) JOSÉ MANUEL ESTRADA, *Obras Completas*, t. 10, p. 288.

(14) BARTOLOMÉ MITRE, *Arengas*, Buenos Aires, 1889, p. 301.

suma del poder público, "está escrito con la sangre de nuestros hermanos" (15). Por su parte, AGUSTÍN ALVAREZ llamaba la atención acerca de que "no son las leyes escritas en el papel, que admite lo que le pongan, la medida del estado de civilización de un pueblo, sino su conciencia y su razón, porque todo depende, a lo menos en las leyes políticas, de ese juez doméstico de las acciones y de su asesor que discernen lo que es bueno y lo que es malo, que son los legisladores soberanos de las costumbres, llamadas segunda naturaleza, sin duda para indicar que son más fuertes que la ley, en el modo en que las cosas predominan sobre las palabras, sin preocuparse siquiera de si las acompañan o andan por otro lado. En efecto, cuando la ley es producto de la costumbre, las dos marchan juntas y acordes; pero cuando la costumbre es propia y la ley prestada, y el fruto de una razón y de una conciencia más adelantadas, es como cuando un chico se pone el traje de una persona mayor; a simple vista se nota que el difunto era más juicioso" (16).

En general, la Constitución suele ser el resultado de un compromiso o transacción, que integra las distintas ideas e intereses de los habitantes del país respectivo. Las leyes fundamentales escritas que han alcanzado una existencia más prolongada — que son, precisamente, las de los Estados Unidos y la República Argentina — consagraron ese acuerdo o pacto que aseguraría su estabilidad y permanecía a través del embate de los tiempos y de las pasiones de los hombres. "Lo lógico — enseña GASCÓN Y MARÍN — es que la ley fundamental no contenga, no se lleve a ella sino lo que tenga asentimiento general; lo que por todos debe ser respetado; lo que, no olvidando naturalmente las exigencias de la evolución y las necesidades de los tiempos presentes, significan las instituciones e ideas de mayor arraigo y tradición en la sociedad de que se trate. Si la Ley Fundamental es ley para la comunidad, en el bien de ésta y en su propia historia debe inspirarse. Razón tiene KELSEN al decir que lo que se entiende por Constitución, ante todo y siempre, es un principio en el cual se exprese jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas en el momento que se considera" (17).

La Constitución no puede jamás contrariar al espíritu público, ni a la tradición del país, sin convertirse en una simple hoja de papel, pronta a desaparecer al más ligero soplo, como lo demuestra la historia del mundo en todas las épocas. Por eso, en las *Bases*, recomendaba ALBERDI no olvidar "la *vocación política* de que debe estar caracterizada la Constitución que es llamada a organizar". Y agregaba que "la Constitución es llamada a contemperar, a complacer hasta cierto grado algunas exigencias contradictorias que no deben mirar por el lado de su justicia absoluta, sino por el de su poder de resistencia, para com-

(15) JOSÉ MANUEL ESTRADA, *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1927, t. 2, p. 32.

(16) AGUSTÍN ALVAREZ, *South America. Ensayo de Psicología Social*, Buenos Aires, 1953, p. 51.

(17) J. GASCÓN y MARÍN, *El Poder Constituyente*, Madrid, 1947, p. 78.

binarlas con prudencia y del modo posible con los intereses del progreso general del país". Para ALBERDI, "toda Constitución tiene una *vocación política*, es decir, que es llamada siempre a satisfacer intereses y exigencias de circunstancias. Las cartas inglesas no son sino tratados de paz entre los intereses contrarios". Y encontraba la Constitución real o natural del país en "esa *vocación política* resultante del equilibrio o compromiso de la interacción de los individuos y los grupos de individuos integrantes de la comunidad nacional" (18).

La Constitución de los Estados Unidos de 1787 — modelo inspirador de tantas constituciones democráticas — siguió sin duda la *vocación política* de esa nación; y es por ello que ha podido mantenerse en plena y efectiva vigencia a través de los años, de guerras y de conflictos que hubieran hecho naufragar a cualquier Ley Fundamental en cualquier país y cualquier época. Como dijera la Suprema Corte norteamericana, en el caso *Vanhorne v. Dorrance*, en 1795 (2 Dall. 304, 309): "no obstante la lucha de intereses opuestos y la violencia de las partes contendientes, parece firme e inmutable, como una montaña en medio de las tormentas, o como una roca en el océano en medio del furor de las olas".

La Constitución de la República Argentina de 1853-1860 también tuvo muy en cuenta la *vocación política* del país, y por ello pudo afirmar JUAN MARÍA GUTIÉRREZ, en el Congreso General Constituyente que la sancionó: "la Constitución no es una teoría, como se ha dicho; nada más práctico que ella; *es el pueblo, es la Nación Argentina hecha ley* y encerrada en ese código que encierra la tiranía de la ley, única a que yo y todos los argentinos nos rendiremos gustosos" (19).

Resulta frecuente el espectáculo desgraciado de países que ocultan la miseria, la violencia y la explotación del hombre por el hombre, en un clima social y político en el que no se respeta la libertad ni la dignidad humanas, tras la cortina de humo de una Constitución ultrasocial, que no deja institución o derecho del constitucionalismo social sin proclamar y adoptar. En tales casos cúmplase en los constituyentes la amarga profesía alberdiana: "Haréis constituciones brillantes que satisfagan completamente las ilusiones del país; pero el desengaño no tardará en pedirnos cuentas del valor de las promesas, y entonces se verá que hacéis papel de charlatanes, cuando no de niños, víctimas de vuestras propias ilusiones" (20).

Lo dicho no significa que el constituyente está fatalmente obligado a marchar a la zaga de los hechos. Su augusta misión no puede limitarse a la de un simple auscultador de la realidad institucional de su

(18) JUAN B. ALBERDI, *Bases, Obras Selectas*, Buenos Aires, 1920, t. 10, cap. **XXIX**, p. 215.

(19) *Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina: sesión 1852-1854*, p. 70.

(20) JUAN B. ALBERDI, *Bases, Obras Selectas*, Buenos Aires, 1920, t. 10, cap. **XXXII**, p. 225.

país, y mucho menos há de aceptarse que la Constitución tenga necesariamente que ser una mera fotografía de aquella. No se trata de traducir los hechos en disposiciones escritas, cuyo conjunto formaría la Constitución. Es que si las constituciones, si bien deben acoger generosamente a la realidad, no por ello deben cerrar las puertas al ideal, cuya incansable búsqueda anima y da motivo a la vida de los hombres y los pueblos. Como escribiera DE RUGGIERO, "existen dos ciudades, o Estados, o formas de convivencia. La una es aquella en que vivimos materialmente, angosta en sus confines, sofocante en sus calles populosas, a menudo mezquina y sórdida en sus afanes. La otra es la Ciudad ideal que deseamos, cuya imagen sugestiva dibujamos en nuestra mente anticipando su realización con la fantasía y el corazón. En todos los tiempos, los individuos vivieron en carne y en espíritu estas dos ciudades, y algunos de ellos fijaron con rasgos incisivos sus caracteres antitéticos: PLATÓN, SAN AGUSTÍN, MORO, CAMPANELLA, para recordar sólo a los mayores. Pero no hay ser humano, por humilde que sea, que desde el rincón en que se marchita, no vislumbre un trozo de cielo y no reconozca en él el símbolo de su verdadera patria" (21).

Bien está que el constituyente, sin caer en el teoricismo o en el constitucionalismo profesoral, siga las enseñanzas de la ciencia y la técnica de la disciplina, y sin dejar de asentar sus pies en la tierra, eleve sus ojos a lo alto buscando derroteros. Ni aun en materia constitucional cabe desterrar del todo al eterno vellocino de oro. Como enseñaba SÉNECA, "el hombre está en igualdad perfecta con los dioses: su propensión es elevarse hacia los altos cielos, de los cuales hubo de salir y descender" (22).

Si bien es la Constitución la que debe amoldarse al país y no el país a la Constitución, es recomendable que el Código Fundamental de una Nación se eleve sobre los defectos y las malas prácticas y señale un rumbo definido para el progreso institucional. Con acierto sostenía SÁNCHEZ VIAMONTE que "una Constitución es por definición un programa máximo. Debe contener el máximo de posibilidades para las aspiraciones de justicia que caracterizan la inquietud social de un momento histórico. Por eso resulta incompatible con el totalitarismo y con cualquier forma de dictadura, aun en los casos en que se ha realizado la tentativa de ultrajar su natural decoro" (23).

No se trata simplemente "de que la Constitución deba ser la exacta expresión y la resultante de las características y necesidades materiales del país, sino que además y por sobre todo, debe satisfacer cumplidamente los valores espirituales, como también los ideales de ese pueblo. "Fuerzas — dice SÁNCHEZ AGESTA — no son sólo los instrumentos materiales del poder (agrupación de hombres, acumulación de bienes, armamentos, organización), sino más fundamentalmente los valores es-

(21) GUIDO DE RUGGIERO, *El Retorno a la Razón*, Buenos Aires, 1949, p. 209.

(22) SÉNECA, *Libro de Oro*, Madrid, 1934, p. 150.

(23) CARLOS SÁNCHEZ AGESTA, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1946, t. 1, p. 32.

pirituales en que, en último término, reposa la misma fuerza material. Así entendida la Constitución, se manifiesta como la formulación de los valores válidos para una comunidad y la expresión consecuente de las fuerzas y los elementos sociales que los representan. Las instituciones políticas únicamente son estables cuando las ideas que las fundan coinciden con estas valoraciones preponderantes y llevan a la organización de las instituciones aquellos elementos que les prestan una adhesión espontánea" (24).

La virtud principal de la Constitución Argentina — que le ha permitido sobrevivir a todas las vicisitudes institucionales que ha debido soportar el país, a la vez que aparecer siempre en los momentos más oscuros de nuestra historia política, como la estrella que con su brillo inextinguible ilumina siempre el rumbo seguro a seguir — es, precisamente, la de responder adecuadamente y de manera exacta a las fuerzas espirituales y materiales que en su conjunto integran la Nación. Por ello, dijo con acierto nuestra Corte Suprema de Justicia, resolviendo el caso *Carlos H. Bressani v. Provincia de Mendoza* (Fallos: 178,22) que "el mayor valor de la Constitución no está en los textos escritos que adoptó y que antes de ella habían adoptado los ensayos constitucionales que se sucedieron en el país durante cuarenta años, sin lograr realidad, sino en la obra práctica, realista, que significó encontrar la fórmula que armonizaba intereses, tradiciones, pasiones contradictorias y belicosas. Su interpretación auténtica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad que le impide envejecer con el cambio de ideas, crecimiento o redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación". Por ello, también, escribió a comienzos de siglo JOAQUÍN V. GONZÁLEZ: "no debe olvidarse que es la Constitución un legado de sacrificios y de glorias, consagrado por nuestros mayores a nosotros y a los siglos por venir; que ella dió cuerpo y espíritu a nuestra patria hasta entonces informe, y que como se ama la tierra nativa y el hogar de las virtudes tradicionales, debe amarse la Carta que nos engrandece y nos convierte en fortaleza inaccesible a la anarquía y al despotismo" (25).

En cambio, cuando la Constitución no guarda relación con los *factores reales de poder* del país respectivo, se produce un divorcio entre la teoría y la práctica institucional, y la Ley Fundamental se convierte en una mera hoja de papel, según la divulgada expresión de LASSALLE. Opérase, entonces, el falseamiento de la Constitución, que en muchos casos puede llegar a extremos increíbles, en que las instituciones escritas aparecen como un lamentable y trágico remedo, si no caricatura, de las instituciones vivas. Ese desgraciado fenómeno de la patología política suele producirse a menudo en los países latinoamericanos, en no pocos de los cuales la perfección de las instituciones escritas está muy lejos de la realidad política, social y económica de los res-

(24) LUIS SÁNCHEZ AGESTA, *Derecho Político*, Madrid, p. 350.

(25) JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, p. 13.

pectivos pueblos. En esas constituciones podrían señalarse disposiciones que nunca alcanzaron una efectiva vigencia y que lucirían mejor en un museo político que en una Constitución. Olvídase que, como afirmaba ALBERDI, "las constituciones escritas en el papel están expuestas a borrarse todos los días; las que no se borran fácilmente son las escritas en los hombres, es decir, en sus costumbres" (26).

El *cientificismo* constitucional ha hecho estragos en América Latina y no pocas veces bajo su espeso manto se ha intentado cubrir aviesas maniobras políticas. ICAZA TIGERINO observa que el hecho "de que en las constituciones de nuestras naciones se incorporen a cada momento las últimas novedades del doctrinarismo europeo, los principios más avanzados, las condenaciones y afirmaciones más definidas y atrevidas, no tiene en realidad más trascendencia que la de la letra muerta o la de la curiosidad jurídica, cuando la de servir de mampara a una reelección presidencial que exige la maniobra política de una reforma constitucional o la de obtener un arma legal eficaz para la persecución de determinados grupos políticos enemigos" (27). Muchos males, algunos irreparables, han ocasionado a los pueblos lo que podría calificarse de un verdadero esnobismo constitucional, ya que, por desgracia, como lo señalara JOSÉ MANUEL ESTRADA, "las fantasías políticas son pecados que no purgan los teorizadores, sino los pueblos" (28).

La finalidad suprema y última de la Constitución es asegurar la libertad y la dignidad del hombre mediante limitaciones a la acción del poder público. De aquí la necesidad de que la Constitución sea escrita y rígida, a la vez que suprema — o sea, Ley de Leyes — y también permanente. SÁNCHEZ AGESTA enseña bien que "en cuanto la Constitución expresa los elementos esenciales de un orden, aquellos por los que se identifica, es lógico que se trate de asegurar su continuidad mediante una garantía especial" (29). Porque, a diferencia de las leyes ordinarias, generalmente destinadas a satisfacer necesidades circunstanciales o del momento, las constituciones se sancionan con vistas a una larga duración. Con razón expresaba MITRE, en la asamblea constituyente de la Provincia de Buenos Aires de 1854, que "una Constitución no es un juego de niños, no es cosa que se puede andar cambiando todos los días, sin dar tiempo a las instituciones a que echen raíces profundas en la sociedad. Por el contrario, debe dejarse que el tiempo las consagre, las radique y que les dé toda la solidez y respetabilidad que desde el primer día no pueden tener, y que sólo el tiempo y la educación constitucional pueden darles" (30).

(26) JUAN B. ALBERDI, *Obras Selectas*, cit., t. 2, p. 254.

(27) JULIO ICAZA TIGERINO, "Introducción a la vida política hispanoamericana", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1949, núm. 43, p. 156.

(28) JOSÉ MANUEL ESTRADA, *La Política Liberal bajo la Tiranía de Rosas*, *Obras Completas*, Buenos Aires, 1897, t. 4, p. 43.

(29) LUIS SÁNCHEZ AGESTA, *Derecho Político*, cit., p. 359.

(30) BARTOLOMÉ MITRE, *Arengas*, Buenos Aires, 1889, p. 58.

GARCÍA PELAYO pone en relieve que la idea de la permanencia ha estado estrechamente vinculada con la idea de la Constitución, hasta el punto de que la estabilidad ha sido considerada como atributo necesario de ella. "La Constitución — dice — se concibe así como un complejo normativo o de una forma firme, a través de la cual pasa el movimiento de la vida; la substancia de la Constitución es la intención de crear un orden jurídico fundamentalmente duradero; debe ser el polo firme en el fluir de los fenómenos; su contenido es abarcar la movilidad de los acontecimientos políticos en una forma firme. Hasta tal punto la estabilidad es considerada como nota esencial de la Constitución, que serviría para diferenciarla de la Administración; mientras que la primera significa el momento estático en la vida del Estado, la segunda representa el momento dinámico" (31).

Una mirada, siempre necesaria, al pasado remoto permite verificar que ha existido siempre en el espíritu humano una tendencia hacia la estabilización de situaciones, inclusive en aquellos pensadores que se caracterizaron por una concepción dinámica del hombre u su contorno. PLATÓN, luego de un agudo análisis del curso histórico, quiere detener a éste en su arquetipo de *polis*. A POLIBIO le cuesta creer que también a Roma la devorará la historia. Para HEGEL el proceso dialéctico histórico se acaba en la monarquía prusiana y para Marx en la sociedad sin clases. En fin, MACAULAY ve en la monarquía constitucional británica la plenitud de los tiempos. Se trasluce así la creencia de que una de las mejores formas de asegurar esa permanencia sería la inmutabilidad de la Constitución. Las leyes fundamentales fueron consideradas como algo definitivo e inmutable o por lo menos sujeto a especiales garantías de estabilidad. CROMWELL, con su *Instrument of Government*, quería establecer algo semejante a la Carta Magna, algo inalterable; y el jusnaturalismo racionalista del siglo XVIII también hubo de afirmar la inmutabilidad de las normas constitucionales.

*La regla de la estabilidad — vinculada estrechamente con la de la fundamentalidad — no obsta, sin embargo, a que en algunos casos la Constitución deba satisfacer ciertas necesidades o requerimientos circunstanciales, so pena de caer en el fracaso. ALBERDI formulaba ese principio, afirmando que toda Constitución debe tener vocación política. "La Constitución — escribía — es llamada a contemporizar, a complacer hasta cierto grado algunas exigencias contradictorias que no se deben mirar por el lado de su justicia absoluta, sino por el de su poder de resistencia. Para combinarlas con prudencia y del modo posible con los intereses del progreso general del país... Toda Constitución tiene una vocación política, es decir, que es llamada siempre a satisfacer intereses y exigencias de circunstancias"* (32).

Claro está que si bien debe asegurarse la estabilidad de la Constitución, no debe llegarse a su petrificación. Como dijera LEGÓN, "es indispensable abrir oportunamente las válvulas a las expansiones rec-

(31) MANUEL GARCÍA PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, p. 113.

(32) JUAN B. ALBERDI, *Bases, Obras Selectas*, cit., t. 10, cap. XXIX, p. 215.

tificantes; de lo contrario se llega al borde de la rectificación violenta o brutal. En su famoso libro sobre la vida del derecho y la impotencia de las leyes, CRUET tiene palabras dignas de la particular meditación de quienes se encuentran en el trance de rehacer o rectificar estatutos constitucionales: si la Constitución escrita pretende aprisionar el porvenir político y social de una nación en un laberinto de prescripciones minuciosas y rigurosamente coordinadas, corre el riesgo de llevar a un punto crítico el conflicto entre las fuerzas políticas y las formas constitucionales; es decir, el conflicto entre el vapor y la caldera". Agrega LEGÓN que "se ha dicho a menudo que gobernar es prever. No es del todo exacto; pero al menos la fórmula tiene el mérito de sumergirnos en el corazón del problema. Diríamos más bien: gobernar es adaptar una sociedad cualquiera a los acontecimientos imprevistos o aun imprevisibles, que vienen diariamente a afectar sus condiciones de vida, de desarrollo y de organización" (33).

Criteriosamente proclama ARISTÓTELES, fundador de la ciencia política y constitucional, que "para el legislador y para los que quieren fundar un gobierno democrático, la tarea más laboriosa no es establecerlo, ni es la única; lo difícil y más interesante es proveer a su conservación. Porque no se trata de establecer una forma de gobierno, sea cual fuere, para que dure tres o cuatro días. He aquí por qué es preciso combinar todos los medios adecuados para garantía de su estabilidad" (34).

La *estabilidad*, vale decir, la duración, la permanencia, la firmeza, la fijeza de una Constitución es condición indispensable para que ella pueda cumplir adecuadamente con su misión y finalidad. Ya lo dijo FRAY MAMERTO ESQUIÚ, el *Orador de la Constitución*, en su histórico sermón pronunciado con motivo de la jura de la Constitución de 1853: "la vida y conservación del pueblo argentino depende de que su Constitución sea fija; que no ceda al empuje de los hombres; que sea un ancla pesadísima a que esté asida esta nave, que ha tropezado en todos los escollos, que se ha estrellado en todas las costas y que todos los vientos y todas las corrientes la han lanzado" (34).

En uno de sus clásicos *Estudios Políticos*, Lord MACAULAY anota que "hay gentes que no piensan sino en derribar, y las hay también que se estremecen con la idea de la más leve reforma; existen innovadores que sueñan con presidentes y convenciones nacionales, e hipócritas y cobardes que designan hombres mercenarios como sus representantes con tal que sean pares del reino". Y concluye que "entre ambos extremos está el justo medio" (35). En realidad, efectivamente, no se trata de una alternativa fatal entre los extremos de la mutabilidad y la inmutabilidad. La verdad, el justo medio consiste en este caso en la estabilidad

(33) FAUSTINO J. LEGÓN, *Mutabilidad e Inmutabilidad en el Area Constitucional*, Buenos Aires, 1949, p. 27.

(34) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Las Ideas Constitucionales de Fray Mamerto Esquiú, el "Santo de la Constitución"*, "La Ley", t. 38, p. 1039.

(35) LORD MACAULAY, *Estudios Políticos*, p. 187.

y la permanencia, que se traducen en una larga y razonable duración, pero nunca en la petrificación.

Constituye un grave cuanto difundido error, aún entre los constitucionalistas, la creencia de que las constituciones deben ser reformadas con frecuencia, para que de esa manera puedan siempre ajustarse a la realidad del momento. La fundamentalidad, generalidad y elasticidad de sus disposiciones hacen innecesaria su enmienda repetida; y salvo casos excepcionales, debe sacrificarse el injustificado prurito de que la Constitución luzca en su texto la última moda constitucional, en aras de su permanencia y estabilidad. WILLIAM F. WILLOUGHBY ha escrito que "es universalmente reconocido que ningún progreso político y social puede alcanzarse cuando la Ley Fundamental de un país experimenta constante modificación. No solamente los cambios frecuentes en el sistema constitucional del Estado introducen necesariamente elementos perturbadores en la vida de un pueblo, sino que el mero hecho de que tales cambios sean posibles y con probabilidades de ocurrir, contribuye a mantener al pueblo en agitación" (36).

BIELSA enseñaba que "en materia de reformas jurídicas, políticas y económicas, debe diferenciarse lo que es propio de proclamas, declaraciones, expresiones de anhelos, planes y plataformas, de lo que es positivo, imperativo, preciso; es decir, de lo que debe comprender un texto constitucional. De lo contrario, puede resultar letra muerta o un semillero de conflictos o engañifa de buena fe" (37).

ALBERDI sostenía en sus *Bases* que "el principal medio de afianzar el respeto de una Constitución es evitar en todo lo posible sus reformas. Ellas pueden ser necesarias a veces, pero constituyen siempre una crisis pública, más o menos grave. Ellas son lo que las amputaciones al cuerpo humano: necesarias a veces, pero terribles siempre. Deben evitarse todo lo posible o retardarse lo más. La verdadera sanción de las leyes consiste en su duración. Remediemos sus defectos, no por la abrogación, sino por la interpretación... Conservar la Constitución es el secreto de tener Constitución" (38). Seguía el apotegma aristotélico: "la ley no tiene más fuerza de imponerse que la costumbre, y tal costumbre es obra del tiempo, de los años; de modo que si se sustituyen con facilidad las leyes existentes por leyes nuevas, se debilita la fuerza de la ley" (39).

Es común achacar a defectos de la Constitución inconvenientes que resultan exclusivamente de su inobservancia y violación, con lo que así, injustamente, se traslada la responsabilidad de los malos gobernantes y gobernados al texto de la Constitución conculcada y escarnecida. Por lo general, el problema no es la reforma de la Constitución sino su cumplimiento.

ALBERDI recuerda en sus *Bases* que los ingleses no remediaban las violaciones sustituyendo unos documentos constitucionales por otros,

(36) WILLIAM F. WILLOUGHBY, *The Government of the Modern States*, p. 129.

(37) RAFAEL BIELSA, *Algunas Observaciones sobre el Proyecto de Reforma de la Constitución*, "La Capital", Rosario, 27 enero 1949.

(38) JUAN B. ALBERDI, *Bases, Obras Selectas*, cit., t. 17, p. 152.

(39) ARISTÓTELES, *Política*, libro I, cap. V, 14, p. 71.

sino confirmando los dados anteriormente. "No hemos obrado así con nuestras leyes políticas dadas durante la Revolución — escribió. Las hemos hecho expiar las faltas de sus guardianes. Para remediar la violación de un artículo, los hemos derogado todos. Hemos querido remediar los defectos de nuestras leyes patrias, revocándolas y dando otras en su lugar; con lo cual nos hemos quedado de ordinario sin ninguna; porque una ley sin antigüedad no tiene sanción, no es ley. Conservar la Constitución es el secreto de tener Constitución. ¿Tiene defectos? ¿Es incompleta? No la reemplacéis por otra nueva. La novedad de la ley es una falta que no se compensa por ninguna perfección; porque la novedad excluye el respeto y la costumbre, y una ley sin estas bases es un pedazo de papel, un trozo literario" (40).

La Constitución debe despertar en el ciudadano un profundo sentimiento de veneración y respeto. La medida de cultura cívica y desarrollo político de un pueblo puede medirse con exactitud sobre la base del grado de acatamiento y respeto que el habitante tiene para con la Ley de Leyes, en la que debe ver el instrumento esencial de gobierno y de protección y garantía de su libertad y dignidad y no un simple documento más o menos solemne o un glorioso pero inútil ornamento decorativo al que se rinde homenaje formal en determinadas fechas. PLATÓN enseñaba que el gran arte del gobierno es el arte de hacer amar por el pueblo a la Constitución y a las leyes. "Para que los pueblos amen la Constitución — escribió una vez más ALBERDI — es menester que la vean rodeada de prestigio y de esplendor" (41).

Pueríl sería creer que la permanencia y la estabilidad de una Constitución se deben exclusivamente a su carácter de Ley Fundamental cuando en verdad, ella únicamente sobrevivirá a los embates del tiempo y a las pasiones de los hombres, si satisface las exigencias que imponen la ciencia y la técnica constitucionales. No basta que los constituyentes pretendan producir una obra perdurable por el mero ejercicio del poder constituyente, para que ella merezca y logre longevidad. Bien decía BENTHAM que "no es declarando inmutables las leyes como se les dará estabilidad. Una declaración tal no tendrá otro efecto que crear contra ellas el prejuicio más justificado. Es casi una confesión que esas leyes no pueden ser defendidas por su propio mérito y que, abandonadas a sí mismas, no subsistirían mucho tiempo" (42).

En cuanto instrumento de gobierno que es, destinado a perdurar a través de los años, una Constitución debe ser un mecanismo flexible, capaz de receptor la influencia de las ideas, de las fuerzas, de las tendencias que señalen el nuevo sentido de la vida. Según observa WEAVER, "el término Constitución implica un instrumento de una naturaleza permanente. Está destinado a perdurar a través de un largo lapso, a experimentar cambios y modificaciones de poder, a desarrollarse y expandirse según la Nación lo requiera; y debe ser interpretado para

(40) JUAN B. ALBERDI, *Bases, Obras Selectas*, cit., t. 10, p. 243.

(41) JUAN B. ALBERDI, *Bases, Obras Selectas*, cit., t. 10, p. 241.

(42) JEREMY BENTHAM, *Tratado de los Sofismas Políticos*, p. 52.

hacer frente a todos los nuevos hechos y condiciones que surjan de tiempo en tiempo" (43). Por su parte, el famoso Presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos, JOHN MARSHALL, dijo, en una de sus históricas sentencias: "una Constitución es elaborada para las épocas por venir, y está encaminada a alcanzar la inmortalidad tanto como las instituciones humanas puedan alcanzarla" (44). La jurisprudencia del alto tribunal norteamericano ha sentado que una Constitución sólo consagra algunos principios básicos, que no deben servirle de restricción en su saludable desarrollo ni de obstáculo en su progreso (45).

La *flexibilidad* es, por consiguiente, una condición indispensable para que las constituciones puedan perdurar. Desde luego que ella no debe confundirse con el concepto de *Constitución flexible* opuesto al de *Constitución rígida*. No se trata aquí de la facilidad o dificultad en el procedimiento de la reforma de la Ley Fundamental, sino de que su contenido y forma deben ser tales, que le permitan adaptarse adecuadamente a las nuevas exigencias y a los nuevos problemas que suscita el devenir del tiempo en la vida institucional de los pueblos.

Como aclara, con acierto la doctrina, flexibilidad no es sinónimo aquí de facilidad de cambio. En realidad, es casi lo opuesto. Un objeto flexible es uno que puede ser doblado sin que se rompa, que puede ser ajustado a las nuevas condiciones y circunstancias sin experimentar cambio alguno sustancial. En este sentido, estabilidad y flexibilidad no sólo no son cualidades incompatibles, sino que se complementan. La flexibilidad da mayor vigor a la estabilidad. Una Constitución realmente estable es la que es flexible en el sentido indicado, y puede ajustarse a las nuevas exigencias sin experimentar modificación en su esencia.

Para que una Constitución sea estable, a la vez que flexible y elástica, su contenido debe limitarse a la exposición de los grandes principios y normas fundamentales o básicas que hacen al gobierno y a la protección y garantía de la libertad y la dignidad del individuo y la sociedad. Una Ley Suprema que descienda a la minucia y al detalle, invadiendo la esfera del legislador y aun la del poder reglamentario, se marchitará casi inmediatamente a su sanción, poniendo en clara evidencia bien pronto la falta de correlación entre sus cláusulas y la cambiante realidad del país. Ya lo dijo ALBERDI: "para no tener que retocar o innovar la Constitución, reducirla a las cosas más fundamentales, a los hechos más esenciales del orden político. No comprendáis en ella disposiciones por su naturaleza transitorias, como las relativas a elecciones" (46).

WOODROW WILSON — destacado científico político que ocupó la Presidencia de los Estados Unidos — enseñaba que: "la Constitución, en sí misma, no es un sistema completo; no da sino los primeros pasos en el camino de la organización. Apenas si va más allá del estable-

(43) SAMUEL P. WEAVER, *Constitutional Law*, p. 2.

(44) *Cohen v. State of Virginia*, 6 Wheat. 264.

(45) *American Jurisprudence*, Constitutional law, t. 51, p. 660.

(46) JUAN B. ALBERDI, *Bases, Obras Selectas*, cit., t. 10, cap. XXXIV, p. 244.

cimiento de principios. Prescribe, con toda la brevedad posible, el establecimiento de un gobierno que tenga en ramas distintas los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. . . Con todo eso termina la obra de la organización de la Constitución y en el hecho de que no se aventura a nada más está su fuerza primordial. Porque si hubiera ido más allá de las disposiciones elementares, hubiera perdido en elasticidad y adaptabilidad. El desarrollo de la Nación y el desenvolvimiento consiguiente del sistema gubernativo habría hechos pedazos una Constitución que no tuviese en sí cómo adaptarse a las nuevas condiciones de una sociedad que progresa. Si no tuviese en sí cómo estirarse, para ajustarse a la medida de las épocas, tendría que ser abandonada y dejada de lado, como un expediente del pasado; y no puede haber discusión, por consiguiente, acerca de que nuestra Constitución, si ha resultado duradera, es precisamente debido a su sencillez. Ella es una piedra angular, no es un edificio completo; o más bien, volviendo a la antigua, es una raíz y no una vid perfecta" (47).

La Suprema Corte norteamericana, al sentenciar el caso *Martin v. Hunter*, en 1816 (1 Wheat. 326), impartió, en pocas palabras, una de las mejores lecciones de técnica constituyente. "La Constitución — dijo — inevitablemente utiliza un lenguaje general. No satisface los propósitos del pueblo al sancionar una Carta Fundamental de nuestras libertades, proporcionar una especificación minuciosa de sus poderes, o establecer los medios por los que aquellos poderes serán puestos en ejecución. Se consideró que esto sería un peligro y que dificultaría, si no haría impracticable, la tarea. Se entendió que el instrumento no era sólo para responder a las exigencias de unos pocos años, sino para soportar, durante un largo lapso, los hechos encerrados en los inexcrutables designios de la Providencia. No podía preverse qué nuevos cambios y modificaciones del poder podrían ser indispensables para realizar los objetivos generales de la Carta; y ciertas restricciones y especificaciones que actualmente parecerían saludables, podrían en definitiva ocasionar la caída del sistema. De ahí que sus poderes hayan sido expresados en términos generales, dejando a la legislatura la adopción, de tiempo en tiempo, de sus medios propios para realizar objetivos legítimos, y moldear y modelar el ejercicio de sus poderes, según su propia discreción y el interés público lo requieran".

PÉREZ SERRANO alude a la vieja polémica entre dos posiciones antagónicas: la que sostiene que la Constitución debe recoger y garantizar cuantos intereses lo reclamen en un determinado momento histórico; y la que afirma que la Constitución no debe recoger más que los conceptos básicos, los que pueden inmunes resistir a las mudanzas de los tiempos y a las veleidades de la moda política. "En realidad — dice — todo el problema estriba en que la Constitución defienda y no ahogue; en que proteja cuanto merezca amparo, y no cristaliza con rigidez superlegal lo que debe quedar sujeto a los embates de las nuevas corrientes. Atendiendo a la naturaleza del documento constitucional — agrega — puede sostenerse que las cartas otorgadas suelen ser parcas, como lo

(47) WOODROW WILSON, *El Gobierno del Congreso*, Buenos Aires, 1902, p. 8.

son los donativos poco voluntarios; por el contrario, las constituciones que nacen de un acto de soberanía popular propenden a la prolijidad, como acontece siempre con las reconquistas, y más si se realizan por vía revolucionaria, en que ambición generosa y fe ingenua se combinan sin remedio. Además, las constituciones modernas son más extensas que las antiguas, por reclamarlo así la mayor complejidad de nuestra vida y el aumento de necesidades del hombre actual y de exigencias en sus instituciones" (48).

LEGÓN opinaba que en cuanto a la materia que debe comprender una Constitución, no hay reglas fijas: en ciertas circunstancias el afán dominante hace que se incluyan mil detalles; en otros momentos se han visto aparecer notables documentos constitucionales, sobrios en su texto, penetrantes en su alcance. Y considera que, en rigor, sustancia propiamente constitucional sólo tienen las instituciones objetivas, en el sentido que a esta expresión atribuya HAURIUO. A ello debería agregarse un mínimo de programa adoctrinante y de valladar prohibitivo. Bien sostiene que "no basta incluir cualquier asunto baladí o de secundaria importancia para que el asunto mismo alcance interés constitucional. Tampoco es suficiente que una institución esté regulada fuera del texto de Constitución escrita para que deje de tener jerarquía constitucional" (49).

Compréndese, entonces, que PÉREZ SERRANO, al incorporarse a la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España, expresara que "si las constituciones deben ser como el galgo, o sea, piel y hueso, en frase de don JOSÉ ORTEGA Y GASSET, ¿a qué llenarlas de tejido adiposo? Incrustar como fundamentales los que son temas de ocasión parece impropcedente, porque otorga categoría a lo que carece de ella, confunde la auténtica decisión constitucional con las meras leyes o preceptos constitucionales (en fórmula de Schmitt), y dificulta la reforma de lo intrascendente y subalterno y borra la jerarquía de las reglas" (50). El *Chief Justice* MARSHALL afirmaba que "una Constitución, por su naturaleza, se ocupa de generalidades, no de detalles. Sus autores no deben percibir distinciones minúsculas que surjan con el progreso de la Nación, y por consiguiente, deben limitarse al establecimiento de principios amplios y generales" (*Bank of United States v. Deveaux* (1809), 5 Cranchs 69,92). Y en el famoso caso *McCulloch v. Maryland*, ampliando esos conceptos, decía que "si una Constitución debiera contener un detalle cabal de todas las subdivisiones que han de admitir sus grandes poderes, y de todos los medios por los que aquéllos pueden ser puestos en ejecución, participaría de la prolijidad de un código legal, y difícilmente podría ser abarcada por la mente humana. Probablemente, nunca sería comprendida por el pueblo. Por consiguiente, su naturaleza exige que únicamente sean determinados sus grandes lineamientos, designados sus objetos importantes y que los ingredientes menores que componen aquellos objetos sean deducidos de la naturaleza de los objetos mismos" (4 Wheaton 316,347).

(48) NICOLÁS PÉREZ SERRANO, *El Poder Constituyente*, Madrid, 1947, p. 31.

(49) FAUSTINO J. LEGÓN, *Anteproyecto de Constitución para la Provincia de Mendoza*, p. 26.

Comporta un gravísimo error de técnica constituyente, de nocivas e incalculables consecuencias, la inclinación que se manifiesta en no pocas constituciones, a conferir carácter constitucional, incluyéndolas en el texto de la Ley Suprema, a materias específicamente legislativas y aun reglamentarias. Con razón observaba RODOLFO RIVAROLA que “la duración o permanencia de las constituciones políticas guarda relación con la relatividad de los términos que se tienen por fundamentales, y sólo son conceptos en los cuales se contienen diversas formas, medidas, que permiten su adaptación a la evolución o transformación social” (50). Al discutirse la Constitución de Buenos Aires de 1854, MITRE señalaba que “la redacción de un artículo constitucional es tanto más perfecta cuanto más satisface a todos los casos previstos y no previstos. La Inglaterra, como observa BLACKSTONE, se ha salvado más de una vez por los términos generales, y a veces oscuros, en que sus leyes están concebidas” (51). Y BRYCE, en su famoso ensayo sobre las constituciones rígidas y las constituciones flexibles, establecía que “una Constitución rígida bien redactada se limitará a los asuntos esenciales y dejará muchos detalles para que la legislación ordinaria y los usos los rellenen después” (52).

Es que una Constitución no puede ni debe ir más allá del reconocimiento y la garantía de los derechos humanos que integran el contenido de la libertad — meta última de aquélla — a la vez que del establecimiento del esqueleto del edificio gubernativo. Su ámbito ha de circunscribirse a la formulación de una serie de principios fundamentales y a la delimitación de las competencias de los órganos básicos del Estado, nunca a su desarrollo y reglamentación. De ahí que la extensión de las constituciones haya de ser relativamente pequeña. Es a los poderes constituidos, obrando dentro de sus respectivos cauces constitucionales, a quienes competirá complementar y desarrollar la estructura básica, revistiendo el armazón y llenando los huecos. Únicamente lo fundamental y lo orgánico tienen cabida en el cuerpo de la Ley de las Leyes. Lo contrario constituye grueso e inexcusable error cuyas consecuencias habrá de soportar el país.

Pero la virtud esencial que resume todas las condiciones que debe reunir el constituyente es la *prudencia*, que significa el discernimiento de lo que es bueno y lo que es malo, para seguirlo o huír de ello, respectivamente, y que es sinónimo de templanza, moderación, equilibrio, buen juicio y sentido común. Ya advertía ARISTÓTELES que “la única virtud exclusivamente propia del que manda es la prudencia, pues las demás virtudes parece necesario que sean igualmente compartidas por los que mandan y por los que obedecen” (53).

En un sentido más específico, el jurisconsulto español LEOPOLDO EULOGIO PALACIOS ha expuesto una concepción de la *prudencia*

(50) RODOLFO RIVAROLA, *Diccionario Manual de Instrucción Cívica y Práctica Constitucional Argentina*, Buenos Aires, 1934, p. 126.

(51) BARTOLOMÉ MITRE, *Arengas*, p. 94.

(52) JAMES BRYCE, *Studies in History and Jurisprudence*, Nueva York, 1901, p. 193.

(53) ARISTÓTELES, *Política*, libro II, cap. II, § 13, p. 107.

*política*, equidistante de los dos extremos del oportunismo y el doctrinarismo, y que recoge de ambas posturas todo cuanto encierran de positivo y ventajoso, y anula en una unidad superior todo cuanto entrañan de perjudicial y negativo. Según PALACIOS, la concepción moral de la prudencia, que descansa sobre una filosofía verdadera de la vida y del hombre, salva cuanto hay que salvar de permanencia y universalidad en los principios de la acción humana, haciendo compatibles el ser fijo, necesario e inmutable de la ley moral y la índole contingente y temporal de nuestra vida. Para este autor, "el prudencialismo aspira a ser, de esta suerte, la conjunción armónica de lo ideal y lo real, el ensamblaje del caballero y el escudero, la síntesis de Don Quijote y Sancho" (54).

Un aspecto importante de la prudencia que debe caracterizar al constituyente es saber ubicarse, imaginativamente, cuando elabora la norma constitucional, en la hipotética situación de habitante y sujeto de tales reglas. Es muy difícil hacer derecho pensándolo solamente desde el poder. Legislador completo es aquel que sabe estructurar las normas jurídicas pensándolas, primero desde el sitio del juez y después desde el banquillo del acusado. El que sabe que la norma jurídica es reversible — todo lo que vale para una parte puede valer para la otra — todavía no conoce el verdadero poder del derecho al cual mañana él mismo sucumbirá" (55).

Como otras disciplinas, también la ciencia política y constitucional posee un lenguaje particular, que incluye una terminología especializada que, paralelamente al desarrollo de aquélla, se ha ido ajustando y precisando, dentro del proceso de cientifización que ha experimentado, sobre todo en los últimos tiempos. Sin embargo, la Constitución debe ser redactada en un lenguaje llano y simple, utilizado con exactitud y precisión, de manera que cada término que se emplee expresa, clara e inequívocamente, el pensamiento del constituyente, sin admitir otro sentido que el querido. Ello no significa que deba ser excluido el lenguaje especializado o técnico, al que únicamente debe recurrirse cuando sea indispensable. El constituyente nunca debe olvidar que el lenguaje de la Constitución debe estar al alcance de la fácil comprensión por parte de toda la ciudadanía, y que no han de ser exclusivamente los constitucionalistas quienes hayan de leerla y entenderla.

SANCHEZ AGESTA hace presente que el carácter fundamental de la Constitución afecta a las fórmulas en que ella se expresa. La Constitución — dice — "tiene un estilo propio que trasciende en fórmulas gramaticales características. Siempre, por ejemplo, han censurado los juristas el empleo de las definiciones en los preceptos jurídicos; la ley, se dice, manda o prohíbe, pero no define. El derecho constitucional, por el contrario, tiene la misión específica de definir. Los verbos propios de la permisión o la vinculación jurídica, poder, exigir, deber, estar obligado o tener derecho, o cualquier otro verbo en sus tiempos de futuro, que son las formas gramaticales específicas de la técnica jurídica,

(54) LEOPOLDO EULOGIO PALACIOS, *La Prudencia Política*, Madrid, 1946, p. 11.

(55) SEBASTIÁN SOLER, "Análisis del Proyecto de Reformas al Código Penal", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1949, t. XXVII, núms. 1/2, p. 47.

aparecen eclipsados por los tiempos de presente y el valor sustantivo del verbo *ser* con su carácter constitutivo y definidor. Los tiempos de futuro aparecen también con frecuencia, pero para expresar realizaciones concretas en un tiempo real; esto es, un programa o un fin a realizar y no la consecuencia de una situación jurídica hipotética. La Constitución adquiere así un empaque especial, una característica gracia declaratoria o, por mejor decir, definidora de lo que un pueblo quiere ser. Y precisamente ese sentido se expresa con locuciones características. En primer lugar, con el término *declaración*, que tiene una tradición clásica en los documentos constitucionales desde las famosas declaraciones de derechos que inauguran la etapa constitucionalista... En segundo lugar, el verbo *reconocer*, para indicar que el derecho constitucional acepta principios o instituciones que tienen una validez anterior o independiente a la ley que los reconoce. La mención expresa de *principios* o *leyes* o *derechos fundamentales* no es ajena a este sentido" (56).

La historia política del mundo ilustra a través de los tiempos, con ejemplaridad terrible, acerca del repetido fracaso de constituciones cuyos autores, por más empujado rango que ocuparan en los dominios de la ciencia y la filosofía jurídicas, olvidaron la simple verdad de que las constituciones son hechas para los pueblos y no los pueblos para las constituciones, y que el texto de éstas, en lenguaje exacto, claro y sencillo, debe estar al alcance de la comprensión del ciudadano común, sin admitir dobleces o ambigüedades que favorecen su incumplimiento y violación por gobernantes y gobernados. La prudencia política tiene que ser la virtud suprema, la brújula del constituyente, que le permita acertar el rumbo, no equivocarse el camino. Y el constituyente no tiene derecho a errar el sendero, pues su yerro no tendrá remedio y será el pueblo quien lo sufrirá. Como escribiera GRACIAN, "la llave de un feliz y acertado reinado consiste en el arrancar y, permitásemelo decirlo así, en acertar o encarrilar. Por donde comenzó a correr el caudaloso río, por allí prosigue, que después es género de imposible el mudarle la corriente... Toda prudencia, toda atención, toda sagacidad aun no es bastante en este dificultoso punto. En las entradas de los caminos es el riesgo de errarlos, que acertados una vez, con facilidad se prosiguen" (57).

*Claridad* y *conciencia* son las dos exigencias fundamentales que debe satisfacer indispensablemente el estilo de las constituciones. La claridad es lo menos que se puede exigir, no ya solamente en el estilo constitucional, sino en la expresión de los conceptos en cualquier rama del saber humano. Es la calidad de *claro*, vocablo que gramaticalmente significa: bañado de luz, que se distingue bien, limpio, puro, desembarazado, transparente y terso como el agua o el cristal, evidente, cierto, manifiesto. ¡Cuántos problemas suscita una cláusula constitucional oscura! ¡Cuántos dramas y cuántos fracasos institucionales resultan de palabras omitidas o mal empleadas o superfluas o hasta de signos de puntuación deficientemente colocados u omitidos!

(56) LUIS SANCHEZ AGESTA, *Principios de Teoría Política*, p. 318.

(57) BALTASAR GRACIAN, *Tratados Políticos*, Barcelona, 1941, p. 318.

La Constitución debe ser clara en su redacción, de manera que deje ver fácilmente su contenido, así como las intenciones y finalidades que inspiran y orientan a éste, sin ningún ocultamiento o equívoco, y con la mínima posibilidad de error por parte del intérprete en particular y de la ciudadanía en general. “La claridad de una ley — enseñaba ALBERDI — es su primer requisito para ser conocida y realizada, pues no se practica bien lo que se comprende mal” (58). Todo lo contrario del avieso consejo napoleónico: “una Constitución debe ser corta y oscura” (59)

Pero, además de clara, la redacción constitucional debe ser *concisa*; es decir, precisa a la vez que sintética. No debe olvidarse que la Constitución es un instrumento fundamental de garantía de la libertad y de organización del gobierno; integrado por una serie reducida de preceptos básicos y genéricos. Como señala FINER, en el lenguaje constitucional, la concisión resulta una consecuencia necesaria e inevitable de la propia naturaleza de la Ley Suprema (60).

BENTHAM hacía notar las imperfecciones que encontraba en el texto de las leyes escritas de Inglaterra, sobre todo en su lenguaje, y recordaba que “el príncipe de todos los redactores de leyes, el legado papal STEPHEN PANGTON, escribió la Carta Magna en breve y preciso estilo; por ejemplo — agregaba — nadie puede acusar de ambigüedad o verbosidad a la más famosa de las leyes escritas cuando declara que “a ningún hombre venderemos, rehusaremos ni dilataremos derecho o justicia” (61). Por su parte, LASSWELL sostiene, con acierto, que “el poder político puede ser comprendido mejor en la medida en que su lenguaje es comprendido mejor” (62).

La *concisión*, o sea, la brevedad expresiva, es el difícil arte de decir las cosas con los términos justos y adecuados, sin una palabra de más pero tampoco de menos. Si en el lenguaje común, y con mayor razón en la técnica jurídica es ésta una cualidad plausible, en el derecho constitucional resulta inapreciable. En el estilo de las constituciones, la concisión es desde luego enemiga del preciosismo, de que suelen hacer gala algunos constituyentes, olvidando que no están en función de literatos sino de juristas. Bien decía KELLER que “una Constitución no es una obra de estilística, y las constituciones que llaman lógicas, bellas, filosóficas, jamás gozaron de larga vida” (63). Y nuestro gran SARMIENTO, desde su sitio de convencional constituyente en la Convención de la Provincia de Buenos Aires de 1860, proclamaba que “una Constitución no es una obra de gramática; es un documento compuesto

(58) JUAN B. ALBERDI, *Bases, Obras Selectas*, cit., t. 10, cap. XXXVI, p. 267.

(59) WINSTON CHURCHILL, *La Segunda Guerra Mundial*, Buenos Aires, 1950, p. 26.

(60) HERMANN FINER, *Theory and Practice of Modern Government*, Nueva York, 1950, p. 127.

(61) COURTENAY ILBERT, *The Mechanics of Law Making*, ps. 100 y 109.

(62) HAROLD D. LASSWELL, *The Language of Power*, en HAROLD D. LASSWELL, *Language of Politics*, Cambridge, 1968, ps. V y 7.

(63) GOTTFRIED KELLER, cit. por NICOLÁS PÉREZ SERRANO, *La Constitución Española de 1931*, p. 10.

de derechos y obligaciones que no es preciso se haga en un estilo muy clásico" (64).

En la semántica constituyente debe evitarse la fraseología, que no es sino la falsificación o el adobamiento de la realidad, o sea, la insinceridad. Sin embargo, la frecuencia de este vicio se explica en cierto modo. Como expresa BORGEAUD, "las constituciones modernas no son, como suelen serlo hoy, los mejores textos del derecho privado, la obra sistemática de los jurisconsultos. A veces, fueron el resultado de especulaciones teóricas, pero muchos menos de lo que generalmente se cree y, en todo caso, nunca fueron resultado exclusivo de ellas. Aun en el siglo de los filósofos, y en cuanto a su contenido, fueron por más de un concepto obra del tiempo y de las circunstancias. Apenas son hoy otra cosa. Pero son las grandes páginas en la vida de las naciones" (65).

Desde luego que, como todos los instrumentos humanos, el lenguaje nunca puede llegar a ser el medio perfecto para la expresión del pensamiento. ORTEGA Y GASSET escribía que "el hombre, cuando se pone a hablar, lo hace porque cree que va a poder decir lo que piensa. Pues bien, esto es ilusorio. El lenguaje no da para tanto. Dice, poco más o menos, una parte de lo que pensamos y pone una valla infranqueable a la transfusión del resto. Sirve bastante bien para enunciaciones y pruebas matemáticas. Ya al hablar de física empieza a ser equivoco e insuficiente. Pero conforme la conversación se ocupa de temas más importantes que esos, más humanos, más reales, va aumentando su imprecisión, su torpeza y su confusionismo" (66).

En último y definitivo análisis, parecería que todas las reglas de la técnica constituyente podrían resumirse en las breves pero sabias palabras que se leen en la famosa recopilación legal visigótica llamada *Fuero Juzgo*, que rigió en España durante los siglos VII y VIII (leyes I, IV y VII): "La ley se debe hacer con ciencia y con arte, fundada en verdad y en buenos y honestos mandatos, y no por semejanza, sutileza de silogismos, ni controversia". "El legislador debe hablar poco y bien, y no ha de hacer uso de conceptos dudosos, a fin de que el contenido de la ley, luego que se oiga, sea entendido por todos sin duda ni dificultad alguna". Reglas que, a su vez, el código famoso sintetizaba todavía en otra que abarca a las anteriores: "El legislador al hacer las leyes mire a Dios y a su alma".

En la humana imperfección, quizás una de las tareas más difíciles, sino imposibles, es hacer constituciones para los pueblos. Ya escribió VOLTAIRE: "siempre me ha parecido que la mayor parte de los hombres han recibido de la naturaleza bastante sentido común para hacer leyes; pero que no tienen justicia para hacer buenas leyes" (67). Y para quienes se atreven a acometer faena tan ardua, queda pendiente el aterrador anatema que pronuncia el Libro de los Libros (Isaias, cap. IX, versículo 19): "¡Ay de aquellos que establecen leyes incúas!".

(64) *Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires: 1870-1873*, t. 1, p. 662.

(65) CHARLES BORGEAUD, *Établissement et Revision des Constitutions*, París, 1893, p. IV.

(66) JOSÉ ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas*, Madrid, 1954, t. 2, p. 481.

(67) VOLTAIRE, *Diccionario Filosófico*, Buenos Aires, 1935, *Leyes*, p. 429.

# Em torno das idéias constitucionalistas de João Mangabeira

ARX TOURINHO

Professor de Direito Constitucional da  
Universidade Federal da Bahia. Pro-  
curador da República. Conselheiro  
da OAB-Ba.

## SUMARIO

1. *A propósito.*
2. *O Federalismo.*
3. *Unicameralismo.*
4. *Unidade da magistratura.*
5. *Eleição presidencial.*
6. *Competência tributária.*
7. *O principio da irretroatividade da lei.*
8. *A ordem econômica e social.*
9. *A garantia do mandado de segurança.*
10. *A idéia de liberdade.*

1. Centenário de nascimento é expressão que nos dá idéia de algo grandioso. E essa grandiosidade se eleva em imponência, em brilho, quando se trata de um dos maiores vultos de nossa República, do político altivo, do orador eloqüente, do advogado excepcional, do escritor versátil, do jurista e, sobretudo, do constitucionalista talentoso, que foi João Mangabeira, em torno de cujas idéias nos debruçamos, neste momento, no ano em que, se vivo estivesse, estaria completando um século de existência.

Dos seus diversos trabalhos, um se destaca — *Em Torno da Constituição* — por apresentar contribuições teóricas e práticas, no campo do Direito Constitucional.

No âmbito da Subcomissão, nomeada pelo Ministro da Justiça, Antunes Maciel, com a finalidade de elaborar o anteprojeto de Constituição, a ser apresentado à Constituinte de 1933, coube a Mangabeira a tarefa de relatar capítulos ou seções referentes a estado de sítio, declaração de direitos, garantias ao funcionalismo, nacionalidade, cidadania e inelegibilidade. Mas ocorre que seu destaque, entre os juristas, foi de tal sorte que lhe recaiu sobre os ombros a incumbência *à última hora, de articular e redigir, em 136 artigos, os 277 dispositivos que se distribuíam e atropelavam nos dois fascículos de "conglomerados", como lhes chamou o senhor Mello Franco, conforme ele próprio relata* (1).

Por isso mesmo, surgiu-lhe a solicitação do *Diário Carioca* para que produzisse a defesa do anteprojeto governamental, que trazia, sem dúvida, a marca de seu pensamento. Das colunas da imprensa seus trabalhos passaram a se enfiar na obra aludida, que surge e se mantém indispensável na compreensão do próprio texto constitucional de 1934.

## 2 — O Federalismo

Desde os primórdios da República a forma estrutural do Estado brasileiro esteve sob constante questionamento, fundamentalmente em dois aspectos: poderes da União e autonomia dos Estados-Membros.

Rui Barbosa, cognominado por Mangabeira de Construtor da República (2), sempre se opôs ao chamado "pacto ultrafederalista", gestado pela Constituinte de 1891. Mangabeira, o discípulo mais fiel de Rui, também de acordo com esse pensamento, seguiu-lhe as pegadas e procurou imprimir no anteprojeto uma estrutura federativa, onde a União estivesse fortalecida e os Estados-Membros com suas autonomias asseguradas.

Dizia que o *anteprojeto fez foi considerar nacionais certos interesses locais, que, no curso de 40 anos, tomaram esse caráter, como a instrução primária, a saúde pública e a viação férrea* (3). Abusos eram cometidos de toda sorte pelos governos estaduais e a União se desfalecia diante dos mesmos. Precisava-se de fórmulas que afastassem a possível desagregação nacional.

Um dos aspectos de capital importância foi quanto à extinção dos impostos interestaduais e intermunicipais, pois, para ele, o País não poderia continuar vivendo dentro de um clima intranquilo, provocado por tarifas estabelecidas pelos Estados, dificultando o pleno desenvolvimento. Defendeu uma arma efetiva para tanto: a intervenção federal. E essa ficou constando no art. 13, letra g do anteprojeto que se referia, expressamente, ao art. 17 que, por sua vez, vedava os impostos interestaduais e intermunicipais. A Constituição de 1934 não adotou o instrumento intervencionista para essa hipótese.

Em outro passo, defendeu a necessidade de se arrolar algumas hipóteses, que possibilitassem a intervenção federal nos Estados-Membros. Não se tratava de cercear a autonomia destas entidades, mas de fazer preservar a unidade nacional.

(1) *Em Torno da Constituição*, S. Paulo, Companhia Editora Nacional, 1934, pág. 9.

(2) *Rui, o Estadista da República*, S. Paulo, Livraria Martins Editora, 3ª ed., pág. 47.

(3) *Em Torno...*, pág. 17.

Votou, por exemplo, concordando com a prática intervencionista no caso de o Estado-Membro atrasar o pagamento dos vencimentos de qualquer magistrado (preferia que o atraso atingisse seis meses e não três, como, afinal, venceu a maioria na subcomissão). Sua preocupação era a de pôr a salvo os juizes que caíssem no fosso da antipatia ou do ódio dos governadores. Com a autoridade abusiva de que dispunham os chefes do Executivo, interferindo, inclusive, de forma decisiva na política federal, não lhes seria dificultoso pressionar os magistrados, retardando seus vencimentos.

*Defendeu a intervenção, também, na hipótese de os Estados inaplicarem, no mínimo, 10% dos impostos estaduais na instrução primária e 10% na saúde pública. Não entendia que essa disposição fosse atentatória da autonomia estadual, mas acreditava que os referidos serviços “beneméritos” estavam acima da idéia de perda de autonomia e que seria um “erro monstruoso” deixar percentuais em gastos desnecessários e supérfluos.*

Avesso à autoridade demasiada dos governadores, pugnou, com veemência, pela intervenção, na hipótese de se “assegurar a execução das decisões e ordens de justiça”. A fórmula era mais ampliativa do que aquela existente na Constituição de 1891, quando se restringia a “execução das sentenças federais”. Objetivava-se, já agora, colocar a justiça estadual sob o pálio vigoroso da intervenção.

Revoltava-se Mangabeira contra o autoritarismo dos governadores que, para não dar cumprimento às decisões da justiça estadual contrárias a seus interesses pessoais ou políticos, deixavam de fornecer “a força indispensável à sua execução”.

A uniformidade dos impostos federais para todos os Estados-Membros foi um dos princípios por si defendidos, porém não deixou de ser um ardoroso, propugnando por uma ressalva a essa uniformidade, desde quando houvesse necessidade de “atender às condições peculiares de certos Estados, quando o exigirem os interesses gerais de suas populações”. Escudou-se na autoridade incontestável de seu líder e mestre Rui Barbosa, que abraçara essa idéia, colocando-a no programa revisionista do Partido Liberal.

Ainda aí se observa a preocupação de Mangabeira com a preservação da estrutura federalista. Aos menos avisados — que denominou de arraia miúda — parecia, à primeira vista, que se estava vibrando um golpe na autonomia estadual, porém visava-se, justamente, o oposto, amoldando e flexibilizando os impostos federais às mais diversas disparidades de natureza geográfica e econômica, que dominam, ainda nestes dias, nosso continental País.

Evitar-se-ia o que já ocorrera, quando o Congresso Nacional afastou a incidência do imposto de importação para que cabeças de gado chegassem aos Estados do Acre e do Mato Grosso. Medida, na oportunidade, mais vantajosa do que a aquisição de carne no Rio Grande do Sul que deveria chegar a preços proibitivos no Norte e no Centro-Oeste brasileiros.

Poder-se-ia evitar a importação de carvão — em abundância no Sul — para pulsionar a navegação no Norte do País.

Dar-se-ia, por exemplo, um combate mais efetivo ao flagelo das secas no Nordeste.

A disposição viria atender, nos devidos termos, à díspare situação econômica do País, adequando a tarifa aduaneira “não raro criada para proteger indústrias fictícias e prósperas em Estados do Sul”, como verberava em uma de suas corajosas investidas.

Em todos os aspectos, onde muitos viram atentados à autonomia dos Estados, em verdade, sobressai-se, em João Mangabeira, a preocupação com a integridade nacional, o desejo de tornar um País forte, uma nação acima de disputas regionais, prejudiciais aos autênticos interesses do País.

Era adepto de um federalismo que fosse adequado aos anseios do País, sustentando, com razões, que a federação não apresenta *uma forma definida, certa, invariável, como o contorno de uma figura geométrica* (4). Escreve, então, uma de suas páginas mais contundentes e eruditas, explicando os gigantescos óbices para se chegar a uma caracterização perfeita de federação. Mostra as divergências de opiniões dos grandes mestres do Direito público e chama aos que o execravam como o destruidor do federalismo de “veranistas do direito” ou de “constitucionalistas de praias de banho”.

O federalismo que queria para o País era o do engrandecimento da nação, que superasse a ampla autoridade dos governadores estaduais e, entre esses, os que dela abusavam, impondo uma política como a do chamado “café com leite”. Com a experiência vivida com a tentativa separatista do Estado de S. Paulo, quem fosse, realmente, federalista, deveria estar de olhos abertos para o “ultrafederalismo” que poderia levar o “Brasil à separação”, como previu Mangabeira.

### 3 – Unicameralismo

Uma das matérias que ainda gera controvérsia, no campo do Direito Constitucional, com elenco de argumentos pró e contra, é relativa ao unicameralismo. As preferências se dividem, na prática, em textos constitucionais e, na teoria, em estudos de publicistas dos mais variados quilates.

Deve existir, no Poder Legislativo, dualidade de Câmaras (Câmara Baixa e Câmara Alta) ou é suficiente apenas uma só casa parlamentar? Apesar de ter marcado presença e ocupado a tribuna do Senado Federal, na qualidade de um dos seus membros, Mangabeira não se deixou envolver por essa aura, posicionando-se, decisivamente, na elaboração do anteprojeto constitucional, como autêntico unicameralista.

Defensor dos fracos e oprimidos, opositor das elites sociais, socialista convicto, tendo sido um dos fundadores do Partido Socialista Brasileiro, em 25 de agosto de 1946, ao lado de doze correligionários, João Mangabeira via no Senado a projeção de um sentido aristocrata, de uma dicotomia no mundo social. Por isso mesmo, para ele, o bicameralismo só devia existir e só se justificava, onde houvesse “uma aristocracia qualquer”, que teria representação na deno-

(4) *Em Torno...*, pág. 21.

minada Câmara Alta, e uma classe popular que elegeria os membros da Câmara Baixa. Onde a expansão das massas tomava conta, não deveria sobrar lugar para os resquícios de uma nobreza ensombrada.

Afirmava: *As Câmaras Altas simbolizam um mundo que desaparece, na expurgação dos privilégios iníquos da aristocracia do sangue ou da riqueza.* (5) Era o desabafo de quem sempre pregou a “solidariedade social, baseada na solidariedade da produção” ou de quem, repugnado, dizia, em conferência proferida nos idos de 1952: “Mas o empregado, manual ou intelectual, quando vende ao empregador a força de trabalho, nos serviços que lhe presta, em troca do salário ou do ordenado que recebe, o que de fato diariamente lhe vende a retalho é a própria vida” (6).

O Senado, pois, não tinha mais razão de ser, em um mundo onde a nobreza perdera seus botões enfeitados e seus punhos rendados. Não havia mais sentido em lhe dar o papel de Câmara revisora. Essa atribuição competia à *opinião pública, manifestada por todos os órgãos da discussão livre — imprensa, comícios, associações, academias* (7). Falava o defensor da liberdade de manifestação de pensamento, o democrata que enxergava na opinião pública a qualidade de verdadeiro cadinho da legislação do parlamento. O forum amplo do debate popular era a casa revisora melhor que poderia existir.

Ao argumento utilizado pelos defensores do bicameralismo, afirmando que essa instituição é indispensável à existência e configuração do sistema federativo, chamava o paladino das liberdades públicas de “argumento Achilles”, visualizando vulnerabilidade não apenas no calcanhar, porém “em todo o corpo”. Explicou, em conferência pronunciada no auditório da Fundação Getúlio Vargas, sob o título *A Organização do Poder Legislativo nas Constituições Republicanas*, que a segunda Câmara surgiu, na estrutura federal dos Estados Unidos da América (a primeira do mundo), como fórmula para dissolver impasse existente entre Estados fortes e fracos. O compromisso de Connecticut resolveria a matéria *uma vez que os grandes Estados continuariam a preponderar, como força numericamente proporcional aos seus habitantes, na Câmara dos Deputados, e os pequenos Estados garantiriam sua autonomia e salvariam a vaidade do seu prestígio pela igualdade de representação no Senado* (8). Isso, evidentemente, não atingia o cerne do federalismo.

Fiel a suas idéias, voltaria o ilustre constitucionalista a ratificar seu entendimento, quando foi convidado pelo Instituto de Direito Público e Ciência Política para apresentar sugestões sobre a estrutura e funcionamento do Poder Legislativo. Na 1ª mesa-redonda, realizada em 23 de agosto de 1955, na qual Mangabeira figurava como relator, sintetizava suas sugestões e, entre elas, a referente ao unicameralismo: *Proponho a abolição do Senado; é que sou unica-*

(5) *Em Torno...*, pág. 54.

(6) *Apud Sá Menezes, Vultos que Ficaram*, MF Editora, Salvador — BA, 1977, pág. 91.

(7) *Em Torno...*, pág. 56.

(8) *Estudos sobre a Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1954, pág. 114. Participam desta obra diversos publicistas, que analisaram a Constituição de 1946.

*meralista. Acho, como Kelsen, que o sistema unicameral é a base mesma da democracia. Todas as razões que justificavam as duas Câmaras, quer no sistema unitário, quer no sistema federativo, perderam sua força histórica, perderam seu conteúdo de vida. São meras fórmulas caducas para composição de interesses partidários e não para realização prática da vida do País* (9).

Entretanto, prevendo, de logo, que os debatedores não apoiariam a sugestão, enfatizava a necessidade de se transformar o Senado em *órgão revisor dos projetos da Câmara — que não poderão ser rejeitados, mas apenas emendados, não podendo, por sua vez, as emendas do Senado ser rejeitadas pela simples maioria, senão por dois terços da Câmara (e na elaboração legislativa, que está mais adiante, ver-se-á como ela se processaria numa e noutra Casa) caso a bica-meralidade persista* (10).

O fundamental, assim, na hipótese, seria retirar ao Senado a iniciativa de lei, deixando-lhe a tarefa de aperfeiçoar os projetos provindos da Câmara dos Deputados.

O espírito do homem público, preocupado com os interesses da Nação, se projetava nessa sugestão sucedânea. Não sendo sua idéia vencedora, nem por isso se fechou na redoma de sua tese. Procurou contribuir para o aperfeiçoamento do Legislativo, embora contrariando seu ponto de vista originário.

Não é demais se registrar que a idéia unicameralista de Mangabeira, aprovada na subcomissão elaboradora do anteprojeto constitucional, em 1933, influi, de alguma forma, na Constituinte de 1934. A Constituição desse ano, em seu art. 22, gizou que o “Poder Legislativo é exercido pela Câmara dos Deputados, com a colaboração do Senado Federal”. Por aí se vê que o papel da 2ª Câmara foi secundário; foi-lhe dada a condição de colaborador, o que não acontecia na Constituição de 1891, que expressava que o “Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional”.

Não se chegou à adoção do unicameralismo, como queria Mangabeira, porém se diminuiu a importância do Senado no exercício do Poder Legislativo, o que revela a influência das idéias do prestigioso político e jurista.

#### 4 — Unidade da magistratura

Revelando preocupação com o federalismo brasileiro e anatematizando as chamadas “oligarquias estaduais”, Mangabeira foi um dos propugnadores imperterritos da unidade da magistratura.

Atento aos desmandos das governorias estaduais, à prepotência com que tratavam os juizes dos Estados-Membros, aos graves problemas, gerados pela dificuldade em se estabelecer a competência dos juizes, o constitucionalista emérito posicionou-se. Já o fizera Rui Barbosa, decidindo-se contrariamente à dualidade da magistratura, tendo até colocado como um dos pontos da sua

(9) *Estudos Constitucionais — Poder Legislativo*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1956, pág. 18.

(10) *Op. cit.*, págs. 18 *usque* 19.

plataforma, em 1910: dizia que *no Brasil, onde o direito substantivo é um só, força era ser um só o sistema do processo, e ter o organismo judiciário um caráter uno* (11) e apontava os males da magistratura dual, com o verbo candente que lhe era inato, alguns dos quais ainda encontramos hoje (12).

Quem ler, também, o trabalho do Ministro Pedro Santos, intitulado "Os juizes estaduais na federação brasileira", publicado nas *Pandectas Brasileiras*, percebe a situação caótica a que chegara a justiça estadual. Em 1918, data em que fora escrito o referido trabalho, ainda se questionava se os juizes estaduais estavam abroquelados pela garantia de vitaliciedade (13). É o mesmo autor quem nos dá notícia de que, em 1913, o Estado do Amazonas pretendeu reformar sua Constituição e no projeto se almejava a disponibilidade de magistrados, sem se atentar para a garantia da vitaliciedade.

Antes, em 1892, o então governador de Pernambuco demitira todos os juizes de direito estaduais.

O panorama que se desenhava, nos Estados-Membros, quanto à situação da justiça estadual, era deprimente, pois os juizes se tornavam joguetes nas mãos inescrupulosas de governadores politiquieiros.

Contra esse quadro se batia Mangabeira, pretendendo, com o unitarismo da justiça, fazer cessar as injustiças que caíam, pesadas, sobre os juizes e, sobretudo, sobre os jurisdicionados, que sofriam as seqüelas.

Aos que diziam que a unidade da magistratura era incompatível com a federação, responde o jurista, mencionando opiniões de Rui, Clóvis Beviláqua e João Monteiro. Vai ao direito comparado e cita exemplos de federações coexistindo com a justiça una, tais como as da Alemanha e da Áustria.

Criticou o projeto do Ministro Arthur Ribeiro, demonstrando que nesse é que se tornava inconciliável o regime federativo com a "subalternidade da União", já que despejava essa entidade de "uma competência privativa". Feria a sistemática do regime federativo esse tipo de fórmula que permitia o julgamento da União por juizes de investidura estadual.

Para Mangabeira, adotando-se a unidade da magistratura, não se violava qualquer princípio federativo e, de fato, se alijavam diversos males que conurbavam a prestação jurisdicional no País.

(11) *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, S. Paulo, Livraria Acadêmica, vol. IV, pág. 51 (textos coligidos por Homero Pires).

(12) "Entregue ao arbítrio dos poderes locais, a magistratura baixou, moral e profissionalmente, de nível. Profissionalmente; porque os magistrados estaduais não têm horizonte. As suas funções mal retribuídas, a sua carreira confinada, a sua estabilidade precária excluem, em geral, do seu quadro as melhores capacidades. Moralmente; porque, abandonada aos interesses de província, às suas revoluções, às intolâncias dos seus partidos, a magistratura local tem de acabar resignada ao papel de instrumento político, e vegetar nessa condição desmoralizadora." — *Op. cit.*, pág. 51.

(13) "Assim é que, entre nós, ainda se discute se os juizes estaduais, na Federação brasileira, desfrutam da vitaliciedade em consequência da Carta da União..." — *op. cit.*, 5º vol., organizado por Eduardo Espínola e Marques dos Reis, pág. 30.

## 5 – Eleição presidencial

No particular do processo eleitoral, visando a Presidência da República, a opinião de Mangabeira era, realmente, singular.

Sua idéia não conseguiu convencer a maioria elaboradora do anteprojeto constitucional, que entendeu ser mais consentânea a eleição do Presidente da República através da Assembléia Nacional.

Parece ser surpreendente o posicionamento do grande político: contrário ao processo direto de escolha e à eleição pela Assembléia Nacional.

Entendia que a colheita direta do voto popular acarretava males intransponíveis e que o País ainda se achava despreparado para tal tipo de eleição. Acrescentava, enumerando, algumas circunstâncias de ordem cultural e sociológica que serviam de suporte à sua idéia: *a dificuldade de comunicação, o atraso cultural do interior, a escassez dos meios de publicidade, a pouca densidade de população* (14). A tudo isso adicionava um fator importante que retirava toda a seriedade do processo eleitoral, levando-o aos desvãos da fraude ou da violência: a atuação dos governadores, dirigindo a máquina governamental, torceria e retorcera, em autêntica entrançada, a manifestação do eleitorado, principalmente no interior, onde a massa inculta e desassistida estaria exposta às pressões ou aos apelos demagógicos — situação que, nos dias que correm, ainda pode ser observada, máxime, nas regiões economicamente débeis.

Também afirmava não ser favorável à eleição, tão só, pela Assembléia Nacional. Haveria carta marcada. A Presidência da República teria sempre como candidato o líder da maioria ou o presidente do órgão legislativo. E vaticinava peremptório: *Só um cego não verá os conluios, os conchavos, os cambalachos de toda a ordem, que Presidente de Assembléia e líder, auxiliados pelo Poder Executivo, farão com os Deputados, em troca dos votos na futura eleição* (15).

Predicava, então, “um meio termo” entre a eleição direta e a eleição pela Assembléia Nacional. Deveria haver um colégio eleitoral mais amplo, onde figurariam representantes de camadas significativas da sociedade, onde determinadas instituições se fariam presentes, através de delegados. Esse eleitorado seria composto *da Assembléia e do Conselho Supremo; dos membros do Supremo Tribunal, do Tribunal de Contas e do Tribunal Militar; dos generais e almirantes efetivos, representando as forças armadas, diretamente interessadas na escolha do seu chefe; dos Governadores, dos Presidentes das Assembléias e dos Tribunais de Apelação dos Estados; do Prefeito e dos Presidentes do Conselho e do Tribunal de Apelação do Distrito Federal; dos diretores das Faculdades de Ensino Superior* (16).

O corpo eleitoral seria uma elite representativa, onde a Assembléia Nacional comporia a metade e isso daria à eleição verdadeiro cunho democrático, circunstância fundamental e inarredável.

(14) *Em Torno...*, pág. 128.

(15) *Em Torno...*, pág. 129.

(16) *Em Torno...*, pág. 130.

## 6 – Competência tributária

Examinou Mangabeira a questão da titularidade para imposição de tributos e manifestou sua opinião. A matéria se resume em se fixar um critério de concessão de atribuições aos Estados-Membros e à União para decretação de tributos.

Foi exatamente essa parte do anteprojeto que sofreu os mais contundentes ataques, os mais irados protestos dos que viam periclitarem a Federação. O artífice maior do esboço do documento constitucional fez as devidas colocações, dissipando dúvidas e corrigindo equívocos de interpretação.

Defendia a competência concorrente da União e dos Estados-Membros, relativamente ao campo da tributação não privativa. Para elidir ou para prevenir a bitributação ou, mesmo, para conciliar os interesses entre aquelas entidades de direito público, sugeria-se que o Conselho Supremo (“órgão técnico, consultivo e deliberativo, com funções políticas e administrativas”, de acordo com o art. 68 do anteprojeto) elaborasse, a cada quinquênio, uma lei. Era a fórmula prática para possibilitar a sobrevivência de um princípio.

Segundo Mangabeira, se só a União tivesse competência para decretar os impostos não repartidos, essa entidade veria, apenas, seus interesses, suas necessidades. As realidades dos diversos Estados-Membros não são idênticas. Tributos que seriam aceitáveis em Estados-Membros maiores, de melhor potencial econômico, transformar-se-iam em incômodos e vexames para a economia de um pequeno Estado-Membro. Deixar-se-ia, pois, a cada entidade a competência para decretação dos tributos, naquele vasto campo, evitando-se hipertrofia da União ou esfacelamento de Estados-Membros. Esse era o cuidado do jurista na repartição de competências.

Quanto ao imposto de exportação, argumentou, com veemência, que a competência impositiva deveria caber à União e não às entidades autônomas. Mais uma vez a atenção se volta para a manutenção dos laços federativos.

Deixar tal imposto no âmbito da titularidade dos Estados-Membros significava: permitir que os Estados-Membros centrais permanecessem como caudatários dos demais Estados-Membros marítimos, ou fazer com que se debatesses numa guerra de tarifas sem limites e sem tréguas; a desigualdade entre os Estados-Membros, pois, *coloca o produtor antigo, parede meia com o novo, numa situação de inferioridade e de pobreza, que roça pela escravidão* (17).

A Constituinte de 34 não acompanhou esse lúcido raciocínio, dentro de uma irretrorquível clareza, tendo como supedâneo fatos comprovados.

O imposto de renda (até hoje mal aplicado e sumamente injusto para os que pouca renda têm a declarar...) foi objeto, também, de estudos. Dizia Mangabeira que o mesmo deveria passar à competência dos Estados-Membros, subtraindo-se à da União. Baseava-se em fatos concretos: no Distrito Federal arrecadava-se produto de imposto de renda em quantitativo maior do que em São Paulo, Rio Grande do Sul, Minas Gerais ou Bahia. Como se poderia expli-

(17) *Em Torno...*, pág. 137.

car tal fato, partindo-se do princípio de que aquela entidade era economicamente inferior a essas? A resposta era simples: *O imposto de renda exige pesquisas locais, a que os Estados não se prestam, porque esse tributo não lhes pertence* (18).

Para sanar esse óbice, a solução seria deslocá-lo para o campo de incidência dos Estados-Membros que, certamente, se empenhariam numa arrecadação proveitosa, afastando aquela realidade (ainda imutável) que Mangabeira sintetizava: *só quem paga no Brasil devidamente o imposto é o funcionário, porque não tem outro jeito, uma vez que recebe os vencimentos com o desconto já feito do tributo* (19).

Não foi aceita pelos constituintes de 34 essa inovação.

### 7 – O princípio da irretroatividade da lei

Demonstrando conhecimento científico e atualização quanto aos mais modernos ensinamentos doutrinários, assim como os *ius positum* constitucional de diversos países, Mangabeira defendeu a não-inclusão, no anteprojeto, da regra da irretroatividade das leis, que a Constituição de 1891 expressara, de forma absoluta, ao impor a vedação aos Estados-Membros e à União de prescreverem leis retroativas (art. 11, nº 3).

Considerou tal princípio da irretroatividade uma velharia, sendo uma “garantia falaz”. A disposição que prescrevesse essa regra seria “arcaica, errada e mentirosa”. Estudou o direito comparado e chegou à conclusão de que o constitucionalismo moderno não consagra enunciados deste jaez, a não ser naqueles países menos civilizados. Incursionou pela doutrina alienígena e foi colher subsídios nas obras de Paul Roubier, Planiol, Capitant, Bonnetant, Ferrara e outros juristas de igual estatura.

Além de considerar que a regra da irretroatividade não era clara, “nem na sua significação, nem no seu conteúdo”, sendo, por isso mesmo, passível de interpretações diversas, Mangabeira – socialista convicto – entendia que essa regra não deveria constituir em óbice ao desenvolvimento político, econômico ou social. A vida social *lato sensu* não deveria jamais ficar atrelada a um princípio, inserido em uma Constituição, impedindo sua plena evolução. Seria dar ensanchas ao ultra-individualismo – incompatível para um socialista voltado, realmente, para os interesses do povo.

Quanto à irretroatividade das leis penais, Mangabeira foi favorável, desde que a lei anterior não se apresentasse mais favorável ao acusado de um delito. Se a lei posterior fosse benigna ou mais branda para o acusado, deveria ela sofrer retroação. Seria o “grande princípio essencial à liberdade humana”.

Quando se argumentou que o anteprojeto não procurou proteger os direitos adquiridos da retroatividade das leis, João Mangabeira, calcado nos maiores juristas, opôs-se, a partir mesmo de expressão “direito adquirido”. Uns rejei-

(18) *Em Torno...*, pág. 143.

(19) *Em Torno...*, pág. 145.

tando essa expressão, por ser vazia de conteúdo, outros, substituindo-a pela de "situação jurídica". Duguit, então, é chamado à colação e se faz uma citação sua, quando proferira uma conferência na Universidade do Cairo: *Daquí a poucos meses fará meio século que ensino Direito. E não sei até hoje o que seja direito adquirido* (20).

Dizia, então, que, se a doutrina não era unânime na conceituação da expressão "direito adquirido", não haveria razão lógica para se inserir, em um texto constitucional, regra que adotasse princípio desse teor. Seu lugar deveria ser em legislação ordinária e explicava: *Não é num instrumento político que eles — certos princípios, inclusive o da irretroatividade — podem existir e florescer. Nem a sociedade, nem o Estado, nem a Nação se deixariam prender por esses artifícios, nos seus transe de sofrimento ou de perigo. Em dias tais, o legislador deve ter as mãos livres para encontrar a fórmula política capaz de salvar os interesses supremos. E buscar nessas comoções sociais as ficções jurídicas dos dias tranqüilos, é procurar os templos de Atlântida submergida* (21).

Quanto a essa questão da irretroatividade das leis e, especialmente, em relação ao art. 11, nº 3, da Constituição de 1891, que, como referido, proibia a edição de leis retroativas, a opinião de Mangabeira não se colocou em sintonia perfeita com a de Rui Barbosa. Esse, num trabalho denominado *Anistia Inversa*, onde analisa a lei de 21 de outubro de 1895, defendeu o entendimento de que a aludida disposição constitucional não proibia "em absoluto a retroatividade, sob qualquer forma, em qualquer gênero de leis" (22). E acrescentava que *a vedação constitucional, existente entre nós, acerca da retroatividade das leis, não se pode entender senão quanto à rotatividade injurídica e viciosa; porque leis há inofensivamente irretroativas, leis legitimamente retroativas, leis, até, necessariamente retroativas. No primeiro caso estão as leis que não ferem direitos adquiridos; no segundo, as leis interpretativas, retificativas e confirmativas; no terceiro, as leis favoráveis à condição dos acusados. Todas essas retroagem constitucionalmente (e a anistia é uma delas); porquanto não estão em conflito com a razão do preceito constitucional, que é simplesmente uma garantia a favor dos indivíduos e dos contratos, contra o arbítrio legislativo* (23).

Não há dúvida de que Rui se utilizou de uma técnica de interpretação para abrandar o rigor do dispositivo constitucional. Usou de um critério liberal e prático. Agiu, como diria Herman Pritchett, sem considerar *al sistema constitucional como separado del sistema político, sino como parte necesaria de él, cuya misión es el cumplimiento de la función vital de dar orden y estructura a los inevitables procesos del cambio* (24).

Mangabeira não quis arriscar as variações da interpretação constitucional, preferindo não inserir, no Texto Maior, dispositivo idêntico ao de 1891.

O constituinte de 1934 não adotou o rigor dos elaboradores de nossa primeira Constituição republicana, porém se utilizou (e consagrou na vida cons-

(20) *Em Torno...*, pág. 162.

(21) *Em Torno...*, pág. 162.

(22) *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, vol. 1º, pág. 375.

(23) *Op. cit.*, pág. 376.

(24) *La Constitución Americana*, Tipográfica Editora Argentina SA., Buenos Aires, 1965, pág. 70.

titucional brasileira, tanto em 1946 como em 1967) da fórmula que assim se expressava: "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

### 8 — A ordem econômica e social

Adepto ciente e consciente do socialismo, não seria de estranhar que Mangabeira se espraiasse, com maior extensão, ao tratar da ordem econômica e social, inovação no perfil constitucional brasileiro.

O capítulo do anteprojeto que se incumbiu dessa matéria teve como relator Osvaldo Aranha, mas o jurista baiano colaborou decisivamente, como ele próprio declara nas primeiras páginas de sua obra em defesa do anteprojeto.

Em entrevista, quando perguntado sobre as linhas mestras do anteprojeto, dizia referindo-se ao aspecto sócio-econômico: *O que é essencial é a tendência humana, social ou, se quiserem, socialista do projeto, que atende, nas proporções do nosso meio, às reivindicações e aspirações das classes pobres; que arma o Estado com o poder de colocar no mesmo pé de igualdade o capital e o trabalho, intervindo, por isto mesmo, nas relações; que reconhece e acata a propriedade, mas proclama antes de tudo a sua função social e lhe prescreve deveres; que abandona o velho e degradante conceito romano, e coloca o trabalho produtivo acima da propriedade inerte e parasitária* (25).

Foi imbuído desse espírito, voltado para as aspirações das classes menos favorecidas, que Mangabeira defendeu uma série de disposições no âmbito da ordem econômico-social. As Constituições de após-guerra (1914-1918), em todo o mundo, procuravam o ressurgimento democrático, adotando princípios e normas que dessem melhores condições a um desenvolvimento social, e nosso País, da ótica do Direito Constitucional, estava completamente em descompasso com a nova realidade surgida dos destroços da primeira grande guerra.

O anteprojeto constitucional, defendido pelo grande jurista, procurou responder à situação econômico-social do País, mas o mesmo não aconteceu com o projeto de Constituição. A esse foram dirigidas duras críticas de seu mais altivo justificador: *Onde, porém, o projeto requinta no seu reacionarismo, é no capítulo da ordem social. Ai tudo é garantia, carinho e conchego para os ricos. Escárneo, desprezo e impiedade para os pobres. Haveremos de examinar esses textos de bíblia plutocrática* (26).

Defendeu o dispositivo do anteprojeto que protegia o trabalhador nesses termos: "O dia de trabalho não excederá de 8 horas e nas indústrias insalubres de 6. Em casos extraordinários, poderá ser prorrogado por 3 horas, vencendo o trabalhador o duplo do salário normal. A prorrogação não poderá ser feita consecutivamente por mais de três dias, e não será permitida nas indústrias insalubres, nem aos menores de 18 anos". A norma era extensa, mas objetivava maior proteção ao trabalhador. O projeto de Constituição, no entanto, o reduziu, levando de roldão o cerne da proteção, ao fixar, simploriamente, que "sempre que possível, sem maior inconveniente, o trabalho não deverá exceder de 8 horas".

(25) *Em Torno...*, pág. 288 (entrevista).

(26) *Op. cit.*, pág. 166.

Para Mangabeira se estereotipava, aí, a “escravização completa do operário”, já que o empregador teria sempre a idéia de que seria conveniente a prorrogação da jornada de trabalho...

No sentido de concretizar o protecionismo aos trabalhadores urbanos ou rurais, o anteprojeto estabelecia que o Ministério Público, federal ou estadual, deveria prestar assistência gratuita aos referidos empregados e velar pela estrita aplicação das normas trabalhistas. Tomando conhecimento de que essa disposição não fora encampada pelo projeto de Constituição, o jurista se levanta peremptório: *Quem conhece o abandono, o sofrimento, a desorganização do proletariado rural, e, por isso mesmo, o mais explorado de todos, bem sabe que as normas legais protetoras do trabalho, fraudadas nos centros urbanos, quase que não se executam no interior, onde, realmente, a própria lei de acidente de trabalho não se aplica* (27). A afirmação traduz, ainda, nos nossos dias uma verdade inquestionável, apenas, em parte, mitigada pela interiorização da Justiça do Trabalho.

Defendeu, também, a adoção de um dispositivo, no texto constitucional, que consagrasse um “fundo de reserva de trabalho”, a ser criado pelas empresas comerciais ou industriais. O objetivo seria assegurar aos empregados (o anteprojeto distinguia operário de empregado – prova de que, à época, os trabalhadores possuíam um mínimo de proteção) a percepção de valores, correspondentes a um ano de salário, se houvesse extinção da empresa. Por outro lado, se condicionava esse fundo de reserva à existência de uma justa remuneração de “fundo de reserva de capital”. A prescrição normativa era tímida e Mangabeira assim entendia, tanto que chamava a atenção para a “tolerância”, a “moderação”. Entretanto, o substitutivo, no seio da Constituinte, não adotou essa disposição de nítido caráter social.

Favorável a uma ampla alfabetização, postou-se ao lado dos que sufragavam o entendimento de que seria necessário se fixar, constitucionalmente, que toda empresa, onde trabalhassem mais de cinquenta pessoas, existente fora dos centros escolares, deveria ser obrigada a manter escola primária para frequência, inteiramente gratuita, dos trabalhadores e seus filhos.

Em matéria de herança e de imposto progressivo, adotou posição nitidamente em benefício da comunidade, do todo social. Procurou minimizar as mazelas do individualismo.

*Começou manifestando-se contrário à herança colateral. A herança só deveria ser reconhecida “na linha direta ou entre cônjuges”. Seria o limite maior da unidade familiar. Evitava-se que parentes colaterais e, por vezes, longínquos viessem participar de uma herança, em nada contribuindo para o desenvolvimento social. Criticava o fato de parentes de tal linha, vivendo fora do Brasil, serem beneficiados com heranças, deixadas por aqueles que em nosso País trabalharam e fizeram riqueza com seu próprio esforço. Os recursos, aqui construídos e mantidos, viajariam, sem qualquer retribuição, para outros países.*

---

(27) *Em Torno...*, pág. 178.

Proibida a herança colateral, e na hipótese de inexistirem parentes em linha direta, o acervo de bens teria uma destinação de cunho altamente social, pois deveria ser aplicado “na instrução primária e na assistência social”.

Quanto ao imposto progressivo para as “heranças superiores a dez contos e para todos os legados”, entendia que razões de ordem econômica e político-social existiam, justificando sua adoção. Afirmava essa verdade que ainda persiste: *O imposto não pode ter hoje apenas objetivos fiscais* (28).

Para os que se opunham a isso e a certas concessões em benefício do meio social, Mangabeira os advertia para o fato de que a permanência de egoísmo individualista poderia levar a conseqüências piores do que a simples tomada de posição em prol das massas desassistidas. Lembrava, então, aos burgueses e aos enriquecidos pela sucessão hereditária as palavras que Deschanel, na Câmara francesa, proferira: *Tout ce qui sera donner aux reformes sera ôter à la révolution*. Os passos lentos que são dados, ainda hoje, no campo das reformas sociais, em nosso País, demonstram a insensibilidade da classe detentora dos meios de produção para essa verdade que ressuma de uma frase objetiva e realista.

Em relação ao dispositivo do anteprojeto que possibilitava ao governo intervir nas empresas ou sociedades que desempenham serviço público, limitando o “lucro à justa retribuição do capital”, dizia Mangabeira que era necessária essa limitação, a fim de que o País não se quedasse diante da “espoliação da coletividade”. Pela própria qualificação dos serviços, desenvolvidos por essas empresas ou sociedades, não se deveria permitir a auferição de excessos de lucros, em prejuízo, afinal, da própria comunidade.

E criticava, com palavras de extrema atualidade, as práticas antiéticas dessas empresas: *Diretorias transbordantes, com honorários nababescos e comissões principescas, obras simuladas, corrupção da imprensa, e, sobretudo, aguçamento de capital...* (29). Isso já ocorria antes de 1934, nesse sofrido e espoliado País...

Tratando do instituto da enfiteuse, o jurista insigne dirigiu-lhe contundente crítica, considerando-o “instituto obsoleto, que responde a um sistema econômico diverso do nosso”. A única concessão que se lhe fazia era com relação às pessoas jurídicas de direito público.

Para ele, o Código Civil Brasileiro conservara uma “peça do mundo antigo” e argumentava, em consonância com seu pensamento ideológico e dentro de princípios de estrita justiça social, que *trabalhar um homem a vida inteira para tornar a terra produtiva, nela construir ou plantar, para que outro aufera, negligentemente e sem cansaço, parte do esforço da labuta desse servo, isso é que não se ajusta, nem mesmo com os que fazem da propriedade privada coluna do progresso ou pilar da ordem* (30).

Esse instituto, no entanto, venceu as barreiras da modernização, da justiça social e permanece, vigente, no Direito brasileiro, numa prova inequívoca do que se denomina *cultural lag*.

(28) *Em Torno...*, pág. 136.

(29) *Em Torno...*, pág. 29.

(30) *Em Torno...*, pág. 227.

Por fim, no campo da ordem econômica e social, Mangabeira, sabendo ser impossível antecipar o que antevia no futuro, ou seja, a abolição da propriedade privada, propugnou, então, por um novo conceito de propriedade privada — novo, no Brasil, já que países europeus, principalmente, já o haviam adotado constitucionalmente. Preconizava-se para a propriedade privada uma função social.

Nossa primeira Constituição republicana dispunha nesses termos: “O direito de propriedade mantém-se em toda a plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.” (Art. 72, § 17.) Para o constitucionalista emérito, configurava-se a consagração do conceito romano de propriedade, “com o *jus utendi et abutendi*”. Isto, entretanto, não lhe parecia adequado à realidade social, nem trazia um mínimo de justiça social.

Fixou-se em defesa do art. 114 do anteprojeto, cuja parte inspiradora se achava na famosa e marcante Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919. Estabelecia aquele trabalho preliminar: “Art. 114: É garantido o direito de propriedade, com o conteúdo e os limites que a lei determinar.” Seu § 1º estabelecia: “A propriedade tem, antes de tudo, uma função social e não poderá ser exercida contra o interesse coletivo.”

Assim disciplinando, o anteprojeto não fez mais que limitar o direito dominial e esse era “um fato característico da sociedade atual”, “uma realidade da vida civilizada moderna”, “uma exigência absoluta e inevitável do presente sistema de produção”, na expressão verídica do jurista (31).

### 9 — A garantia do mandado de segurança

Na vigência da Constituição de 1891, só existia um remédio, com procedimento célere e eficaz, para proteção de direito. Tratava-se do *habeas corpus* cuja fórmula, expressa no art. 72, § 22 (“Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder”), causou discepções interpretativas.

Entenderam uns que o *habeas corpus* só poderia ser impetrado quando em jogo estivesse a “liberdade corpórea” ou cujo exercício fosse daí decorrente. Era a interpretação restritiva do Ministro Pedro Lessa. Entenderam outros que esse remédio constitucional não fora adotado para sofrer uma limitada interpretação. Seu objetivo, como se achava expresso no Texto Maior, não era o de acudir, apenas, à proteção da liberdade de locomoção. À frente dessa corrente se postava a figura grandiosa de Rui Barbosa, que desenvolveu argumentos de incontestável lucidez, dentro de autêntica lógica jurídica. Disse, certa feita, em discurso pronunciado no Senado, no ano de 1915, que *desde que a Constituição não particularizou os direitos que, com o “habeas corpus” queria proteger contra a coação ou contra a violência, claro está que o seu propósito era escudar contra a violência e a coação todo e qualquer direito que elas podiam tolher e lesar nas suas manifestações* (32).

(31) *Em Torno...*, pág. 218.

(32) *Op. cit.*, vol. V, pág. 506.

A jurisprudência se inclinou por essa última interpretação, formando-se a denominada *teoria brasileira do "habeas corpus"*, que Castro Nunes compara às duas outras maiores criações jurisprudenciais conhecidas: "détournement du pouvoir", pelo Conselho de Estado, em França, e a revelação do poder, omissa no texto americano, de declarar inconstitucionais as leis do Congresso, derivado por construção pela Corte Suprema dos Estados Unidos (33).

A Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, afinal, põe termo nas interpretações, restringindo o uso do remédio heróico à liberdade de locomoção, porém deixou um vazio, omitindo-se quanto aos demais direitos que reclamassem providências judiciais rápidas e eficazes.

A partir daí, os juristas e os legisladores, com maior afã, dedicaram-se à criação de um sucedâneo do *habeas corpus*, que tivesse a mesma objetividade. Alinharam-se nessa tarefa Gudesteu Pires, Matos Peixoto, Odilon Braga, Francisco Marato, Agamenon Magalhães e muitos outros.

Na formulação do anteprojeto da Constituição, surge a notável contribuição de João Mangabeira, tendo sido o criador do *nomen juris* mandado de segurança. Foi em sua proposta que primeiro surgiu essa expressão, como assinala Araújo Castro (34).

A redação que deu à sua proposta foi essa: "Toda a pessoa que tiver um direito incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal do Poder Executivo, poderá requerer ao Poder Judiciário que o ampare com um mandado de segurança. O juiz, recebendo o pedido, resolverá, dentro de setenta e duas horas, depois de ouvida a autoridade coatora. E se considerar o pedido legal, expedirá o mandado, ou proibindo esta de praticar ou ordenando-lhe de restabelecer integralmente a situação anterior, até que a respeito resolva definitivamente o Poder Judiciário."

O dispositivo estava vazado em longa redação como a pretender exaurir o disciplinamento, na própria órbita constitucional.

Themístocles Cavalcanti sugeriu que a parte final da proposição de Mangabeira fosse supressa, deferindo à lei a fixação do "processo especial de rito sumaríssimo". Vingou, na redação final do anteprojeto, essa sugestão. Acrescentou-se, também, o prazo decadencial para impetração do *mandamus* em 30 dias e se excluíram de sua apreciação questões que versassem sobre impostos, taxas ou multas fiscais.

No âmbito da Constituinte, a matéria foi debatida com profundidade, como demonstra o relator do substitutivo, Deputado Valdemar Ferreira, em parecer que ofertara (35).

O texto definitivo de 34 sintetizou a disposição sobre o mandado de segurança, fixando esses pressupostos: a) existência de direito certo e incon-

(33) *Do Mandado de Segurança*, Forense, Rio de Janeiro, 7ª ed., 1967, pág. 16.

(34) *A Nova Constituição Brasileira*, Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2ª ed., 1936, pág. 455.

(35) *Apud* Castro Nunes, *op. cit.*, págs. 417 *usque* 431, onde se reproduz trecho do mencionado parecer.

testável violado ou ameaçado de violação; b) ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. Estabeleceu-se, complementando, que o procedimento seria o mesmo do previsto para o *habeas corpus* e que as ações petições competentes não seriam prejudicadas pela ação mandamental.

Em essência, acolheu-se aquela sugestão de Mangabeira, no seio da chamada comissão do Itamarati.

## 10 – A idéia de liberdade

João Mangabeira, como Rui, foi um autêntico apóstolo da liberdade. Por ela lutou. Por ela se sacrificou. Por ela sofreu a dureza de um encarceramento.

É a bandeira desfraldada em sua gloriosa vida política. É o princípio basilar que norteia sua atuação notável de advogado.

Em nome da liberdade e por ela escreveu páginas memoráveis e compôs peças oratórias de beleza fulgurante.

Proferindo conferência, em 1952, na Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, teve a oportunidade de conceituar a liberdade, traçando um paralelo com a libertação: *As liberdades civis e políticas não passam de aspectos parciais da liberdade. A liberdade é o conceito abstrato do fato concreto da libertação. Pela manifestação da palavra ou do voto livra-se o homem do cativo econômico, tanto quanto aquele parasitário e abominável* (36).

Quería para o cidadão uma liberdade integral, que não sofresse seccionamento sob o aspecto fático ou jurídico.

Proscrescia a liberdade que era manipulada ao alvedrio do poder público, protegendo uns e submetendo ao cutelo outros. E clamava na referida conferência: *A liberdade por favor, a liberdade tolerada, não passa de uma forma anestesiada e vil do cativo. Enganam-se os partidos, os políticos, os egoístas que se acumpliciam, pelo aplauso ou pelo silêncio, com as violências do despotismo ou os abusos do poder* (37).

Na obra que publicou sobre Rui, João Mangabeira, definindo-se, modestamente, não deixou de realçar, entretanto, a sua intransigência com a liberdade: *Sou apenas um homem que não corteja a riqueza, não lisonjeia a força, não adula o poder* (38).

Sua vida pública não desmentiu essa manifestação de independência, de coragem cívica, de amor à liberdade. Seja impetrando *habeas corpus* em favor de presos políticos, seja protestando contra o cerceamento de sua própria liberdade.

(36) *Rui Barbosa* — discursos e conferências —, Casa de Rui Barbosa, 1958, pág. 33.

(37) *Op. cit.*, pág. 32.

(38) *Rui, o Estadista da República*, Livraria Martino Editora, S. Paulo, 3ª ed., pág. 11.

Significativo é o manifesto, lançado à Nação, em janeiro de 1937, e lido da tribuna da Câmara dos Deputados pelo seu irmão Otávio Mangabeira. Através de impetração, perante a Corte Suprema, pleiteara sua liberdade, não logrando êxito. Deveria submeter-se a um processo criminal imposto pelo Tribunal de Segurança e, com a altivez própria dos que carregam nos ombros a responsabilidade de seus atos e dos que forjaram na bigorna da vida pública sua dignidade, dizia à Nação o porquê de sua insubmissão àquele colegiado: *O meu amor ao Direito, a minha devoção à liberdade não me permitem defender-me ante um Tribunal de Exceção, que é o maior atentado que se poderia conceber contra os princípios cardiais do nosso regime político, levantado sobre mais de cem anos de tradições liberais. E quando todos, inclusive os sacerdotes supremos, desertaram os altares, eu não cometerei a covardia de deixar a nave deserta* (39).

A bravura do jurista-político também se sobressai quando, ainda encarcerado, redige um protesto contra a decisão do Tribunal de Segurança que decretara a prisão preventiva de seu filho, Francisco Mangabeira.

Esse documento é lido, também, da tribuna da Câmara, por Otávio Mangabeira, porque a censura desabrida vetara a publicação pela imprensa. E destaca-se nesse protesto: *Assim, uma das duas: ou os cinco juizes não leram os autos e concederam "de convicção livre" a prisão pedida, o que é melhor; ou leram e aprontaram por escrito a verdade material, o que é pior. No primeiro caso, bastar-lhes-ia a "independência e a convicção livre", mesmo sem a "honorabilidade". No segundo, tudo isso não chegaria. Seria preciso mais. Muito mais. Fico na primeira hipótese. Até mesmo porque se poderia invocar em favor dela um precedente, e que não existe, através da história, quanto à segunda. É o precedente do tribunal que condenou à morte Danton, por "cabeça" de uma conspiração para restaurar a monarquia. E como Souberville, juiz de "independência e convicção livre", vacilasse na sentença, Lebrun tirou-lhe a dúvida com estas palavras decisivas: "Isso não é um processo, é uma medida; não somos juizes, somos homens de estado"* (40).

E sublinhe-se que Mangabeira ainda iria submeter-se ao veredicto daquele Tribunal!

Em prefácio à coletânea de discursos de Mangabeira, dele afirmara Hermes Lima, em 1958: *Sua voz é a da nossa maior autoridade viva nos domínios do Direito Público. Semelhantemente ao de Rui Barbosa, seu magistério desdobra-se na ação militante de político e de pensador. É debatendo, pregando e apostolando que ele ensina o Direito, e, igual que Rui, ensina-o não só pela palavra, mas também pelo exemplo* (41).

Pela inteligência e pela atuação polimorfa, João Mangabeira foi daqueles que inscreveram seu nome na vida cultural deste País. A história político-constitucional jamais será recomposta com fidelidade, se não incluir em seus quadros essa figura ilustre.

(39) *Perfis Parlamentares* — Otávio Mangabeira, Brasília, 1978, Câmara dos Deputados, pág. 312.

(40) *Op. cit.*, pág. 309 a 310.

(41) *Op. cit.*, pág. IX.

# Liberdade e poder regulamentar

**GERALDO ATALIBA**

Professor nas Faculdades de Direito da  
Universidade de São Paulo e Univer-  
sidade Católica de São Paulo.

## SUMÁRIO

- I — Tripartição do poder
- II — Competências do Executivo e liberdade
- III — Assento constitucional da competência regulamentar
- IV — Definição de regulamento
  - Análise dos termos da definição
- V — Bases constitucionais da competência regulamentar
  - a) Hierarquia
  - b) Responsabilidade do Presidente da República
  - c) Limites constitucionais ao Regulamento
    - 1) Separação de Poderes
    - 2) Regulamento autônomo
      - Isonomia
      - Legalidade
- VI — Destinatários das normas jurídicas
  - 1) Dinâmica da aplicação do Direito
  - 2) Leis cujo destinatário é o Poder Executivo
  - 3) O argumento *a fortiori*
  - 4) Panorama atual
  - 5) Unicidade de fonte do Direito
- VII — Conclusão

## I — TRIPARTIÇÃO DO PODER

Os textos constitucionais brasileiros tradicionalmente consagram — como princípio fundamental do nosso sistema jurídico — o da tripartição do poder. Este encerra fórmula de contenção e disciplina do exercício do

---

Tese apresentada na VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (Manaus — 18 a 22 de maio de 1980) e aprovada por unanimidade.

poder estatal e aparece como expressão funcional do princípio republicano, cujos postulados básicos encontram eficácia nessa formulação.

Ao fazê-lo, tem em mira não uma organização racional do aparelho estatal, mas sim evitar o arbítrio, assegurar o **governo das leis** e dar garantia à liberdade individual, nas lições sempre lúcidas de JOSAPHAT MARINHO.

Estes postulados — traduzidos em preceitos basilares de nossa ordem jurídica — repousam na distinção aristotélica entre normas gerais e atos de aplicação do direito; no discernimento tomista entre justiça distributiva e comutativa e nas concepções de MONTESQUIEU, informadoras do constitucionalismo, instaurado pelas revoluções francesa e americana.

Só nesse contexto se compreende a estima que, desde 1824, se tem entre nós pelo princípio da legalidade. Só com rigorosa consideração dessa motivação, é possível conhecer adequadamente o sentido, conteúdo e alcance da **legalidade**, no Brasil, como ensina RAUL MACHADO HORTA (A Autonomia de Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro, pág. 73 e segs.).

No nosso direito, a lei não é simplesmente o ato inaugural e primeiro, inovador da ordem jurídica, emanado do Poder Legislativo, órgão vertical do Estado e titular da representação popular por excelência (cf. OSWALDO A. BANDEIRA DE MELLO, **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, v. I, pág. 98).

É mais que isso: a lei é, no direito constitucional brasileiro, necessariamente genérica, abstrata e irretroativa. Tal como prevista nos nossos sucessivos textos constitucionais, ela é sempre “necessária”, como a qualificou CIRNE LIMA, com isso querendo significar que nenhuma outra manifestação estatal, judiciária ou administrativa lhe pode suprir a ausência, seja nos casos constitucionalmente explícitos, que se requer, seja para criar obrigação, dever, encargo ou ônus para os súditos do Estado (RUY CIRNE LIMA, **Princípios de Direito Administrativo**, 4ª ed., pág. 37).

A ela são submetidos não só os cidadãos e habitantes do território do Estado, mas também os governantes e o próprio Estado.

Dada a absoluta indelegabilidade das funções verticais (art. 6º, parágrafo único, da Constituição) do Estado, e os requintes do texto constitucional, o saudoso PONTES DE MIRANDA cunhou a expressão **legalidade**, para distinguir o suave e programático princípio do direito constitucional comparado e sublinhar a rigidez, estreiteza e imperatividade com que nós o consagramos (**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/69**, v. I, pág. 272).

No contexto do nosso sistema constitucional, o modo exigente como foi posto o princípio da legalidade melhor faz valorizado o conceito de Estado de Direito, tal como concebido por BALLADORE PALLIERI, ao defini-lo como “aquele que se submete à lei e a jurisdição independente e imparcial” (**Diritto Costituzionale**, 3ª ed., Milão, Ed. Giuffrè, pág. 85).

Efetivamente — é observação do notável constitucionalista de Milão — de muito pouco valeria o Estado obedecer à lei, se pudesse manipulá-la seja na elaboração, seja na aplicação.

Tanto mais inócuo seria o princípio, se não existisse o mecanismo de **controle jurisdicional** da ação administrativa, como exposto magistralmente por SEABRA FAGUNDES.

Do que se vê que a existência de um Judiciário autônomo e independente (e, pois, imparcial) é consectário necessário da legalitariedade, por ser a única garantia de sua eficácia.

É nesse contexto sistemático que se deve intentar alcançar a compreensão dos institutos de governo e seus instrumentos, tal como delineados no texto constitucional.

Na conformidade dessa perspectiva é que se postula focalizar adequadamente a consideração das competências executivas, dentre as quais a regulamentar se sobressai por peculiaridades singulares.

## II — COMPETÊNCIAS DO EXECUTIVO E LIBERDADE

A estrita disciplina que os nossos textos constitucionais tradicionalmente deram à faculdade regulamentar do Executivo decorre de rígida concepção da separação de poderes, que entre nós sempre prevaleceu, certamente como reação aos abusos do arbítrio e onerosos erros que se ensejaram nos períodos discricionários que a história de nossas instituições conheceu.

Tanto isso é exato que toda constituinte democrática restaura o esquema, na sua pureza. E a deterioração do regime constitucional sempre se manifesta por desequilíbrios neste setor.

Não tolera a nossa Constituição que o Executivo exerça nenhum tipo de competência normativa inaugural, nem mesmo em matéria administrativa. Essa seara foi categoricamente reservada aos órgãos da representação popular. E a sistemática é cerrada, inflexível. Se a tal conclusão não for levado o intérprete, pela leitura das disposições que delineiam a competência regulamentar, certamente esbarrará no princípio da legalidade, tal como formulado: ninguém, nenhuma pessoa, nenhum sujeito de direito poderá ser constrangido por norma que não emane do legislador.

Os atos do Executivo (com a estrita exceção do decreto-lei e da lei delegada) não obrigam senão aos subordinados hierárquicos da autoridade que os emanou.

Tal sistema, dizemos, completa a tripartição do poder e fixa os confines — para reforçá-la — de sua eficácia, precisamente porque sublinha e reforça a legalidade, no sentido de **legalitariedade**, tal como exposta por PONTES DE MIRANDA.

O último **desideratum** do constituinte, nesse passo, foi o de assegurar a liberdade, pondo-a a salvo, fora do alcance do Executivo.

Assim, as diversas projeções da liberdade jurídica — tal como onimodamente garantida pela Constituição — ficam resguardadas contra os atos administrativos, que se não de limitar à fiel, estrita, rigorosa e exata aplicação da lei.

Esse é o querer inequívoco do constituinte. Tal desígnio claro e inofismável já tem tradição mais do que sesquicentenária, no Brasil.

Tudo que o contravenha é injurídico, é repugnante ao nosso sistema. Deve ser ignorado pelos administrados, repellido pelos tribunais, punido pelo Congresso (Assembléias Legislativas, Câmaras de Vereadores) como agressão aos valores institucionais maiores consagrados na Constituição.

E tal é a força ideal, sociológica e política desses valores que, quando por desgraça tivemos que conhecer — ao longo de nosso processo histórico — atos de arbítrio, praticados por grupos que empolgaram as alavancas do poder, estes sempre buscaram dar aparência de legitimidade e tolerância social aos esbulhos praticados, invocando esses mesmos valores e querendo fazer crer que em nome deles se propunha um hiato transitório à sua vigência.

Com efeito, todos os golpes de estado se pretendem justificar alegando seus promotores a necessidade de restauração plena dos valores constitucionais; e sempre se afirma a transitoriedade do período arbítrio.

Não fossem instituições arraigadas no sentir popular (ainda que nem sempre plenamente consciente); não fossem instituições de valor absoluto, altamente estimáveis entre nós; não fossem expressões de nossa cultura e de nossa profunda e generalizada aspiração, e certamente não teriam sobrevivido, a tantas e tão desastrosas vicissitudes, ao longo destes 150 anos.

Cumpra sublinhar que a disciplina constitucional tem em mira, precipuamente, limitar o Estado, contê-lo no exercício do poder, assegurar os direitos individuais e garantir que o uso de suas competências pelos órgãos públicos se faça na forma do direito para busca das finalidades juridicamente previstas e promover os valores normativamente consagrados.

E como fulcro de tudo — pedra de toque do sistema, chave de abóbada de toda a construção normativa — sempre está a liberdade humana, como direito fundamental do **homem e do cidadão**, com as denotações que a expressão veio ganhando ao longo dos dois séculos percorridos, desde que foi cunhada pelos revolucionários franceses.

Estudar o regulamento é, nessa perspectiva mais ampla, estudar os limites à ação executiva, em confronto com a liberdade.

O ponto de equilíbrio institucional está no conciliar adequadamente essa competência estatal, com a liberdade. Como pode aquela desenvolver-se, sem ferir ou restringir este magno valor.

### III — ASSENTO CONSTITUCIONAL DA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR

Funda-se, imediatamente, na 2ª parte do item III do art. 81 a competência regulamentar do Presidente da República. Assim se redige:

“Art. 81 — Compete privativamente ao Presidente da República:

.....

III — sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, **expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução.**”

Ao contrário do que ingenuamente pode supor o leigo, ao ler essa disposição, o preceito não tem o sentido de conceder ampla faculdade, nem de outorgar competência irrestrita ao Executivo. Não.

Se, como visto, a faculdade de traçar regras dirigidas ao organismo administrativo seu subordinado — para dispô-lo de modo a melhor assegurar a aplicação das leis administrativas, concedida ao Chefe do Executivo — é conatural à função de cabeça do **ramo executivo do governo** e inerente a seu poder hierárquico, bem como correspectivo de sua responsabilidade política e funcional, já se vê que a dição da 2ª parte do item III do art. 81, para não ser considerada um expletivo inócua, só pode ter sentido limitativo.

A redação dada — consoante com a tradição do nosso direito constitucional patenteia, evidencia e explicita a visceral subordinação do regulamento à lei. Por isso assinalou CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“Seu objetivo precípuo — conatural às conquistas políticas que se substanciam no Estado moderno — é precisamente o de impedir que o Executivo possa estabelecer, por ato seu, restrições à liberdade e à propriedade dos indivíduos.” (RDP, v. 53.)

Efetivamente, sua dição restritiva tem em mira delimitar e restringir a faculdade, cortando qualquer veleidade no sentido de fazê-la (ou permitir entendê-la) mais extensa ou ampla que o sugerido pela finalidade de assegurar a **fiel execução** das leis administrativas.

Efetivamente, se a cláusula constitucional não existisse, como ocorre em muitas Constituições semelhantes à nossa, não se negaria, por isso, a existência da faculdade regulamentar.

Pelo contrário, ela poderia ser entendida mais ampla do que resulta do nosso texto positivo.

Sua presença, pois, só encontra explicação, no contexto sistemático da ordenação constitucional, como uma restrição.

### IV — DEFINIÇÃO DE REGULAMENTO

Regulamento é ato administrativo normativo, veiculado por decreto, expedido no exercício da função regulamentar, contendo disposições,

dirigidas aos subordinados do editor, regulando (disciplinando) o modo de aplicação das leis administrativas, cuja execução lhe incumbe.

### **Análise dos termos da definição**

**Ato administrativo** — Trata-se de ato jurídico subordinado à lei e versando matéria inserida no âmbito da administração pública. Portanto, matéria constitucionalmente entregue ao Poder Executivo. Juridicamente, administrar é aplicar a lei de ofício, na lição arguta de SEABRA FAGUNDES.

Daí a natureza administrativa do ato regulamentar. Daí o regime jurídico que se lhe aplica: regime jurídico administrativo. No desenvolvimento das considerações em torno do tema, vai ficando evidente um traço distintivo entre o regulamento e a lei: embora ambos sejam normas, a lei tem cunho inaugural, inovador — e o regulamento é ato menor, inferior, de aplicação. É ato secundário e, pois, meramente administrativo, na categorização precisa de CIRNE LIMA.

**Normativo** — O regulamento é em regra genérico e abstrato. Intercede entre o comando da norma — sempre que tenha cabimento — e os atos de aplicação da mesma. Compõe um dos degraus na escala decrescente de concreção do direito, na categorização Kelseniana, nisso acatada por TERSIO SAMPAIO FERRAZ.

Nesse sentido, é genérico e abstrato. Genérico, porque regula um gênero de atos; abstrato, porque, quando editado, é presumido, inspirado por considerações que transcendem necessariamente os casos individuais. Na sua edição, abstrai o editor qualquer pessoa particular, fixando-se na contemplação abstrata de um modelo ou padrão dos fatos susceptíveis de ocorrerem.

Meditando sobre esta característica, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO observou que “a generalidade da lei e seu caráter abstrato ensancham particularizações gradativas quando não têm em mira a especificidade de situações insuscetíveis de redução a um padrão qualquer” (RDP, v. 53).

Por isso esse autor salienta a “necessidade tanto de disposições procedimentais, quanto de regras que assegurem tratamento isonômico à massa de contribuintes, sem as quais a margem de discricão administrativa (que irrompe pela compreensível ausência de minudências legais) ensejaria tratamentos díspares, incompatíveis quer com a boa ordem administrativa, quer com a igualdade a que fazem jus os contribuintes” (RDP, 53).

**Veiculado por decreto** — A competência regulamentar do Chefe do Executivo se manifesta por decreto.

O instrumento jurídico que necessariamente há de veicular as normas regulamentares — **ex vi** do disposto no art. 81, III, do texto constitucional

— é o decreto, suprema manifestação jurídica normativa do Chefe do Poder Executivo.

Assim como o próprio texto constitucional designa por **acórdãos** às decisões dos Tribunais; assim como batiza de **leis** os atos do Congresso; assim também dá aos atos que veiculam manifestações da faculdade regulamentar o nome de decretos.

Decreto é a forma (veículo) de manifestação da vontade do Chefe do Executivo. Quando essa manifestação se dê no exercício da competência regulamentar, tem-se o decreto regulamentar.

Dessa consideração se vê que decreto é a forma, o continente. Regulamento é a matéria, o conteúdo.

É muito importante notar que o regime jurídico dos decretos regulamentares só pode ser dessumido da Constituição. Todas as contribuições do direito comparado são inservíveis, porque essa competência, em cada Estado, é regulada de um modo; em cada contexto tem uma dimensão. A divulgação inadvertida que aqui se tem feito da doutrina estrangeira só tem contribuído para baralhar os espíritos e fomentar os abusos, excessos e arbitrariedades do Estado.

**Expedido no exercício da função regulamentar** — O Chefe do Executivo recebe da Constituição diversas competências (art. 81): administrativas; de governo; de chefia; de tutela de interesses; de colaboração com o Legislativo; majestáticas; de zelo pela ordem e segurança do País; de condução da política exterior etc. Dentre tais funções, a administrativa corresponde ao comando, liderança e chefia do aparelho administrativo do Estado (v. J. A. OLIVEIRA BARACHO, **Regimes Políticos**, pág. 156).

É precisamente como instrumento desse comando que surge a função regulamentar, a qual “só irrompe... quando a lei a ser cumprida reclama a interferência da administração, como requisito de sua aplicação” (CELSONO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, **RDP**, v. 53).

**Contendo disposições destinadas aos subordinados do editor** — O editor é o Chefe do Poder Executivo. Pelo regulamento ele expede ordens a todos os seus subordinados. Os precípuos destinatários dos regulamentos são os subordinados do editor, que sobre eles tem poder hierárquico.

Só indiretamente pode atingir os administrados. Daí o asserto de SERGIO FERRAZ no sentido de que “o regulamento é um ato de eficácia externa, ou seja, sua normatividade não obriga tão apenas a administração que por ele se autolimita, mas confere direito público subjetivo invocável pelo particular” (**3 Estudos de Direito**, pág. 105).

Os administrados só são sujeitos aos preceitos regulamentares, na medida em que, **pela lei**, devam tratar com os servidores públicos, e só

nessa medida. Os administrados não são subordinados ao Chefe do Poder Executivo. Não devem acatamento às suas ordens.

É que em se tratando de regra jurídica de direito formal, o regulamento não pode ir além da edição de regras que indiquem a maneira de ser observada a regra jurídica (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, **RDP**, v. 53).

Os administrados são titulares do direito público subjetivo a só serem constrangidos pela lei (art. 153, § 2º).

O regulamento não pode criar obrigação para terceiros, que não os subordinados hierárquicos do Chefe do Poder Executivo que o editou.

O regulamento emanado do Presidente da República obriga só aos servidores da União. Não obriga os Estados nem os Municípios, nem os administrados da própria União, que só são obrigados pela lei.

Observa com propriedade CELSO BASTOS o endereço precípua desse instrumento:

“Fundados na atividade administrativa, os regulamentos são atos voltados à ordenação da própria máquina burocrática da Administração.” (**Curso de Direito Constitucional**, Ed. Saraiva, 1979, 2ª ed., pág. 177.)

É somente considerando adequadamente essa perspectiva teleológica que se faz possível apreender as balizas dessa faculdade administrativa.

Só se é colhido por regulamento, na medida em que se é posto na contingência de se relacionar com uma repartição pública, cuja ação a ele esteja sujeita.

Efetivamente, os não servidores são colhidos pelos preceitos regulamentares, somente quando a lei os obriga a relacionar-se com um órgão público. E somente são atingidos (os sujeitos não subordinados hierarquicamente ao editor) por via indireta, na medida em que os servidores em o acatando, comportarem-se desta ou daquela maneira.

Esse é o ponto mais importante, mais delicado — e mais debatido — de todo o tema.

O magno desafio que se põe aos exegetas está precisamente em precisar os limites em que terceiros (inclusive administrados) são colhidos pelos preceitos regulamentares.

Toda vez que a lei cria um direito ou estabelece condições para o exercício de outro contemplando pessoas alheias à administração, é necessária uma norma sua complementar, regulamentando-a e dispondo a forma pela qual a administração pública dará as providências que lhe incumbem, para a plena realização da vontade legal. Ora, isto é feito pelo regulamento que, além de preencher esta função, ainda tem a vir-

tude de — desde que observados os mandamentos legais — obrigar aos terceiros, tornando não só possíveis, como fáceis, as relações e o entrosamento entre a máquina administrativa e estes.

**Regulando o modo de aplicação das leis** — Como o regulamento é ato subordinado à lei, não lhe pode ampliar o conteúdo, nem restringi-lo. Sua específica finalidade não é — como pensam leigos jornalisticamente informados — **completar** a lei, nem **explicá-la** (função dos juristas), nem minudenciá-la, mas dispor sobre a maneira pela qual os agentes administrativos irão, com fidelidade e exaço, fazê-la cumprida, providenciar sua efetiva aplicação, assegurar a eficácia de seus mandamentos.

A finalidade dessa modalidade regulamentar é o aparelhamento dos meios concretos para sua execução (SERGIO FERRAZ, *op. loc. cit.*).

Daí o somente ser comportável regulamentação de leis administrativas. Só estas dizem respeito à administração (LAFAYETTE PONDÉ, "Novas Perspectivas do Direito Administrativo", *Rev. PUC-SP*, XLV, fasc. 89).

Os preceitos regulamentares irão dispor que órgãos, em que condições, com quais meios, mediante quais instrumentos, irão ser mobilizados para dar vida aos preceitos legais. Irão disciplinar **como** será melhor assegurada a fiel execução da vontade legal, pela administração pública (evidentemente, o regulamento federal o dirá, só para a administração federal; o estadual para a administração do Estado; o municipal, na órbita do Município).

Irão dizer que agentes públicos serão responsáveis por garantir a eficácia plena de lei. Essa responsabilidade fica na esfera do Executivo.

Consubstancia-se a responsabilidade dos servidores no dever de responder (e corresponde submissão às sanções disciplinares) perante os escalões hierárquicos internos da Administração, até o escalão máximo, o Chefe do Poder Executivo. Isto porque a responsabilidade última, perante o Legislativo e o Judiciário — pela **fiel observância** e acatamento das leis administrativas — é do próprio Chefe do Executivo. Comete ele crime de **responsabilidade** quando não lhes assegura (às leis administrativas) **fiel observância** (art. 82, VIII), na medida em que esta depender de seus subordinados (art. 81, I), sobre os quais tem poder hierárquico pleno, precisamente como instrumento de eficiência de comando.

Disso se vê que as responsabilidades dos funcionários e servidores não exclui, mas se coordena com a do Chefe do Executivo.

Nesse sentido, o regulamento pode ser inovador: pode criar deveres e obrigações **para os subordinados** ao editor (funcionários, servidores agentes públicos) ou para os órgãos sujeitos à sua tutela (autarquias, fundações públicas, sociedades mistas, empresas públicas e até concessionárias), desde que esses deveres e obrigações sejam instrumentais do **fiel cumprimento** das leis.

Já os terceiros não subordinados, nem tutelados, só devem obediência à lei.

Indiretamente, porém, obedecerão ao regulamento, ao tratarem com os subordinados sujeitos às regras regulamentares. Só por via reflexa o regulamento os atinge.

Em reverência a esse manifesto desígnio constitucional e respeito aos direitos assim estabelecidos, o regulamento não pode dispor que o administrado é proibido de, p. ex., tratar com uma repartição a horas **x**, nem que **deve** fazê-lo a hora **y**.

A redação adequada é a que diga que a repartição está aberta e funcionando no horário **z**. Fica assim saliente que só reflexamente os administrados foram colhidos.

Em outras palavras: o administrado investido num direito, por uma lei, ao dirigir-se a uma repartição, somente poderá tratar, no horário fixado por regulamento, com o órgão também nele previsto, na pessoa dos servidores escalados, usando os formulários regularmente prescritos. Na medida em que os agentes públicos — pela subordinação hierárquica — são constrangidos por essas regras, o terceiro que com eles trate a elas se deve conformar.

**Aplicação das leis administrativas** — Só as leis administrativas comportam regulamentação. A Constituição não consente que se regulamentem leis não administrativas (como oportunamente se tentará demonstrar).

O Chefe do Executivo só é responsável pela execução das leis administrativas; não de outras. Se a faculdade regulamentar é contrapartida da responsabilidade dele, nos seus limites há de se conter.

Só cabe regulamento em matéria que vai ser objeto de ação administrativa ou desta depende. O sistema só requer ou admite regulamento, como instrumento de adaptação ou ordenação do aparelho administrativo, tendo em vista, exatamente, a criação de condições para a fiel execução das leis.

Daí a absoluta e irremovível impossibilidade de regulamentação de leis não administrativas, como oportunamente observado por SERGIO FERRAZ:

“Por isso que, como assentado, a justificação última do poder regulamentar reside no dever de administrar inerente à Administração, o âmbito de sua incidência está limitado aos campos do direito em que lhe caiba atuar” (op. cit.).

O âmbito do regulamento é a administração. OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO frisa que suas regras são “referentes à organização e ação do Estado, enquanto poder público” (**Princípios Gerais de Direito Administrativo**, Ed. Forense, v. I, 2ª ed., pág. 303, 1979) e assinala que “hão de ter por conteúdo regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos por lei, ou normas em desenvolvimento dos preceitos constantes da lei, expressos

ou implícitos, dentro da órbita por ela circunscrita, isto é, das diretrizes, em pormenor, por ela determinadas" (*op. cit.*, pág. 314).

**Cuja execução incumbe ao Chefe do Executivo** — Não são todas as leis administrativas cuja execução incumbe ao Chefe do Executivo. Mas só aquelas cuja inexecução lhe acarreta responsabilidade (art. 82, VII).

(É óbvio que esta observação considera cada Chefe do Executivo, em relação às suas responsabilidades, na esfera de pessoa pública política de que é órgão).

Se a lei criar entidades autônomas (com base na Constituição) sem submetê-las à tutela do Chefe do Executivo, este não terá responsabilidade pelo cumprimento das leis cuja execução venha a incumbir a essas entidades; nem, por isso mesmo, poderá disciplinar a forma pela qual cumprirão as leis, ou o modo pelo qual operarão. Isto é matéria das chamadas **disposições autônomas** (CIRNE LIMA, *Princípios*, pág. 40).

É o caso, por exemplo, da Ordem dos Advogados, que, na qualidade de entidade disciplinar da função pública exercida pelos profissionais da advocacia, não se pode sujeitar a nenhum tipo de tutela ou controle. Embora a legislação que rege essa entidade seja de cunho administrativo, a responsabilidade pela eventual inobservância dessa lei, por seus destinatários, não será imputável, jamais — nem mesmo por omissão — ao Presidente da República.

Ora, se ele não é responsável pelo cumprimento dessa lei, não pode sobre essa autarquia exercer tutela, nem dispor como ela irá executar a sua lei orgânica.

Outro exemplo é do IPC — Instituto de Previdência dos Congressistas —, autarquia federal, criada por lei da União, mas subordinada à tutela da Mesa do Congresso e destinada a prover a previdência de seus servidores e atuais ex-membros. Embora essa atividade seja administrativa, não está sujeita à tutela, vigilância ou supervisão do Chefe do Executivo. Logo, falece-lhe competência para regulamentar a lei orgânica dessa autarquia.

Outro expressivo exemplo está nos organismos dos contenciosos (funcional, tributário e previdenciário) a serem criados pela lei (art. 203).

Se a lei não lhe der ensanchas, o Chefe do Executivo não poderá dispor regulamentarmente como esses organismos irão cumpri-la. A Constituição indica claramente que os quer autônomos, independentes, como condição de imparcialidade. É mais um caso de lei cuja execução não incumbe ao Chefe do Executivo.

## V — BASES CONSTITUCIONAIS DA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR

A exata compreensão dos limites, âmbito, finalidades e regime jurídico do regulamento, no direito brasileiro, é alcançável pelo estudo dos princípios constitucionais que informam a função executiva, da qual o regulamento é a expressão mais conspícua.

São fundamentos sistemáticos da faculdade regulamentar — prevista no mandamento do art. 81, III — cuja compreensão permite melhor desvendar seu regime jurídico, o princípio hierárquico (art. 73, combinado com o 81) e a responsabilidade do Chefe do Executivo (art. 82).

Funcionam como seus limites o princípio da tripartição do poder (art. 6º), a isonomia (art. 153, § 1º) e a legalidade (art. 153, § 2º).

#### a) Hierarquia

É o poder hierárquico do Chefe do Executivo que serve de principal explicação e suporte para a faculdade regulamentar. Como máxima autoridade administrativa, ele fixa as pautas de acordo com as quais seus subordinados desempenharão suas competências e deveres prescritos em lei.

O regulamento — nessa medida — é o instrumento normativo do “poder de instrução” do Chefe do Executivo, tal como balizado por CIRNE LIMA (ob. cit., pág. 71).

“Com fundamento no poder hierárquico, o Chefe do Poder Executivo restringe os comportamentos dos agentes públicos e específica, para os agentes da Administração, a maneira de proceder. Assim, uniformiza processual e materialmente os comportamentos a serem adotados em face dos critérios que elege e das pautas que estabelece para os órgãos e agentes administrativos” (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, RDP, v. 53).

O poder hierárquico é como que a contrapartida da responsabilidade do Chefe do Executivo, pela **fiel execução das leis**.

“Realmente, a faculdade regulamentar constitui um atributo próprio, inerente ao exercício da atividade administrativa, em caráter majoritário conferida ao Poder Executivo. Com esta ressalva, talvez se pudesse admitir a teoria da determinação legal ou constitucional: como a Constituição não só atribua determinadas faculdades ao Poder incumbido da tarefa administrativa, mas também, e sobretudo, lhe determine o dever de agir, implicitamente lhe confere as potestades necessárias ao desempenho desse dever” (SERGIO FERRAZ, ob. cit.).

Se ele é obrigado a agir, se tem os encargos administrativos sobre seus ombros, em última instância, se não se pode omitir, nem ficar inerte, se é o derradeiro e maior responsável (art. 82, VII) pela observância da legislação administrativa, há de dispor dos meios para desincumbir-se agilmente, prontamente, eficientemente desses deveres e encargos.

A exposição do conteúdo do princípio hierárquico, feita por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, bem revela seu alcance:

“A relação hierárquica é um vínculo de autoridade que une, através de graus sucessivos, todos os órgãos da Administração

Central, subordinando escalonadamente os inferiores aos superiores.

O órgão que se encontra na cúpula do sistema dirige os que se acham no grau imediato; estes, por sua vez, comandam sobre o grau sucessivo, e assim por diante, até atingir os derradeiros inferiores. Esta relação unificadora — típica do sistema de centralização — significa, em última análise, que o órgão supremo comanda toda a administração, de tal forma que sua vontade se impõe desde os mais altos até os ínfimos escalões, passando através de vários níveis ou elos de uma corrente.” (Natureza e Regime Jurídico das Autarquias, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 100.)

#### **b) Responsabilidade do Presidente da República**

No regime presidencialista que adotamos, a Constituição entrega ao Presidente da República o Poder Executivo (art. 73), encarregando-o de tarefas políticas, diplomáticas, militares, governamentais, administrativas etc.

Ao carregar a esse agente político tão grande soma de poderes, competência e encargos, investindo-o da Chefia do Executivo, outorga-lhe inúmeros e variados instrumentos de ação (art. 81) que ele pessoalmente deve manejar, tornando-os eficazes. Dentre esses, o máximo poder hierárquico na esfera administrativa (art. 81, I), bem como instrumentos normativos que o habilitem a disciplinar rigorosamente o vastíssimo aparelho administrativo sob seu comando, bem como providenciar eficazmente no sentido de que esse imenso e complexo organismo se capacite a assegurar cabal, rigoroso e fiel cumprimento a todas as leis administrativas (art. 81, III, 2ª parte, e V).

Se ele é o responsável pelo fiel cumprimento das leis (obviamente, das leis administrativas) e se estas atribuem ônus, direitos, encargos, tarefas e deveres à administração pública e se esta é subordinada ao Chefe do Executivo, parece óbvio que este pode ditar critérios e normas sobre a forma de o imenso e gigantesco aparelho (administração pública federal) dar **fiel execução à lei**.

Na verdade, uma visão objetiva prontamente revela o equilíbrio harmônico do sistema delineado.

Seria absurdo dar ao órgão tão grande poder, sem sancionar seu não uso ou abuso. Por outro lado, seria ilógico atribuir-lhe responsabilidade tão grave e ampla, sem lhe conceder os instrumentos para bem se desincumbir dela.

Por isso, se lhe dá enormes poderes. Em contrapartida, a Constituição o responsabiliza por qualquer abuso, desvio, mau uso ou não uso de suas competências (art. 82).

No que ao tema interessa, a Constituição sanciona o descumprimento das leis com a suspensão da função, durante o processo de responsabilidade (art. 83) e perda do cargo, se julgada procedente a acusação (art. 82, I, e parágrafo único).

Se o fundamento da faculdade regulamentar está no poder hierárquico, sua justificação repousa na responsabilidade do Chefe do Executivo pelo cumprimento das leis.

É óbvio que o Presidente da República não é responsável pela observância de toda e qualquer lei.

Embora o texto constitucional, em sua dição literal, faça referência ao **cumprimento das leis** (art. 82, VII), a interpretação sistemática exige que se entenda que a responsabilidade se circunscreve às leis, cujo destinatário seja o Chefe do Executivo, como hierarca máximo da administração. Isto porque a competência regulamentar é um **poder-dever**, na concepção, hoje universalizada, de SANTI ROMANO.

Daí o impor-se a inteligência no sentido de que sua responsabilidade se limita às leis cuja execução lhe incumbe. Leis administrativas, portanto.

Ele não é nem pode ser responsável pelo cumprimento das leis processuais, cujos destinatários são os órgãos do Poder Judiciário. Nem pelo cumprimento das leis civis, cujos destinatários são "as pessoas comuns, nas suas relações privadas". Nem pelas leis trabalhistas, comerciais etc.

No caso de descumprimento dessas leis, as sanções sistemáticas são voltadas para os destinatários. A ordem jurídica atinge com sua reação outros sujeitos, que não o Presidente da República; prescreve outros modos e procedimentos para garantir a eficácia dessas leis, sempre pelo acesso ao Judiciário dos lesados pela sua desobediência (v. capítulo VI deste estudo).

A administração e seu chefe ficam inteiramente **a quo** desses fenômenos. Por isso não é responsável pelo que nessas áreas se passe. Nem recebe **ordinance power** para mediar entre os preceitos legais e seus destinatários, em matéria que não administrativa (e, assim mesmo, só federal).

(Este tema será retomado no capítulo VI.)

Na descrição dessa trama sistemática, se vê a profunda coerência do texto constitucional e a perfeita harmonia do sistema jurídico, ao traçar tal esquema.

Só há responsabilidade do Chefe do Executivo pela obediência às leis administrativas. Destas, só aquelas cuja execução lhe incumbe (presidente, as federais; governador, as estaduais; prefeito, as municipais).

Em compensação, sua faculdade regulamentar (competência para expedir normas jurídicas obrigatórias) se circunscreve a estes casos.

O âmbito dessas normas é restrito sistematicamente à esfera da própria administração (Poder Executivo), além de circunscrever-se às balizas contidas na lei.

É que o Chefe do Executivo se faz destinatário das leis administrativas, na medida em que — detendo o poder hierárquico e os poderes de comando do organismo burocrático — é apto a exercer seus poderes de modo a assegurar que tal organismo, do modo mais eficaz, dê fiel cumprimento à lei.

Para que não só não se omita, mas principalmente se empenhe no prudente, oportuno e adequado uso desse conjunto harmônico de faculdades, a Constituição o torna responsável pela exaçaõ na obediência a tais leis e sanciona o descumprimento de modo tão drástico e severo.

Quanto aos administrados, não são destinatários dos regulamentos, no sentido de que estes não podem criar-lhes deveres, obrigações e encargos. Tais constrangimentos só da lei podem defluir (art. 153, § 2º).

Não quer isso dizer que devemos ser indiferentes aos regulamentos, ou que estes não possam tocar nossas esferas jurídicas.

Por via oblíqua, indiretamente, na medida em que tenhamos, em decorrência da lei, de tratar com os órgãos da administração, seremos colhidos pelos preceitos regulamentares. Mas só nessa medida. E tudo que exceda tal evidente circunscrição sistemática é inconstitucional.

### **c) Limites constitucionais ao regulamento**

Cuidemos aqui dos limites sistemáticos, para tentarmos elaboração que ponha em relevo os contornos constitucionais dessa importante faculdade executiva.

#### **1) Separação de poderes**

A tripartição do poder (como a quer denominar ATALIBA NOGUEIRA) ou separação de poderes (como a designa geralmente a doutrina), tal como posta pelo mandamento do art. 6º da Constituição, postula áreas próprias e exclusivas de ação, para cada conjunto de órgãos estatais, destarte investidos de competência para atos de poder dentro de uma área resultante de cortes verticais no campo de atribuições estatais.

A independência recíproca preconizada pelo citado mandamento postula, pois, que cada qual desempenhe suas atribuições livremente, ao mesmo tempo sem interferir na área dos demais, e sem deles sofrer ingerência.

A harmonia propõe que cada poder, circunscrevendo-se às suas competências, coopere com os demais, troque mensagens, concorra para compor os atos complexos e preste a colaboração ou obediência, em cada caso, como resulta das regras constitucionais.

Dal já se vê que o regulamento executivo não pode se dirigir a órgãos ou agentes do Judiciário e do Legislativo. Estes darão interpretação e aplicação à Constituição e às leis como melhor lhes pareça, sujeitos às conseqüências constitucionais e legais, no caso de desobediência, mediante os mecanismos normativamente dispostos, os quais excluem absolutamente a intermediação do regulamento executivo.

Assim como nenhuma norma desta natureza pode ser dirigida a órgãos legislativos ou judiciários, também não pode dispor, nem mesmo indiretamente, sobre relações jurídicas passíveis de serem suscitadas, a propósito, por decorrência ou por ocasião do exercício de suas atribuições, por esses órgãos ou agentes.

No princípio constitucional da separação de poderes, também, está um peremptório limite material ao regulamento: não pode ele pôr fim a controvérsias, em torno da aplicação do direito, de modo definitivo (que isto é próprio da decisão judicial); nem pode inovar inauguralmente a ordem jurídica.

É próprio da lei o criar, extinguir ou modificar normativamente direitos, de modo inauguralmente inovador. Só o órgão legislativo, no nosso sistema, tem competência para modificar, no plano normativo, a ordem jurídica. Só os órgãos **representativos** podem instaurar ou suprimir direitos ou situações genéricas e abstratas.

“Onde se estabelecem — alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos — há abuso do poder regulamentar, invasão da competência legislativa” (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, **RDP**, v. 53).

Dal a impossibilidade de existência, no nosso sistema, de regulamentos autônomos. Estes têm cabimento em sistemas como o francês, onde ao Executivo se reservam áreas de atuação normativa.

Aqui, do modo como se decidiu, pelo constituinte, estabelecer corte vertical, radical nas funções estatais, é forçoso reconhecer que à universalidade da legislação corresponde a inferioridade normativa necessária do regulamento. Efetivamente, a lei tudo pode (nos limites constitucionais) e sobre tudo dispõe.

Não há área ou seara que se seqüestre ao legislador. Com exceção dos **interna corporis**, a lei não conhece vedação material a seu campo de ação. Disso resulta a **necessidade** da lei — como, com felicidade, qualificou este princípio RUY CIRNE LIMA — ao lado de sua **exclusividade** (na arguta observação de ALBERTO XAVIER) e, como decorrência necessária, sua superioridade (reiterada, confirmada e sublinhada pela dição da parte final do item III do art. 81 da Constituição: **para sua fiel execução**).

Donde a impossibilidade material de o regulamento suprir a eventual omissão do legislador, ou pretender **completar** sua obra, onde ela tenha sido insuficiente. Isso que é possível no direito constitucional comparado, é inadmissível no direito brasileiro.

Coerente e harmônico que é — até, como mostra RECASENS SICHES, por força de premissa epistemológica da dogmática jurídica — o sistema jurídico, tal concepção só se reforça pela consideração de que se, nem por ato de vontade expresso e inequívoco, o legislador pode delegar atribuições (parágrafo único do art. 6º), com maior razão o exercício de competência normativa inaugural (própria da lei, portanto) pelo Executivo (sempre repugnante) é vedado mais evidentemente, quando não seja invocado expressamente pelo legislador, mas, desempenhado a título de sanar-lhe omissão ou suprir-lhe lacuna.

## 2) Regulamento autônomo

É até ridículo que um brasileiro, tratando da faculdade regulamentar, à luz do nosso direito, abra um tópico sob tal designação. Tão ridículo como seria criar um capítulo sobre a inspiração de ALAH na ação dos seus delegados-governantes. Nos dois casos, a finalidade de menção seria afirmar o não cabimento do próprio estudo, pela inexistência de reconhecimento constitucional a esses institutos.

Só quem haja estudado muito o direito persa ou paquistanês; só quem se haja embebido embriagadoramente das instituições islâmicas; só quem nunca tenha perpassado os olhos pelas Constituições brasileiras, desde 1824, pode invocar o Corão como regra positiva, entre nós, ou as diretrizes de ALAH ou de MAOMÉ, para o exercício das funções políticas, constitucionalmente reguladas.

O mesmo se diga do regulamento autônomo. Diante de um texto constitucional que prescreve que o regulamento só se justifica para **a fiel execução das leis** (art. 81, III, 2ª parte), mencionar a idéia de regulamento autônomo, neste contexto, é gesto de grande ousadia.

Cogitar disso, no Brasil, principalmente de 1891 para cá, é destruir, arrasar, negar a tripartição do poder. É recusar-lhe o reconhecimento de seu cunho de pedra basilar, ou **chave de abóbada** do sistema.

Os regulamentos autônomos (ou independentes) "... correspondem ao exercício da prerrogativa de legislar a ele reconhecida, com base no direito constitucional", na autorizada exposição de OSWALDO ARANHA DE MELLO (**Princípios Gerais de Direito Administrativo**, Ed. Forense, V. I, 2ª ed. Rio, pág. 303).

Só quem desconheça o que significa legislar, só quem ignore que no Brasil o Executivo não tem essa faculdade (com as ressalvas dos arts. 52 e 55 — que, por excepcionais, confirmam a regra); só quem não faça a mais remota idéia do conceito de Constituição pode ler textos de doutrina estrangeira (especialmente francesa) com a pretensão de expô-los aqui.

Na Carta Magna vigente, o princípio da legalidade (art. 153, § 2º) tem "não apenas o caráter de preceito impositivo, mas também o de esteio para a contenção de intemperanças estatais" (CELSONO ANTÔNIO BAN-

DEIRA DE MELLO, RDP, v. 53), as quais o próprio texto não quis deixar para o intérprete deduzir, não! Já deixou dito de modo explícito (art. 81, III, 2ª parte: "regulamentos para a sua" (da lei) **fiel execução**).

Há, entre nós, diferença entre lei e regulamento, no Brasil.

"A distinção deles segundo a matéria", diz o citado mestre, "está em que a lei inova originariamente na ordem jurídica, enquanto o regulamento não a altera"... "É fonte primária do Direito, ao passo que o regulamento é fonte secundária, inferior", segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (RDP v. 53).

Na França, os regulamentos autônomos — não só possíveis, mas até mesmo requeridos pelo texto constitucional — estão no plano da lei, dela se distinguindo pela área de abrangência.

Entre nós "evidentemente, o regulamento mais não poderá fazer além de expedir comandos **intra legem**, pois nem **contra**, nem **extra**, nem **praeter**, nem **ultra legem** caber-lhe-á introduzir qualquer determinação. Sobretudo, no direito brasileiro — ante os preceptivos reiteradamente citados —, é evidente tal limitação" (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, RDP, v. 53)

No Brasil, na verdade, os administrados só são obrigados a fazer ou não fazer em virtude da lei (art. 153, § 2º). E só devem obediência a regulamento que disponha medida tendente a garantir, a "assegurar a fiel observância" da lei (art. 81, III, 2ª parte).

Fiel quer dizer fidedigna, estrita, leal, correta, absoluta.

Por isso a unanimidade dos doutrinadores pátrios pode dizer, com tranqüilidade, que o regulamento não cria a obrigação ou dever que já não esteja na lei. Em outras palavras: por virtude própria, o regulamento não obriga ninguém.

Os escritores que defendem a possibilidade do regulamento autônomo, no Brasil, usam só argumentos sociológicos, ideológicos (totalitários), econômicos. E expõem o que é **óbvio, evidente e irresistível**... na França, ou alhures; mas que, aqui, é ilícito punível como **crime de responsabilidade** (art. 82, VII).

### Isonomia

O princípio constitucional da isonomia funciona positivamente, no que ao regulamento concerne, erigindo-o em instrumento de sua plena realização, até as mais remotas conseqüências.

Efetivamente, cada agente administrativo, ao aplicar a lei (obviamente administrativa) aos casos concretos — em hipóteses de **competência** discricionária, como qualificado com rigor e acerto por VICTOR NUNES —, procederá a variações, ainda que dentro dos parâmetros da pauta legal. Com isso a isonomia de tratamento a que têm direito os adminis-

trados pode ficar comprometida. Daí o cabimento e, às vezes, até mesmo a necessidade do regulamento, para evitar desigualdade.

Por outro lado — e já negativamente — nas suas exigências estão peremptórios e insuperáveis limites à discricção regulamentar.

Quem melhor estudou a igualdade, no Brasil, foi também quem expôs o valor instrumental do regulamento como seu favorecedor (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, **RDP**, v. 53).

Na esfera discricionária aberta pelo legislador ao Executivo, vai servir de pauta e critério que a demarcam e serve de suporte valorativo de suas manifestações a isonomia, atuando em plenitude com o vigor e a força própria do princípio, como o quer o ínclito AGUSTIN GORDILLO.

De tudo que neste estudo se disse sobre as exigências do princípio da isonomia, enquanto refletidas na ação administrativa, importa sobremaneira deixar enfaticamente sublinhado que o regulamento deve necessariamente realizá-las (as exigências) em sua plenitude. Como isso é decorrência de imperativo constitucional capital, é forçoso reconhecer que será nulo o regulamento que de modo direto ou indireto, imediato ou mediato, as contravenha.

### **Legalidade**

Como só se compreende o regulamento, no seu perfil jurídico, em confronto com o princípio da legalidade, e como este é o fulcro de toda a construção sistemática da Constituição, este tema é, na verdade, exposto, examinado e estudado em todos os tópicos deste estudo.

A legalidade é princípio básico de todo o nosso sistema. Nele ocupa posição nuclear. Donde sua força expraiar-se a todos os confins do sistema, de modo peremptoriamente exigente, como ficou demonstrado magistralmente por SEABRA FAGUNDES (**Controle** . . . , cit., pág. 100).

Convém recordar clássica lição do portentoso publicista portenho AGUSTIN GORDILLO:

“Diremos entonces que los principios de derecho público contenidos en la Constitución son normas jurídicas, pero no sólo eso: mientras que la norma es un marco dentro del qual existe una cierta libertad, el principio tiene sustancia integral.

La norma es limite, el principio es limite y contenido. La norma da a la ley facultad de interpretarla o aplicarla en más de un sentido, y el acto administrativo la facultad de interpretar la ley en más de un sentido; pero el principio establece una dirección estimativa, un sentido axiológico, de valoración, de espíritu. El principio exige que tanto la ley como el acto administrativo respecten sus límites y además tengan su mismo contenido, sigan su misma dirección, realicen su mismo espíritu.”

Dai comentar CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.” (RDP, v. 53.)

Prossegue esse autor:

“O conteúdo estimativo que nele se contém ultrapassa até mesmo o rigor de sua claríssima letra, para assumir a função de tônica do sistema, vetor axiológico que deve iluminar a análise e a inteligência de quaisquer regras editadas pelo Estado.”

Para concluir:

“Donde, defender a inteireza deste princípio da legalidade implica defender a integridade do sistema constitucional como um todo, na medida em que assim se protege a parte mais vulnerável da cidadela protetora dos indivíduos e da ordenação pública nacional.”

As balizas positivas e negativas do regulamento estão, por sua própria natureza, na lei. Esta é que estabelece o âmbito maior ou menor da discricionariedade administrativa, em todos os casos. É que “. . . ao Executivo incumbe atuar nos estritos limites da legalidade. É o legislador que fornece as balizas de sua conduta”, na lição de MICHEL TEMER (“O veto parcial no sistema constitucional brasileiro”, *Rev. Procuradoria-Geral — E.S.P.*, v. 12).

Não bastasse a conatural superioridade hierárquica da lei sobre os atos normativos menores, aí está o texto expresso da Constituição, a prescrever que o regulamento só se valida, como meio de assegurar a **fiel** aplicação da lei (excelente exposição do tema se contém na obra de ROQUE CARRAZZA, **O Regulamento no Direito Tributário Brasileiro**, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1980).

Resulta evidente, disso, que esta não só o conforma e delimita, fixando-lhe o âmbito de eficácia, como ainda lhe condiciona o conteúdo. Não basta, perante o nosso direito constitucional, que o regulamento sirva à lei. Ao contrário dos demais sistemas, o **nosso** regulamento há de ser-lhe estritamente **fiel**, rigorosamente contido no círculo que o legislador haja traçado.

Destas considerações resulta ser inconstitucional o regulamento não só quando amplia ou restringe o que na lei se contém, como ainda quando dispõe sobre matérias em que a fiel execução da lei não o requeira. Com maior razão, é inconstitucional quando a lei haja sido bastante, ou quando não haja preceito de lei (regulamento autônomo).

O princípio da legalidade, consagrado pelo § 2º do art. 153 da Carta Constitucional vigente, é aplicável a todo o direito público. SEABRA FAGUNDES sintetiza muito oportuna e rigorosamente seu significado:

“Todas as atividades da administração pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade.

.....

Qualquer medida que tome o Poder Administrativo, em face de determinada situação individual, sem preceito de lei que a autorize, ou excedendo o âmbito de permissão da lei, será injurídica. Essa integral submissão da administração pública à lei constitui o denominado princípio da legalidade, aceito universalmente, e é uma consequência do sistema de legislação escrita e da própria natureza da função administrativa.

.....

Por outro lado, sendo a função administrativa, que constitui o objeto das atividades da pública administração, essencialmente realizadora do direito, não se pode compreender seja exercida sem que haja texto legal autorizando-a ou além dos limites deste” (**O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**, 4ª ed., 1967, Forense, Rio, págs. 100/101).

Dai dizer CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“Este é o meio — único por sinal — capaz, em termos jurídico-políticos, de acautelar a liberdade individual. Vale dizer: reserva-se ao corpo legislativo, escolhido pelo povo, o poder de traçar as normas que interferem com a liberdade e a propriedade dos indivíduos, negando-se absolutamente ao Executivo qualidade jurídica para estabelecê-las e impô-las em definitivo” (**RDP**, v. 53).

## VI — DESTINATÁRIOS DAS NORMAS JURÍDICAS

As normas jurídicas genericamente são voltadas para toda a comunidade social. De seu cunho obrigatório, resulta a respeitabilidade de seus efeitos por parte de todos, inclusive dos próprios órgãos do poder.

Cada norma, porém, se volta para um específico círculo de sujeitos, que são imediatamente atingidos por seus preceitos.

Dai a possibilidade técnica de construções jurídicas que conduzem à identificação dos titulares dos direitos que as normas criam, e dos sujeitos que, reciprocamente, ficam na posição de devedor (precisamente devedores de comportamentos positivos, negativos ou abstentivos).

Dessa circunstância decorre a observação de LOURIVAL VILANOVA quanto às formas de ordenar os comportamentos humanos, **modais deônticos**, assumidas pelos preceitos jurídicos (**As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**, pág. 35).

Por isso se pode sempre cogitar da útil categoria dos destinatários da lei, como as pessoas cujos comportamentos são colhidos pela esfera de eficácia de cada norma jurídica, segundo suas **funções normativas**, tal como concebidas por KELSEN (*Théorie Pure du Droit*, pág. 107).

O problema dos destinatários (diretos ou indiretos, primários ou secundários) "... conserva sua importância... como ponto de convergência de não poucos outros problemas..." no sábio dizer do patriarca da atual geração de publicistas italianos, SANTI ROMANO (*Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Giuffrè, Milão, 1947, pág. 135).

É destinatário da norma o sujeito cujo comportamento é visado precipuamente por ela.

Para não incidir nas censuras de SANTI ROMANO, não supervalorizamos o alcance da categoria, nem ignoramos que a comunidade, como um todo — inclusive o Estado que a abriga e personifica — é a principal destinatária da ordenação jurídica global, una e incidível. Isso, a nosso ver, não exclui que certos preceitos se destinem a certos sujeitos precipuamente (sujeitos esses que se identificam pela circunstância de suportarem a execução específica da norma).

Assim, de modo geral, pode-se dizer que os destinatários do direito do trabalho são patrões e empregados, enquanto tais, isto é, como partícipes das relações de trabalho.

São destinatários do direito comercial os comerciantes, no desenvolvimento de sua atividade mercantil. São destinatários do direito civil todas as pessoas, nas suas relações comuns (art. 1.º do Código Civil: "Este Código regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações"). Ou, como didaticamente o dizia VICENTE RÃO, sem fazer concessões em matéria de rigor científico:

"Esse código se destina a reger as relações comuns entre as pessoas privadas."

Os destinatários da lei processual são os órgãos do Poder Judiciário e as partes perante ele atuando, enquanto partes.

Os destinatários do direito administrativo são administração e administrados, nas suas relações recíprocas.

Destinatários da lei tributária são fisco e contribuinte (e terceiros envolvidos) nas relações jurídicas estabelecidas a propósito do exercício da tributação.

Destinatário do direito constitucional são o Estado e seus súditos (cidadão e terceiros investidos, pela própria Constituição, em direitos), os agentes políticos e os servidores públicos, enquanto tais.

Os destinatários das normas se fazem devedores dos comportamentos neles prescritos, sob pena de aplicação das respectivas sanções.

De modo geral, a **aplicação** das normas é feita pelos próprios destinatários. Eles é que lhes asseguram sua específica eficácia, aplicando-as concretamente.

Como são aplicadas as leis, pelos seus destinatários?

Pelo modo mais singelo: conformando seus comportamentos às exigências imperativas que nelas se contêm.

A cada dia, a toda hora, estão os comerciantes a aplicar o direito comercial, na sua atividade mercantil, aos contratos que celebram, aos negócios que realizam.

Sempre e ininterruptamente, empregadores e empregados aplicam o direito do trabalho ao contratar ou ao executar a lei ou os contratos de trabalho nela repousantes. É pelo normal desempenho de suas atividades juridicamente reguladas que aplicam e dão eficácia à lei os seus destinatários.

Constantemente os órgãos judiciais e partes aplicam o direito judiciário, pautando esses comportamentos pelos preceitos nele contidos.

Na nossa vida comum privada, a todo instante estamos dando eficácia e aplicação à lei civil, nas nossas relações com nossos familiares, vizinhos etc.

Quanto ao direito constitucional, o Estado, existindo e funcionando lhe dá vida, aplica-o; e o cidadão o vivifica exercendo as suas prerrogativas constitucionais.

### **1) Dinâmica da aplicação do direito**

Que prevê, porém, o sistema jurídico, para os raros e estatisticamente excepcionais casos em que os comportamentos dos destinatários discrepam do preceituado no direito, contrastam com suas exigências mandamentais?

Nas sociedades civilizadas — desde que superados os tempos do exercício forçado das próprias razões e ultrapassado o período da justiça privada, com a assunção, pelo Estado, do monopólio do uso dos instrumentos de coação — em todos os casos de dissídios em torno da aplicação do direito, devem os interessados pedir ao Judiciário que ponha termo à contenda, aplicando o sistema jurídico, mediante um julgamento em que se defina qual exatamente o direito aplicável ao caso (CELSO BASTOS, **Curso de Direito Constitucional**, pág. 178).

Em todas as hipóteses, com a única exceção do direito administrativo — por motivos que logo se evidenciarão —, entre o comando da lei e o destinatário, não se pode interpor nenhum outro critério relacional. Não cabe a intermediação de nenhum órgão, pessoa ou função pública ou privada.

A lei cria imediatamente os direitos, estabelece os deveres, engendra as obrigações.

Desde o instante em que incida a lei — pela ocorrência dos fatos previstos em sua hipótese — os seus destinatários já são investidos em direitos e deveres, já se envolvem em relações jurídicas. Quando muito, em uma ou outra hipótese requer-se um ato declaratório. Não mais.

Qualquer norma infralegal, portanto, que pretenda intermediar entre o comando legal e o seu destinatário ou ampliará o seu conteúdo, sentido e alcance, ou o reduzirá. Estas duas alternativas são inoportáveis no nosso sistema.

Estas considerações impõem, portanto, verificar a impossibilidade de regulamentação das leis civis, processuais, comerciais, trabalhistas, penais etc.

Apoiado em idênticas razões CELSO BASTOS sustenta:

“Daí ser impossível a regulamentação de leis como o código civil, penal etc., que não envolvam qualquer participação da administração no cumprimento de suas normas” (**Curso de Direito Constitucional**, 2ª ed., pág. 177; tal é, outrossim, o pensamento de SÉRGIO FERRAZ, *op. cit.*)

Os destinatários — no nosso sistema — recebem direta e imediatamente os seus comandos, interpretam-nos e os aplicam diretamente, arcando com as conseqüências de suas decisões. No caso de conflito de interpretação entre os destinatários, o sistema prevê o necessário e obrigatório recurso ao Judiciário como única forma de solução do litígio (até mesmo os casos de desforço imediato não deixam de ficar sob a censura judicial, embora posteriormente).

## 2) Leis cujo destinatário é o Poder Executivo

No nosso sistema jurídico — que consagra como princípio básico o da tripartição do Poder — adotou-se estrita formulação que confere ao Poder Executivo a condição de destinatário por excelência das leis de direito administrativo. Estas estabelecem em seu favor uma série de direitos e pretensões, bem como deveres e obrigações **diant**e dos administrados. É evidente que tais direitos são titularizados pelo Estado; porém, a Constituição prescreve que o seu **ramo executivo** — da expressiva linguagem do direito norte-americano — é o órgão que o representa, quando a matéria da lei é administrativa.

A peculiar disciplina constitucional do relacionamento entre o Estado e os cidadãos (e terceiros, também titulares dos direitos individuais) e ainda o mecanismo de freios e contrapesos, que peia o Executivo, engendra peculiaridades que ensejam e mesmo postulam a intermediação de preceitos regulamentares entre a lei e os seus destinatários (administração e administrados).

Outras vezes, o destinatário da lei é o administrado, enquanto tal.

Nesses casos, também, se faz sentir a oportunidade de preceitos, convencionalmente designados regulamentares, em virtude de propecta tradição.

Como estas normas têm significativa importância no sistema jurídico e engendram múltiplas relações entre administração e administrados, importa conhecer-lhe o regime constitucional, em seus traços básicos e implicações fundamentais.

### 3) O argumento a fortiori

Nem se escusa o abuso consistente na edição de decreto regulamentar excessivo da sua esfera própria, com o argumento de que o Presidente da República pode expedir decretos-leis e, pois, podendo o mais, certamente pode o menos (v., a propósito, ROQUE CARRAZZA, **O Regulamento...**, cit.)

Tal primário argumento não mereceria sequer consideração, não fosse o estado crítico e alarmante de nossa jurisprudência (v. nosso **Decreto-Lei na Constituição**, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo).

A prevalecer esse nível primário de argumentação, então poder-se-ia dizer que o Supremo Tribunal Federal, já que pode modificar decisões de outros tribunais do País, com maior razão poderia condenar, em instância originária, qualquer pessoa, sem processo, às penas máximas.

O Legislativo — nessa ordem de raciocínio — já que pode fazer leis, poderia praticar atos administrativos quaisquer, bem como revogá-los e modificá-los e ainda praticar atos judiciais. . .

Nem se alegue que há excesso de formalismo inútil, quando se propõe exegese estrita ao regime jurídico da faculdade regulamentar, como o fizemos.

VICTOR NUNES LEAL — com sua autoridade de mestre do direito público e magistrado consagrado de nossa Suprema Corte —, a propósito da diferença de regimes jurídicos entre o decreto-lei e o decreto regulamentar, no regime francamente autocrático de 37, já lecionava:

“No tocante, porém, à distinção entre lei e regulamento, isto é, para se saber se o Presidente da República, podendo expedir sobre o mesmo assunto um decreto-lei ou um regulamento, promulgou uma norma legal ou uma simples norma regulamentar, é imprescindível a invocação da competência constitucional. Se o Presidente expede normas com fundamento nos arts. 11 ou 74, **a**, tais normas serão consideradas apenas regulamentares, e a sua obrigatoriedade fica na dependência de confronto com as disposições legais em vigor. Se, entretanto, a competência invocada for a dos arts. 12, 13, 14 e 180, teremos normas legais, cuja aplicação só poderá ser negada por motivo de inconstitucionalidade” (**Problemas de Direito Público**, Ed. Forense, pág. 69).

#### 4) Panorama atual

Tal é a catadura teórica do tema. Esse é seu delineamento teórico. Al suas linhas mestras.

Entre suas postulações e exigências e a nossa prática efetiva há uma distância abissal. Nesse espaço grassam indiferença, acomodação, omissão, ignorância, complacência e conformismo.

Como conseqüência, os direitos expressivos da liberdade jurídica são postergados, negados, condicionados, sufocados e anulados pelo Executivo.

O Legislativo assiste às usurpações aparentemente impotente, descrente da força que há de haurir na representação de que é titular. As classes jurídicas desanimaram da luta pela valorização das instituições, renunciando à sua missão, salvo honrosas exceções (é o caso da OAB).

O povo parece já não crer na restauração dos valores constitucionais. O Judiciário, tolerante — quando não conivente — não se preocupa mais com o cunho sacro da sua missão precípua de assegurar a supremacia da Constituição.

Nos centros de estudo jurídico limitam-se docentes e discípulos a cultivar uma destreza técnica pedestre e mesquinha, como se fosse possível aos pedreiros ignorar que a perfeição de uma parede depende visceralmente dos alicerces sobre que a mesma repousa.

E nesse clima morno dissolvem-se as instituições, construídas a tão duras penas, ao longo de tanto tempo, de modo tão árduo.

Multiplicam-se órgãos administrativos arrogando-se função regulamentar, mas de fato, na realidade, exercendo função legislativa. Reiteram-se delegações inconstitucionais, por parte do Legislativo.

Multiplicam-se usurpações de função pelo Executivo, com freqüência assustadoramente crescente.

Com tudo isso, desaparecem as salvaguardas da liberdade, que, desarte, deixa de ser direito, para se transformar numa concessão, numa outorga precária, instável e, por isso, revogável ao talante dos grupos que episodicamente empolgam o poder, por mecanismos não institucionais (no sentido lídimo dessa palavra, conspurcada na nossa prática e sofrendo diabólico processo semântico).

Todas as deformações e abusos — que nossa prática enseja desgradadamente ver — decorrem de um acúmulo de fatores que insta superar, para restabelecer o prestígio da ordem jurídica e a restauração do clima de segurança e liberdade a que legitimamente aspiramos; a que temos direito como povo.

Primeiramente, salientem-se as gravíssimas deficiências do nosso ensino jurídico, onde ao lado do despreparo de pretensos **professores**, se desenvolve, com a complacência das classes jurídicas, um currículo que,

entre outros graves defeitos, prevê o ensino de só um ano de direito constitucional, ao lado de 4 anos de direito civil, 3 anos de direito processual, 3 anos de direito comercial, inúmeros de **prática forense** e inutilidades enganosas, que só se prestam para obscurecer os valores institucionais básicos.

Ao lado disso, o clima de desânimo, descrédito e sentido de inutilidade de qualquer esforço, decorrente dos regimes de arbítrio, que caracterizaram os períodos discricionários que têm pontilhado nossa evolução institucional.

Também tem influenciado negativamente o conhecimento e aplicação do nosso direito constitucional uma falsa valorização do direito comparado. Ao contrário de se meditar sobre o direito estrangeiro, para fecundar um estudo crítico de nossas instituições, **escritores** apressados transplantam sem critério institutos, problemas e **soluções** que nada têm a ver com nosso texto. Só assim se explica o prestígio da corrente que estuda o **regulamento autônomo**, instituição que não pode existir no Brasil, à luz de nossas sucessivas Constituições.

Nessa ordem de idéias, surge a teoria, amparada pelo direito positivo de outros países, de **Executivo forte**, de tão desastrosos e deletérios efeitos na nossa prática constitucional e na nossa jurisprudência.

Isto tudo forma o pano de fundo dos preconceitos interpretativos, que AGUSTIN GORDILLO denuncia com tanta propriedade, ao expor as "teorias estadistas do direito público", no seu excelente **Princípios Gerais de Direito Público** (Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1977, pág. 50).

### 5) Unicidade de fonte do direito

Uma notável garantia que aos administrados oferece nosso sistema constitucional está na objetividade com que se trata da questão das fontes do direito.

Resulta claro da leitura do texto constitucional — em benefício da segurança dos cidadãos e terceiros submetidos à ordenação estatal — que só o Legislativo pode emanar normas genéricas e abstratas contendo preceitos vinculantes. Por outro lado, a tessitura democrática informativa do processo de formação das leis garante não só ampla discussão dos projetos, com sua conseqüente publicidade, como possibilidade de colaboração, crítica, advertência e organização de movimentos de esclarecimento ou mesmo pressão sobre os legisladores. É o processo **contraditório** ou dialogal de elaboração do direito, a que tão enfaticamente se refere FRANCO MONTORO.

Isto se deve passar de tal maneira que jamais possam sobreviver surpresa, desigualdade e menos ainda arbitrariedade, contidas no bojo das leis (v. ALBERTO XAVIER, **Os Princípios da Legalidade e Tipicidade da Tributação**, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1978). Completa o quadro a circunstância de haver um sistema estabelecido de controle judiciário da constitucionalidade das leis.

Por esse modo, se pretende ver realizado na sua plenitude o essencialmente postulado pelo princípio republicano, posto como rigidíssimo alicerce de todo o sistema (art. 1º, combinado com art. 47, § 1º).

Nesse contexto, ao administrado — para saber de seus direitos e deveres — basta estar atento às únicas fontes normativas do direito: os órgãos legislativos, federal, estadual e municipal.

Quanto aos regulamentos, sabe-se que só as leis administrativas que os comportam ou requeiram poderão ser deles objeto; e assim mesmo, só nos seus estritos limites.

Nessa esfera objetiva, segura e simples, devia movimentar-se desembaraçada e tranqüilamente o administrado, exercendo sem risco de surpresa seus direitos concernentes à vida, liberdade e propriedade.

Operacionalmente, assim, a pedra de toque de sua tranqüilidade cidadã deve estar na unicidade de fontes normativas e conseqüente unicidade de normas delas promanadas (unicidade por pessoa jurídica de capacidade política: uma só fonte, na União: o Congresso; uma só fonte nos Estados: Assembléia; uma só fonte no Município: Câmara de Vereadores).

Pois, que nos oferece a prática do nosso sistema? Que se vê da vivência diuturna? Legislam, e não só em matéria administrativa, inúmeros órgãos, tais como conselhos, comissões, departamentos etc. Usurpam função legislativa autarquias, empresas públicas e outras pessoas da administração indireta.

Delega-se abusivamente faculdades normativas inaugurais a toda sorte de órgãos e funcionários. Já não sabe o administrado donde virão os próximos constrangimentos. Os deveres se multiplicam. Os comandos se contradizem, se superpõem, se somam.

O administrado se sente inseguro, indefeso. A multiplicidade o surpreende. Desaparece toda veleidade de participação. Não há sequer aparência de lealdade do Estado, no fazê-lo saber do que se trama, que se lhe pretende, que se lhe vai exigir.

Nesse clima, desaparece qualquer idéia de direito. Não se pode falar em sistema. Não cabe cogitar de coerência. Muita vez o administrado só toma conhecimento de uma pretensão administrativa, ao ser punido, por violação de um preceito de cuja existência nem sequer tinha possibilidade de desconfiar.

Com isso se inibe o produtor; se castiga a iniciativa; se sufoca a crítica: se anula a simples vontade de colaboração. Assim se aniquila a liberdade, precisamente o bem jurídico em torno do qual se erigiu a própria noção de Constituição.

A única certeza, nesse clima destruidor, é a do agigantamento do arbítrio, desenvoltura da prepotência, animação da desigualdade, da corrupção, da concussão, do peculato.

Nessa balbúrdia, a crítica, a colaboração não cabem. A deslealdade da autoridade, acostumada à impunidade, se faz regra. Desaparece a legalidade, olvida-se a relação de administração. Desvanece-se o espírito republicano.

Nesse clima, o direito à informação — conseqüência da liberdade de imprensa — perde o sentido; o controle parlamentar perde eficácia; o contraste judicial se amesquinha.

Dar combate ao arbítrio, conter a força desregrada do Executivo, moderar a ação despótica da administração (tarefa hercúlea) parece impossível e inútil. Impossível pelo vulto, complexidade e penetração dos vícios. Inútil porque tudo isso é mera conseqüência, simples sintoma.

O grande mal, fulcro de todo esse desconcerto, está na impunidade das usurpações primeiras, na acomodação do Legislativo, omissos no seu dever de vigilância, e na autocastração do Judiciário, ao recusar-se a pôr em primeiro lugar, como de seu dever, o assegurar a supremacia da Constituição.

## VII — CONCLUSÃO

Conceder — como nossa infeliz prática o vem fazendo — à competência regulamentar o prestígio que vimos concedendo, no Brasil, de 30 anos para cá, é retornar aos padrões absolutistas, é regredir à concentração de poderes, com total rejeição dos princípios e instituições que fomos penosamente conquistando, ao longo de árdua e cruenta luta já sesquicentenária.

Cruas, porém argutas, as considerações que AGUSTIN GORDILLO tece sobre a **crise** do direito público que vamos conhecendo, tese essa que se desenvolve paralelamente à intensificação do despotismo e desenvoltura do arbítrio.

Sua meditação nos atinge a todos, cada qual na medida de sua responsabilidade. Por isso, atinge os magistrados mais candentemente: eles têm maior responsabilidade nisso. Escreve ele, no seu **Princípios Gerais de Direito Público**, cuja tradução tivemos a honra de prefaciá-lo:

“Neste aspecto pode encontrar-se amiúde — em livros, decisões, acórdãos — variados reflexos de uma certa insensibilidade humana e uma certa insensibilidade em relação à Justiça. Quando quem analisa a controvérsia concreta entre o indivíduo e o Estado se deixa levar pela comodidade da solução negativa para o primeiro; quando na dúvida condena, resolvendo contra o particular ou administrado; quando na dificuldade do problema jurídico se abstém de abordá-lo e o resolve, favoravelmente, ao poder público, certo de que essa simples circunstância lhe dá alguma cor de legalidade; quando cria, propaga e desenvolve supostas **teorias** que sem fundamento nem análise dão estes e aqueles poderes ao Estado; quando desconfia, evita e nega os argumentos que em certo caso parecem reconhecer um âmbito de liberdade;

quando como os débeis se inclinam para o sol dos poderosos — no caso o Estado — então, está sendo destruída uma das mais belas e essenciais tarefas do Direito Público; a proteção da liberdade humana.

Mais lamentavelmente ainda é que essas atitudes não costumam ser defendidas; ninguém diz abertamente que o Estado é tudo e o indivíduo nada; ninguém pensa assim, seriamente. Inclusive é possível que se expresse com veemência sobre os abusos dos poderes públicos, e o respeito às garantias individuais... porém de que vale essa eloquência, se quando se trata de dar uma solução a um problema concreto — há uma pequena questão que não decide a vida e a morte do indivíduo, mas que representa um verdadeiro conflito entre autoridade e indivíduo — são esquecidas as declamações e se resolve facilmente que esse indivíduo nesse caso não tem razão? De que valem aqueles **princípios**, se a seguir em cada matéria e questão de pormenor, se esquece, contradiz e destrói? Este é um dos principais problemas políticos que afetam o Direito Público.”

Escreveu Seabra Fagundes, no seu clássico **controle** que “o direito escrito, tendo a sua mais forte razão de ser na necessidade de excluir o arbítrio do desenvolvimento das relações sociais, pressupõe necessariamente limitação de atividades, segundo os seus textos... sendo a função administrativa... essencialmente realizadora do direito, não se pode compreender seja exercida sem que haja texto **legal** autorizando-a, ou além dos limites deste” (pág. 107).

Expedir regulamento sem lei (ou contra a lei) é atentar contra a Constituição (art. 82, VII). Acatá-lo, sem resistir, é compactuar com a negação da ordem jurídica.

Aplicá-lo, o Judiciário, importa consagrar o despotismo e negar o próprio fundamento de sua majestade, destruir a própria norma que lhe atribui a missão sagrada de velar pela Constituição.

A vista do exposto, sugerimos que a Ordem dos Advogados do Brasil, reunida em Congresso, denuncie como atentatório da liberdade e demais direitos assegurados na Constituição os regulamentos inconstitucionais do Chefe do Executivo: as usurpações de função legislativa, ou (o que é mais grave) as delegações legislativas que se vêm multiplicando assustadoramente: as omissões do Legislativo, no elaborar leis que preencham as verdadeiras necessidades sociais e administrativas e leis que assegurem punição aos excessos denunciados; aos advogados, assessores jurídicos, consultores e demais exercentes de funções jurídicas que denunciem, se insurjam, resistam aos abusos manifestados a propósito de cada caso concreto; ao Judiciário, para que assumam, até as últimas conseqüências, a função de guardião da Constituição e dispensador da proteção das leis a todos que batam às suas portas.

E aos formadores da consciência jurídica, que dêem a devida ênfase ao estudo do direito constitucional.

# O controle da constitucionalidade das leis na República Federal da Alemanha e no Brasil

— Um estudo de Direito Constitucional Comparado

JOÃO BATISTA DE OLIVEIRA ROCHA

Juiz Federal em Alagoas, Ex-professor da  
Universidade Católica de Minas Gerais.

## SUMARIO

1. Explicação — 2. Fundamentos e necessidade do controle da constitucionalidade das leis — 3. Formas de controle — 3.1. Controle preventivo — 4. Tradição jurisdicional alemã — 5. O Tribunal Federal Constitucional — 5.1. Composição e organização — 5.2. Competência — 5.3. Controle normativo (Normen Kontrolle) — 5.3.1. Controle normativo abstrato (Abstracte Normen Kontrolle) — 5.4. Processos contenciosos — 5.5. Recursos constitucionais — 5.6. Outras competências — 5.7. Procedimento e custas — 5.8 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade na Alemanha Federal — 6. Escassez normativa constitucional no Brasil — 7. Controle direto e indireto — 7.1. **Quorum** especial — 7.2. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade na ação incidental — 7.3. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade na ação direta — 7.4. Exceções moderadoras — 8. Conclusão — 9. Bibliografia.

1. Era nossa intenção inicial abordar um tema mais amplo: a organização judiciária na Constituição Brasileira e na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.

À medida, porém, que avançávamos nas pesquisas preliminares, convencemo-nos da impossibilidade de levar a cabo tão ingente empreitada, eis que a vastidão do campo a estudar nos obrigaria a escrever, não uma monografia, mas um volumoso tratado. Isso estaria fora de nossas cogitações.

Além disso, aparentemente difusa e de fácil manejo a bibliografia do lado de cá; contudo, o mesmo não se dá em relação aos textos na parte alemã. Não que inexistam tratados e monografias sobre o assunto. Pelo

contrário, os trabalhos neste campo são numerosos. Mas, o ponto crítico se refere à inacessibilidade da bibliografia, visto que nossas bibliotecas e livrarias não dispõem de livros sobre o ramo e somente uma pesquisa no próprio país supriria as deficiências encontradas aqui. Isso já exigiria perfeito domínio do idioma tedesco. Aliás, este é basicamente o grande problema a enfrentar-se em qualquer trabalho de Direito Comparado.

Finalmente, o último motivo que nos levou a restringir o tema é a importância de que está prenhe a questão da inconstitucionalidade das leis, nos dias de hoje, sendo numerosos os trabalhos dos estudiosos sobre seu processo e seus efeitos.

Delimitando o campo de pesquisa, estamos certos, outrossim, de poder adentrar, com maior acuidade, as nuances do problema, conseguindo um estudo de Direito Constitucional Comparado menos imperfeito e menos superficial.

2. Não existe, hoje, em nenhum ordenamento jurídico de Constituição rígida quem negue a legitimidade e mesmo a necessidade de um controle da constitucionalidade das leis. Trata-se, como afirma BURDEAU (*Traité des Sciences Politiques*, tomo IV, pág. 367), “de procurar os meios de obrigar os governos a respeitar o estatuto de suas funções, a usar de seu poder de acordo com os procedimentos previstos pela Constituição, a orientar a vida do país consoante a idéia de direito que eles se comprometeram a respeitar e de onde, em última análise, procede sua autoridade. Em suma, é preciso assegurar a subordinação das leis ordinárias à Constituição, sem o que o cidadão ficará ao talante do administrador que, arbitrariamente, editará normas injustas e contrárias ao direito”.

Se assim não fosse, certamente nenhuma valia teria a Constituição. Efetivamente, não seria, na verdade, Lei Maior, Carta Magna, Lei Fundamental ou outra denominação semelhante, se a Constituição não pairasse sobre as demais leis e normas como padrão superior, inadmitindo regras que a contrariassem.

É bem verdade que, normalmente, as leis inconstitucionais não o são porque o legislador ordinário assim o quis, ou seja, não as editou propositalmente para contrariar, frontal e conscientemente, a Constituição. Não. Na maioria dos casos, ocorre exatamente o oposto. Em outras palavras: apesar da boa intenção do legislador, muitas vezes faz emanar regras de direito que, direta ou indiretamente, contrariam a Lei Maior.

A intensidade legislativa que nossos tempos experimentam, devida às necessidades prementes e inadiáveis da realização de uma política econômico-social, provoca, inadvertidamente, atentados contra situações individuais garantidas pela Constituição. Só o controle da constitucionalidade das leis impedirá a consumação destas lesões.

3. O controle da constitucionalidade das leis é aceito tranqüilamente por todos os ordenamentos jurídicos de constituição rígida, ainda que variem suas formas e sistemas. A França, por exemplo, adotou o controle exclusivamente político, através do “Sénat Conservateur”, na vigência das Constituições Napoleônicas de 1799 e 1852. Hoje, este mesmo país utiliza-se

ainda do controle político, exercido pelo “Conseil Constitutionnel” (Const. de 1958), que, na Constituição de 1946, era denominado “Comité Constitutionnel”.

PINTO FERREIRA batiza, inadequadamente, de controle misto o sistema francês vigente, supondo que tanto o “Conseil”, por ele ainda chamado de “Comité”, quanto os órgãos jurisdicionais franceses zelem pela predominância da Carta Magna sobre as leis ordinárias. Afirma ele:

“Para resumir, a França preferiu **um sistema misto**, onde se verifica simultaneamente o controle da constitucionalidade das leis por um órgão político, a saber, o Comité Constitucional, que sobreexiste junto a um órgão jurisdicional, funcionando de maneira limitada.” (Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno, volume I, págs. 132 e 149, edição Revista dos Tribunais, 1971, S. Paulo.)

Na realidade, porém, os recursos por “excès” ou “détournement du pouvoir” não adentram, como presume o professor pernambucano, a constitucionalidade das leis, tendo o “Conseil d’Etat” francês se pronunciado reiteradamente neste sentido. Além disso, naquele país, ao menos até à vigência da Constituição de 1946, quando funcionava o “Comité Constitutionnel”, o que ocorria era justamente o contrário do controle por nós enfocado, ou seja, se a lei não se coadunava com a Constituição, o “Comité Constitutionnel” propunha, isto sim, a revisão da Constituição, ao invés da não promulgação da lei.

A forma de controle mais difundida hodiernamente é o meramente jurisdicional, isto é, o exercido pelos órgãos de jurisdição do Estado.

Tal sistema comporta ainda uma subdivisão: ou o controle se faz por Corte especializada, como na Alemanha Federal; ou então é exercido pelos tribunais comuns, nos vários graus de jurisdição — embora se considere sempre a Suprema Corte como a guardiã-mor da Constituição —, como no caso do Brasil, dos Estados Unidos e México, além de outros.

Todas estas formas referidas pertencem ao gênero “controle a posteriori”, existindo ainda o controle preventivo ou a priori, como veremos.

O fundamento do controle é o princípio da supremacia constitucional. A Lei Fundamental situa-se no vértice da pirâmide jurídica e a estabilidade social é a sua meta. Todos os atos contrários à Constituição são nulos. Mas, se a nulidade é certa, é preciso constatá-la. Seria, contudo, temerário confiar apenas ao próprio legislador esta verificação de irregularidade. Por isso, mister se faz que intervenha um terceiro órgão capaz de denunciar a inconstitucionalidade e de impedir, ao menos, que a lei produza efeitos. Daí a importância do controle a posteriori praticado sempre por órgão diverso do que legislou.

BURDEAU (ob. cit., pág. 368) refere-se também ao controle como meio de garantir a idéia de direito, especialmente quando se tratar de constituição flexível ou costumeira. “Na verdade” — diz ele, “a razão de ser da Constituição é expor, em termos claros e indubitáveis, diretrizes

incluídas na idéia de direito. Em outras palavras, a Constituição é a idéia de direito no que ele tem de absolutamente indiscutível. Nestas condições, não se concebe que títulos autorizariam o legislador a desconhecer suas disposições”.

Movediço e elástico critério, dizemos nós, que se torna discricionário, arbitrário mesmo e insustentável, sendo, na prática, inviável. Na realidade, esta “*idée de droit*” preconizada por BURDEAU é algo de indefinido e subjetivo, podendo levar o controlador da constitucionalidade a decisões arbitrárias e injurídicas em nome deste princípio.

3.1. Não nos deteremos, neste estudo, senão no que tange ao controle jurisdicional **a posteriori**. O chamado controle preventivo poderia ser objeto de outro trabalho. Sobre ele diremos apenas que se faz, geralmente, através ou do próprio órgão legislativo, dotado de comissão técnica própria para examinar, antes mesmo do pronunciamento do Plenário, a constitucionalidade da lei; ou do Poder Executivo que, através do direito de veto, tem a oportunidade de impedir que leis não constitucionais entrem em vigência, negando-lhes a sanção.

SAHID MALUF dá-nos notícia de controle judiciário preventivo exercido em alguns países, como Irlanda, Síria e Colômbia (**Curso de Direito Constitucional**, volume II, 5ª edição, Sugestões Literárias S.A., São Paulo, pág. 46).

Efetivamente, a Constituição da Irlanda, de 1º de julho de 1937, estatui, em seu art. 26:

“Aplica-se este artigo a todo projeto de lei aprovado ou em vias de aprovação pelas duas câmaras do “Oireachtas”, a menos que se trate de projeto financeiro ou de projeto qualificado, contendo emenda à Constituição ou de um projeto, cujo prazo para exame no “Senad Eireann” tiver sido regulado pelo art. 24 da presente Constituição.

1.1º — O Presidente da Irlanda poderá, depois de ter consultado o Conselho de Estado, enviar qualquer projeto, ao qual se aplica o presente artigo, à Suprema Corte para que ela decida se o mencionado projeto ou uma ou várias disposições especificadas são contrárias a esta Constituição ou a alguma de suas disposições.

2º — A remessa deverá ser feita, o mais tardar, no sétimo dia a contar da data em que dito projeto tiver sido apresentado pelo Taoiseach (Primeiro-Ministro) ao presidente para sua assinatura.

3º — O Presidente não deverá sancionar um projeto que tiver sido objeto de remessa à Corte Suprema, de acordo com o presente artigo, até que a Corte profira sua decisão.

2.1º — A Corte Suprema, composta, ao menos, de cinco juízes, deverá examinar cada questão que for submetida pelo presidente, de acordo com o presente artigo, visando a uma decisão,

após ouvir os argumentos do Procurador-Geral ou do defensor designado pelo Tribunal. Deverá decidir publicamente, e logo que possível, sobre a questão e, em todos os casos, o mais tardar, sessenta dias a contar da data em que lhe foi remetido o projeto.

2º — A decisão tomada pela maioria dos juízes da Corte Suprema será, no caso do presente artigo, considerada como decisão da Corte e será proferida por um dos juízes, consoante o regimento interno da Corte e nenhuma outra opinião, a favor ou contra, poderá ser manifestada; a existência de tal opinião não poderá ser anunciada.

3.1º — Quando a Corte Suprema decidir que uma disposição de um projeto enviado à Corte Suprema, nos termos do presente artigo, for contrário à Constituição ou a uma de suas disposições, o Presidente da República se recusará a sancionar tal projeto.

2º — No caso de um projeto regido pelo art. 27 (trata-se de pedido de consulta popular sobre uma lei), se for dirigido ao Presidente um pedido de acordo com o mencionado artigo, este art. deverá ser aplicado.

3º — Nos demais casos, o Presidente sancionará o projeto, logo que possível, após a decisão da Corte Suprema." (MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, *Les Constitutions Européennes*, tome second, PUF, Paris, 1951, págs. 481/482.)

O controle *a priori* é insuficiente e precário. Por isso, o particular pode pedir ao Judiciário que declare a lei inconstitucional e sem vigência para seu caso. No Brasil, como veremos, a declaração do Judiciário, em seu grau de jurisdição suprema, só terá efeitos *erga omnes* após ter o Senado Federal efetuado a suspensão da execução da lei, do decreto ou do ato acimado de inconstitucional, através de resolução legislativa (Const., art. 42, item VII).

O controle preventivo tem caráter político, pois é feito, normalmente, por órgãos essencialmente políticos (Legislativo ou Executivo), enquanto o controle *a posteriori* tem caráter técnico e é exercido sempre pelo Poder Judiciário, desvinculado das injunções político-partidárias.

No controle dito preventivo, a atuação do órgão controlador se dá na elaboração da lei, enquanto no controle *a posteriori*, verifica-se sobre a lei já em vigor.

O grande problema do controle preventivo está na falta de imparcialidade do controlador que, por ser político, muitas vezes deixa-se levar por razões que não são de ordem jurídica ao exercer tal controle. Aliás, a mesma crítica se poderá fazer em relação ao sistema francês utilizado nas Constituições de 1799 a 1852, revigorado pelas de 1946 e 1958, pois é realizado através de órgão político. Com efeito, sendo nomeados seus membros pelo Executivo ou pelo Legislativo, dificilmente tal órgão poderá exercer o controle com a independência e imparcialidade que se deveria

dele esperar. Mesmo que tal órgão fosse eleito por sufrágio direto, ainda assim seria de se temer pela sua imparcialidade, visto que, então, sim, agiria predominantemente ao sabor das vicissitudes políticas e injunções partidárias da representação.

Em suma: o controle realmente efetivo, do qual se poderá esperar sempre mais é o **a posteriori**, e não o preventivo, pois, exercido, como é, por poder judiciário, está livre de pressões e interesses políticos de qualquer ordem.

4. A Alemanha Federal, a exemplo da Áustria, da Itália e de outros países, realiza a fiscalização da constitucionalidade das leis, através de um tribunal específico, o "Bundesverfassungsgericht" — Tribunal Federal Constitucional.

O êxito deste tribunal não se deve apenas à sua organização, particularmente hábil e funcional, mas também à existência de um clima favorável e à pertinência com que foram enfocados os dados do problema a ser resolvido.

Nunca houve na Alemanha clima de desconfiança para com o Poder Judiciário, como, por exemplo, existiu na França. Ao contrário de terem medo da ação jurisdicional, os alemães sempre respeitaram e confiaram cegamente em seus juízes. Vale lembrar, neste passo, o famoso episódio que teria ocorrido, nos tempos de Frederico, o Grande.

Nas vizinhanças do Palácio Real de Sanssouci, em Potsdam, diz a tradição, havia um moinho de vento, cujo ruído incomodava o rei. Este exigiu que se paralisasse o moinho, com o que não concordou seu dono. Tendo, então, o rei ameaçado tomar violentamente o moinho, respondeu-lhe o moleiro: "Sim, se não houvesse o Tribunal de Berlim". Tratava-se do famoso "Kammergericht" berlinense.

O dono do moinho confiou, portanto, em seus juízes, na certeza de que os membros do tribunal lhe reconheceriam o direito, ainda que contra o rei. Desta história surgiu o brocardo tantas vezes citado: "Ainda há juízes em Berlim", que reflete a confiança do povo alemão na justiça independente e imparcial de seu país.

Por outro lado, a Alemanha Federal logrou organizar dinamicamente sua máquina judiciária constitucional, através de uma análise precisa dos problemas pertinentes. Os juristas encarregados de elaborar a Lei Fundamental e as leis judiciárias especiais chegaram à conclusão de que, sob a denominação de "controle" se justapõem, na realidade, exigências que requerem, para ser satisfeitas, mecanismos apropriados.

Há, de um lado, a proteção dos direitos dos indivíduos e, de outro, a regulamentação das relações entre os órgãos do Estado, conforme a Constituição. A distinção destes dois objetivos foi consagrada pela lei de 12 de março de 1951, organizando o Tribunal Federal Constitucional, instituído pelo art. 92 da Lei Fundamental.

Assim, pode ser estabelecido um procedimento rígido que, coibindo ações temerárias, permite à Corte salvaguardar seu prestígio e, levando-a

a colaborar com o Legislativo, assegura, na medida do possível, o que é essencial na matéria, ou seja, o equilíbrio entre a política e o direito.

Além disso, os autores da Lei Maior alemã, inspirando-se em trabalho dos renomados peritos de Herrenchiemsee, consideravam que a Constituição não era apenas uma coleção de regras técnicas, mas a expressão de uma filosofia (a ordem democrática liberal clássica), cuja salvaguarda era a condição necessária para que as instituições pudessem funcionar normalmente.

Neste espírito, os autores da Lei Fundamental de Bonn instituíram um vasto controle de constitucionalidade que pode ser posto em prática pela via de exceção (art. 100) ou pela via de ação. Mas, tanto num caso, como noutro, é o Tribunal Federal Constitucional a garantia da Constituição, porque, se a exceção pode ser argüida perante os juizes ordinários, não são eles que a apreciam. Envia-na ao Tribunal Federal Constitucional para que o mesmo se pronuncie sobre a validade ou não do ato ou lei em tela.

De outro lado, a extensão do papel da Justiça Constitucional resulta do fato de que não se limita ao controle da constitucionalidade *stricto sensu*, mas visa, igualmente, à proteção do regime político estabelecido contra as tentativas que tenderiam a utilizar, para aboli-las, as instituições constitucionais, no espírito contrário àquele, consoante o qual elas foram estabelecidas e promulgadas (art. 18 da Lei Fundamental).

Para preencher uma função tão complexa e delicada, os constituintes alemães descartaram a solução que muitos países adotaram, ou seja, apelar à jurisdição suprema da hierarquia judiciária. Não. Preferiram criar o Tribunal Federal Constitucional, entendendo que ele seria, ao mesmo tempo, um órgão jurisdicional e constitucional. É jurisdicional porque, garantido contra quaisquer injunções políticas, não está sujeito senão à regra de direito, que lhe compete verificar e aplicar. Mas, é também um órgão constitucional, não porque se refere à Constituição, mas por ter um estatuto que o põe em pé de igualdade com os outros órgãos da Federação. Como eles, o Tribunal Constitucional é agente do exercício do poder estatal. Mas, tem, sobre eles, uma superioridade, pois pode controlar seus atos e eventualmente anulá-los. Em resumo: como juiz, o tribunal é expressão do direito; como órgão constitucional, tem vocação e qualidade para impor seu respeito à política.

5. A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha determina a estrutura, os órgãos e as respectivas funções do Tribunal Federal Constitucional. Mas, ela contém ainda, obviamente, regras fundamentais, de acordo com as quais se desenvolve a vida estatal alemã, na Federação e nos Estados (Länder) e, sobretudo, especifica os direitos e liberdades fundamentais de cada cidadão.

Diferentemente do Brasil e dos Estados Unidos, como já se afirmou antes, a Alemanha Federal conta com um órgão jurisdicional especializado e independente dos demais como na Áustria e na Itália, encarregado de garantir a observância da Constituição por todos os órgãos estatais.

Sua posição se destaca das demais organizações judiciais, pois não está vinculado a nenhum Ministério. Isso demonstra que, dentro da Federação, tem ele sua própria razão de ser, coexistindo, de forma autônoma e independente, junto aos demais órgãos constitucionais: Parlamento (Bundestag), Conselho Federal (Bundesrat), Presidente da República (Bundespräsident) e Governo Federal (Bundesregierung).

O Tribunal Federal Constitucional, com sede em Karlsruhe ocupa o vértice da pirâmide do Poder Jurisdicional alemão. Não está subordinado, de forma alguma, a outro tribunal, nem tampouco ligado a nenhum, pela sucessão de instâncias. Pelo contrário, decide sempre em primeira e única instância.

O art. 92 da Lei Fundamental, ao enumerar os tribunais que compõem o Poder Judiciário, alinha, em primeiro lugar, o "Bundesverfassungsgericht":

"O Poder Judiciário está confiado aos juízes, sendo exercido pelo Tribunal Federal Constitucional, pelos Tribunais Federais previstos nesta Lei Fundamental e pelos Tribunais dos Estados."

O Tribunal Federal Constitucional se destaca dos outros tribunais porque, através de sua jurisprudência, controla a constitucionalidade da conduta dos poderes estatais e não apenas das leis em si mesmas. Este órgão pode derrogar decisões inconstitucionais de outros tribunais. Pode declarar nulas leis aprovadas pelo Parlamento, se estas infringirem a Lei Fundamental. Pode impedir a atuação do Governo e das autoridades, seja da administração federal, seja da estadual, revogando suas resoluções, por incompatibilidade com a Lei Fundamental. A amplitude de competências atribuídas ao Tribunal Federal Constitucional, nos diversos tipos de procedimentos, ultrapassa as concedidas no mundo inteiro a todos os demais tribunais constitucionais.

Sendo a República Federal da Alemanha um Estado federal com estados-membros (Länder), que também têm suas próprias constituições, coexiste a dupla jurisdição constitucional, a federal e as estaduais. Apenas os Estados de Schleswig-Holstein e Berlim Ocidental ainda não criaram seu próprio Tribunal Estadual Constitucional.

5.1. O Tribunal Federal Constitucional não se compõe, como nos Estados Unidos, de corpo unitário, o que, aliás, ocorre com outros tribunais constitucionais. Compõe-se, ao contrário, de duas turmas que, respectivamente, estão compostas de oito juízes. Cada uma destas turmas tem competência própria e só decide sobre determinados assuntos. Dentro de sua competência, cada turma é o "Tribunal Federal Constitucional", decidindo com conclusividade. Isso não se dá com o Supremo Tribunal Federal brasileiro que, em matéria constitucional, só decide na plenitude de sua composição e por maioria absoluta. É o que estatui o art. 116 da Constituição vigente, que estende o dispositivo aos tribunais estaduais e aos tribunais superiores, quando deverem se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei.

A autonomia das turmas do Tribunal Federal Constitucional alemão fica ainda mais ressaltada com o fato de que os juízes de uma turma são

eleitos exclusivamente para ela e não podem substituir os da outra turma. A presidência da primeira turma é exercida pelo presidente do Tribunal, enquanto seu vice-presidente exerce a presidência da segunda turma.

Cada turma pode decidir, desde que estejam presentes, pelo menos, seis juízes. Excepcionalmente, o Pleno do Tribunal se reúne para resolver sobre uma questão constitucional, quando uma turma pretende dissentir da outra.

Os juízes do Tribunal Federal Constitucional devem ter, pelo menos, 40 anos, ser elegíveis para o Parlamento Federal e possuir as aptidões gerais para o desempenho do cargo de juiz. A metade deles é eleita pelo Parlamento Federal e a outra metade pelo Conselho Federal. Este procede à eleição, em sessão plenária, por maioria de dois terços. Já o Parlamento Federal constitui uma comissão de eleitores de doze membros, cabendo a estes a escolha dos juízes, respeitada sempre a maioria de dois terços.

WOLFGANG HEYDE justifica a eleição dos juízes por órgãos políticos, lembrando que o Tribunal Federal Constitucional não é apenas órgão jurisdicional, mas também órgão constitucional e que sua jurisprudência transcende o âmbito político (*La Justicia en la República Federal de Alemania*, pág. 89).

Dispondo sobre a composição e eleição dos juízes do Tribunal Federal Constitucional, a Lei Fundamental alemã estatui, em seu art. 94, que:

“O Tribunal Federal Constitucional se compõe de juízes constitucionais e de outros membros. Os membros do Tribunal Federal Constitucional serão eleitos respectivamente, metade pelo Parlamento Federal, e metade pelo Conselho Federal. Não poderão pertencer ao Parlamento Federal, ao Conselho Federal, ao Governo Federal nem aos órgãos correspondentes de cada Estado.”

Os juízes do tribunal são personalidades que se distinguiram por seus especiais conhecimentos de Direito Público e que têm também experiência na vida pública. Durante o exercício do cargo, não podem, por expressa determinação constitucional, pertencer ao Parlamento, ao Conselho Federal, ao Governo Federal nem aos órgãos estaduais correspondentes, ou seja, Dieta, Governo Estadual etc. Não podem eles, por disposição legal, exercer nenhuma outra atividade profissional, salvo o magistério de direito numa universidade alemã.

Três dos oito juízes de cada turma são eleitos entre magistrados dos cinco Tribunais superiores da Federação e passam a pertencer ao Tribunal Federal Constitucional até à idade limite de 68 anos. Os outros cinco juízes são escolhidos para um período de oito anos e podem ser reconduzidos. Pensa-se, no entanto, em acabar com a diversidade deste tratamento jurídico-estatutário, elevando-se para 12 anos o tempo de serviço no tribunal, indistintamente, para magistrados de carreira ou não, vedando-se a reeleição, como nos informa HEYDE (ob. cit., pág. 92, nota).

**5.2.** A competência do Tribunal Federal Constitucional está prevista pelos artigos 18, 41, 92, 93, 94, 98, 99 e 100, da Lei Fundamental,

assim como pela lei especial que regula o funcionamento do Tribunal, datada de 12 de março de 1951, com modificações introduzidas posteriormente.

Podemos distinguir quatro tipos de competência do Tribunal:

- a) controle normativo concreto e abstrato;
- b) processos contenciosos dos órgãos constitucionais, isto é, entre a Federação e um Estado ou entre os Estados;
- c) recursos constitucionais;
- d) outros procedimentos.

**5.3.** Através do Normen Kontrolle, o Tribunal Federal Constitucional examina a vigência e a significação dos preceitos legais. Controla uma norma em sua compatibilidade com outra norma: a Lei Fundamental. É o procedimento objetivo, em contraposição ao procedimento contencioso que é subjetivo.

Se um juiz alemão considera inconstitucional uma lei, cuja validade é básica para uma decisão, deve interromper o processo e remeter os autos para o Tribunal Federal Constitucional, acompanhados de despacho motivado. É o que dispõe o número 1 do artigo 100 da Lei Fundamental:

“Se um Tribunal considera inconstitucional uma lei, de cuja validade dependa seu julgamento, suspenderá o processo e, se se tratar de violação da Constituição estadual, submeterá a questão de inconstitucionalidade da lei à decisão do tribunal estadual, competente em assuntos constitucionais; se, porém, estiver em tela a violação da presente Lei Fundamental, submeterá a questão ao Tribunal Federal Constitucional. O mesmo acontecerá em caso de violação desta Lei Fundamental pelo direito estadual ou de incompatibilidade entre uma lei estadual e uma lei federal.”

A este procedimento chama-se de controle normativo concreto, pois uma determinada controvérsia jurídica deu lugar ao procedimento de controle normativo perante o Tribunal Federal Constitucional.

O procedimento de controle normativo deve também ocorrer quando um tribunal considera nula a lei de um Estado, porque contraria uma lei federal. É o que reza o nº 2 do art. 93 da Lei Fundamental:

“O Tribunal Federal Constitucional decide:

2º) sobre divergências de opinião ou dúvidas a respeito da compatibilidade formal ou substantiva do direito federal ou do direito dos Estados com esta Lei Fundamental, **ou sobre a compatibilidade do direito do Estado com alguma norma federal;** e sempre, a requerimento do Governo federal, de um governo estadual ou de um terço dos membros do Parlamento Federal.” (Grifamos a parte que nos interessa ressaltar.)

O art. 31 da mesma Lei Fundamental dispõe que o direito federal prefere ao direito estadual. O Estado não pode decretar lei que esteja em conflito com a lei federal. Contudo, nestes casos, o juiz do qual depende

a controvérsia, só deve remeter o processo à decisão do Tribunal Federal Constitucional quando estiver convencido da nulidade da lei a aplicar-se.

No ordenamento jurídico brasileiro, isso praticamente não ocorre. Não se tratando de legislações independentes e conscientemente autônomas, como se dá nos "Länder" alemães, raramente o legislador estadual edita normas conflitantes com o ordenamento jurídico federal, dada a estreiteza de competência em que se movimenta. Ademais, a repartição de competências para legislar (art. 8º, XVII, da Const.) é tão rígida que apenas em muito poucos casos há margem para a dupla legislação, sendo a do Estado-Membro de caráter supletivo ou complementar.

Mas, voltemos ao caso alemão: o Tribunal Federal Constitucional não se pronuncia sobre as demandas em si, senão apenas sobre a questão da vigência ou não da lei, cuja legitimidade ou constitucionalidade se arguiu. Se chega à conclusão de que, efetivamente, a lei está em contradição com a Constituição, o Tribunal declara sua nulidade. Esta decisão tem força de lei e se publica na Gazeta Federal (Bundesgesetzblatt). A lei declarada nula não pode ser aplicada por nenhum tribunal ou juízo, pois, como veremos, os efeitos da sentença operam *erga omnes* e *ex tunc*.

Os procedimentos de controle normativo afetam apenas as leis elaboradas pelo Parlamento alemão. As leis vigentes antes da entrada da Lei Fundamental em vigor, o chamado direito pré-constitucional, podem ser examinadas por cada tribunal, não estando sujeitas à competência do Bundesverfassungsgericht. O mesmo se dá em relação às normas jurídicas não aprovadas pelo Parlamento, como, por exemplo, os decretos do governo.

Este é o controle efetuado através do caso concreto. Há ainda o chamado controle normativo abstrato (Abstracte Normen Kontrolle).

**5.3.1.** Neste caso, a petição de nulidade de uma lei não surge de um tribunal, mas, sim, por parte do governo federal, de um governo estadual ou de um terço dos membros do Parlamento Federal. Pode ocorrer, por exemplo, que o Parlamento aprove uma lei contra a vontade do Governo Federal, por considerar este que o conteúdo da mesma seja incompatível com a Constituição. Neste caso, o Governo Federal pode pedir ao Tribunal Federal Constitucional que examine a sua constitucionalidade. Assim, o prescreve o nº 2 do art. 93, já aludido, em sua parte inicial:

"O Tribunal Federal Constitucional decide:

2º) sobre divergências de opinião ou dúvidas a respeito da compatibilidade formal ou substantiva do direito federal ou do direito dos Estados com esta Lei Fundamental..."

A Lei Fundamental estabeleceu, na Alemanha, uma nova ordem estatal, regulamentando a relação entre a Federação e os Estados. Nestas circunstâncias podem surgir dúvidas sobre se uma lei anterior à vigência da Carta Magna continua vigente como direito da Federação ou direito do Estado. Esta questão também pode ser submetida à decisão do Tribunal Constitucional, como caso de controle normativo, estando prevista implicitamente no item 2º do art. 93, que permite a lei federal dispor sobre

outros casos de competência do Tribunal Federal Constitucional, o que foi feito pela já citada lei de 12 de março de 1951.

Por último, cabe citar outro procedimento em que, a pedido de um órgão judicial, o Tribunal Federal Constitucional decide se determinada regra federal de Direito Internacional é parte integrante do direito federal e, por isso, dá origem a direitos e deveres imediatos para o cidadão da República Federal da Alemanha.

Tal possibilidade foi prevista no nº 2 do art. 100 da Lei Fundamental, **verbis**:

“Quando, num litígio, for suscitada a dúvida se uma regra de direito internacional é ou não parte integrante do direito federal e fonte direta de direitos e deveres para o indivíduo (art. 25), o tribunal deverá aguardar a decisão do Tribunal Federal Constitucional.”

O Direito Internacional não é somente um conjunto de normas concretizado em tratados internacionais, mas também um direito de usos e costumes, que foi se estabelecendo por sua aplicação constante às relações entre os Estados. Por isso, pode dar-se o caso em que seja difícil afirmar-se se existe uma determinada regra de Direito Internacional, à qual pode recorrer qualquer das partes de uma controvérsia. De acordo com o art. 25 da Lei Fundamental, as regras gerais do Direito Internacional são parte integrante do direito federal alemão e preferem às demais regras.

5.4. No segundo grupo de controle constitucional pelo Tribunal Federal Constitucional estão os procedimentos nos quais há partes contendedoras e uma delas alega que a outra, com sua conduta, lesou-a em seus direitos constitucionais. As partes pedem ao Tribunal Federal Constitucional que decida a questão em processo contraditório.

A Lei Fundamental reza, no art. 93, nº 1, 1º:

“O Tribunal Federal Constitucional decide:

1º — sobre a interpretação desta Lei Fundamental, em relação a discrepâncias quanto à amplitude dos direitos e deveres de um órgão federal supremo ou outros interessados que estejam investidos de direitos próprios por esta Lei Fundamental ou em virtude de regulamentação interna de um órgão federal supremo.”

Em primeiro lugar, o Tribunal decide sobre a interpretação da Lei Fundamental como base de controvérsias relativas à amplitude de direitos e deveres de um órgão federal supremo e outra parte, em virtude da Lei Fundamental lhes assegurar determinado direito, ou por atribuição de um órgão federal supremo. Estas divergências se denominam “controvérsias orgânicas” (*Organstreitigkeiten*), porque nelas alguns órgãos ou partes destes órgãos discutem entre si sobre um direito ou um dever constitucional. Assim, o Presidente da República, ou, em alguns casos, os próprios deputados federais, e sempre o Parlamento Federal, o Conselho Federal, o Governo Federal e os partidos políticos. Tais processos só se admitem se neles se pretender fazer valer algum direito lesado concretamente ou ameaçado de lesão. Pode surgir, por exemplo, uma lesão deste tipo quando

entre o Conselho Federal (Bundesrat) e o Presidente da República (Bundespräsident) ocorre divergência sobre se uma lei precisa ou não ser apreciada também no Bundesrat. A Lei Fundamental prescreve (art. 82) que as leis devem ser promulgadas pelo Presidente da República. Se o Presidente considera a lei inconstitucional e se nega a sancioná-la, ocorre entre ele e o Bundestag um conflito que cabe ao Tribunal Federal Constitucional dirimir. Por outro lado, o Tribunal já se pronunciou, em 1966, sobre divergências ocorridas entre os partidos políticos e o Bundestag, em assunto de natureza financeira.

Mais comuns, nos processos contenciosos, são as controvérsias jurídico-constitucionais entre a Federação e os diversos Estados (Länder). São elas oriundas da estrutura federativa da Alemanha, ou seja, da repartição de competências entre a Federação e os Estados. Esta competência é fixada pelo art. 93, n.ºs 3 e 4:

“O Tribunal Federal Constitucional decide sobre:

.....

3) as diferenças de critério em relação a direitos e deveres da Federação e dos Estados, especialmente quanto à execução das leis federais pelos Estados e exercício do controle federal;

4) outras controvérsias jurídico-públicas entre a Federação e os Estados, entre os diversos Estados ou dentro de um Estado, desde que não haja outra via judicial.”

Finalmente, está no rol das competências do Tribunal Federal Constitucional a decisão sobre controvérsias constitucionais atinentes à Carta Magna de um Estado, quando este não dispõe de tribunal próprio, como é o caso de Schleswig-Holstein, que se beneficia do permissivo do art. 99 da Lei Fundamental:

“Mediante lei estadual, poderá transferir-se para o Tribunal Federal Constitucional a decisão das controvérsias constitucionais internas do referido Estado e aos tribunais federais superiores, citados no § 1º do art. 95, a decisão, em última instância, de assuntos relativos à aplicação do direito estadual.”

Neste caso, como se nota, a função do Tribunal Federal Constitucional é tão-somente de preencher uma lacuna eventual.

5.5. No terceiro grupo de processos constitucionais examinados pelo Tribunal Federal Constitucional alemão estão os recursos (Verfassungsbeschwerde), que são importante setor da atividade do Tribunal.

Diz o art. 93, 4º, a, da Lei Fundamental:

“O Tribunal Federal Constitucional decide sobre:

.....

4º a — recursos constitucionais que podem ser apresentados por qualquer um sob a alegação de ter sido lesado pelo Poder Público em seus direitos fundamentais ou em algum dos direitos definidos no § 4º do art. 20, e nos arts. 33, 38, 101, 103 e 104.”

Portanto, qualquer pessoa pode dirigir-se ao Tribunal Federal Constitucional, alegando que foi lesado em algum de seus direitos fundamentais ou em um dos direitos garantidos pelos arts. 33 (acesso a cargos públicos), 38 (direitos político-eleitorais), 101 (proibição de jurisdição excepcional), 103 (abolição da pena de morte, antecedência da lei penal e não ser punido mais de uma vez pelo mesmo crime) e 104 (direito à liberdade). O infrator destes direitos deverá ser o Poder Público. Caso contrário, a competência refoge ao Tribunal Constitucional, passando a ser crime comum.

Para se ter idéia do uso deste instrumento, basta dizer que nunca o Tribunal examinou tantos casos constitucionais como os oriundos destes recursos. Numa década, sobre o total de 10.967 ações, 9.831 foram ao Tribunal Constitucional, através do "Beschwerde", como nos informa ANHAIA MELO (*Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição — As Cortes Constitucionais*, pág. 165).

Os recursos asseguram, de modo especial, os direitos fundamentais do cidadão. Estabelecem a garantia de que a legislação, o governo e a administração, assim como os próprios tribunais devem respeitar também tais direitos e interpretá-los de forma unívoca e coerente.

A interposição do recurso constitucional está sujeita a prazo que é de um mês. Diante da lesão de seus direitos, a vítima deve agir prontamente, dirigindo-se aos tribunais normais. Ou seja, se o fato lesivo for um ato administrativo, o interessado recorrerá, em primeiro lugar, à via contenciosa administrativa, devendo esgotá-la antes de interpor o recurso constitucional.

No recurso constitucional, o Tribunal Federal Constitucional só pode examinar se o tribunal ordinário lesou ou não direitos fundamentais do recorrente. Sua tarefa não é controlar as decisões de outros tribunais, em qualquer aspecto atinente à justiça da sentença prolatada, ou à interpretação da lei, ou à aplicação do direito ao caso concreto. A apreciação se circunscreve tão-somente ao elemento constitucional. Por isso mesmo é que 99 por cento dos recursos, como nos informa HEYDE (ob. cit., pág. 97), são julgados improcedentes ou sequer são conhecidos, por lhes faltar a fundamentação de inconstitucionalidade. Dá-se, pois, o que também ocorre entre nós, em relação aos recursos extraordinários ao Supremo Tribunal Federal, com fulcro no art. 119, III, alíneas a, b e c.

Admite-se recurso constitucional contra a lei em tese, apenas quando esta afeta pessoal e imediatamente um direito do recorrente. Aí não é necessária a prática de ato administrativo para ensejar o recurso.

Os recursos constitucionais devem ser admitidos a julgamento por decisão de uma comissão da turma competente, composta por três juízes. Entre nós, o Ministro-relator do Supremo é que despacha sozinho, nos casos de agravo de instrumento, conforme estatui o Regimento Interno do STF, em seu art. 22, VI, IX, e § 1º, decidindo se manda ou não subir, para melhor exame, o recurso extraordinário, denegado pelo Presidente do Tribunal de Justiça ou de Alçada de qualquer Estado ou pelo Presidente de um dos Tribunais Superiores.

Esta comissão do Tribunal Constitucional pode rejeitar o recurso constitucional, por decisão unânime, quando o recurso padecer de vício formal, for inadmissível, estiver fora do prazo ou for manifestamente infundado. Somente quando a comissão e a turma admitirem o recurso é que se procede a seu processamento e tramitação.

5.6. Além dessas competências, o Tribunal Federal Constitucional processa e julga o Presidente da República federal, desde que acusado pelo Bundestag ou pelo Bundesrat, por haver infringido, premeditadamente, a Lei Fundamental, ou uma lei federal. Neste sentido, dispõe o art. 61 da Lei Fundamental.

Igualmente o Parlamento Federal e a Dieta de cada Estado podem acusar um juiz de desrespeitar a Constituição, sendo o juiz processado e julgado pelo Tribunal Federal Constitucional. Na prática, isso nunca se verificou. Trata-se, porém, de instituição original que visa a obstaculizar que aqueles que zelam pela Lei Fundamental venham, eles mesmos, a violá-la impunemente.

O art. 98 da Lei Fundamental da Alemanha estabelece:

“ .....

2º) Se, no exercício de suas funções ou fora delas, um juiz federal desrespeitar os princípios desta Lei Fundamental ou a ordem constitucional de um Estado, o Tribunal Federal Constitucional poderá, por provocação do Parlamento Federal e por maioria de dois terços, decidir sobre sua remoção ou aposentadoria. Se a falta for intencional, o Tribunal decidirá sobre a exoneração do juiz.

.....

5º) Os Estados podem editar, para os juízes estaduais, uma regulamentação análoga à da alínea nº 2º supramencionada. Não estão derogadas as disposições em vigor do direito constitucional de cada Estado, em relação a esta questão. Os processos de acusação contra os juízes são da competência do Tribunal Federal Constitucional.”

Também os partidos políticos podem ser julgados e extintos por decisão do Tribunal Federal Constitucional, quando seus seguidores desprezarem a ordem fundamental democrática e liberal ou tentarem suprimi-la ou subvertê-la, colocando em perigo a própria República. Dessa forma, o Tribunal Constitucional intervém, desde que, porém, seja provocado pelo Parlamento, pelo Conselho Federal ou pelo Governo Federal. Dois partidos já foram proibidos pelo Tribunal, em decisões históricas, o Partido Socialista do Reich (Sozialistischen Reich Partei) e o Partido Comunista da Alemanha (Kommunistischen Partei Deutschlands). Esta competência está prevista pelo art. 21, nº 2, da Lei Fundamental, **verbis**:

“São inconstitucionais os partidos que, por seus fins ou por sua conduta, tenderem a desprezar ou suprimir a ordem funda-

mental, democrática e liberal, e a pôr em risco a existência da República Federal da Alemanha. Sobre a questão de inconstitucionalidade decide o Tribunal Federal Constitucional.”

O art. 18 da Lei Fundamental prevê a suspensão dos direitos fundamentais do indivíduo pelo Tribunal Constitucional, quando alguém tentar aproveitar-se de seus direitos para suprimir o regime democrático. É a cautela para impedir o suicídio democrático da República, através das mesmas garantias que o Estado reconhece e garante aos indivíduos. Quem quiser contrariar a democracia não pode viver na legalidade democrática, é o que se afirma, comumente, em prol desta disposição constitucional.

Finalmente, existe uma importante competência prática do Tribunal Constitucional no processo de controle eleitoral, consoante o estatuído no art. 41 da Lei Fundamental, aplicável às eleições dos deputados para o Parlamento Federal:

“As decisões do Parlamento Federal são susceptíveis de recurso perante o Tribunal Federal Constitucional (em relação à perda da qualidade de deputado de um de seus membros).”

O controle pelo Tribunal Constitucional se exerce após ter o Parlamento Federal decidido se o candidato foi ou não eleito. No recurso, o Tribunal examina também — o que está fora da competência do Parlamento fazer — se a lei eleitoral, de acordo com a qual se realizaram as eleições, é compatível com a Lei Fundamental ou não.

5.7. Como qualquer tribunal alemão, o Tribunal Federal Constitucional somente atua, se provocado. Em consequência, quando se ocupa de uma infração constitucional, não pode, por si mesmo, iniciar o processo. É preciso que haja uma demanda, um pedido formalizado. O processo depende de um recurso constitucional ou de uma petição, nos casos pertinentes. Feito isso, o Tribunal investiga todos os fatos e procura encontrar a verdade *ex officio*. Sua atuação não fica restringida à exposição das partes, nem aos meios de prova por elas propostos.

Apenas, em pouquíssimos casos, o julgamento é público. Normalmente, ele é secreto.

Embora o processo seja escrito, não existe obrigatoriedade de a parte fazer-se representar por advogado. No entanto, nos debates orais, as partes devem fazê-los por advogado ou professor de Direito.

As decisões do Tribunal são proferidas a portas fechadas, não se dando a conhecer a proporção dos votos nem as teses vencidas de seus membros, embora já haja tendência para que se publiquem os votos vencidos.

Não se pagam custas no Tribunal Federal Constitucional, salvo quando o Tribunal não admite o recurso constitucional ou um recurso de controle eleitoral por improcedente ou manifestamente infundado, ocasião em que pode impor o pagamento de custas de até mil marcos, desde que considere ter o recorrente agido de forma temerária e abusiva.

As decisões do Tribunal Federal Constitucional são publicadas em boletins que já perfazem mais de 30 grossos volumes.

**5.8.** Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade na Alemanha Ocidental são **ex tunc**, ou seja, de sentido absoluto, exceção feita dos atos administrativos que conservam sua validade, a despeito dos vícios inconstitucionais.

As decisões do Tribunal são vinculativas para os órgãos constitucionais da Federação e dos Estados, assim como para todos os tribunais e autoridades. Operam, pois, efeitos **erga omnes**.

Em determinados casos, por exemplo, quando uma lei ou um artigo de lei é declarado nulo, por inconstitucional, a resolução do Tribunal tem força de lei. Como observa MAURO CAPPELLETTI, a decisão da Corte Constitucional alemã tem eficácia **erga omnes (allgemeinwirkung)**, da mesma forma que na Áustria, onde a lei inconstitucional é revogada para todos e para sempre e não apenas desaplicada em um caso concreto. Tanto na Itália quanto na Alemanha Ocidental, exclui-se a eficácia da sentença somente **ex nunc** ou **pro futuro**, como na Áustria. A eficácia é total e **ex tunc**, isto é, para o passado, retroativa, como nos Estados Unidos.

Em outras palavras, na Alemanha, assim como na América do Norte, a sentença é apenas declaratória e não constitutiva. A mera inconstitucionalidade é causa de nulidade absoluta e, portanto, de ineficácia **ipso iure** das leis, antes mesmo que esta inconstitucionalidade seja declarada solenemente e vinculativamente pela sentença do Bundesverfassungsgericht (**II Controllo Giudiziario di Costituzionalità delle Leggi nel Diritto Comparato**, pág. 110).

Em casos mais prementes, o Tribunal Federal Constitucional pode regular uma situação mediante uma providência dispositiva de urgência (Einstweilige Veruegung, Einstweilige Ordnung). No entanto, isso se dá apenas quando se tratar de providência urgente e adequada para evitar graves prejuízos, para impedir violências ou por outro motivo importante referente ao bem comum. O Tribunal tem feito uso parcimonioso deste poder, ocorrendo, por exemplo, quando decide determinar a não aplicação de uma lei ou a execução de uma sentença penal condenatória.

**6.** No Brasil, são escassas as disposições constitucionais e legais acerca do controle da constitucionalidade das leis, diferentemente do modelo germânico, ora examinado, que é profuso em mandamentos encontrados na Lei Fundamental e na lei especial, já mencionada.

Desde a Constituição de 1891 até à Emenda de 1969, pouco ou nada se evoluiu, no Brasil, no sentido da edição de normas claras e precisas sobre a declaração de inconstitucionalidade das leis.

A primeira Carta republicana só continha dois artigos que se referiam implicitamente à questão: o art. 60, § 1º, instituindo o recurso extraordinário para reexaminar questões diretamente ligadas à Constituição; e o art. 66, atribuindo aos tribunais competência para apreciar a inconstitucionalidade das leis e atos do Poder Público.

As Constituições subseqüentes se limitaram a repetir os dispositivos da Carta de 1891, alterando aspectos irrelevantes. Acrescentaram, porém, o

dispositivo referente ao **quorum** da maioria absoluta para os tribunais declararem a inconstitucionalidade de lei ou decreto.

“Nenhuma de nossas Constituições republicanas, diz THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, enfrentou diretamente a questão da inconstitucionalidade, salvo quanto ao **quorum**, explicitamente, e a de 1946, no caso do parágrafo único do art. 8º” (**Do Controle da Constitucionalidade**, pág. 61.)

Acrescentamos, porém, que também o art. 64 da mencionada Carta Magna trata do problema da inconstitucionalidade, delegando ao Senado Federal poderes para suspender a execução da lei ou decreto declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, o art. 13 se conexiona com o parágrafo único do art. 8º, citado por BRANDÃO CAVALCANTI.

Releva recordar os dizeres do art. 8º e do art. 13 da Constituição de 1946, eis que dispunham sobre casos de intervenção federal, a ser decretada, não pelo Presidente da República, como ocorre em todas as hipóteses da Constituição vigente (art. 11), mas pelo Congresso Nacional, mediante lei, nos casos previstos nos itens VI e VII do art. 7º. Nos casos do item VII, o ato argüido de inconstitucionalidade deveria ser submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarasse, seria decretada a intervenção federal no Estado infrator, “para assegurar a forma republicana representativa; independência, e harmonia dos poderes; temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; autonomia municipal; prestação de contas da administração e garantias do Poder Judiciário”.

Relembramos que o art. 13 dizia que “nos casos do art. 7º, item VII, observado o disposto no art. 8º, parágrafo único, o Congresso Nacional se limitará a suspender a execução do ato argüido de inconstitucional, se esta medida bastar para o restabelecimento da normalidade no Estado”.

Na atual Constituição, como já frisamos, não mais vigem estes dispositivos. Toda e qualquer intervenção federal é decretada pelo Presidente da República, **ad referendum** do Congresso Nacional (art. 11, §§ 1º e 2º, e art. 12 e seus parágrafos). Não tem o Presidente da República que submeter seu ato à consulta prévia sobre constitucionalidade ao STF, ficando a seu alvitre o entendimento de se tratar ou não de hipótese de intervenção, com as restrições indicadas nos parágrafos 1º e 2º do art. 11.

Se este dispositivo constitucional foi abolido da Constituição vigente, foi-lhe, porém, acrescentada uma disposição que é, rigorosamente, de constitucionalidade das leis, consistindo ela, nada mais, nada menos, do que a extensão dos poderes conferidos pela Constituição de 1946 ao Procurador-Geral da República, em relação ao parágrafo único do art. 8º, para quaisquer outros casos que entender se trate de lei ou ato que afrontem a Carta Magna.

Referimo-nos ao direito de representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou es-

tadual. O art. 119, I, letra I, da Constituição, outorga ao Supremo competência originária para processar e julgar tal representação.

Além deste dispositivo, a Emenda Constitucional vigente prevê mais três outros relacionados com a declaração de inconstitucionalidade. Assim, o art. 42, item VII, confere ao Senado Federal a atribuição privativa de "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal."

O art. 116 prevê o **quorum** da maioria absoluta dos membros dos tribunais para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público.

Finalmente, ao estabelecer a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, mediante recurso extraordinário, dispôs, no seu art. 119, III, alíneas **a**, **b** e **c**, os casos de arguição de inconstitucionalidade decididos pelos tribunais inferiores. Tal preceito é repetido nos arts. 139 e 143, quando estabelece a Constituição serem irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral e do Trabalho, salvo se contrariarem a Constituição, caso em que caberá recurso ao Supremo.

7. O Brasil não dispõe, em sua estrutura jurídica de tribunal especial para exercer o controle da constitucionalidade das leis. Embora o Supremo Tribunal Federal seja considerado o guardião-mor da Constituição, como já dissemos, qualquer juiz ou tribunal pode conhecer e julgar casos de inconstitucionalidade, como prefacial de determinada demanda.

Com efeito, o Direito brasileiro conhece duas formas de declaração de inconstitucionalidade. A primeira, por intermédio do **processo comum**, quando o interessado alega, como fundamento da ação ou da defesa, a ameaça ou violação de um direito subjetivo individual. Esta arguição é feita apenas incidentalmente, como preliminar ou prejudicial e é apreciada pelos órgãos judiciários comuns, tendo o controle caráter difuso.

O segundo modo é através da **ação direta**, intentada tão-somente pelo Procurador-Geral da República, visando à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, nos termos do art. 119, I, letra I, da Constituição vigente.

7.1. Na Alemanha Federal, como já vimos, a declaração de inconstitucionalidade é ato de toda a turma que se pronuncia, não se conhecendo a proporcionalidade das decisões nem os votos vencidos. É preciso, pois, que, ao menos, cinco dos oito juízes de cada turma votem pela inconstitucionalidade argüida ou a rejeitem.

No Brasil, a matéria é regulada pelo art. 116 da Constituição (redação da Emenda Constitucional nº 7/77):

"Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, ou dos membros do respectivo órgão especial (art. 144, V), poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público."

Maioria absoluta, como é curial, obtém-se pela metade mais um de todos os membros do tribunal julgador. Vale dizer, por seis votos, o Supremo pode tornar sem força executória uma lei, por inconstitucionalidade.

Não é de hoje que se profliga, e com razão, este critério da maioria absoluta como insuficiente e precário. JOÃO MANGABEIRA defendendo a votação pelo **quorum** de dois terços dos Ministros do Supremo, criticava, em 1934, a redação do substitutivo apresentado a seu anteprojeto de Constituição, verberando o sistema norte-americano das decisões **five to four**.

Segundo ele, “não colhe a afirmativa de que os tribunais só declaram a inconstitucionalidade quando a questão está fora de qualquer dúvida razoável, ou na fórmula original, preconizada por THILGHMAN, “beyond all reasonable doubt”. As decisões de inconstitucionalidade por um voto têm motivado os maiores clamores populares e os mais intensos protestos dos centros culturais americanos”, arremata MANGABEIRA (**Em Torno da Constituição**, págs. 115/117).

7.2. Para que o Judiciário possa conhecer da questão de inconstitucionalidade, força é que o interessado proponha uma ação em forma regular, perante o juízo competente, invocando o direito subjetivo em que se funda sua pretensão, ou ainda, nos termos do já aludido art. 119, I, letra I, da Constituição, argua o Procurador-Geral da República, em forma de representação, e de ação direta, a inconstitucionalidade da lei.

Suscitado o litígio, incumbe ao juiz resolvê-lo. Declarando que a lei está eivada de inconstitucionalidade, o Poder Judiciário desliga o interessado da submissão ao seu império. A sentença que decreta a inconstitucionalidade não revoga os atos dos demais poderes submetidos ao controle do Judiciário. O que faz é apenas desconhecê-los, deixando-os, embora subsistentes, no corpo das leis ou dos atos do Executivo.

Portanto, a função do Judiciário, ao apreciar lei ou ato acimado de inconstitucional, limita-se a negar-lhe obediência, liberando o ofendido a se sujeitar à sua autoridade. Esta atividade consiste, segundo preleciona ALFREDO BUZUID, não tanto em anular ou revogar, quanto em deixar de aplicar a lei, incompatível com outra lei hierarquicamente superior ou com a Constituição. Não se trata, pois, de submeter os outros poderes ao controle do Judiciário, como se este fosse posto acima daqueles, mas de exercer o controle jurisdicional da lei ou do ato, que ofende direito subjetivo individual (**Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**, pág. 81).

A autoridade da coisa julgada, no caso brasileiro de declaração de inconstitucionalidade, restringe-se às partes, ao contrário da Alemanha, onde opera **erga omnes**, como já se disse.

Desentendem entre si os doutos quanto à obrigatoriedade de os juízes, em ações propostas por litigantes, alheios ao primeiro processo, decidirem do mesmo modo, ou se lhes é lícito discrepar, julgando constitucional a lei e aplicando-a ao caso concreto. Parece-nos que, diferentemente do que pensam abalizadas autoridades no assunto, como LÚCIO BITTENCOURT e CASTRO NUNES, não está o juiz brasileiro jungido a decidir senão de acordo com sua convicção. Ele se submete apenas ao império da lei e, embora a jurisprudência das Cortes lhe seja excelente roteiro, nem por isso tem ela efeito vinculativo.

Como observa o já mencionado BUZAID, é certo que a sentença que não segue a jurisprudência é suscetível de reforma, pois não conta com a aprovação dos tribunais superiores. Mas, a verdade é também que a sentença pode operar uma mudança na jurisprudência, se tiver a virtude de convencer o Tribunal (ob. cit., pág. 85).

A vinculação do julgado a decisões inferiores não faz sentido em nosso ordenamento jurídico, eis que, no dissídio constitucional, o objeto do processo não é a lei em si, mas o direito subjetivo da parte que se considera lesada. Nestas condições, a coisa julgada, transcendendo os limites da demanda, abrangeria a todos. Mas, enquanto os juízes resolvem **in casu** o direito particular, ameaçado ou violado por ato ilegal da legislação ou da administração, os efeitos do julgado valem **inter partes**, não se estendendo **erga omnes**.

Mas, para evitar a reprodução de tantas demandas quantos sejam os interessados agravados pelo ato inconstitucional, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a solução preconizada no art. 42, VII da Constituição vigente, em que incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

O Senado não age mecanicamente como simples cartório de registro de inconstitucionalidade. Examina o julgado do ponto de vista substancial e formal, verificando se, na declaração de inconstitucionalidade, foram observadas as regras jurídicas. Deve, pois, verificar se se trata de aplicação da norma ao caso concreto e não em tese e se foi observado o **quorum** prescrito na Carta Magna. Concorrendo os requisitos básicos legais, o Senado não pode, porém, se recusar a suspender a executoriedade da lei, ainda que sob a alegação de que a lei deva ser mantida por necessária ao bem-estar do povo ou à defesa do interesse nacional.

Após a suspensão da execução da lei ou do decreto, nenhum tribunal poderá aplicá-los, não porque a lei deixou de existir, repetimos, mas porque perdeu a executoriedade. Nem pode o próprio Supremo modificar sua jurisprudência, reconhecendo-lhe a constitucionalidade, após o pronunciamento do Senado (BUZAID, ob. cit., págs. 89 e 90).

**7.3.** Efeito diverso tem a declaração de inconstitucionalidade provocada por representação do Procurador-Geral da República. O litígio constitucional não constitui preliminar, mas o objeto principal do julgamento. Por isso mesmo, a lei não conferiu legitimidade de agir a qualquer um, mas apenas ao Procurador-Geral da República. Da mesma forma, a inconstitucionalidade não pode ser decretada por qualquer tribunal da República, mas tão-só pelo Supremo. A decisão, então, ensina BUZAID, vale como **lex specialis**, com eficácia **erga omnes** e não **inter partes** apenas. Mas, a decisão transitada em julgado precisa ser remetida ao Congresso para que este suspenda a execução do ato. A eficácia do julgado é retroativa, **ex tunc**, abrangendo todos os atos praticados sob o império da lei declarada inconstitucional, pois não se poderia considerar válidos atos praticados sob o império de uma lei nula (ob. cit., pág. 137).

Finalmente, uma observação: embora nenhum autor admita falar-se em revogação da lei inconstitucional, LÚCIO BITTENCOURT sustenta a possibilidade de um caso de revogação da lei declarada inconstitucional. E quando a lei, tachada de incompatível com a Constituição, já se achava em vigor por ocasião do advento desta.

“Não se trata, porém, de revogação pura e simples, como a que decorre do conflito intertemporal entre duas leis da mesma hierarquia. Não; uma lei incompatível com a Constituição é sempre, na técnica jurídica pura, uma lei inconstitucional, pouco importando que tenha precedido o Estatuto Político ou lhe seja posterior. A revogação é consequência da inconstitucionalidade.”  
(O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis, págs. 131 e seguintes.)

7.4. Vimos, pois, que na Alemanha Federal, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade operam *ex tunc* e *erga omnes*, o mesmo ocorrendo, no Brasil, em relação à declaração em ação direta, enquanto, na incidental, tais efeitos ocorrem apenas *ex nunc* e *inter partes*.

No entanto, como observa judiciosamente CAPPELLETTI, as necessidades práticas da vida social têm exigido certa atenuação do rigor teórico quer da doutrina da não retroatividade, ou seja, dos efeitos *ex nunc*, ou a partir da sentença, quer também da doutrina da retroatividade, isto é, dos efeitos *ex tunc*, desde o nascimento da lei.

Esta última corrente parte do pressuposto de que a lei inconstitucional seja *ab origine* nula e ineficaz. Isso significa que qualquer ato — seja privado, como, por exemplo, o contrato, ou público, como o ato administrativo ou uma sentença — que tenha aplicado a lei (que, repita-se, é uma lei nula e ineficaz) carece de uma válida base legal. Pode acontecer que uma lei tenha sido por muito tempo pacificamente aplicada por todos: órgãos públicos e pessoas privadas. Por exemplo, pode acontecer que um funcionário, eleito e nomeado com fundamento numa lei declarada inconstitucional, muito tempo depois, tenha exercido suas funções por largo período; ou que o Estado tenha, por muitos anos, recolhido certo tributo, ou ainda, uma pessoa tenha recebido uma pensão ou estipulado determinados contratos, sempre baseando-se em uma lei declarada posteriormente inconstitucional.

Que aconteceria se, em certo momento, a lei, aplicada pacificamente por muitos anos, venha a ser declarada inconstitucional? Como aceitar a doutrina dos efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos? Será que poderão ser destruídos todos os efeitos, criados, sem uma válida base legal, por aqueles atos públicos e privados, praticados de acordo com a lei?

A resposta a estas perguntas foram dadas, há pouco tempo, pela jurisprudência das Cortes norte-americanas, inspiradas em critérios de grande e oportuna praticidade e elasticidade. Aliás, critérios semelhantes foram também seguidos, ora pela lei, ora pela jurisprudência, tanto na Itália, quanto na Alemanha.

Em matéria penal, as Cortes americanas têm sempre entendido — e agora a lei alemã e a italiana dispõem expressamente — que, não obstan-

te o trânsito em julgado da sentença penal de condenação, ninguém deve ser constrangido a expiar uma pena que tenha sido infligida em aplicação de uma lei declarada inconstitucional.

Em matéria cível, ao invés, assim como em matéria administrativa, preferiu-se respeitar certos efeitos consolidados (entre os quais emerge particularmente a autoridade da coisa julgada), produzidos por atos fundados em leis consideradas inconstitucionais, posteriormente. E isso, levando em conta que, de outra forma, se teriam graves repercussões negativas sobre a paz social, isto é, sobre a exigência de um mínimo de certeza e de estabilidade nas relações e situações jurídicas (ob. cit., páginas 113/115).

8. Concluindo, ousamos afirmar que o controle constitucional, tal qual concebido pelo gênio notável de KELSEN e transplantado, inteligente e sabiamente, para a República Federal da Alemanha, é mais perfeito e eficaz do que o sistema adotado pelo Brasil, cópia fiel do norte-americano, mas talvez faltando a seus magistrados aquela independência e autoridade que os "Justices" ianques lograram obter e preservar, no fluir dos anos.

O controle exercido por órgão jurisdicional especial, como o que pratica o Tribunal Federal Constitucional alemão, parece-nos mais rápido e eficiente, já que não se arrasta pela sucessão de até quatro instâncias, como no Brasil, pois apenas aquele Tribunal tem competência, única ou última, para dirimir os casos constitucionais. Assim, o pronunciamento jurisdicional se torna mais uniforme, servindo, imediatamente, de orientação básica para os tribunais inferiores, que são vinculados às decisões da Corte Constitucional.

No Brasil, se as partes não insistirem em levar ao Supremo Tribunal Federal as controvérsias constitucionais, pode ocorrer que uma lei seja inconstitucional numa comarca (se assim entender seu titular e enquanto for o mesmo) e constitucional, noutra; ou ainda, gozar os foros constitucionais num Estado e ser acoimada de incompatível à Carta Magna, noutro.

Já existem sugestões preciosas no sentido de se outorgar ao Supremo a competência quase exclusiva de se pronunciar apenas sobre matéria constitucional, criando, para isso, outros tribunais federais regionais, para a solução, em grau de recurso intermediário, dos litígios julgados pelos juízes federais, o que desafogaria sobremaneira o STF.

Dessa forma, os chamados Tribunais Superiores julgariam, através do recurso de revista ou outro assemelhado (como já ocorre com o Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar), em último grau, as demandas comuns, subindo ao Supremo tão-somente as causas em que se versasse matéria constitucional, além de outras competências originárias, como vimos no que concerne ao Tribunal Federal Constitucional alemão.

Outra alteração que se espera no sistema de controle brasileiro é retirar do Procurador-Geral da República a prerrogativa de decisão sobre o encaminhamento ou não da representação, visando à declaração de inconstitucionalidade de lei ou decreto federal, transformando-o em apenas

instrumento e não em árbitro prévio da existência ou não da inconstitucionalidade. Esta tese é defendida, aliás, em artigo do Professor SANSÃO JOSÉ LOUREIRO, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (cfr. *Revista de Direito Público*, ano VI, nº 24, abril-junho de 1973, págs. 98/102, "A Competência do Procurador-Geral da República na ação direta de declaração de inconstitucionalidade").

Consideramos também salutar adotar-se, em todos os Estados, a sistemática da Constituição do Paraná, que atribui ao Procurador-Geral do Estado competência para suscitar, perante o Tribunal de Justiça do Estado, a inconstitucionalidade de lei, podendo o mesmo fazê-lo, porém, perante o Supremo, mediante representação ao Procurador-Geral da República.

*Da mesma forma, os Promotores Públicos poderiam argüir, perante o Juiz de Direito da Comarca, a inconstitucionalidade de lei municipal, iniciando, assim, seu processo de inconstitucionalidade que terminará no Supremo. A menos que a Constituição, desafogando o STF de outras competências, confira a ele a jurisdição única sobre matéria constitucional, como ocorre na Alemanha Federal.*

## 9. BIBLIOGRAFIA

- BITTENCOURT, C. A. Lúcio, *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, Rio, Forense, 1949.
- BURDEAU, Georges, *Traité des Sciences Politiques*, Tome IV, L.C.D.J., Paris, 1969.
- BUZOID, Alfredo, *Da Ação Direta da Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 1958.
- CAPPELLETTI, Mauro, *Il Controllo Giudiziario di Costituzionalità delle Leggi nel Diritto Comparato*, Giuffrè, Milano, 1971.
- CASTRO NUNES, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão, *Do Controle da Constitucionalidade*, Forense, Rio, 1964.
- DAVID, René, *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé, Introduction*, Paris, 1958.
- DUVERGER, Maurice, *Constitutions et Documents Politiques*, PUF, 6ème édition, Paris, 1971.
- FERREIRA, Luis Pinto, *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, volume I, 5ª edição, 1971, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais.
- HEYDE, Wolfgang, *La Justicia en la República Federal de Alemania*, editado por la Oficina de Prensa e Información del Gobierno Federal, Hamburgo, 1971.
- LESSA, Pedro, *Do Poder Judiciário*, Livraria Francisco Alves, Rio, 1915.
- MALUF, Sahid, *Curso de Direito Constitucional*, 2º volume, Sugestões Literárias, São Paulo, 1970.
- MANGABEIRA, João, *Em Torno da Constituição*, Rio, 1934.
- MELLO, José Luis de Anhaia, *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição — As Cortes Constitucionais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968.
- MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris, *Les Constitutions Européennes*, PUF, Paris, 1951.
- PELAYO, García, *Derecho Constitucional Comparado*, Edición Manuales de la Revista de Derecho, Madrid, 1967.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*, seis volumes, Revista dos Tribunais, 1971.
- *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*.
- *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº 34, Belo Horizonte, 1972.

# Medidas de emergência e estado de emergência

OSMAR ALVES DE MELO  
Advogado

## SUMARIO

### *Contribuição ao estudo dos novos institutos*

Medidas de emergência e estado de emergência. "Salvaguardas" do Estado: indefinição, imprecisão e dubiedade. Fontes inspiradoras: art. 16 da Constituição francesa; art. 155 da Lei Fundamental da República Federal Alemã. Semelhança apenas de nome. Simetria inexistente. Artigos 240 e 241 da Constituição da Venezuela: estado de emergência corresponde a estado de sítio. Fonte imediata: arts. 166 a 173 da Constituição de 1937. Fonte mediata: art. 48 da Constituição de Weimar. Conselho Constitucional Francês: composição, autonomia, independência. Conselho Constitucional Brasileiro: composição; dependência. Conselho Federal Alemão: órgão de cooperação legislativa. Federalismo; autonomia. Poderes absolutos do Presidente da República. Medidas coercitivas gravíssimas.

Durante o longo trabalho de coordenação política da chamada Missão Portella, de um lado, empurrada pelo clamor da opinião pública, cansada dos métodos autoritários e do arbítrio de um governo autocrático, e, de outro, freada pela orientação gradualista do Governo Geisel no sentido de somente eliminar a legislação de exceção, especialmente o AI-5, que era uma espécie de guilhotina suspensa sobre a cerviz da Nação, na medida em que fossem introduzidas no texto constitucional "as salvaguardas" do Estado, falou-se muito, e ainda se fala, em fontes inspiradoras dos novos institutos político-jurídicos introduzidos no Direito Constitucional brasileiro.

Em primeiro lugar, sobressai a expressão "salvaguardas do Estado", formulada pelo próprio Presidente Geisel, que, não obstante indefinida, imprecisa

e dúbia do ponto de vista jurídico-constitucional, muito embora já usada em organismos que cuidam das garantias de uso pacífico da energia nuclear, ingressou no vocabulário político como sendo a instituição de mecanismos de defesa do Estado. Certamente, Estado, não na sua acepção jurídico-política, mas no sentido de Governo, de agentes do poder estatal, de autoridades constituídas que exercem eventual e temporariamente relevantes funções públicas, sobretudo no Poder Executivo.

Na insistência pela introdução das “salvaguardas” do Estado no texto constitucional encontra-se o resíduo da dicotomia entre o Estado e a Nação, permanecendo aquele de costas para esta, denunciada, pela primeira vez, logo após as eleições legislativas de 1974, pelo Deputado Djalma Marinho, reconhecida pelas oposições, especialmente pelo Movimento Democrático Brasileiro, pela CNBB e pela Ordem dos Advogados do Brasil e identificada até por líderes do Movimento Político-Militar de 1964, sobressaindo, entre estes, os Senadores Magalhães Pinto e Teotônio Vilela e os Generais Olímpio Mourão Filho e Hugo Abreu.

Na verdade, no regime republicano, por natureza, democrático, no governo de leis e não de homens, dentro do princípio de Montesquieu de que “é preciso que o poder contenha o poder”, a garantia elementar do Estado reside na própria separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, pois, da aparente oposição entre os três Poderes resultam o equilíbrio e a harmonia entre eles.

Nessas circunstâncias demarcadas com precisão e respeitadas as fronteiras entre os Poderes, o Estado, criado pela Nação para servi-la e não para servir-se dela, não necessita de outras salvaguardas além do respeito recíproco que se devem mutuamente os Poderes constitucionais. É claro que, no interesse de sua própria sobrevivência como comunidade politicamente organizada, a Nação instrumenta o Estado de Forças Armadas e Policiais, de tal sorte que possa viver em paz, sem receio dos inimigos externos e eventualmente internos. Assim, o Estado deve prover a segurança da Nação como um todo, compreendendo o direito de vida pacífica e em liberdade de cada cidadão e o respeito de todos a todos quantos exercem funções públicas.

Não há segurança do Estado isolada da segurança dos indivíduos que compõem a Nação, pois estes, desde que resolveram criar o Estado, são os primeiros interessados na sua existência. Por isso, ensina Afonso Arinos que “a segurança total do Estado representa a insegurança total da sociedade” (conferência pronunciada na UnB, em outubro de 1977). A maior prova desta verdade política eterna encontra-se na recente revolução iraniana, onde também o Estado se divorciara da Nação, de seus anseios políticos e religiosos.

Os adversários do Estado Republicano alardeiam que as exigências de planificação e eficiente execução de programas de governo são incompatíveis com a clássica divisão tripartite de Poderes, sobretudo porque o Poder Legislativo é naturalmente lento na elaboração legislativa. Mas a lentidão ou a rapidez da produção legislativa é uma questão de método de trabalho que nada tem a ver com o planejamento e a eficiente execução das leis. E tanto isso é verdade que países altamente desenvolvidos como a Suécia, uma monarquia constitucionalista, elabora suas leis de interesse político por meio de comissões integradas por representantes do Poder Executivo e do Poder Legislativo, sob a coordenação e supervisão de representante do Poder Judiciário, sem prejuízo de criteriosa audiência, às vezes, de centenas de entidades civis interessadas no assunto. E nem por isso deixa de ser uma das mais desenvolvidas e democráticas nações do mundo. Enquanto isso, nos Estados Unidos, as leis, em grande parte, chancelam apenas a jurisprudência dos tribunais.

Adotando ou não o exemplo da Suécia ou dos Estados Unidos, certo é que na elaboração legislativa não se poderá deixar de levar em consideração a presumível vontade da Nação, a média dos interesses em jogo de todos os grupos sociais. Por isso é que mais incompatíveis com a democracia são os legisladores solitários, que se julgam capazes de interpretar, sozinhos, a vontade de uma nação com mais de cem milhões de habitantes.

Não obstante os contatos feitos pelo Senador Petrônio Portella com inúmeras personalidades do mundo político, econômico, social, jurídico, intelectual e religioso, o texto da Emenda Constitucional nº 11 foi elaborado em gabinetes fechados e não houve oportunidade de amplo debate sobre o mesmo ainda que no âmbito estrito do Poder Legislativo. Dessa forma, padece dos mesmos vícios de quase toda a legislação dos últimos 15 anos. A Emenda nº 11 ainda foi uma concessão do governo, um *praemium principis* e, por isso, ainda são claras as restrições às próprias franquias parlamentares, inconcebíveis quando o poder constituinte é a expressão da vontade da Nação.

Seu exame desapassionado e sem radicalismos se impõe às oposições e ao Governo para que a Nação saiba, com exatidão, o alcance de suas inovações e se estas se conciliam com a República e a democracia. Houve liberalizações do regime, mas permanece, agora, em caráter permanente, portanto no texto constitucional, o germe do autoritarismo, que só será afastado com o restabelecimento completo dos princípios republicanos, da divisão e separação dos Poderes, e do primado do Direito.

Invocaram os porta-vozes do Governo, como parâmetros para as medidas de emergência e o estado de emergência, os artigos 16 da Constituição francesa e 155 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.

Comparem-se os textos constitucionais para ver-se se há ou não similitude entre a Emenda Constitucional nº 11 e as Constituições das duas grandes nações européias amigas. Por enquanto, e para tratar apenas de inovações constitucionais denominadas medidas de emergência e estado de emergência, deixe-se de lado o estado de sítio, com os seus variados nomes de estado de defesa, estado de emergência, estado de guerra etc., em diversos países

Dispõe o artigo 155 da Constituição emendada, que trata das medidas de emergência:

“Art. 155 — O Presidente da República, para preservar, ou prontamente restabelecer, em locais determinados e restritos, a ordem pública ou a paz social, ameaçadas ou atingidas por calamidades ou graves perturbações que não justifiquem a decretação dos estados de sítio ou de emergência, poderá determinar medidas coercitivas autorizadas nos limites fixados no § 2º do art. 156, desde que não excedam o prazo de 60 dias, podendo ser prorrogado uma vez e por igual período.”

As medidas restritivas previstas no § 2º do art. 156 são:

- a) obrigação de residência em localidade determinada;
- b) detenção em edifícios não destinados aos réus de crimes comuns;
- c) busca e apreensão em domicílio;
- d) suspensão da liberdade de reunião e de associação;
- e) intervenção em entidades representativas de classes ou categorias profissionais;
- f) censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas; e
- g) uso ou ocupação temporária de bens das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou concessionárias de serviços públicos, bem como a suspensão do exercício do cargo, função ou emprego nas mesmas entidades.

O Presidente da República, ao decretar as medidas de emergência, investe-se de poderes absolutos, ditatoriais, arbitrários, capazes, não só de silenciar, em locais determinados, todos os cidadãos: a) com a suspensão da liberdade de reunião e de associação; b) com a intervenção em entidades representativas de classe, como os sindicatos, e de categorias profissionais, como a Ordem dos Advogados do Brasil, e c) com a censura de correspondência, da imprensa e das telecomunicações, como poderá, de acordo com o seu livre arbítrio, fixar a residência ou domicílio de determinados cidadãos incômodos ao regime, assim como detê-los onde parecer mais conveniente ao Governo, permitindo, ainda, que a polícia promova a invasão de domicílios, sem portar mandado judicial, a título de busca e apreensão. Enfim, poderá sujeitar os cidadãos à mais com-

pleta insegurança, submetendo-os à vontade do Governo, sem que haja a quem recorrer para deter os vexames mais ignominiosos comuns nesses instantes de eclipse das garantias fundamentais do homem e de supressão das liberdades individuais. Poderá, também, suspender o exercício dos cargos, funções ou empregos de servidores do Estado, de autarquias, de sociedades de economia mista, concessionários do serviço público e, embora não esteja enumerado, de fundações, enfim, de qualquer empresa pública.

Com efeito, trata-se de medidas de tal gravidade que só são concebíveis na hipótese de guerra externa, de invasão do território nacional por forças estrangeiras ou de sedição armada de grandes proporções e, no entanto, podem ser tomadas em razão de fatos relativamente insignificantes como uma greve de motoristas de ônibus ou passeatas de estudantes universitários, fora da área do campus da Universidade, que, no entender do Presidente da República, afetem a ordem pública ou a paz social, ou constituam uma calamidade ou grave perturbação.

Dir-se-á que o Presidente da República determinará qual ou quais medidas coercitivas serão postas em prática, não devendo, necessariamente, valer-se de todo o elenco que lhe autoriza a Emenda Constitucional nº 11. Mas, a suspensão de uma só garantia constitucional que seja, não poderá, no regime democrático, ficar entregue ao Poder discricionário de um só homem, por mais sábio e humano que seja.

Dispõe o art. 158 da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional nº 11:

“Art. 158 — O Presidente da República, ouvido o Conselho Constitucional (art. 159), poderá decretar o estado de emergência, quando forem exigidas providências imediatas, em caso de guerra, bem como para impedir ou repelir atividades subversivas a que se refere o art. 156.”

O decreto que declarar o estado de emergência indicará as medidas coercitivas que vigorarão, fixadas no art. 156, § 2º O tempo de duração do estado de emergência não será superior a 90 dias, podendo ser prorrogado uma vez por igual período, se persistirem as razões que lhe justificaram a declaração (§ 2º do art. 158). Observa-se, que, para a decretação do estado de emergência, é ouvido o Conselho Constitucional e as razões de sua declaração são mais graves, isto é, guerra e atividades subversivas.

Em primeiro lugar, atividades subversivas, expressão imprecisa, por sua natureza subjetiva, é equiparada à guerra, uma promoção imerecida para muitos movimentos declarados como tais, quando o equivalente à guerra, na tradição republicana, desde a Constituição dos Estados Unidos, é sedição. Em

segundo lugar, a possibilidade de adoção das medidas coercitivas assinaladas, em âmbito mais amplo, em todo o território nacional.

Nada disso encontra paralelo na Constituição francesa ou na Lei Fundamental da República da Alemanha Federal, como não o encontra no Estatuto Político de nenhuma nação democrática, quer no regime presidencialista, quer no regime parlamentarista.

Ora, dispõe o art. 16 da Constituição francesa:

“Art. 16 — Quando as instituições da República, a independência do País, a integridade do seu território ou o cumprimento de seus compromissos internacionais estiverem ameaçados de maneira grave e imediata, e o funcionamento regular dos Poderes Públicos constitucionais estiver interrompido, o Presidente da República tomará as medidas exigidas por estas circunstâncias, após consultar oficialmente o Primeiro-Ministro, os Presidentes das Assembléias, bem como o Conselho Constitucional.”

Desde logo, salta aos olhos a diferença entre as motivações para o exercício dos poderes extraordinários pelos Presidentes da França e do Brasil. Aqui, basta que a ordem pública e a paz social, no entender do Presidente da República, sejam ameaçadas ou atingidas por calamidades ou graves perturbações e, justificam-se as medidas de emergência, justificando-se o estado de emergência no caso de guerra ou de atividades subversivas. Na França, só se justifica o exercício de tais poderes extraordinários quando as instituições da República, a independência do País, a integridade de seu território ou os compromissos internacionais estiverem ameaçados de maneira grave e imediata, ou quando o funcionamento regular dos Poderes Públicos constitucionais estiver interrompido. Na França, tais medidas só serão aplicadas, pois, na iminência de estado de guerra ou de guerra civil. No Brasil, simples calamidades ou perturbações da ordem e da paz social, ou atividades subversivas, situações indefinidas, expressões vagas e subjetivas, que se tornarão definidas e objetivas ao sabor das conveniências políticas ocasionais e de acordo com o livre arbítrio do Presidente da República, servem para a aplicação de medidas coercitivas gravíssimas, que vão desde a censura de correspondência, da imprensa e das telecomunicações à invasão do domicílio e à detenção dos cidadãos.

Além disso, no caso de medidas de emergência, a Emenda nº 11 autoriza o Presidente da República a agir sozinho, enquanto na França o Presidente só tomará tais providências após consultar oficialmente os Presidentes do Senado e da Assembléia Nacional, bem como o Conselho de Estado. Aqui, portanto, prevalece o arbítrio do Presidente da República, que não existe na França.

É verdade que, no caso de decretação do estado de emergência, o art. 158 de nosso Diploma Constitucional manda que o Presidente da República ouça

o Conselho Constitucional. Trata-se de Conselho Constitucional presidido pelo Presidente da República, com a participação, como membros natos, do Vice-Presidente da República, dos Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, do Ministro da Justiça e de Ministros representantes das Forças Armadas (art. 159). Com efeito, tal Conselho Constitucional parece mais uma Comissão do Poder Executivo, com participação dos Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. Trata-se, a toda evidência, de órgão inteiramente a mercê do Presidente da República, que o preside e, assim inevitavelmente, o Chefe do Poder Executivo é senhor absoluto de sua vontade e poderá decretar o estado de emergência quando bem entender, haja ou não de fato, na realidade, os motivos autorizados constitucionalmente.

O Conselho Constitucional Francês, que o Presidente terá de consultar oficialmente, depois de consultar os Presidentes das Assembléias e o Primeiro-Ministro, para investir-se de poderes extraordinários, tem composição diversa do nosso. Guarda independência e autonomia, já que dele não participa nenhum membro do Governo nem do Poder Legislativo e cujos mandatos são mais longos do que os de quaisquer outras funções executivas ou parlamentares.

Na forma do art. 56 da Constituição Francesa, “o Conselho Constitucional se comporá de nove membros cujo mandato durará nove anos e não será renovável. O Conselho Constitucional se renovará por terços a cada três anos. Três de seus membros serão nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembléia Nacional e três pelo Presidente do Senado”.

Do Conselho Constitucional participam ainda como membros vitalícios os ex-Presidentes da República. Segundo o art. 57 do Diploma Constitucional francês, “as funções de membro do Conselho Constitucional serão incompatíveis com as de Ministro ou de membro do Parlamento”. A única vantagem atribuída ao Presidente da República francesa é a nomeação do Presidente do Conselho Constitucional.

No art. 91 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha encontra-se disciplinado o *estado interno de emergência*, que nada tem a ver com o *estado de emergência* previsto no art. 158 da Constituição Federal. Nas seções primeira e segunda, prescreve o art. 91:

(1) “Para a defesa contra um perigo que ameace a existência ou o regime livre e democrático da Federação ou de um Estado, um Estado poderá requerer a cooperação das forças públicas de outros Estados, assim como pessoal e material de outras administrações e da Polícia Federal de Fronteiras.”

(2) “Se o próprio Estado ameaçado pelo perigo não estiver disposto ou em condições de combater o perigo, o Governo Federal poderá

assumir o comando da Polícia daquele Estado e das forças policiais de outros Estados, bem como recorrer à Polícia Federal de Fronteiras. Esta disposição deverá ser revogada, uma vez eliminado o perigo e, além disso, em qualquer altura, desde que o Conselho Federal o exija. Se o perigo atingir a área de mais de um Estado, o Governo Federal pode dar instruções aos governos estaduais, no âmbito que se revelar necessário para um combate eficaz; as fases 1 e 2 não são afetadas por isso.”

Também na Lei Maior alemã, o Governo Federal não age arbitrariamente, já que as disposições serão revogadas, em qualquer tempo, desde que o Conselho Federal o exija. E este Conselho Federal, sábia instituição federativa, guarda inteira independência e autonomia em relação ao Governo Federal alemão, pois se trata de órgão de cooperação em matéria legislativa e administrativa federal, representando os Estados-Membros (art. 50) e é formado por membros dos governos dos Estados, que os designam e os destituem, sem contas a prestar ao Governo Federal.

A não ser a semelhança do nome, o estado de emergência e as medidas de emergência não se inspiraram na Constituição alemã nem muito menos na Constituição francesa. Trata-se de inovações do constituinte de 1978, tendo como fonte imediata os arts. 166 a 173 da Constituição polaca e como fonte mediata o art. 48 da Constituição de Weimar, como se demonstrará mais adiante, que recebeu do Governo projeto elaborado e não pôde discuti-lo adequadamente, nem modificá-lo, nem substituí-lo, que mantém o autoritarismo e o arbítrio do Presidente da República, inconciliáveis com os princípios republicanos e democráticos e com as tradições do direito constitucional brasileiro, certamente inaceitáveis tanto quanto os Atos Institucionais em uma nação que se diz vocacionada para as práticas democráticas.

Na Constituição francesa, são previstos ainda a declaração de guerra (art. 35) e o estado de sítio (art. 36), o primeiro autorizado pelo Parlamento e o segundo decretado pelo Conselho de Ministros, cuja prorrogação por mais de 12 dias só poderá ser autorizada pelo Parlamento, o que significa que, em última análise, tanto um como o outro são da competência do Poder Legislativo, diferentemente do caso brasileiro, em que o Presidente da República, solitariamente, com audiência apenas do Conselho de Segurança Nacional, órgão do Poder Executivo, poderá decretá-lo. Igualmente, a Constituição alemã atribui ao Parlamento Federal a constatação de que o território federal está a ser objeto de um ataque armado ou da iminência de um ataque armado, a fim de que seja decretado o estado de defesa (art. 155, a).

Em nenhuma das Constituições comparadas, a não ser naquelas em que se inspirou o constituinte autoritário de 1978, estão previstas medidas coercitivas

ou a suspensão de garantias individuais nas hipóteses de adoção de poderes extraordinários, conferidos ao Governo, estado interno de emergência, estado de guerra, estado de defesa ou estado de sítio, embora, sob esse aspecto, a mais liberal das Constituições ainda seja a americana que, na seção 9, art. 2, prescreve:

“Não poderá ser suspenso o remédio do *habeas corpus*, exceto quando, em caso de rebelião ou de invasão, a segurança pública o exigir.”

Se o constituinte brasileiro irrefutavelmente não se inspirou em nenhum dos diplomas constitucionais tantas vezes invocados como parâmetros, também se equivocou redondamente se entendeu de tomar por empréstimo à Constituição da República da Venezuela a disciplina do estado de emergência, prevista nos arts. 240 e 241, pois ali está apenas disciplinado com esse “*nomen iuris*” o estado de sítio, não contemplado na Constituição venezuelana.

Nos arts. 116-2, 116-3 e 116-4 da novíssima Constituição espanhola estão contemplados o estado de alarma, declarado pelo Governo, mediante decreto acordado no Conselho de Ministros por um prazo máximo de 15 dias, que não poderá ser prorrogado sem autorização do Congresso dos Deputados; o estado de exceção, declarado nas mesmas condições, com prévia autorização do Congresso dos Deputados, e o estado de sítio, declarado pela maioria absoluta do Congresso dos Deputados, por proposta exclusiva do Governo, diferentemente do nosso, previsto no art. 156 da Constituição emendada, que é decretado pelo Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional.

Com efeito, depois de meses de pesquisas, debruçado sobre as Constituições em vigor de inúmeros países ocidentais, entre os quais, além das assinadas, as da Holanda, Itália, Grécia, Suécia, Noruega, Dinamarca, Israel, Austrália e de países orientais, como a República Democrática Alemã, Polônia, China, e Hungria, nada encontrei que sirva de parâmetro às inovações da Emenda Constitucional nº 11, recheada de poderes arbitrários do Presidente da República, poderes, aliás, nem de longe desfrutados pelos monarcas atualmente.

Na verdade, a fonte imediata de inspiração das medidas de emergência e do estado de emergência encontra-se nos arts. 166 a 173 da Constituição de 10 de novembro de 1937, conhecida popularmente como Constituição Polaca, e que regeu o Estado Novo. Na Constituição outorgada de 1937, como, por força da Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, investe-se o Presidente da República de poderes extraordinários, em face de situações internas consideradas perturbadoras da paz pública, e dá-se-lhe autoridade para “declarar em todo o território do País, ou na porção do território particularmente ameaçado, o estado de emergência” (Constituição de 1937) ou medidas de emergência (Emenda Constitucional nº 11).

“Para nenhum desses atos será necessária a autorização do Parlamento Nacional”, determina o parágrafo único do art. 166 da Constituição polaca, o que ocorre igualmente na forma da Emenda nº 11, pois que o Presidente da República apenas “dará ciência das medidas à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, bem como das razões que as determinarem” (§ 1º do art. 155 da Constituição em vigor).

As restrições às liberdades individuais têm absoluta correspondência no art. 168 e alíneas *a* a *d* da Constituição de 1937 e nas alíneas *a* a *e* do § 2º do art. 156 do Estatuto Político atual. Assim, as alíneas *a* (obrigação de residência em localidade determinada) e *b* (detenção em edifícios não destinados aos réus de crimes comuns) deste correspondem à alínea *a* do art. 168 daquela. A alínea *c* deste (busca e apreensão em domicílio) corresponde à alínea *d* daquele. A alínea *d* deste (suspensão da liberdade de reunião e de associação) corresponde à alínea *c* daquele. A alínea *f* deste (censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas) corresponde à alínea *h* daquele.

Por seu turno, os estados de emergência e de guerra, disciplinados pelos arts. 166 a 173 da Constituição polaca, inspiraram-se no art. 48 da Constituição da República alemã, aprovada pela Assembléia Constituinte reunida na pacata cidade de Weimar, nos primeiros meses de 1919. Em homenagem à localidade de reunião da Assembléia Constituinte, o Estatuto Político alemão de 1919 tornou-se conhecido como Constituição de Weimar.

Os constituintes alemães de 1919, saídos dos horrores da I Guerra Mundial, como os legisladores ordinários brasileiros de 1978, investidos de poderes constituintes, sem que o Brasil tenha saído de nenhuma guerra, estiveram mais preocupados em dar ao Estado poderes de autodefesa, em detrimento das liberdades individuais, da mesma forma que a Carta de 1937.

Dessa forma, a Constituição de Weimar, como a Carta de 1937 e a Emenda nº 11, de 1978, em tudo semelhantes, dispõem das cláusulas mais extremas de emergência e de restrições às liberdades fundamentais do ser humano jamais adotadas por um Estado democrático, em tempos de paz. Na República de Weimar, como no Estado Novo, os tribunais ordinários poderiam ser substituídos por tribunais militares ou pelo Tribunal de Segurança Nacional respectivamente, como, na forma da atual Constituição, os civis acusados de crimes contra a segurança nacional estão sujeitos à jurisdição do Superior Tribunal Militar que, em princípio, deveria ter jurisdição apenas sobre militares.

Na Alemanha de 1919, como no Brasil de 1937 a 1945 e de 1964 aos nossos dias, repetindo Robert Moss, “a finalidade dos poderes de emergência é dar aos soldados a mesma liberdade de que gozam ao lidar com inimigos

estrangeiros quando o fazem com os compatriotas revoltados. E conceder poder ao Governo para agir rapidamente ao se deparar com uma crise nacional” (1).

Com base no art. 48 da Constituição de Weimar, Hitler investiu-se de poderes extraordinários, proibindo a imprensa de emitir críticas contra o Governo, prendeu deputados, violou as liberdades individuais, provocou uma hecatombe mundial e, usando as medidas constitucionais destinadas à defesa da República, levou-a ao colapso e à destruição.

Por isso, é mais sensato conservar o princípio montesquiano de “o poder frear o poder” e a doutrina americana “dos pesos e contrapesos”, porque estes, sim, unem a Nação ao Estado, dando a este a estrutura e a consistência necessárias ao seu equilíbrio e estabilidade.

Assim, desde que o nosso País não pode ser uma ilha isolada ao acervo cultural da humanidade e das conquistas da civilização, impõe-se, com a maior urgência, a elaboração de uma Constituição, que não poderá ser obra de legisladores ordinários, sempre sujeitos a contingências e maiorias ocasionais, mas terá de ser um monumento construído por um Poder Constituinte eleito expressamente para essa missão grandiosa de reintegrar o Brasil no concerto das Nações democráticas.

Uma Constituição, um verdadeiro estatuto político nacional, há de ser sempre obra da Nação inteira, através de representantes eleitos para essa finalidade, e não estereótipos por trás dos quais se esconde a vontade de alguns em detrimento dos interesses da maioria dos cidadãos.

Se há diferença de nossa realidade em relação à de outros países, estas diferenças certamente abrigar-se-ão no texto constitucional. Mas, se somos uma república e uma federação, os princípios que lhes são próprios, são absolutamente idênticos em qualquer lugar do mundo. E não é possível nos definirmos como república e federação e não sermos nem uma coisa nem outra.

Com efeito, a Emenda Constitucional nº 11 representou progresso no sentido de que eliminou a dicotomia de duas ordens de direito superpostas — a constitucional e a institucional — que conduzia a contra-sensos jurídicos insuperáveis, pois, na prática, a primeira só tinha existência enquanto a outra não se impunha. Sem dúvida, já que a legislação de exceção foi parcialmente revogada, e uma vez que ainda continuam intocáveis e fora do alcance da apreciação judicial os efeitos dos atos praticados com base no vastíssimo elenco de Atos Institucionais e Complementares, restabeleceu-se a ordem constitucional, parcialmente.

Mas, inegavelmente, tal ordem constitucional não traduz ainda os princípios republicanos, federativos e democráticos na sua pureza e plenitude, nem cor-

---

(1) *O Colapso da Democracia*, Editora Nórdica Ltda., pág. 135.

responde às tendências e às perspectivas históricas da Nação, nem às aspirações nacionais, pois o estado de direito restaurado parcialmente ou em vias de restauração ainda é autocrático, sustentado e orientado por princípios autoritários e sujeitos a grandiloqüentes, ainda que episódicos, surtos de arbítrio, por força dos novos institutos denominados medidas de emergência e estado de emergência e de outros dispositivos limitadores das franquias e imunidades parlamentares.

Por isso, ainda estamos muito distantes da verdadeira ordem republicana e da democracia, esta plantinha tenra que carece de cuidados especiais todos os dias, como ensinava Otávio Mangabeira, isto é, da plena divisão e separação dos Poderes harmônicos entre si e da indispensável participação do povo nos destinos do Estado, através de legítimos representantes e governos eleitos.

Por fim, ainda não se restabeleceu o verdadeiro estado de direito democrático, onde impera “o governo da lei, contraposto ao governo do arbítrio, ao governo da força”, na expressão contundente de Rui Barbosa (2) e onde “a posição legal do Estado consiste em abster-se de invadir os direitos individuais” (3).

Os direitos e liberdades individuais continuam existindo sob condição suspensiva, já que podem ser suspensos por força de circunstâncias mais ou menos vagas, de acordo com o grau maior ou menor de tolerância e compreensão do Presidente da República. E não é exagero afirmar que desfrutamos, após a vigência da Emenda Constitucional nº 11, menos garantias individuais nominalmente, formalmente enumeradas no texto constitucional, do que na vigência da Constituição Política do Império, onde, segundo Pimenta Bueno, “o regime, por sua base constitucional, neutralizou os perigos da monarquia pura, da absorção de todo o Poder Legislativo e Judiciário, do poder sem limites, sem contraste, do despotismo, vizinho da tirania” (4).

Reconhecidamente, abriu-se uma clareira. Liberalizou-se o regime. Mas a estrada real que reconduzirá o País ao seu destino republicano e democrático ainda está por ser aberta. Para que seja obra duradoura e não provisória e inviável, a partir do desaparecimento das circunstâncias que a determinarem, terá de ser construída com a participação de todos os brasileiros, com compreensão e boa vontade do Governo e com vigilância, coragem e senso patriótico das oposições, através de uma Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, que certamente traduzirá na Carta Política a vocação democrática nacional e fixará, com precisão, os limites dos poderes do Estado e saberá repartir igualmente o exercício das liberdades.

(2) *República: Teoria e Prática*, pág. 62.

(3) *Idem*, pág. 93.

(4) *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, pág. 28.

# O princípio da liberdade na prestação jurisdicional

**JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA**

Professor de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

**Prestação jurisdicional é algo que existe tanto nos Estados de regime democrático como nos de regime ditatorial. Por meio dela, se vêem atuadas tanto as normas que estabelecem uma ordem jurídica liberal, como as que compõem uma ordem jurídica autoritária.**

A primeira indagação, portanto, ao tratar do tema que ora nos ocupa, há de ser a seguinte: como se coloca o tema da liberdade no processo se

---

Tese apresentada e aprovada na VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (Manaus — 18 a 22 de maio de 1980).

ele se destina a servir, indiferente, tanto à ordem democrática como à totalitária? Se é verdade que o processo, assim como a prestação jurisdicional que o encerra, serão tanto mais perfeitos quanto melhor sirvam à realização do direito substantivo (não importa se justo ou iníquo), em que grau de importância poderia a idéia de liberdade contribuir para o aperfeiçoamento do processo e da sentença?

A ênfase modernamente emprestada ao caráter instrumental do processo e à natureza abstrata da ação muito tem contribuído e, talvez, decisivamente, para apagar as relações entre direito e processo e obscurecer a idéia, já antiga de muitos séculos, de que só há direito na medida em que o possamos **in judicio persequi**. Uma das conseqüências dessa tendência **abstratizante** é a de admitir que se insinue na ciência processual e no direito positivo um sentido mecanicista do processo, que o isola do sistema constituído pelos direitos ditos substantivos e tende a apreciar, no processo, mais a sua eficiência, quantitativamente mensurável, que a justiça do resultado, susceptível esta apenas de apreciação axiológica e, pois, qualitativa.

Produto típico dessa atitude, entre nós, é a chamada **arguição de relevância**, em que a decisão jamais pode ser apreciada à luz de qualquer escala de valores, porque imotivada, e permitindo, por isso mesmo, tão-somente uma apreciação quantitativa, expressa no número de vezes que uma questão federal foi, ou não, considerada relevante.

Sob uma tal perspectiva, o princípio da liberdade, se se desejar ser coerente, pouco ou nada tem a ver com o processo. Bem ao contrário, a liberdade que se conceda às partes para influir no resultado do processo, *assim como a liberdade que se atribua ao juiz para decidir com imparcialidade e justiça*, afiguram-se como elementos perturbadores da eficiência do processo.

Esta visão do processo não é, contudo, a meu ver, tão poderosa que logre ocultar uma realidade facilmente perceptível. Quer o Estado se reja por um ordenamento totalitário, quer por um ordenamento liberal, haverá sempre um conjunto de direitos, maior ou menor, que o ordenamento assegura aos indivíduos e que lhes promete, por via judicial, tornar praticamente efetivos.

O processo destinado à atuação judicial desse direito (vale dizer, ao cumprimento da promessa feita pelo Estado de dar realidade a esses direitos no plano prático das relações entre os particulares ou entre estes e o próprio Estado) pode à sua vez, tal seja a estrutura processual vigente, conduzir ao reconhecimento da existência desses direitos e à sua atuação pelo Estado, ou pode, simplesmente, conduzir ao reconhecimento, não de direito mas de fato, de que o Estado é **a legibus solutus**, cabendo-lhe, em cada caso, julgar da conveniência de cumprir, ou não, a promessa feita ao legislar.

Pelo menos em tese, é possível, pois, darem-se estas alternativas tanto em um Estado democrático, como em um Estado ditatorial. Em li-

nha de princípio, nada impede que um Estado totalitário tenha uma estrutura processual que cerceie o arbítrio, nem nada que impeça que um Estado democrático atue judicialmente de modo arbitrário (hipótese esta, aliás, de ocorrência mais provável do que aquela).

O que varia, portanto, num e noutro caso, não é a afirmação de ser o Estado uma democracia ou uma ditadura, de o seu ordenamento ser totalitário ou liberal, mas sim a estrutura do próprio processo ou, mais precisamente, as garantias que proporcione contra um juízo arbitrário.

Ora, a sujeição a um juízo arbitrário é exatamente o oposto à liberdade, qualquer que seja a conceituação que a esta se dê.

Como diz ROSCOE POUND, "a liberdade sob a lei implica em aplicação sistemática de tal força (da sociedade sobre os indivíduos), de sorte que seja uniforme, igual e previsível, resultando da razão e baseando-se em fundamentos compreensíveis, mais do que no capricho ou impulso ou deixando de ouvir inteira e imparcialmente a todos quantos por ela venham a ser afetados, bem como em compreensão dos fatos que justifiquem uma ação oficial" (**Desenvolvimento das Garantias Constitucionais da Liberdade**, Ibrasa, 1965, p. 5).

A sujeição do juiz à lei é, pois, a primeira, senão a única, garantia de liberdade que se pode outorgar ao indivíduo, quão ampla ou diminuta que ela seja, em consequência do regime democrático, ou ditatorial vigente no Estado.

Este, contudo, não é um bem que se alcance mediante as simples afirmações de subordinação do juiz à lei inseridas nos textos constitucionais, nem mediante o conseqüente estabelecimento de garantias constitucionais ao direito de ação. Este bem só é alcançado, na prática, quando o indivíduo disponha de uma estrutura processual apta a prevenir o arbítrio antes que ocorra ou a desfazer os seus efeitos quando este já tenha, apesar de tudo, ocorrido.

Na medida em que esta estrutura exista, ou não, pode-se falar na existência de um processo liberal ou ditatorial.

Estas reflexões nos conduzem diretamente a um primeiro significado de **liberdade** no processo: é a não sujeição das partes à vontade do juiz mas à vontade da lei.

A liberdade, porém, não se exaure neste significado, que diria **negativo**, mas se completa com outro que chamaria de **positivo**.

A liberdade é também a possibilidade do indivíduo de agir eficazmente para a consecução dos próprios objetivos.

De todos os sentidos que comumente se empresta à palavra liberdade é este por certo um dos mais belos, senão o mais belo, pois por ele se exprime toda a força criadora do homem. É a grande mola que move o universo humano.

A liberdade do indivíduo, neste sentido, se exprime em um agir, em um comandar a si próprio e aos demais.

O conceito de obrigação, como vínculo imposto à vontade de alguém para o prevalecimento da vontade de outrem, gerando, conseqüentemente, o poder atribuído à vontade deste para o prevalecimento de seu interesse, mostra perfeitamente que a liberdade sob a lei importa sempre o poder de comandar sobre os demais para o prevalecimento da própria vontade, no sentido da satisfação dos próprios interesses.

Voltando ao processo, podemos dizer que a liberdade se exprime também na possibilidade de tornar efetiva a sujeição do juiz, e portanto do Estado, à lei.

Para bem entender essa colocação é preciso compreender a atividade processual, notadamente a jurisdição, como uma atividade transformadora do universo humano, que se exerce tanto no plano das relações de fato como no plano das relações de direito, objetivando transformar a desordem em ordem. Em tal sentido a atividade processual é eminentemente criadora, e com razão HANNAH ARENDT identificou a liberdade como a faculdade de começar, de pôr alguma coisa em movimento para realizar algo novo, essa "pura capacidade de começar, que anima e inspira todas as atividades humanas e que constitui a fonte oculta de todas as coisas grandes e belas" ("Que é a Liberdade?", in **Entre o Passado e o Futuro**, 2ª ed., p. 217).

A liberdade no processo é, portanto, também essa possibilidade de mover o juiz para que, por meio da proteção jurisdicional, algo de novo se crie nas relações entre os homens: a justiça do caso concreto.

Esses dois aspectos ou sentidos que a liberdade tem aplicam-se também no processo em relação ao juiz. A sujeição do juiz à lei, e apenas à lei, implica para o juiz a liberdade de decidir sem sofrer a opressão de quaisquer outras fontes de poder; é a ausência de impedimento ao cumprimento do dever livremente escolhido.

Também aqui, porém, a este sentido **negativo** da liberdade do juiz, segue-se outro, **positivo**, consistente na pura possibilidade de começar, de criar algo novo, enquanto atua o direito.

Sabe-se que, embora a sentença se exprima silogisticamente por necessidade de justificar racionalmente e comunicativamente a opção do juiz, o juízo contém sempre um momento de criação, que se expressa na adequação da hipótese legal ao caso concreto, na extração do princípio jurídico que as palavras da lei simplesmente enunciam, assim como na determinação do modo pelo qual deva a sentença ser executada em ordem à realização da justiça. Esse momento de criação, tal como ocorre com toda a atividade criativa humana, só é possível quando a possibilidade de criar esteja assegurada.

É assim, pois, a meu ver, que se coloca o problema da liberdade no processo e na prestação jurisdicional.

## II

Tenho para mim que, no ordenamento jurídico brasileiro, a liberdade no processo, tal como a conceituamos, se acha deficientemente tutelada, quando não em grande parte prejudicada pelo ordenamento mesmo.

E as deficiências e restrições são de tal ordem que, ainda quando venhamos a desfrutar de um regime verdadeiramente democrático, estaremos sujeitos a ter um processo de tipo ditatorial, se se mantiver o atual estado de coisas.

Antes, porém, de passar às sugestões que teria a formular, e que por certo hão de ser completadas pelas demais que os eminentes congressistas venham a fazer, impõe-se uma observação que é exigida para a compreensão do valor das normas destinadas à tutela da liberdade.

Na história dos povos a prática da liberdade tem-se revelado mais fecunda que a existência de textos legais que a tutelem. Estes se mostram de escassa serventia para os povos historicamente acomodados à opressão ou acostumados a ver, nos direitos e na liberdade que tenham, não uma conquista sua, mas uma dádiva do Príncipe, que lhes é outorgada por conveniência, por graça ou por benemerência.

Neste sentido é útil confrontar a experiência dos países filiados ao sistema de **civil law** com a dos de **common law**, para ver como nestes o direito constitucional se forma como conjunto de limitações ao exercício do poder exigidas pelos indivíduos, enquanto naqueles tem origem mais freqüentemente em concessões destinadas a livrar da autoridade a atividade dos súditos. A diferença pode-se perceber claramente quando se recorda que já em 1258, BRACHTON escrevia que o Rei não deve estar sujeito a qualquer homem, mas governar **under God and the law** (conf. POTTER's, **Historical Introduction to English Law**, 1958, p. 5), enquanto que na Europa continental, muitos séculos depois, o Rei ainda era considerado a **legibus solutus**, ou no dizer das Ordenações, "o Rey he Lei animada sobre a terra" (Ord. L. LXXV, 1).

Estas reflexões valem principalmente para nós brasileiros, não só filiados ao sistema de **civil law**, mas historicamente jungidos até o nosso passado mais recente a regimes absolutistas ou ditatoriais, com rápidas e passageiras experiências de vida democrática, que não nos permitem censurar, no povo, a complacência com os abusos de poder, nem no Estado a irresponsabilidade e a falta de independência dos que exercem o poder.

Para que a defesa da liberdade, no processo ou fora dele, se torne uma realidade concreta, é necessário um povo que a conquiste e, uma vez conquistada, que a exerça. Longo é o caminho para chegar até lá; mas por ser longo exige que não percamos tempo em começá-lo, ou recomeçá-lo.

É justo, pois, que deste Congresso partam contribuições ao aperfeiçoamento de nosso sistema jurídico, com vistas à tutela da liberdade no processo.

Para este fim, submeto à análise e à crítica dos doutos congressistas as sugestões a seguir formuladas, que se acham ordenadas segundo os sentidos que atribui à liberdade em tema de processo.

### III

1. No que se refere à liberdade enquanto não sujeição das partes à vontade do juiz, mas tão-somente à vontade da lei, há um problema que, de há muito, tem chamado a atenção dos advogados. Refere-se à motivação das sentenças.

Todos sabemos que a obrigação de motivar as sentenças serve, entre outros fins, a uma necessidade de controle sobre a decisão judicial, impedindo ou restringindo ao juiz a possibilidade de julgar contra a lei ou contra a prova dos autos.

Esse dever, contudo, tem-se mostrado facilmente contornável através da chamada **motivação aparente** ou **ficícia**, em que, de fato, o juiz não resolve as questões fundamentais suscitadas no processo, ou resolve apenas as que interessem ao fim de dar a vitória a uma das partes, vitória esta com a qual não a poderia contemplar, se enfrentasse todas as questões suscitadas pela parte contrária. Idêntico fenômeno ocorre quando, na motivação, a sentença contenha afirmações falsas, seja no campo do direito, seja no dos fatos.

A gravidade desta modalidade de infração ao dever de motivar as sentenças é igual, se não maior, porque eventualmente maliciosa, que a própria falta de motivação e deve receber, quando menos, o mesmo tratamento legislativo. Deve ser tratada como caso de nulidade e, pois, de rescindibilidade da sentença.

2. Na verdade, a experiência brasileira está a revelar que até mesmo a lei ordinária é insuficiente para coibir a inclinação a não motivar as sentenças. O mau exemplo, como sempre, nos vem de cima, da mais alta Corte de justiça do País, que, autorizada a legislar sobre os processos de sua competência, não resistiu à tentativa de dispensar de motivação as decisões proferidas secretamente nas chamadas "arguições de relevância".

O fato de nem mesmo os Ministros do Supremo Tribunal Federal serem capazes de reconhecer na motivação das sentenças uma garantia fundamental da liberdade das partes contra atos de puro arbítrio, de mera prepotência, justifica plenamente a necessidade de que esta garantia venha a ser preservada por texto constitucional. Entre nós, a lei ordinária, por si só, não se mostrou suficiente.

### IV

No que se refere à liberdade das partes em sentido positivo, àquela possibilidade de mover o juiz para obter dele a prestação jurisdicional, há também alguns temas que, a meu ver, merecem ser submetidos à apreciação deste Congresso.

1. O primeiro deles concerne à avocação de causas permitida ao Supremo Tribunal Federal a pedido do Procurador-Geral da República, nos termos da Constituição Federal (art. 119, I, p).

Fiel às suas origens históricas, este instituto tem, como se sabe, o destino precípuo de impedir que a causa seja julgada pelos juizes e tribunais ordinários. Destina-se a impedir que os juizes naturalmente competentes, segundo a lei, para processar e julgar o feito, exerçam a sua jurisdição. Suprime o processo legal e aniquila o direito aos recursos.

Constitui essa uma das mais antigas expressões do poder absoluto dos reis, que converte hoje em tribunal de exceção o próprio Supremo Tribunal Federal.

Por constituir grave atentado à liberdade das partes no processo, não pode sobreviver ao regime que a instituiu e deve desaparecer com ele tão logo seja replantada, de fato, a democracia em nosso País.

2. Outro tema que convém examinar à luz das experiências já vividas é o da atual disciplina da iniciativa para representação por inconstitucionalidade.

A norma inconstitucional, por atentar contra a organização do Estado, não fere apenas direitos ou poderes do Executivo, mas de todos quantos se situem dentro da órbita de sua eficácia.

O poder de representar perante o Supremo Tribunal Federal para a declaração da inconstitucionalidade das leis só se compreende enquanto exercido no interesse da coletividade.

Se é este o interesse que move a representação, não se concebe possa a coletividade ficar desarmada contra a omissão do único legitimado ativo para esta ação que, omitindo-se, impede ao Supremo Tribunal Federal, pela via mais eficaz, o exercício do controle constitucional sobre os atos do Legislativo.

A decisão do Procurador-Geral da República de não representar ao Supremo Tribunal implica juízo sobre interesse alheio, que não pode ficar isento de controle, sob pena de converter-se essa legitimação extraordinária em um poder absoluto, que exclua do seu exercício a sociedade civil.

Para evitá-lo, impõe-se seja literalmente transformado em **dever o poder** estabelecido pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal (art. 174, § 1º) ou, quando não, que se crie remédio processual apto a submeter ao crivo do Supremo Tribunal Federal o ato omissivo do Procurador-Geral da República.

Exatamente por isso, entendo que o Procurador-Geral da República tem não só o poder de enviar representações com parecer contrário, mas também o dever de fazê-lo. É substituto processual e não pode, por omissão, agir contra os interesses dos substituídos. Não é nesse sentido, po-

rém, a jurisprudência do Supremo, o que enfraquece extraordinariamente o poder da sociedade civil, cujos interesses foram confiados ao Procurador-Geral da República.

3. As conhecidas deficiências da Justiça de primeira instância ou de primeiro grau, como quer o Código de Processo Civil, vêm dando lugar a um fenômeno preocupante, ligado ao tema que estamos estudando, que merece igualmente nossa atenção.

Trata-se da tendência de evitar o recurso às vias judiciais, manifestada inicialmente entre os particulares mas, de algum tempo para cá, transmitida também à nossa legislação, tanto à ordinária como à constitucional, como que a atestar mediante diplomas legais a falência da prestação jurisdicional enquanto via de composição para os conflitos de interesses.

Exemplos de normas jurídicas contaminadas por essa tendência, nós os temos nas que regem a execução extrajudicial admitida no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, assim como nas normas que disciplinam a alienação fiduciária em garantia e, mais recentemente, no texto do artigo 205 da Constituição Federal, que suprimiu as vias judiciais para a solução de conflitos entre a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou entre umas e outras.

Tanto aquelas como esta são normas que ampliam, a favor do credor ou das citadas pessoas jurídicas de direito público, a área em que lhes é dado fazer justiça de mão própria, tolhendo, na mesma medida, a possibilidade das partes interessadas de, por via de defesa ou de ação, agir no sentido de obter do juiz a prestação jurisdicional.

Constituem, por isso mesmo, restrições à liberdade, no sentido positivo que lhe emprestamos, e, o que é mais grave, restrições estabelecidas a favor do mais forte, econômica ou politicamente. Enquanto tais, devem ser modificadas, substituídas por outras ou, simplesmente, suprimidas, de modo a restituir-se às partes a garantia do processo.

4. Cuidamos até aqui de questões relacionadas com a possibilidade de obter uma decisão justa. Esta possibilidade não deve ser analisada apenas em face do agir no sentido da obtenção desse julgamento, mas também diante da prestação jurisdicional já dada.

A liberdade, entendida como possibilidade de mover o juiz para que preste a atividade jurisdicional segundo a lei, nunca estará suficientemente garantida se, além de garantias destinadas à prevenção de restrições a essa liberdade, não dispuser o indivíduo, também, de garantias de reparação das violações cometidas contra tal liberdade.

Penso especificamente em duas modalidades de ofensa à liberdade **positiva** das partes: a que ocorre quando o juiz, invocando excesso de trabalho ou deficiências materiais, ou falta de pessoal auxiliar, deixa de

cumprir os prazos que a lei lhe impõe e, de outro lado, a que acontece quando, malgrado o sistema de recursos, transita em julgado uma decisão viciada de nulidade ou eivada de erro grosseiro, de direito ou de fato, entendido este como o juízo cuja falta de fundamento o juiz não poderia razoavelmente desconhecer.

Quando estas situações se apresentam, é sinal de que a possibilidade de agir no sentido de mover o juiz a prestar a jurisdição foi tolhida no tempo ou frustrada no seu resultado.

Estas hipóteses não se acham cobertas pela legislação em vigor (CPC, art. 133) porque não configuram caso de dolo ou fraude, nem demora devida a culpa do próprio magistrado. Nem por isso deixam de causar prejuízos e, conforme o caso, prejuízos da mais alta gravidade.

Em ambos os casos é de ser devida reparação ao prejudicado, mas não é justo que, pela indenização, responda o juiz; seja porque não é culpado das deficiências da organização da Justiça, seja porque o erro que sobreviveu ao crivo do sistema de recursos posto à disposição das partes é de ser incluído entre as hipóteses de falha humana, inarredável de qualquer organização, mas que não exclui da organização a responsabilidade pelos danos causados.

Nisto, aliás, não há novidade alguma, já que é fundamento da responsabilidade **objetiva** do Estado.

Em ambos os casos, deve o Estado reparar as perdas e danos causados à parte, com ação regressiva contra o seu funcionário, limitada esta, porém, ao caso de **dolo** do magistrado.

A inaptidão das normas atuais para tornar efetiva a reparação devida aos prejudicados é patente. Seja porque levam ao absurdo de considerar como justificativa para a desobediência de prazos impostos ao juiz as deficiências que viciam a administração da justiça, seja porque conduzem os juizes, em compreensível atitude de autodefesa, a não condenar nunca, ou praticamente nunca, um outro juiz.

Quanto à questão referente a responsabilidade do Estado por danos decorrentes de ato judicial, também não há problemas maiores a enfrentar, consoante decorre não só das contribuições doutrinárias trazidas ao nosso direito por eminentes juristas pátrios (dos quais destacaria os trabalhos de JOSÉ CRETELLA JUNIOR, in **Revista de Direito Administrativo**, v. 99/13, e de JUARY C. SILVA, "Responsabilidade Civil do Estado por atos jurisdicionais", in **Revista dos Tribunais**, v. 351/19), como também dos elementos fornecidos pelo direito comparado, entre os quais destacaria a jurisprudência da Corte Constitucional italiana que, com fundamento na norma do artigo 28 da Constituição da República, perfeitamente semelhante ao art. 107 da nossa Constituição, estendeu a responsabilidade do Estado aos danos ocasionados pelos juizes (Sentença de 14-3-68, nº 2, in **Riv. Diritto Processuale**, 1969, p. 123).

A proposta que ora faço limita-se, portanto, a recolher princípios já assentes e aplicá-los no sentido de inserir o Estado na totalidade do fenômeno jurídico.

De resto, que interesse pode ter o Estado no aperfeiçoamento da administração da justiça, se não responde pelas imperfeições dela?

## V

Passando agora à liberdade dos juízes, examinemos primeiramente essa liberdade no seu sentido **negativo**, enquanto inexistência de opressão por parte de qualquer outra fonte de poder, que os impeça de cumprir o seu dever ou os desvie do cumprimento dele.

A matéria está diretamente ligada com o princípio da tripartição dos poderes. A história, de um modo geral, e a nossa história em particular, tem revelado que não basta a tripartição de funções para que seja assegurada a liberdade dos magistrados; mas sabe-se, também, que onde este princípio não vige, não gozam os magistrados de independência alguma.

O necessário, portanto, é aperfeiçoar cada vez mais a divisão dos poderes, notadamente a separação entre o Executivo e o Judiciário, em lugar de ceder ao movimento oposto, de cada vez mais jungir este àquele.

Sabe-se, além disto, que as organizações fortemente centralizadas e hierarquizadas tendem à supressão da liberdade dos seus membros, à burocratização, à despersonalização, à diluição da responsabilidade, à supervalorização da obediência, à preferência por tomar decisões que não provoquem censuras, antes que adotar uma deliberação mais acertada, mas que possa causar problemas perante os superiores hierárquicos.

Por isto, principalmente em um país das dimensões do nosso, o necessário é evitar a tendência à centralização e à hierarquização, notadamente quando se trate de uma organização cujo produto final será tanto mais perfeito quanto menos padeça dos inconvenientes acima mencionados.

Ora, o Conselho Nacional da Magistratura desserve tanto a uma quanto a outra destas necessidades fundamentais. Seus membros se acham vinculados **ab origine** ao Executivo e as suas funções, atentando manifestamente contra o sistema federativo, tendem à centralização e à hierarquização dos juízes e tribunais de todo o País.

Deve, pois, ser postulada a sua supressão.

## VI

No que concerne à liberdade dos juízes em sentido **positivo**, ou seja, a possibilidade de, na atuação do direito objetivo, exercerem uma atividade criadora, que se traduza num ato de justiça para a solução do caso

concreto, cabe voltar a nossa atenção para a interpretação da lei **in abstracto** autorizada ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição Federal (art. 119, I, I), mediante iniciativa do Procurador-Geral da República e com efeito vinculante para todos os juizes e tribunais do País.

Irmã gêmea da avocação de causas, também esse instituto mergulha suas raízes na monarquia absoluta, a que os pais da Emenda Constitucional nº 7 revelaram indisfarçável apego.

Um episódio recordado por ROSCOE POUND em sua obra já citada (p. 31) mostra, porém, ser igualmente antiga a reação dos verdadeiros juristas contra ela.

Consoante relata ROSCOE POUND, havendo deliberado instituir na Inglaterra a monarquia absoluta, "JAIME I inaugurou em 1615 a prática de sondar os juizes e obter particularmente a opinião deles em antecipação de pleitos em que a coroa estava interessada. Desejando obter a opinião particular dos juizes sobre se PEACHAN, clérigo puritano, que escrevera uma espécie de filípica contra o governo, podia ser condenado por traição, o rei mandou BACON (procurador-geral) obtê-la. Mas quando formularam a pergunta a COKE, que era Presidente do Tribunal do Rei, respondeu que "essa tomada auricular de opiniões, isolada e separadamente, era nova e perigosa". Quando, contudo, os outros juizes deram a opinião, COKE concordou em dar a dele por escrito e foi contrário ao libelo. Mais tarde cedeu à prática de fornecer antecipadamente a opinião ao governo, conforme o governo conseguira estabelecer. Quando, contudo, o rei convocou os juizes perante o conselho porque se recusavam a suspender o processo em um caso ordinário entre dois litigantes, apesar da ordem por mandado real, COKE em resposta à pergunta se suspenderia o processo diante de ordem futura nesse sentido, respondeu que "quando se apresentasse o caso ele faria o que achasse conveniente a um juiz fazer". O rei removeu-o então do cargo".

Mais de trezentos anos de resistência a essa prática não foram suficientes, contudo, a evitar sua reintrodução entre nós, que apresenta o duplo perigo denunciado por COKE. Não só constitui modalidade de interferência do Executivo na atividade legislativa — e sob este aspecto foge ao tema do presente estudo — como também, nas expressivas palavras do mais eminente dos magistrados ingleses — e este é o ponto que merece ser aqui salientado — tolhe ao juiz a liberdade de, quando o caso concreto se apresente, fazer aquilo que ache conveniente fazer.

Cuida-se aí de um pressuposto de hermenêutica jurídica: a liberdade do intérprete. Não se ignora que essa liberdade deva ser posta dentro de certos limites, sob pena de comprometer-se a certeza e a segurança do direito; mas daí a estreitar os limites dessa liberdade ao ponto de eliminá-la totalmente, impondo ao juiz como dogma, já não mais a lei mas a interpretação dela, implica necessariamente eliminar do processo de decisão jurídica exatamente um de seus elementos constitutivos, de sorte a transmutar a sentença em processo de repetição mecânica.

Acresce notar que a interpretação da norma legal, antes e fora da **subsunção** do caso concreto ao preceito contido na norma, priva o agente do processo decisório de qualquer atitude valorativa quanto à justiça da decisão para o caso individual submetido ao seu julgamento. A melhor interpretação da norma **in abstracto** não está livre de revelar-se absolutamente injusta quando tomada como premissa maior de uma decisão judicial, exatamente porque decidir não é apenas conhecer mas, acima de tudo, optar entre soluções e, finalmente, solucionar um concreto conflito de interesses. A virtude de uma interpretação está exatamente na justiça da decisão a que conduza.

A supressão dessa liberdade dos juizes não conduz, porém, apenas ao mal de atrelá-los a interpretações convenientes ao Estado, embora inconvenientes aos indivíduos que o compõem. Nela se observa o conúbio entre o absolutismo monárquico e o absolutismo inerente ao tipo de sociedade em que hoje vivemos, e que tem sido denominada sociedade tecnocrônica, caracterizada pela tendência ao cumprimento de comportamentos heterodirigidos, que ameaça tolher ao homem a liberdade de ser homem, submergindo-o num mar de conformismo, apatia e medo (conf. o excelente ensaio de NICOLA MATTERCCI, "Libertá" (scienze sociali) in **Enciclopedia del Diritto**, 1974, XXIV, pp. 240 e segs.).

A interpretação vinculante **in abstracto** faz parte de um quadro mais amplo, que impõe aos juizes a renúncia à liberdade de pensar por suas próprias cabeças e os livra da responsabilidade pela decisão. Torna-os propensos à acomodação e à obediência, representando por isso uma ameaça a mais à sua indispensável independência. Torna-os agentes passivos de um processo do qual deveriam ser os mais vivos e responsáveis impulsionadores.

Ninguém pode atualmente ignorar o perigo que esta estrutura social representa, já que favorece a aceitação do absolutismo, não importa quais sejam as garantias legais e constitucionais formalmente endereçadas à tutela da liberdade humana.

É de se propor, portanto, a supressão de mais este instrumento redutor da liberdade, e a criação, em seu lugar, de meios aptos à uniformização da jurisprudência, conveniente tanto à segurança como à certeza do direito, mas desde que gerada à luz do caso concreto e mediante a colaboração ativa das partes e dos juizes.

## VII

Não pretendo, naturalmente, exaurir neste trabalho os temas relativos à liberdade na prestação jurisdicional, mas espero ter cuidado de alguns que se incluem entre os de maior gravidade porque apontam para restrições de que, historicamente, se têm servido os regimes totalitários para transformar também o processo em instrumento de opressão.

As propostas que formulo têm origem e fundamento na experiência comum dos advogados, tanto os de hoje como os de séculos atrás. Traduzem, porém, a angústia não só nossa como a de nossos concidadãos, diante das sombras que enegrecem os horizontes da justiça entre nós. Angústia que já está, presentemente, alimentando a descrença que gera, à sua vez, o recurso às soluções violentas.

Entendo que, para chegarmos a esse ponto, contribuíram não apenas os fatos políticos de nossa história mais recente. Para isso também contribuiu, no plano científico, a senda abstratizante pela qual vem caminhando a nossa ciência processual e que conduz ou aprofunda a ruptura entre direito e processo, repercutindo negativamente, no plano legislativo, sobre a exigência de garantias contra uma decisão arbitrária.

A renúncia às vias processuais, a preferência pelas soluções de acomodação ou o recurso à força ou à prepotência, que hoje já começam a tomar configuração terrivelmente preocupante, se acham flagrantemente em contraste com o fato de dispormos atualmente de um sistema processual mais refinado do que nunca antes dispusemos. A este contraste se chega na exata medida em que o processo se distancia do direito e passa a ser pensado como sistema puramente instrumental, voltado exclusivamente à produção de uma sentença de conteúdo qualquer, sendo-lhe igualmente indiferente o ser a decisão justa ou injusta.

No fundo dessa concepção esconde-se a crença, que é fonte de tirania, de que sábios sejam os governantes e incultos os governados, devendo estes, para serem livres, orientar-se pelos padrões por aqueles estabelecidos.

Não é necessária muito árdua reflexão para se compreender em que medida tal suposição contribui para suprimir a liberdade das partes e a responsabilidade do Estado.

## VIII

Concluindo. A relação entre prestação jurisdicional e liberdade não é apenas uma relação meramente instrumental, de meio a fim, à feição de ponte entre as garantias constitucionais da liberdade e a liberdade como fato concreto, em que tanto aquelas como esta se apresentam como algo exterior ao processo; mais do que isto, entre prestação jurisdicional e liberdade há um nexó causal, uma relação de causa e efeito, na medida em que a liberdade na prestação jurisdicional condiciona, é causa, da liberdade individual.

Com vistas ao aprimoramento da tutela da liberdade no processo, propomos em síntese:

- 1) a equiparação entre os efeitos da falta de motivação da sentença e os da motivação aparente ou fictícia, que devem gerar igualmente a nulidade da sentença;

2) a obrigatoriedade da motivação das decisões proferidas nas arguições de relevância perante o Supremo Tribunal Federal;

3) a inclusão do dever de motivar as sentenças entre as garantias individuais estabelecidas pela Constituição Federal;

4) a supressão do poder de avocação de causas atribuído ao Supremo Tribunal Federal;

5) a alteração do parágrafo 1º do art. 174 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de modo a explicitar que o Procurador-Geral da República, quando provocado por autoridade ou terceiro para representar por inconstitucionalidade, entendendo improcedente a provocação, tem o dever, e não apenas o poder, de encaminhá-la com parecer contrário;

6) a supressão da execução extrajudicial, admitida pelas normas que regem o Sistema Financeiro da Habitação;

7) a supressão da medida liminar na busca e apreensão de bens alienados fiduciariamente; admissão de defesa ampla do devedor, como ocorre nas execuções por título extrajudicial; e proibição da venda extrajudicial do bem na pendência da apelação contra a sentença que julga o pedido de busca e apreensão;

8) a supressão da norma do artigo 205 da Constituição Federal, que elimina o direito de ação nos conflitos entre a União, os Estados e os Municípios e as respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista;

9) sem prejuízo do entendimento doutrinário que já reconhece a responsabilidade do Estado por dano causado na administração de justiça, a criação de norma que imponha ao Estado explicitamente a obrigação de responder pelos prejuízos decorrentes da inobservância pelos juízes dos prazos processuais, quando esta se deva a sobrecarga de trabalho ou a deficiências materiais ou de pessoal, e também a criação de norma que imponha ao Estado o dever de indenizar os prejuízos causados por decisão eivada de erro grosseiro, de direito ou de fato, ressalvando-se ao Estado, em qualquer dos casos acima referidos, direito a ação regressiva contra o juiz, mas apenas em caso de dolo do magistrado;

10) a supressão do Conselho Nacional da Magistratura;

11) a supressão do poder atribuído ao Supremo Tribunal Federal de interpretar **in abstracto** as leis ou atos normativos federais ou estaduais, que deve ser substituído por nova modalidade de uniformização de jurisprudência, ainda que com efeito vinculante, mas de que participem os litigantes, e somente como incidente de processo em curso.

# A liberdade e o direito à intimidade

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor de Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal do Paraná. Conselheiro da OAB (Secção do Paraná) e do Instituto dos Advogados do Paraná.

## SUMÁRIO

### I — A CRISE DA INTIMIDADE

- 1) *Os progressos da ciência e da técnica*
- 2) *Ambiente e vida privada*

### II — LIBERDADE E VIDA PRIVADA

- 3) *A liberdade no isolamento*
- 4) *Vida privada e intimidade*
- 5) *O direito à vida privada*
  - A — Origem e desenvolvimento
  - B — Denominação
  - C — Conceito
  - D — Delimitações
  - E — Sujeito, objeto e caracteres
  - F — As exceções

### III — OS CAMINHOS DA INFORMAÇÃO E A DEFESA DA PRIVACIDADE

- 6) *Os novos mecanismos de intromissão*
- 7) *O tratamento normativo da vida privada*
  - A — Os novos textos de proteção
  - B — A situação no Direito brasileiro

### IV — CONCLUSÕES

---

Tese apresentada e aprovada na VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (Manaus — 18 a 22 de maio de 1980).

## I – A CRISE DA INTIMIDADE

### 1) *Os progressos da ciência e da técnica*

O incontrolável desenvolvimento da ciência e da técnica tem posto sob novas luzes o antigo problema da lesão aos direitos da personalidade.

O tema desperta o mais vivo interesse, e muitos organismos internacionais vêm dedicando especiais cuidados ao confronto aberto entre a essência do Homem e as circunstâncias do progresso material caracterizado por invenções que, embora atendam a necessidades ou interesses, acarretam angústias e opressões.

Um dos grandes inventos responsáveis pelo conflito entre a condição humana e as *servidões de sua passagem* é a máquina. Ela é fonte de alegrias e tristezas, de liberdade e cativeiro, de conforto e risco; um meio para a conquista e um passaporte para a tragédia. A máquina está, assim, elevada às alturas, como força do bem e do mal; como as grandezas da vida e da morte.

Os antagonismos entre o desempenho da máquina no âmbito da revolução tecnológica e o ser do Homem revelam-se intensos e marcantes. Para corrigir as distorções é preciso ter a esperança de que a cultura da personalidade seja tão refinada quanto a exploração mecânica da máquina, segundo a feliz imagem de LEWIS MUMFORD (*Técnica e Civilização*, pág. 433).

O emprego da máquina como instrumento para invadir a esfera dos direitos da personalidade vem-se constituindo, ao longo dos anos, um fenômeno comprometedor da paz e da segurança. Porém, existem muitos outros engenhos que também inquietam filósofos, políticos, sociólogos, administradores e juristas, quer pela natureza da intromissão como ainda pelos desvios da utilização original, sacrificando a liberdade humana no sensível e profundo território da vida privada.

No ano de 1965, ao prestar depoimento em um subcomitê do Congresso dos Estados Unidos, especialmente formado para tratar do problema da invasão da intimidade, o Prof. BEANEY afirmou que não era preciso ser muito inteligente para se concluir que, se a tendência crescente de ofender a reserva do íntimo – através de organizações privadas e do Governo – não fosse controlada “em vinte ou trinta anos, ninguém se preocupará em levantar questões sobre a intimidade já que aceitaremos como um fato evidente que vivemos num aquário, que não somos homens livres, mas peixes” (cit. por URABAYEN, *Vida privada e información – Un conflicto permanente*, págs. 39, 40).

As violações da intimidade ganharam proporções alarmantes após as descobertas básicas da chamada *terceira revolução*, caracterizada pelo período histórico que sucedeu a II Guerra Mundial e fez dos anos 50 uma etapa distintamente superior em relação às conquistas do passado. A utilização da energia nuclear, a eletrônica e a cibernética romperam as estruturas convencionais que demarcavam as noções de perigo e segurança, de guerra e paz.

As modalidades clássicas de ingerência arbitrária na esfera da vida privada, como o teatro, a literatura, o cinema e o *journalisme à sensation* foram se

aprimorando com a fotografia à distância, o rádio, o telefone e a televisão. Nos dias correntes, a grande família da eletrônica gera os *microespiões* que, atuando no campo da eletroacústica, derrubam antigas fortalezas da privacidade. Microfones cujo tamanho não ultrapassa o de um botão de camisa proliferam no arsenal da espionagem. Fabricam-se direcionais “com a forma de uma espingarda que, apontados para uma pessoa, permitem ouvir perfeitamente, a muitas dezenas de metros, o que ela diz, mesmo através dos vidros dum janela. Vendem-se microfones de contato que, aplicados numa parede, facultam a audição do que se passa ou diz noutra sala. Utilizam-se *microemissores* de tamanho inferior ao de um maço de cigarros. Começam a ser divulgados no mercado aparelhos através dos quais se ouvem conversas a centenas de quilômetros. Isto para além dos aparelhos de interceptação das comunicações telefônicas e dos aparelhos emissores de rádio propriamente ditos (F. VANGEENBERGHE, cit. por MÁRIO RAPOSO em *Sobre a Proteção da Intimidade da Vida Privada*, págs. 14, 15).

Para melhor recolher, conservar e transmitir as informações sobre as pessoas, a civilização contemporânea fabricou o computador. À semelhança das antigas sociedades que faziam dos totens e dos tabus as bases fundantes de todo um processo religioso e cultural, na atualidade se percebe uma espécie de “renascimento” no qual a palavra de ordem não é o apelo às superiores expressões do espírito, mas a busca de maior eficiência, em menor tempo. A força mística dos oráculos da antigüidade, envolvendo os homens e os cenários em atmosfera de surpresa e fantasia, foi substituída pelas funções práticas de um novo objeto mágico: um poderoso senhor sobre todos os homens e todas as coisas, carcereiro da personalidade e do poder de criação.

Tem razão GARCIA MARQUES: “o computador excitou a imaginação pública e gerou grandes esperanças e grandes receios. Tornou-se um símbolo de tudo o que é bom e de tudo o que é mau na sociedade moderna. O aparecimento de uma técnica nova suscitou sempre sonhos desproporcionados ao mesmo tempo que provocava o pânico e a angústia da desumanização da espécie” (*Informática e liberdade*, pág. 13).

Esta perspectiva é muito bem posta por LÚCIA MARQUES, na introdução da referida monografia, ao reconhecer que, de invenção em invenção, o Homem encurtou tempo, alargou a verdade, saboreou o poder. Mas a ciência e a técnica também tiveram suas revoluções — os seus santos e os seus mártires. “Do ábaco ao computador, da força do vento à energia atômica, escreveu-se, por batalhas de duas faces, a história da dominação do mundo pelo Homem. E réu, talvez, do crime de ter feito do escravo-homem a primeira máquina, sofreu por vezes recíproca escravidão. Foi quando aos seus olhos carentes, a técnica substituiu em nova idolatria o rosto dos velhos deuses”.

A revolução industrial clássica procurou substituir a partir do século XVIII o trabalho muscular humano pela máquina. Atualmente vivemos uma nova revolução que tem por artifice a cibernética, com o objetivo de liberar, através de “máquinas de pensar”, o cérebro humano do aspecto penoso e rotineiro de sua atividade. Esta é a colocação de PAUL-HENRI STEINAUER em sua tese de doutoramento, *L'Informatique et L'Application du Droit*, pág. 7.

Ao apresentar uma sinopse da obra de Francisco Ayala — toda ela vertida para o Humanismo — o filósofo LOPES QUINTAS reconhece a desproporção cada vez maior entre a evolução da técnica e o cultivo do espírito, determinando que a população se transforme paulatina e progressivamente em massa (*Filosofia Española Contemporanea*, págs. 571, 573). Daí porque a conclusão pessimista de AYALA como se vê em sua *Tecnologia e liberdade*: “A estrutura do Estado nacional se tornou inadequada em seu tamanho para um mundo onde as condições tecnológicas fizeram crescer, em dimensões planetárias, o espaço que precisava para abarcar as estruturas sociológicas fundamentais” (pág. 571).

MARVIN GROSSWIRTH analisou o problema de invasão de intimidade nos Estados Unidos, em sua feição marcadamente angustiante por obra e graça do aprimoramento da ciência e da tecnologia. Admitiu que não há mais segredos “pois os detalhes de nossa vida estão quase todos arquivados e à disposição de quem os queira conhecer: empregadores e colegas; consumidores e concorrentes; bancos e lojas de crédito; agências de seguro; ex-esposas etc. Diante disso, não há mais um lugar onde o cidadão possa viver tranqüilo. Toda a sua vida foi devassada”. E, preso a graves dúvidas, pergunta: “Isso é legal ou ilegal? Quais as conseqüências desse fato?” — (*O computador e a erosão da privacidade*, artigo estampado em *O Estado de S. Paulo*, 20-11-1977).

O romance *1984* de GEORGE ORWELL é, seguramente, uma obra que deve ser incluída entre os maiores escritos sobre ficção científica. Ali se desenha, com traços de pânico, a permanente vigilância contra as pessoas dentro de suas próprias casas, com o recurso a teletelas que capturam a imagem e a voz em todos os lugares: até nos mais íntimos.

Ao fundo de todo esse panorama dramático se manifesta o *declínio da autonomia individual*, considerado por GEORGE BURDEAU como o abandono de todas as prerrogativas através das quais o individualismo adornava a personalidade humana: “Sua vontade e seus desejos não têm possibilidade de se realizarem senão pela mediação de um ser coletivo ao qual se agrega e que, finalmente, lhe confere um rosto anônimo”. (*La Democracia*, pág. 78). Sob tal ótica, enfatiza que “não é a massa que serve ao indivíduo, mas o indivíduo quem se converte em seu instrumento” (ob. e loc. cit.).

## 2) *Ambiente e vida privada*

Independentemente da revolução tecnológica e da fabricação de seus instrumentos mágicos, o problema da crise da intimidade é aflorado pelos estilos de habitação, tanto na má qualidade das casas, como também na forma das construções, principalmente quando estimulados pelo gigantismo rumo ao alto. A promiscuidade ambiental acarreta limitações ou a perda total da liberdade de isolamento.

As grandes concentrações urbanas têm expropriado o Homem do direito de estar só. Na palavra de ALEXIS CARREL, “o indivíduo encontra-se isolado e perdido na imensidade das cidades modernas. É uma abstração econômica, uma cabeça de gado num rebanho. Perde a qualidade de indivíduo, deixa

de ter responsabilidade e dignidade. Do meio da multidão emergem os ricos, os políticos poderosos, os bandidos de grande envergadura. Os outros não passam de poeira anônima". (*O Homem, Esse Desconhecido*, pág. 303).

O crescimento vertical das cidades foi consequência da multiplicação dos espaços superpostos, para fins residenciais ou de outra natureza, (como os escritórios, as lojas etc.) de modo a se cumprir inteiramente a filosofia que inspirou uma outra revolução — a revolução habitacional de 1930: "laje sobre laje, um mínimo de terreno para um máximo de gente" como bem definiu CLÁUDIO DE ARAÚJO LIMA. No meio da cidade vive uma população que se torna angustiada "progressivamente sofredora, meio frenética e meio sonambúlica. Uma sociedade humana que prolifera e se amontoa dentro de zonas que, dia por dia, num crescendo perturbador, vão denunciando os efeitos da desproporção entre as massas que nelas se acotovelam e a capacidade de suas reservas de água, de suas tubulações de esgotos, de suas quotas de gás e de energia elétrica, de suas redes de comunicação telefônica" (*Imperialismo e Angústia*, pág. 25).

No plano habitacional, as pessoas buscam a solidão quando vivem em grandes edifícios. A prática do isolamento em tais casos é uma necessidade para fugir aos olhares especuladores de uma vizinhança obrigada a respirar o mesmo ar, a dividir os mesmos espaços e o mesmo ambiente, nos corredores, elevadores e mais áreas comuns que servem de palco às *batalhas do condomínio*.

A luta pelo direito à intimidade é uma aplicação constante do princípio *la vie privée doit être murée*, elevado não raramente a extremos quando se erguem verdadeiras muralhas de cimento e afeição. As concentrações urbanas, nas residências, nos ambientes de trabalho e demais lugares onde a pessoa exerça alguma atividade, constituem poderoso fator de massificação. Assim, o poder e a sensibilidade para a criação se atrofiam quando o *sujeito* de muitas habitações coletivas passa a ser também *objeto* de restrições que dilaceram a personalidade para converter os indivíduos em frações de um conjunto cinzento e neurótico. O retiro, em tais momentos, não é uma decisão para satisfação interior, porém um meio de fuga, na espécie de autoconfinamento que, embora protetor, aprisiona a essência e as tendências do ser humano.

A preocupação de amparar o direito à privacidade nas chamadas *relações de vizinhança* está formalmente regulada.

Em nosso sistema, o Código Civil — que bebeu em antigas fontes — garante ao proprietário o direito de cercar, murar, valar ou tapar de qualquer modo o seu prédio, urbano ou rural (art. 588), podendo embargar a construção do prédio que, a menos de um metro e meio do seu, abra a janela, ou faça eirado, terraço ou varanda (art. 573).

Na apresentação que fez ao nosso trabalho sobre *A proteção da vida privada e a liberdade de informação*, o Ministro ANTUNES VARELA doutrina que "a velha proibição, consagrada nos direitos europeus, de abrir nos edifícios qualquer porta, janela, terraço, eirado ou varanda, que deite sobre o prédio

vizinho, sem guardar entre a obra e o prédio o intervalo mínimo de metro e meio, já tinha como finalidade essencial evitar o devassamento da vida privada de cada um, para que ele não fosse facilmente objeto da indiscrição de estranhos. A luz desse objetivo principal se justificam ainda hoje, quer a inaplicabilidade da proibição legal a determinados tipos de abertura nos edifícios (frestas, seteiras, óculos para luz e ar), quer os pitorescos critérios de distinção, entre as aberturas proibidas e as permitidas, a que conduzia o esforço dialético dos antigos tratadistas”.

A nostalgia em torno das velhas moradas, como referência de liberdade e felicidade, lembra o trecho da crônica de RUBEM BRAGA sobre a casa: “Pode haver uma janela alta de onde eu veja o céu e o mar, mas deve haver um canto bem sossegado em que eu possa ficar sozinho, quieto, pensando minhas coisas, um canto sossegado onde um dia eu possa morrer”.

Mas o direito à privacidade não pode ser considerado somente à luz de um critério que importe em reconhecê-lo como extensão da casa. O Prof. MILTON FERNANDES, em sua tese de concurso para Titular de Direito Civil da Universidade Federal de Minas Gerais, alude à conceituação romana do *ius utendi, fruendi et abutendi* que, assegurando ao *dominus* as mais amplas faculdades “continha em si a idéia de amparo à vida privada, na medida em que esta decorresse dentro de uma propriedade. A tutela do domínio estende-se ao seu titular, enquanto abrigado naquele e, em consequência, à sua vida secreta” (*Proteção civil de intimidade*, pág. 17).

Nos dias presentes, o direito à intimidade se desprende dos limites que lhe eram postos pela antiga doutrina, para ser reconhecido em qualquer ambiente ou situação. A casa permanece como referência física e emocional para indicar a vida privada, a qual, no entanto, poderá ser fruída na rua, no interior de um automóvel, nas areias da praia deserta (vendo e ouvindo o mar) e até mesmo quando a pessoa se confunde — embora não participe — com a multidão, assim como a moldura onde o homem se coloca abandonando a sua máscara. A intimidade é um sentimento, um estado de alma, que existe nos ambientes interiores, mas se proteja também no exterior para ser possível viver a liberdade de amar, pensar, sorrir, chorar, rezar, enfim a liberdade de viver a própria vida e morrer a própria morte. É assim, uma das liberdades fundamentais do corpo, da mente e do espírito.

Mas é no ambiente privado que se encontra o cenário natural para desfrutar esta liberdade, cuja falta dramatiza o sentido da existência. Mesmo para os presidiários um resto de liberdade pessoal deve ser conservado além das frinchas da paliçada que envolve os *campos de concentração*. Dos confins da Sibéria, entre as *Recordações da Casa dos Mortos*, DOSTOIEWSKI gemeu a revolta: “nunca seria capaz de conceber o tormento medonho de não poder estar só, ainda que apenas por um minuto, durante os dez anos que durou a minha prisão. Quer no trabalho, debaixo da escolta, quer na prisão, no meio dos meus duzentos camaradas, nem uma vez — nem uma vez — estive só! E, contudo, como isso me era necessário.”

## II – LIBERDADE E VIDA PRIVADA

### 3) *A liberdade no isolamento*

A intimidade da vida privada oferece ao Homem uma das liberdades fundamentais ao desenvolvimento de sua personalidade. Trata-se de profunda aspiração da natureza humana em muitas situações da vida.

A liberdade de estar só é compreendida não apenas como o isolamento dos outros, mas também como a busca de formas superiores de comunicação: “Ela não dispensa as ligações oferecidas pelo ambiente e pela vida quotidiana a não ser em vista de outras ligações com homens do passado e do porvir, com os quais seja possível uma forma nova ou mais fecunda de comunicação. O fato de ela dispensar aqueles liames e, pois, a tentativa de tornar-se livre deles para tornar-se disponível para outras relações sociais” (NICOLA ABBAGNANO, *Dicionário de Filosofia*, pág. 885).

É preciso salientar que esta forma de liberdade não implica necessariamente em uma idéia de isolamento à imagem dos anacoretas, porém numa conduta de resguardo das interferências, principalmente as geradas pela sociedade de massa.

Em imagem muito apropriada, JACQUES MARITAIN definiu a solidão como “a flor da cidade” (*Trois Reformateurs*, pág. 170). E lembrando o velho adágio de Sêneca (*Quoties inter homines fui minus homo redii* – “Quantas vezes estive entre os homens e regressei humanamente diminuído”), observa que filósofos, poetas e as pessoas contemplativas em geral não encontram na vida de agitação social a expansão heróica do espírito, senão o “domínio da mediocridade e a freqüência da mentira” (ob. e loc. cit.).

A liberdade de se conduzir sem ingerências exteriores é um direito que poderá ser fruído tanto individualmente como na companhia de outras pessoas. E, justamente por constituir um *estado* do ser, esta liberdade não se confina a determinados espaços e nem exige a reclusão contra tudo e contra todos.

A reunião da família ou o encontro de amigos íntimos também formam a atmosfera de privacidade.

Entretanto, um dos caminhos para realmente alcançar estágios superiores da razão e da espiritualidade, está na solidão. “É na solidão que o homem se engrandece, interioriza, alimenta o vôo do espírito; (...) se comunica com o sobrenatural; cultiva a inteligência e o talento; o gênio desborda no campo próprio de sua expansão; o amor pode manifestar-se com plenitude” (SANTOS CIFUENTES, *Los Derechos Personalísimos*, pág. 338).

Não se confundem os conceitos de liberdade e de direito à intimidade da vida privada. O assunto desperta interesse e tem-se prestado a “defeitos e imprecisões” como bem observa o Prof. MILTON FERNANDES (ob. cit., pág. 88).

A maior dificuldade consiste na própria incapacidade em definir o que seja liberdade. Segundo LITTRÉ, traduz “a condição do homem que não pertence a senhor algum”, ou, ainda “o direito de ser e de agir de acordo com a

própria vontade” (em JEAN RIVERO, *Les Libertés Publiques*, pág. 3). O filósofo HENRI BERGSON delimitou-a nestes termos: “nós somos livres quando os nossos atos emanam da nossa personalidade inteira, quando eles exprimem, quando têm em relação a ela aquela identidade indefinível que algumas vezes se encontra entre a obra e o artista” (cit. por MOSSE-BASTIDE, *La Liberté*, pág. 184).

Entende-se, portanto que a liberdade é um poder que o homem exerce sobre si mesmo, permitindo-lhe escolher os próprios caminhos.

Julgando uma causa envolvente o *right of privacy*, o Supremo Tribunal da Geórgia, em 1904, ponderou que “a liberdade inclui o direito de viver como se entende enquanto não se violem o direito de outrem ou do público”. (...) “Cada um é livre de escolher a sua maneira de viver, e nem o público, nem qualquer pessoa tem o direito de privar alguém dessa liberdade” (MÁRIO RAPOSO, ob. cit., pág. 7).

Pode-se concluir, então, que existe um *direito à liberdade da vida privada*, ou seja, o reconhecimento autônomo de que o homem deve ser protegido contra as interferências na *ciudadela da riservatezza*, para que se possa conduzir segundo a sua vontade.

#### 4) *Vida privada e intimidade*

Já tivemos oportunidade de sustentar a distinção existente entre os conceitos de *vida privada e intimidade*, apesar de serem freqüentemente confundidos pela doutrina em conseqüência do multilinguismo que sofre o tema, especialmente entre os autores italianos, franceses e americanos.

É corrente o emprego do vocábulo *intimidade* em sentido lato para designar a *vida privada*. Aliás, segundo as conclusões do *Committee on Privacy*, reunido em Londres, no ano de 1970, “esta incerteza é conseqüência, sem dúvida, de reconhecida ausência de uma clara e aceitável definição do que possa ser intimidade” (cf. URABAYEN, ob. cit., págs. 66, 67).

Em decisão de 27 de fevereiro de 1971, o Tribunal de Grosse firmou o entendimento de que o art. 9º do Código Civil (com a reforma introduzida pela lei de 1970) não se refere ao ataque à vida privada, porém de maneira mais restritiva, à lesão à *intimidade* da vida privada, quer dizer, ao que é essencial na vida particular de alguém.

O Dicionário da Real Academia Espanhola, na edição de 1939, concebia a intimidade como “a parte personalíssima, comumente reservada dos assuntos, desejos ou afeições de um sujeito ou de uma família” e definia o íntimo como “o mais interior ou interno”.

Na edição de 1970, a intimidade vem definida como a “zona espiritual íntima e reservada de uma pessoa ou de um grupo, especialmente de uma família” (URABAYEN, ob. cit., pág. 10).

A intimidade, portanto, é um sentimento que brota do mais profundo do ser humano. Na palavra de URABAYEN é “o coração do coração de cada pessoa” (ob. cit., pág. 347). Aquilo a que aludia MARCO AURÉLIO quando

proclamava: “Não existe retiro mais tranqüilo que aquele onde o homem encontra a sua própria alma”.

Embora a lei francesa de 1970 se tenha referido somente à intimidade como valor protegido, as condições de vida moderna, frente às novas modalidades de invasão tecnológica, revelam a necessidade de proteger uma esfera mais lata, abrangendo toda a vida privada (RENÉ ARIEL DOTI, *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*, pág. 69).

A doutrina do consagrado publicista HEBARRE veio trazer importantes subsídios a esta distinção, quando menciona a intimidade como algo diverso e menos abrangente que a vida privada: “aquela é um círculo concêntrico e de menor raio que a outra” (*Protection de la Vie Privée et Deontologie des Journalistes*). Compete, porém, à jurisprudência demonstrar onde se encontra a fronteira (R. LINDON, pág. 150).

Pode-se concluir, na linha do pensamento de ALAN WESTIN, que a vida privada deve constituir uma cidadela onde estejam abrigados os *quatro estados* característicos da privacidade: a *solidão*, quando a pessoa fica só por autodeterminação; a *intimidade*, quando o indivíduo está em companhia de outrem ou de um pequeno grupo (família, amigos); *anonimato*, que consiste no interesse de não ser identificado na rotina do dia-a-dia, e a *reserva* como vontade de não revelar certas coisas sobre si mesmo” (cit. em *Privacy*, pág. 684).

## 5) O direito à vida privada

### A – Origem de desenvolvimento

O direito à vida privada constitui uma das expressões modernas do repertório dos direitos da personalidade. Na segura opinião de RAYMOND LINDON, tais direitos caracterizam “um domínio onde o vazio legislativo era absoluto” (*Les Droits de la Personnalité*, pág. 1). Através da criação *pretoriana* da jurisprudência francesa, firmaram-se os conceitos que mais tarde iriam fecundar a legislação. Salvo alguns textos a propósito da violação do domicílio, do segredo da correspondência e de ilícitos contra a honra tratados no Código Penal e na lei de imprensa, não existiam no ordenamento positivo da França normas específicas para garantir tais direitos quanto aos aspectos da consideração do nome, da imagem, da vida privada e de outros bens juridicamente relevantes. A equidade foi o caminho seguido pelos juízes para salvaguardar o patrimônio moral e espiritual das pessoas.

O estágio superior da proteção da intimidade surgiu com a Lei de 17 de julho de 1970, dispondo sobre o respeito à vida privada. Para RAYMOND LINDON “o desenvolvimento desta doutrina surgiu tão harmonioso quanto alguns castelos da Renascença” (ob. cit., pág. 351).

Mas foi nos Estados Unidos que o *right of privacy* teve a sua prática verdadeira a partir do famoso trabalho de WARREN e BRANDEIS (“The right of privacy”) publicado na *Harvard Law Review* (1890, pág. 193). Três anos mais tarde, o Tribunal de Nova Iorque usou pela primeira vez a nomenclatura empregada pelos dois advogados, ao julgar uma causa favoravelmente ao ator que vira seu retrato estampado por um jornal, promovendo um concurso

contra o qual ele se opunha. Na obra pioneira, o novo ramo jurídico surge prefigurado como *the right of an individual to live a life of reclusion and anonymity, the right to be alone*, a salvaguarda da própria *peace of mind* (cf. MÁRIO RAPOSO, ob. cit., pág. 7).

Uma pesquisa procedida por MIGUEL URABAYEN revela que o *direito à vida privada* tem origem na jurisprudência inglesa do século XVIII embora alguns escritores sustentem a existência de registros mais antigos, como a decisão proferida em 1348 sobre uma violação de domicílio, quando o infrator foi condenado ao pagamento de uma indenização pelos danos (ob. cit., págs. 43 e ss.). E assim, da proteção física da residência, os tribunais evoluíram para a proteção do direito de estar só. Em 1776, quando se discutia no Parlamento o assunto das ordens de arresto, Lord CHATHAM proclamou que o homem mais pobre tem o poder, em sua casa, de desafiar a Coroa. "Esta casa pode ser débil, seu telhado poderá cair, o vento poderá soprar no seu interior, a tormenta e a chuva podem entrar. Mas o Rei da Inglaterra não pode, os seus exércitos não se atreverão a cruzar os umbrais da arruinada moradia" (URABAYEN, ob. cit., págs. 43 e ss.).

Embora o assunto da defesa da privacidade já contivesse regulamentação normativa no início do século XX (como a lei de Nova Iorque de 1903 proibindo o uso, para fins publicitários, do nome ou da imagem de qualquer pessoa sem o seu consentimento, sob penas civis e criminais), foi através da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Paris, 1948) que a disciplina ganhou consagração autônoma quando o artigo 12 estabelece a proibição das ingerências arbitrárias na vida privada.

Igualmente tutelando a "vida particular", como um direito inerente a todas as pessoas, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, art. 5º) acentua que os Estados americanos reconhecem que os direitos essenciais do homem não decorrem de sua origem ligada a este ou àquele determinado Estado, mas aos atributos da pessoa humana. A Convenção da Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950) garantiu expressamente o direito de toda pessoa ver respeitada a sua vida privada (art. 8º, 1). No mesmo rumo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Nova Iorque, 1966, art. 17, 1). E também na Costa Rica, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) dedicou um texto específico à proteção da intimidade (art. 11, 2).

Em muitos países se desenvolvem movimentos de proteção do direito à intimidade da vida privada. Em maio de 1967, a Comissão Internacional de Juristas realizou em Estocolmo um congresso sobre o tema, com acentuada repercussão legislativa. Naquele mesmo ano, em setembro, VARENA recepcionou o 3º Simpósio de Estudos de Direito e Processo Penal sob a direção de PIETRO NUVOLONE, para tratar, exclusivamente, do problema. Contribuições excelentes foram discutidas como o notável trabalho de FRANCO BRICOLA, "Prospective e limiti della tutela penale della riservatezza" (publicado em *Il Diritto alla Riservatezza e la sua Tutela Penale*, Milão, 1970).

A Organização das Nações Unidas vem revelando grandes apreensões face à distorção que a ciência e a tecnologia podem operar no delicado território

dos direitos humanos. Em 1968 realizou-se em Teerã uma Conferência Internacional dos Direitos do Homem, cujas conclusões reconheceram, nas descobertas científicas e no aprimoramento da técnica, os fatores capazes de colocar em risco os direitos e as liberdades fundamentais das pessoas, embora se admitissem as notáveis perspectivas de progresso econômico, social e cultural.

E naquele mesmo ano, a 19 de dezembro, a Assembléia-Geral da ONU, sensibilizando-se com os trabalhos da Conferência de Teerã, adotou uma Resolução referente aos direitos do homem e ao progresso da ciência e da técnica. Em consequência, recomendou-se o estudo de vários problemas específicos, tais como: *a)* o respeito à vida privada dos indivíduos e a soberania das nações frente ao progresso das técnicas de gravação e outras; *b)* a proteção da pessoa humana e de sua integridade física e intelectual em face da biologia, da medicina e da bioquímica; *c)* as utilizações da eletrônica que podem afetar os direitos da pessoa, e os limites que tais práticas devem conter nas sociedades democráticas; *d)* o equilíbrio que deve ser procurado entre os progressos científicos e a elevação intelectual, espiritual, cultural e moral da Humanidade.

A pesquisa da ONU, sob o título *Os Direitos do Homem e as ameaças à vida privada*, revela a concentração de atenções sobre os seguintes aspectos: garantia dos direitos humanos nos campos econômico social e cultural em conformidade com a estrutura, os recursos e o nível de evolução científica e tecnológica do Estado; o uso das conquistas da ciência e da tecnologia para fins educativos e atendendo aos legítimos interesses dos povos e da consideração às normas universais da Moral e do Direito Internacional; a prevenção da utilização abusiva da ciência e da técnica contra os direitos e as liberdades democráticas (em *O correio da Unesco*, págs. 5 e ss.).

Em França, através da Academia das Ciências Morais e Políticas, foram denunciadas as modernas técnicas de invasão da intimidade e os perigos resultantes do "universo computacionário". Na mesma oportunidade (12-11-1973), adotou-se uma Resolução fundada na orientação traçada pela Lei nº 70.643, de 17 de julho de 1970, sancionando as violações à intimidade através da escuta, gravação e transmissão das palavras ou pela captação ou divulgação de imagens sem autorização. A academia admitiu a defasagem entre o avanço da técnica e a morosidade das renovações legislativas (*Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1974, pág. 187).

Também a Comissão Internacional de Juristas e a União Internacional dos Advogados têm dedicado especiais atenções ao problema. Como organismo consultivo nas Nações Unidas, a UIA vem-se pronunciando desde 1966, e no congresso de Londres (1969) divulgou uma relação de conclusões e recomendações sobre a proteção da intimidade da vida privada, destacando-se a necessidade de se incriminar a escuta e a gravação de conversação particular através de aparelhos não percebidos pelos dialogantes, e a interceptação e registro de fatos atinentes à esfera da privacidade, mediante o uso de dispositivos dissimulados, além da difusão e utilização de fatos capturados por meios ilícitos. Também a restrição ao poder da imprensa — que deve ser orientado em favor do interesse geral e da proscrição do sensacionalismo e do escândalo — chamou a atenção dos congressistas no domínio da informação. Outra proposta importante referiu-se à necessidade de disciplinar o uso dos computadores

quanto a aspectos e fatos da intimidade que não sejam do interesse público (cf. TOMMÁSIO BUCCIARELLI, em *La Protection de la Personnalité de l'Homme*, págs. 77 e ss.).

## B – Denominação

As muitas designações empregadas para tratar desta disciplina refletem as dificuldades em precisar o seu conceito, o seu objeto e o seu conteúdo.

Nos EUA ela é denominada *right of privacy*; em França, além de *droit à la privauté*, usa-se a expressão *droit à l'intimité*; na Itália, é predominante a nomenclatura *diritto alla riservatezza*, embora alguns escritores prefiram chamar *diritto alla vita privata*. No judicioso Parecer da Câmara Corporativa de Portugal (nº 46/X em Actas, pág. 1.793), MORAES LEITÃO esclarece que uma boa parte da doutrina italiana tem sustentado a distinção entre o *diritto alla riservatezza* e o *diritto alla segretezza* ou *al rispetto della vita privata*. "Este último seria o direito de impedir que terceiros conheçam ou descubram a intimidade da vida privada do titular; aquele, por sua vez, surgiria em momento posterior e consistiria no direito de impedir a divulgação de aspectos daquela intimidade, depois de licitamente conhecida pelo divulgador."

Na Espanha são usadas as expressões *derecho a la intimidad* e *derecho a la vida privada*.

Em Portugal, além de *direito à proteção da intimidade* e *direito à zona de intimidade da esfera privada*, fala-se de um *direito à intimidade da vida privada*.

Na Alemanha, como lembra MONREAL, são utilizadas as denominações *Privatsphäre* (esfera privada); *Instimsphäre* (esfera íntima) e *Geheimsphäre* (esfera secreta) e similares. ("*La vida privada*" como *bien jurídicamente protegido*, trabalho publicado em *Nuevo pensamiento penal*, 1974, págs. 154 e s.).

A grande maioria dos escritores emprega indistamente as designações *direito à intimidade*, *direito à vida privada* e *direito à privacidade*.

Parece-nos que a melhor solução consiste em chamar esta nova disciplina jurídica de *direito à intimidade da vida privada*, embora não se rejeitem as demais denominações, de trânsito já corrente em nossa literatura. Ocorre porém, que a *intimidade* é um valor referível a algo. Assim como na antiga formulação doutrinária o direito de estar só era considerado um prolongamento da moradia, agora a intimidade é referível (também) a um ambiente ou situação mesmo não se confundindo com a casa, mas que caracterize a moldura onde a pessoa se coloca, abandonando a máscara. Esta moldura é a vida privada.

## C – Conceito

Conforme autorizada doutrina, as dificuldades surgidas para conceituar o direito à intimidade da vida privada são muito acentuadas em face da imprecisão dos limites assinalados para o reconhecimento da *vida privada* e a significação prática de *intimidade*.

O aludido Parecer nº 46/X da Câmara Corporativa de Portugal reconheceu a complexidade do assunto. Admite que “a generalidade das legislações se tenha limitado a proclamar o direito à intimidade da vida privada, deixando o preenchimento de seu conteúdo entregue à apreciação casuística da jurisprudência em função da natureza do caso ou da condição das pessoas” (*Actas*, pág. 1.795). Esta é a orientação do Código Civil português (1966, art. 80), da legislação francesa e do projeto belga.

Uma das antigas definições foi proposta pelo Juiz americano COOLEY, quando, em 1873, sustentou o direito à reserva da vida privada como *the right to be let alone* (URABAYEN, ob. cit., pág. 103).

Para o jurista NIZER, trata-se do direito em favor do indivíduo “a uma vida retirada e anônima” (idem, pág. 14).

No ano de 1955, WILLIAM SWINDLER, em sua obra *Problems of Law in Journalism*, sublinhou: “O direito à vida privada pode ser definido como o direito de viver a sua própria vida em isolamento sem estar submetido a uma publicidade que não provocou e nem desejou” (ob. cit., pág. 14).

Através de uma conotação doméstica, a definição apresentada por LUCIEN MARTIN se fixa na idéia de que “a vida privada é a vida familiar, pessoal do homem, a sua vida interior, espiritual, aquela que leva quando vive por detrás de sua porta fechada” (idem, pág. 15).

Mas foi no ano de 1967, quando florescia a doutrina do direito à privacidade em meio aos novos atentados, que a Conferência dos Juristas Nórdicos, inspirando-se na definição do Prof. STIG STRÖMHOLM, da Universidade de Upsala, concebeu o respeito à intimidade da vida privada como “o direito de uma pessoa ser deixada em paz para viver a sua própria vida com um mínimo de ingerências exteriores” (em RAYMOND LINDON, ob. cit., pág. 16).

A mobilidade e a extensão do bem jurídico protegido, ou seja, a liberdade através do isolamento, não permitem e nem recomendam a formulação de um conceito definitivo, mesmo porque não é possível estabelecer os limites físicos e espirituais dos ambientes de privacidade. Além disso, por não constituir um direito absoluto, o *right of privacy* está submetido a exceções resultantes do interesse público e particular. Compreendendo o assunto sob esta ótica, SANTOS CIFUENTES ensina que se trata de um “direito personalíssimo que permite subtrair a pessoa da publicidade e está limitado pelas necessidades sociais e os interesses públicos” (ob. cit., pág. 339).

#### D – Delimitações

O *direito de estar só* é autônomo em relação aos demais direitos da personalidade. Se é certo que muitas violações da zona de reserva pessoal se materializam através de lesões a outras disciplinas, como o direito ao nome, à imagem, ao domicílio, à correspondência etc., a doutrina e a jurisprudência assentaram critérios para a separação dos conceitos, apesar da imprecisão em que geralmente se debatem.

Podem ser referidos como relacionados à proteção da vida privada, além dos já mencionados acima, os direitos à honra e à reputação; à integridade física e moral; à vida profissional e ao esquecimento.

Não cabe, no âmbito da presente dissertação, a análise minuciosa sobre os aspectos dogmáticos de tais disciplinas. Basta o reconhecimento de que a violação da privacidade se consuma muitas vezes através de situações envolvendo outros direitos. Algumas hipóteses recortadas da vida real permitem uma compreensão do assunto.

No ano de 1858, fotógrafos contratados para reproduzir a imagem mortuária da célebre atriz RACHEL, com a recomendação de que as fotografias seriam de propriedade exclusiva da irmã da atriz, romperam o compromisso e permitiram o decalque das fotos pela pintora O'CONNEL, que fez também um desenho. Tal reprodução foi estampada num semanário. A irmã de RACHEL moveu um processo contra a pintora no Tribunal Civil do Sena.

A causa, posta em discussão, veio a tornar-se célebre e a servir de paradigma à crônica sobre o direito à intimidade. O Tribunal acolheu as razões do Advogado Imperial PINARD, enfatizando que a atriz não havia posado para o retrato e que era direito dos familiares conservar a sua última imagem: "O homem célebre, Senhores, tem o direito de morrer oculto, e se a família, após o último suspiro, quer reproduzir seus restos somente para ela, não se pode, em nome da celebridade que sobrevive à morte, tocar estas coisas" (em URABAYEN, ob. cit., págs. 150, 152).

Utilizando uma teleobjetiva e outros recursos técnicos, um fotógrafo obteve a imagem de JACQUELINE ONASSIS inteiramente nua quando tomava banho de sol na ilha particular e solitária de Skorpis. A divulgação da foto consumou uma segunda violação, ou seja, a injúria, na medida em que ofendeu o decoro da vítima, cuja celebridade não extinguiu o seu direito à vida privada.

Um *affaire*, ligando BRIGITTE BARDOT esclarece o entendimento doutrinário que inclui o domicílio como ambiente da vida privada, apesar da notoriedade da atriz, que em diversos filmes posara nua. O Tribunal de Grande Instância do Sena concluiu que "a fotografia da Sra. BARDOT, estrela de cinema, publicada pelo periódico *Daily Express*, foi colhida embora ela não estivesse realizando qualquer atividade profissional quando se encontrava na intimidade de sua existência". E condenou o jornal ao pagamento de um franco e à publicação da sentença (idem, pág. 45).

Sobre o *direito ao esquecimento*, verdadeiramente trágico foi o episódio que levou WILLIAM SIDIS à morte ao tomar conhecimento da decisão dos juízes que julgaram improcedente a ação proposta contra um jornal que publicou uma reportagem mencionando detalhes de sua vida passada, quando era considerado um menino prodígio. Realmente, em 1910, WILLIAM falava desembaraçadamente aos mais ilustres matemáticos sobre assuntos tão abstratos quanto difíceis. Com 16 anos graduou-se em Harward, sendo considerado um prodígio mental. Mas desapareceu da vida pública e os jornais não mais o mencionaram, como ocorria nos períodos da infância e da adolescência. Porém, em 1937, o semanário *The New Yorker* divulgou um relato de como o jovem, após a formatura em Harward, ocultara seus passados êxitos para levar

uma vida deliberadamente retirada com taras e manias peculiares. Encerrava a reportagem descrevendo a humilde habitação em que vivia o antigo menino prodígio, num pobre bairro de Boston. A Justiça decidiu em favor do interesse público à informação e não condenou a imprensa (idem, 126, 129).

O caso MARLENE DIETRICH foi lembrado como uma das pedras fundamentais para a construção do muro da privacidade. O Tribunal de Paris reconheceu formalmente que as recomendações da vida privada de cada indivíduo pertencem ao seu patrimônio moral e ninguém tem o direito de publicá-las, mesmo sem intenção malévola, sem a autorização expressa e inequívoca daquele de quem se narra a vida” (idem, pág. 175).

O religioso que é impedido, pela força, de orar em solidão, sofre duas violações: ao direito à integridade física e à privacidade. A ameaça que terroristas palestinos dirigiram ao Presidente SADAT — de que destruiriam a mesquita de Jerusalém onde pretendia rezar quando visitou Israel — configura a lesão ao direito de estar só e à integridade moral.

Por último a infinidade de comportamentos agressivos ao resguardo da esfera íntima mediante o emprego de meios químicos (o chamado *soro da verdade*) ou de instrumentos de tortura, reflete a multiplicidade de infrações.

Os exemplos reais ou imaginados podem dar a medida das dificuldades encontradas na jurisprudência para a demarcação das linhas divisórias; mas não impedem a conclusão de que o *diritto alla riservatezza* se emancipou dos demais direitos da personalidade.

#### E — Sujeito, objeto e caracteres

O titular do direito à intimidade é a pessoa natural, independentemente de idade, sexo, condição social e outros atributos: tanto é a criança que vai ao canto da casa para brincar ou fazer as lições, como o doente mental que busca um refúgio para viver outras dimensões do mundo. Todos são sujeitos, mesmo os incapazes, embora o exercício do direito destes seja deferido aos representantes legais.

Por constituir um *sentimento* ou um *estado de alma*, o direito de estar só não é suscetível de fruição pela pessoa jurídica. Trata-se de um direito personalíssimo. Existem, no entanto, outros direitos da personalidade que poderão ter como sujeito a pessoa jurídica, a exemplo do sigilo da correspondência e das comunicações em geral. Sobre este assunto, merece referência MILTON FERNANDES (ob. cit., pág. 124) estendendo, porém, à esfera das pessoas coletivas “uma intimidade que deve ser legalmente protegida”.

Quanto ao objeto, consiste ele na própria situação de intimidade, como um bem juridicamente apreciável e que reflete valores materiais, morais e espirituais. Os escritores entendem que não se confundem, na mesma pessoa, os aspectos de titular e objeto dos direitos da personalidade.

Os caracteres do direito à vida privada emergem nos seguintes traços essenciais: é *originário*, posto resultar da própria natureza humana; é um *direito da personalidade*, ao lado de outros, como já se viu; é *subjetivo*, pois con-

fere à pessoa do seu titular a faculdade de agir ou não agir de certo modo. A propósito, RAYMOND LINDON esclarece que a consagração legal do direito à intimidade como direito subjetivo parece resultar dos termos do novo artigo 9º do Código Civil francês, na redação introduzida pela Lei de 17 de julho de 1970 (ob. cit., pág. 87).

Parece-nos que se trata de um direito misto: tanto público como privado. Constitui ele um setor dos domínios do Direito Público na medida em que o Estado tem o dever de o tutelar contra si mesmo, pelos abusos que os seus agentes venham a cometer, como, por exemplo, através do emprego de meios que acarretam violações físicas ou morais e atentem contra a privacidade (a respeito das provas banidas no sistema processual penal, ver MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal*, págs. 259 e 358 e ss.; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "La protection de droits de l'homme dans la procedure penale" em *Revue*, nº 3 de 1978, pág. 273. Ambos os autores analisam a nova redação do art. 261 do diploma português, resultante do Decreto-Lei nº 377/77). De outro lado, é uma parte do Direito Privado quando a lei civil ampara o direito de resguardo de uma pessoa contra outra, como ocorre nas relações de vizinhança.

Reconhecidamente *personalissimo*, o direito à privacidade é extrapatrimonial, vale dizer, inalienável, intransferível, irrenunciável e insuscetível de expropriação.

Embora desapareça com a morte do titular, é possível aos herdeiros reclamarem contra as invasões íntimas que comprometam a boa memória do *de cuius*. Este é o entendimento dos escritores desde que a revelação de particularidades do falecido interfira na vida privada de familiares. Em tal caso, os parentes serão os sujeitos passivos do ilícito e terão o direito de promover a ação tanto na esfera civil como na criminal (a respeito, PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, *O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade*, pág. 54).

Em julgamento clássico ocorrido em 1895, o Tribunal de Nova Iorque entendeu que "o que se procura é reforçar este direito à intimidade dos vivos. Tal direito pode ser violado algumas vezes ao interferir de modo inadequado com o caráter ou a memória de um parente falecido, mas é o direito dos vivos e não dos mortos o que se reconhece. Aos parentes vivos se pode admitir o direito à proteção da memória do defunto, mas esta faculdade existe em favor dos vivos para atender seus sentimentos e prevenir uma violação de seus próprios direitos na figura e na memória do falecido" (URABAYEN, ob. cit., págs. 102, 103).

Finalmente, trata-se de um direito imprescritível. É curial que o Homem não perde o direito de ficar só por não o ter exercido durante certo espaço de tempo.

#### F — As exceções

Opondo-se freqüentemente à liberdade que proporciona o exercício das atividades humanas na esfera da vida privada, movimentam-se as exceções que, por se constituírem em outras formas de liberdade, não podem ser sacrificadas pelos muros do recolhimento.

A liberdade de informação — que deita raízes no Direito Natural — desponta como exceção geral e constante ao território da privacidade.

Na prática, o problema ganha contornos de acentuada perplexidade, não só pela falta de textos específicos para limitar as áreas de atuação e o conteúdo das liberdades, como ainda pela mutabilidade freqüente dos valores em confronto. Por isso, alguns escritores como DESANTES, já reconheceram que tais direitos (à vida privada e de informação) se excluem (*La Información como Derecho*, pág. 52, nota 40).

A preocupação em torno do conflito tem atraído as atenções dos juristas de maneira intensa e extensa. Um exemplo significativo envolve o trabalho dos doutrinadores e tribunais americanos, frente à compreensão de que a privacidade é mais que um discutido direito à liberdade; ela permanece como um direito descansando à sombra de seu exercício e sob a ameaça da erosão, salvo se forem baixadas normas legais para garantia efetiva de sua existência (G-RUSSEL PIPE, em *Privacy*, pág. 684).

Para se avaliar as inquietações do conflito, basta lembrar que em 1961 Lord MANCROFT apresentou ao Parlamento um projeto dispondo sobre a proteção das pessoas contra interferências abusivas na zona da intimidade. Os problemas levantados para a compatibilização de ambas as liberdades, além da grande lucidez dos conceitos, levou o parlamentar à renúncia do seu intento. E no dia 2 de outubro de 1969, o jornal *Times* divulgava uma carta na qual ele admitia: “O projeto fracassou porque eu fui incapaz de estabelecer uma distinção precisa entre aquilo que o povo tem direito a conhecer e o que um homem tem direito a conservar para si mesmo” (URABAYEN, ob. cit., págs. 55, 56).

As exceções que freqüentemente podem ser opostas à liberdade de viver a salvo de ingerências, são os interesses: da segurança nacional; da investigação criminal; da Saúde Pública; da História; da Administração Pública; da crônica policial; ou forense; da crítica; da cultura; pelas figuras públicas; no exercício do direito de ação e o consentimento do titular.

Cada uma delas impulsiona valores igualmente importantes, que as muralhas da reserva pessoal não podem conter. Para se avaliar as dimensões da colisão, é suficiente lembrar dois episódios gravados na História.

Com a morte de BALZAC, o romancista ALEXANDRE DUMAS manifestou publicamente a intenção de erguer um monumento em memória do grande autor de *A Comédia Humana*. A viúva se opôs, alegando que o direito de homenagem era privilégio da família. Levado o litígio ao Tribunal Civil do Sena (1854), foi decidido que “a ereção de um monumento em honra de um homem ilustre, sob qualquer título, não é já o testemunho piedoso ofertado pela família a um de seus membros, como dívida que somente ela pode pagar, mas uma homenagem pública do reconhecimento ou da admiração em favor do homem que honrou o seu País”.

O segundo exemplo envolve a demanda proposta por JEAN LEMOINE, bibliotecário conhecido nos círculos literários de Paris, contra ANATOLE FRANCE — Prêmio Nobel da Literatura em 1931 — porque numa de suas grandes obras (*A Revolta dos Anjos*) caracterizava o demandante através de

uma personagem. A identidade entre a ficção e a realidade foi tão acentuada que LEMOINE passou a ser importunado pelas pessoas que, reconhecendo a imitação, ironizavam, gerando permanente constrangimento.

A Justiça entendeu que o escritor devia indenizar o ofendido com o pagamento de 20.000 francos, por estar caracterizada a violação da intimidade quando revelou, publicamente, detalhes da conduta do atingido. Mas, garantindo a liberdade de criação literária, não ordenou a apreensão da obra — que se tornou clássica (em URABAYEN, ob. cit., págs. 156, 164).

A lembrança de causas enobrecidas em função do objeto e da qualificação das partes está a indicar um caminho fecundo para a jurisprudência: a atuação dinâmica e sensível dos juízes irá determinar não apenas a melhor consciência coletiva na defesa do direito à reserva da intimidade, como também informará os preceitos legais reguladores do problema.

### III — OS CAMINHOS DA INFORMAÇÃO E A DEFESA DA PRIVACIDADE

#### 6) *Os novos mecanismos de intromissão*

A revolução tecnológica abriu passagem para um imenso e envolvente universo onde a criatura humana perde a individualidade e o poder de criação pessoal, que tanto iluminaram antigas e também importantes conquistas, como frutos do sacrifício e da persistência.

Na palavra notável do Juiz WILLIAM DOUGLAS, votando na Suprema Corte americana em 1966, surgiu a denúncia candente e dramática: “Estamos entrando rapidamente na era em que não haverá intimidade, em que todos estarão sujeitos à vigilância pelo tempo todo, na era em que não existirão segredos para o Governo. As agressivas fendas abertas contra a vida crescem em progressão geométrica. As escutas telefônicas e outros meios de vigilância aumentam continuamente, sem controle judicial ou legislativo. Empregam-se correntemente postos secretos de observação nas repartições do Governo e circuitos interiores de televisão na indústria que se estendem até as moradias de descanso. Escritórios, salas de conferência, apartamentos e domitórios de hotéis são preparados para a espionagem por conveniência do Governo. Os testes pessoais buscam extrair de um homem os seus mais íntimos pensamentos. Alguns agentes federais levam consigo dispositivos para gravar conversações mantidas ou retransmitidas à distância. Entram à força no domicílio alheio para a obtenção de provas. As fichas de todos os cidadãos aumentam em número e tamanho. Atualmente elas estão passando a selecionadores de modo que, pelo simples gesto de apertar um botão, todos os pobres, todos os enfermos, os suspeitos, os pouco populares, os cidadãos da Nação que se afastam do comum poderão ser imediatamente identificados. Estes exemplos e muitos outros demonstram que por todas as partes a intimidade e a dignidade dos nossos cidadãos estão sendo restringidas, às vezes por imperceptíveis passos” (em MIGUEL URABAYEN, ob. cit., págs. 38, 39).

A preocupação em torno da defesa da vida privada tem sido reforçada nos últimos anos face aos progressos da informática e da cibernética. A doutrina define aquela como a ciência do tratamento lógico e automático da infor-

mação, compreendendo-se com isso as técnicas e os meios de colheita, ordenação e difusão dos dados. A cibernética é considerada como a ciência do controle e comunicação entre o indivíduo e a máquina.

Em países altamente industrializados como os EUA, Japão, Alemanha, Inglaterra, França, Itália, Austrália etc., assiste-se ao rápido crescimento do volume de dados individuais, coletados por organismos públicos e privados. A necessidade de se reforçarem as garantias dos cidadãos e aperfeiçoar o complexo de normas através de uma legislação adequada é um dos objetivos da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) que mantém, entre seus órgãos, o *Comité d'experts en matière des droits de l'homme*.

Em 1972, teve lugar em França um congresso internacional de juristas para examinar os atentados dos direitos individuais pelo uso abusivo das técnicas da informática e a função do advogado na organização dos meios de proteção das pessoas contra o perigo do computador.

Reconheceu-se naquela oportunidade que a introdução de novas técnicas nos domínios da informação criara um desequilíbrio das relações entre o indivíduo e a sociedade, justificando a necessidade de se “rever a definição que conviria dar aos direitos individuais; seja para consolidar o seu conteúdo — tal como já existe —, seja para precisar a sua posição em face das recentes técnicas que os oprimem cada vez mais e ameaçam esvaziar-lhes o conteúdo”. (Em SERRANO NEVES, *Direito de Imprensa*, pág. 303).

Os perigos que podem emergir da maior velocidade da memorização e transmissão das informações ainda não foram delimitados pela doutrina com o rigor desejado. A evolução dos mecanismos técnicos que tornaram possível o uso da informática gerou no homem a necessidade de reação contra algo de extraordinário que há bem pouco tempo não passaria de ficção, mas que hoje ameaça gravemente o desenvolvimento natural da personalidade. Não se trata apenas da existência de meios capazes de levar a humanidade ao extermínio, mas também, e fundamentalmente, da existência em favor de certos órgãos dos instrumentos tecnológicos suficientes para reduzir o homem à condição de simples peça da grande máquina de produção burocrática.

Modernamente — já dissemos a propósito do tema —, “o respeito à privacidade envolve não só o direito de impedir a compilação de certos dados de natureza íntima que não podem ser levados a registro como, também, a possibilidade de corrigir informações inexatas, inoportunas ou desatualizadas, prevenindo a sua utilização abusiva. Esse controle tem como expressão fundamental o *direito ao acesso* de cada indivíduo identificado, no que se refere ao conteúdo e à difusão dos dados, de molde a garantir uma adequada proteção das liberdades públicas em geral e da defesa da privacidade em particular” (“O controle da informática”, *RT*, 518/265).

Atuando em setores da Administração Pública e no domínio das organizações particulares (sistemas bancários, de seguros, na indústria e no comércio), também as entidades paraestatais se servem do poder deste importante mecanismo para devassar a intimidade. Segundo a reportagem de MARVIN GROSWIRTH (cit.), provavelmente a maior coleção de dados sobre pessoas naturais está nos arquivos das companhias de crédito. Existem organizações

como a MIB (*Medical Information Bureau*), que armazenam registros médicos e que não conhecem limitações legais. Poderão vender os seus dados ou colocá-los à disposição de uma pessoa (física ou jurídica) após tê-los obtido de outra.

O problema de um *fichário central* de informações que reúna dados sobre todos os cidadãos de um país foi cogitado na França e nos EUA. Tanto GISCARD D'ESTAING — então Ministro da Economia (1972) — como o Presidente GERALD FORD se opuseram a uma rede federal de computadores. Na crítica veemente do Senador da Califórnia SAM ERWIN, “o plano da criação de uma rede de computadores representa um golpe fatal para a privacidade, uma vez que integraria num único sistema informação confidencial sobre todos os cidadãos americanos, a qual ficará sob o controle de um verdadeiro *czar* da informação” (em GARCIA MARQUES, ob. cit., pág. 48).

Na sugestiva lembrança de MICHEL CROZIN, “a informação não é neutra, a informação é poder” (GARCIA MARQUES, ob. cit., pág. 33).

A crise da intimidade é vivamente aberta com o problema das interceptações telefônicas. Neste campo, o Direito permanece em mora quanto aos progressos da técnica. Embora diversos países tratem de sancionar as condutas de transmissão ilícita da conversação telefônica, não se referem, em nível autônomo, às interferências nas modalidades de escuta, registro, reprodução e divulgação da voz e de outros sons. De modo geral, as leis criminais amparam a liberdade e o segredo da correspondência, aspectos que não se confundem com as novas formas de invasão tratadas amplamente sob a denominação de “escuta telefônica”.

Este fenômeno é particularmente grave nos Estados Unidos quanto às *annoyance callers* (chamadas de importunação). Elas não se confundem com as antigas formas de lesão. “Não há ofensa à honra, porque há o silêncio e a ausência de imprecações injuriosas. Mas a paz de espírito e a tranqüilidade, indispensáveis à fruição da vida privada, estão altamente comprometidas, inclusive pela angústia da expectativa do novo chamado telefônico” (PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, ob. cit., págs. 101, 102).

Mas para muito além dos atentados cometidos pelos particulares com tais chamados, aperfeiçoam-se as *mesas de escuta*, utilizadas pela Polícia e órgãos estatais de informação. Trata-se, em tempos modernos, do renascimento do “gabinete negro” do *Ancien Régime*.

Já ao tempo de LUÍS FELIPE, um determinado juiz de instrução, para exprimir melhor a hipertrofia dos poderes que lhe eram conferidos, afirmava que poderia — se quisesse — expedir ordem de prisão contra o próprio Rei” (RAYMOND LINDON, ob. cit., pág. 92).

Na atualidade, as intromissões revelam-se muito mais profundas e duradouras porque, ao lado da perfeição dos mecanismos, existe uma notável técnica para ordenar e armazenar os dados.

Com a sua insaciável sede de informação, a sua reputação de infalibilidade, a sua memória de onde nada pode ser apagado, o computador “pode tornar-se o centro nervoso de um sistema de espionagem que transformaria a socie-

dade num mundo de cristal, no qual o nosso lar, a nossa situação financeira, as nossas relações, a nossa saúde física e mental seriam postos a nu diante de qualquer observador, mesmo o menos atento". Esta é a dramática denúncia de ARTHUR MILLER em famosa obra (ALAIN CHOURAQUI, *L'Informatique au Service du Droit*, pág. 260).

Toda esta atmosfera de opressão também alcançou o nosso País, como grande importador de avançada tecnologia. A informática e a cibernética constituem duas grandes vedetas na ribalta das operações tecnocráticas.

Um projeto de Registro Nacional das Pessoas Naturais (RENAPE) traduz a inclinação em favor do Estado como *carcereiro da personalidade*. O Presidente da República constituiu um Grupo de Trabalho em 22 de julho de 1976 para cuidar do assunto. Segundo o Relatório, pretende-se, com a identidade nacional de todos os brasileiros, alcançar fins vantajosos para o homem, o Estado e a comunidade. Porém a experiência em países de grande desenvolvimento revela que tal iniciativa caracteriza efetivo risco para os direitos da personalidade em geral e, particularmente, para o direito de isolamento.

Em França, como já se viu, a idéia foi rejeitada: "Está fora de questão instituir um fichário central que reúna para todos os franceses o conjunto das informações que lhes dizem respeito e que ora se encontram na posse das diversas administrações" (GISCARD D'ESTAING, cit. por GARCIA MARQUES, ob. cit., pág. 48). A atribuição de um número nacional único aos cidadãos foi também expressamente proibida pela Constituição portuguesa de 1976 (art. 35, nº 3).

Proliferam nas cidades brasileiras os bancos de dados públicos e particulares sem uma disciplina que garanta o direito à intimidade. Formam-se as "agências de investigação" de maneira a congestionar o trânsito das informações e a vilipendiar o seu conteúdo. As interferências na comunicação telefônica estão a salvo de sanções criminais e civis e durante o período que se seguiu ao movimento militar de 1964 tiveram o seu fastígio de controle, de tormento e de impunidade.

Foi o General HUGO DE ABREU quem gritou alto sobre a crise da intimidade ao denunciar que todos os telefones do Palácio do Planalto — até o do Presidente — estavam na escuta.

## 7) O tratamento normativo da vida privada

### A — Os novos textos de proteção

A consagração em nível constitucional do direito à privacidade é uma exigência inafastável dos tempos modernos. As Cartas Políticas de Portugal (1976, art. 33), Rússia (1977, art. 56) e da Espanha (1978, art. 18, nº 1) garantiram formalmente este novo direito.

Alguns países reuniram em legislação autônoma a matéria de proteção do *direito de estar só*. A Suécia teve a vanguarda através do Diploma de 11 de maio de 1973. Em França, a lei de 17 de julho de 1970 acolheu as soluções propostas pela jurisprudência da esfera de reserva da vida privada. E recentemente, a Lei nº 78-17, de 16 de janeiro de 1978, tratou especificamente "da

informática, dos fichários e das liberdades”. O seu art. 1º é abrangente para dar a perspectiva assinalada pelo legislador: “A informática deve estar a serviço de cada cidadão. O seu desenvolvimento deve operar-se no quadro da cooperação internacional. Ela não pode atentar contra a identidade humana, os direitos do homem, a vida privada e as liberdades individuais ou públicas”.

Na Alemanha, uma nova redação foi dada ao art. 298 do Código Penal, em 1967, para punir com prisão de até seis meses ou multa todo aquele que interferir de alguma forma nas comunicações privadas de outrem.

A Lei italiana nº 98, de 8 de abril de 1974, é fruto de antiga aspiração e de longo trabalho parlamentar. Acresceu ao art. 615 do Código Penal o tipo de “interferência ilícita na vida privada”. Também se incriminam a adulteração das conversações telegráficas ou telefônicas. Os arts. 226, 339 e 423 do Código de Processo Penal tiveram redação modificada pela nova lei, que disciplinou os casos de interceptação em homenagem ao direito de estar só.

Nos Estados Unidos, intensos são os debates parlamentares e as preocupações de entidades particulares em defesa da privacidade, como revelam os dois alentados volumes de *Privacy — The Collection, Use and Computerization of Personal Data* (Washington, 1974). Em abril de 1979, uma série de projetos de lei foram enviados ao Congresso pelo Presidente CARTER visando o resguardo da intimidade contra computadores e outros engenhos eletrônicos.

O Código Civil português de 1966 (art. 80) proclamou a autonomia do “direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, dentro da disciplina geral dos direitos da personalidade. E através da Lei nº 3, de 5 de abril de 1973, se conferiu dignidade legislativa à tutela penal da intimidade.

Ao fundo, o reconhecimento da ineficácia dos mecanismos clássicos de defesa e a insuficiência de muitos textos contemporâneos vêm demonstrar a necessidade de se recorrer ao *Ombudsman* como instituição de controle dos atos da Administração Pública nas suas relações com os cidadãos, garantindo os direitos individuais.

#### B — A situação no Direito brasileiro

O direito à intimidade da vida privada não obteve ainda, em nosso sistema positivo, o tratamento compatível com a sua relevância.

O anteprojeto elaborado pelo Prof. ORLANDO GOMES destacou os direitos da personalidade mas não conferiu autonomia expressa à nova disciplina. No propósito de evitar uma enumeração exaustiva, o diploma relaciona os direitos à vida, à liberdade, à honra etc. e admite a existência de outros “reconhecidos à pessoa humana, de caráter inalienável e intransmissível, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária” (art. 29).

Mais tarde, referindo-se ao que chamou de *direito do recato*, o Mestre comentava sobre o direito à intimidade como um desdobramento natural dos direitos da personalidade (“Direitos da personalidade”, em RF 216/7).

A sedução do tema, os progressos no setor das comunicações e o panorama das violações que se passou a desenhar fomentaram a preocupação dos estu-

diosos. Em 1956, o advogado HERMANO DUVAL tratou da tutela da intimidade em artigo denominado "A dimensão jurídica da fita magnética" (RF 251/338).

O anteprojeto HUNGRIA (1963) dispôs no artigo 161 sobre a captação indevida, mediante processo técnico, da conversação privada. Mas não se referia às atividades de registro, reprodução e divulgação como formas comuns de interceptação, segundo os modelos legislativos da Europa.

PONTES DE MIRANDA, em seu monumental *Tratado de Direito Privado*, analisou minuciosamente os direitos da personalidade (v. VII) e deu tratamento especial ao "direito de velar a intimidade" ao lado das liberdades de fazer ou não fazer, da inviolabilidade do domicílio, da correspondência etc.

A tese de PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, com a qual conquistou cátedra na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, contribuiu decisivamente para o estudo especializado do tema e fecundou o artigo 162 do Código Penal de 1969: "Violar, mediante processo técnico, o direito à intimidade da vida privada ou o direito de resguardo das palavras ou discursos que não foram pronunciados publicamente."

Porém, o diploma — cujo início de vigência foi sucessivamente adiado — jamais entrou em vigor. Permanece a lacuna quanto à proteção da privacidade.

Matéria tormentosa é a interceptação telefônica como meio de prova.

O projeto de Código de Processo Penal (nº 633/75) admitia "todos os meios legais bem como os moralmente legítimos" ainda que não especificados, para se verificar a verdade dos fatos em que se fundam a acusação ou a defesa (art. 294).

Após o advento do Código de Processo Civil (1973) foram aceitos os meios modernos de captação, entre os quais a reprodução fonográfica através de fitas gravadas das conversações telefônicas, desde que o recurso para a colheita se amparasse na lei e no senso ético.

Na opinião de HELENO FRAGOSO, uma vez que a gravação seja obtida licitamente, poderá valer também como prova no processo penal (RDP nº 1, de 1971, pág. 129). Em trabalho recente apresentado ao Colóquio preparatório do XII Congresso Internacional de Direito Penal (Viena, 1978), o mesmo penalista pondera que a utilização da escuta telefônica é um fato irreversível na vida moderna. Quando legalmente obtida não pode ser eliminada da relação dos meios de convicção permitidos pelo processo penal, máxime quando se orienta à luz do princípio da busca da verdade material (*Revue*, nº 3, de 1978, pág. 71).

Toda a matéria é amplamente analisada por ADA PELLEGRINI GRINOVER em sua tese de concurso *Liberdades Públicas e Processo Penal — As interceptações telefônicas*, reconhecendo que "a problemática da intimidade faz parte do tema de fundo do Processo Penal, porque é nele que o Estado de Direito se preocupa em colocar limites aos poderes de investigação; poderes de investigação estes, que quase necessariamente levam a uma intromissão na esfera privada do indivíduo" (pág. 329). O *apêndice* de sua obra contém apro-

priadas informações sobre a evolução do assunto de 1976 a 1978, com análise do Projeto nº 633/75.

No campo do Direito Civil, além das normas sobre as relações de vizinhança, o Código não contém, como já insinuamos, nenhuma disposição específica sobre a privacidade. Mas a Lei de Imprensa (nº 5.250, de 9-2-67) refere-se expressamente à proteção da vida privada, no capítulo da responsabilidade civil. Diz o § 1º do art. 49 que, nos casos de calúnia e difamação, a prova da verdade excluirá o dever de indenizar, “salvo se o fato imputado, embora verdadeiro, diz respeito à vida privada do ofendido, e a divulgação não foi motivada em razão do interesse público”.

Este registro está feito por MILTON FERNANDES (ob. cit., págs. 268 e ss.) que critica, muito adequadamente, a omissão do Projeto nº 634/75 do Código Civil, o qual, apesar do destaque aos direitos da personalidade, não regulamentou o direito à esfera íntima (ob. cit., pág. 263).

Porém as Emendas n.ºs 44, 54 e 61, apresentadas pelos Deputados BRÍGIDO TINOCO, TANCREDO NEVES e HENRIQUE EDUARDO ALVES, suprimam a lacuna (*Diário do Congresso Nacional*, 10-4-76) e MILTON FERNANDES (ob. cit., pág. 284).

O Relatório brasileiro ao V Congresso da União Internacional dos Magistrados (Florença, out. 1974), elaborado pelo Desembargador BASILEU RIBEIRO FILHO, contém detalhada exposição sobre o *diritto alla riservatezza*; e sustenta que a sua proteção deve ser encarada sob dois aspectos fundamentais: um, o mais antigo, o dos Direitos do homem perante o Estado (art. 12 da *Declaração* de 1948); o outro, que se prende às relações entre os indivíduos, o dos direitos da personalidade. E passa a tratar do problema sob este último aspecto, nos planos de Direito Penal e Civil (*O V Congresso da União Internacional de Magistrados*, Boletim nº 11, abril de 1975, Associação dos Magistrados Brasileiros).

Relativamente ao conflito entre o direito de ser deixado só e a liberdade de informação, o documento propôs como critério a adoção das sugestões do Congresso dos Juristas Nórdicos e aconselha: “O juiz deverá separar rigorosamente o interesse social de ser informado do interesse comercial de informar. O primeiro se limita àquilo que o indivíduo tem interesse em saber como membro da sociedade; o segundo vai muito além e compreende, também, a indiscrição que se “vende” cada vez mais” (ob. cit., pág. 15).

Os problemas decorrentes da utilização abusiva da informática foram cogitados pelo Deputado FARIA LIMA, salientando que o desenvolvimento desta disciplina torna possível a formação de “volumoso manancial de dados que ao mesmo tempo propicia ao governo um maior e mais eficiente poder de decisão, comprometendo, por outro lado, irremediavelmente, a liberdade das pessoas, no momento em que atingem a sua privacidade” (*Diário do Congresso Nacional*, 10-4-76, pág. 16).

O mesmo parlamentar foi autor do Projeto de Lei nº 4.365, de 1977, criando o Registro Nacional de Bancos e estabelecendo normas de proteção da esfera íntima contra o uso indevido das informações neles arquivadas. Em proposta avançada, no âmbito da contenção dos abusos da informática, o

Deputado FARIA LIMA submeteu ao Congresso Nacional a sugestão do acréscimo de um parágrafo ao art. 153 da Constituição da República, contendo o seguinte teor: "É assegurado ao cidadão o acesso às informações, de caráter pessoal, existentes em órgãos governamentais e privados, sendo-lhe garantido o direito de ratificá-las, nos termos da lei."

A emenda foi acompanhada de uma *justificação* considerando que estamos vivendo na *Era da Informática* e que os computadores parecem destinados a ser "os principais veículos da geração, arquivamento, transmissão, utilização e disseminação de informações sobre o homem. O impacto desta tecnologia sobre a Sociedade e sobre o indivíduo é incalculável" (*Diário do Congresso Nacional*, 11-11-77, pág. 11.199).

Outro projeto de amparo à privacidade tomou o número 4.368 e foi subscrito pelo Deputado JOSÉ CAMARGO visando à disciplina da prestação das informações pelos centros de computação eletrônica (1977). Isto porque a Constituição Federal garante expressamente o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, além da inviolabilidade de domicílio, sem resguardar, porém, o direito à vida privada.

O confronto entre o homem e a máquina deverá ser equacionado à luz de um ideal a se atingir: o de que a máquina "uma vez mais cumpra o seu papel paradoxal, tornando mais humano o trabalho dos homens", como diz muito bem SANTIS GARCIA ("O Direito e a Tecnologia", em *RF*, vol. 247/336).

Isto implica uma revolução. E tal revolução — dentro da própria revolução tecnológica — há de restituir ao homem a fração extraviada de seu território nervoso e cultural, permitindo que retome com maior firmeza a bússola do seu destino.

#### IV — CONCLUSÕES

8) Além das idéias e propostas que se podem extrair no curso deste trabalho, merecem destaque as seguintes *conclusões*:

*Primeira*: Todo ser humano deve ter assegurado o direito de desfrutar livremente a intimidade da vida privada.

*Segunda*: A vida privada é um bem jurídico indispensável ao pleno desenvolvimento da personalidade. A sua proteção deverá efetivar-se através de preceito constitucional expreso e de legislação ordinária abrangendo as esferas de Direito Civil, Penal e Administrativo.

*Terceira*: As leis de processo devem excluir os meios de prova que caracterizam abusiva intromissão na vida privada.

*Quarta*: A informática e as conquistas da ciência e da tecnologia devem visar à realização de bem comum e a satisfação dos direitos e das garantias individuais.

*Quinta*: A utilização da informática deve merecer disciplina constitucional, observando-se os seguintes princípios:

1º — Não poderão ser colhidas ou tratadas as informações referentes a convicções políticas e filosóficas, credo religioso e intimidade da vida privada.

2º — A proibição de sistemas de informação pessoal de existência secreta. Os dados somente poderão ser colhidos em regime de autorização legal e utilizados segundo os fins a que se destinam.

3º — A proibição de colheita de informações mediante coação ou fraude.

4º — O direito de acesso aos registros de caráter pessoal, existentes em bancos públicos ou particulares, bem como o direito de retificação e supressão.

5º — O impedimento da atribuição de um número ou registro nacional único das pessoas naturais.

#### BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola — *Dicionário de Filosofia*, trad. Alfredo Bosi, São Paulo, 1970.

ARAÚJO LIMA, Cláudio — *Imperialismo e Angústia*. Rio de Janeiro, 1960.

BRICOLA, Franco — “Prospettive e limiti della tutela privata della riservatezza”, em *Il Diritto alla Riservatezza e la sua Tutela Penale*. Milão, 1970.

BURDEAU, Georges — *La Democracia*, trad. de Angel Latorre, Caracas — Barcelona, 1970.

CARREL, Alexis — *O Homem, Esse Desconhecido*, trad. Adolfo Casais Monteiro. Porto, s/d.

CHOURAQUI, Alain — *L'Informatique au Service du Droit*. Paris, 1974.

COSTA JÚNIOR, Paulo José — *O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade*. São Paulo, 1970.

DESANTES, José Maria — *La Información como Derecho*. Madrid, 1974.

DOSTOLEWSKI — *Recordação da Casa dos Mortos*, trad. Fernanda Pinto Rodrigues. Lisboa, 1972.

DOTTI, René Ariel — “Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação” — *RT*, 1980

— “O controle da informática” em *RT*, v. 518/265.

DUVAL, Hermano — “A dimensão jurídica da fita magnética”, em *RT*, v. 251/388.

FERNANDES, Milton — *Proteção Civil da Intimidade*. Saraiva, 1977.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge — “La Protection des droits de l'homme dans la Procédure Pénale” em *Revue Internationale de Droit Penal*, nº 3, 1978.

FRAGOSO, Heleno Cláudio — “Gravação magnética. Interrogatório. Prova”, em *RDP*, v. 1, 1971 — “La Protection des droits de l'homme dans la Procédure Pénale”, em *Revue Internationale de Droit Penal*, nº 3, 1978.

GARCIA, Marques — *Informática e Liberdade*. Lisboa, 1975.

GOMES, Orlando — “Direitos da Personalidade”, em *RF*, v. 216/5.

GRINOVER, Ada Pellegrini — *Liberdades Públicas e Processo Penal. As Interações Telefônicas*. Saraiva, 1978.

GROSSWIRTH, Marvin — “O computador e a erosão da privacidade”, em *O Estado de S. Paulo*, 20-11-77.

HUNGRIA, Nélson — *Anteprojeto de Código Penal Brasileiro*, Brasília, 1963.

- LINDON, Raymond — *Les Droits de la Personnalité*. Paris, 1974.
- LOPES QUINTAS, Alfonso — *Filosofia Española Contemporánea*. Madrid, 1970.
- MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes — *Código de Processo Penal Anotado e Comentado*. Coimbra, 1978.
- MONREAL, Eduardo Novoa — “La vida privada como bien jurídicamente protegido” em *Nuevo Pensamiento Penal*, Buenos Aires, 1974.
- MORAES LEITÃO — Parecer nº 46/X da Câmara Corporativa de Portugal sobre *A Proteção da Intimidade da Vida Privada* (relator), Lisboa, 1973.
- MOSSÉ—VASTIDE, Rose-Marie — *La Liberté*. Paris, 1974.
- ORWELL, George — 1984, trad. Wildon Velloso, São Paulo, 1976.
- PONTES DE MIRANDA — *Tratado de Direito Privado*. T. VII, Rio de Janeiro, 1956.
- RAPOSO, Mário — “Sobre a Protecção da Intimidade da Vida Privada”, em *Revista da Ordem dos Advogados Portugueses*, Lisboa, 1973.
- RIBEIRO FILHO, Basileu — “O Juiz e o respeito do direito à vida privada”, *Boletim da Associação dos Magistrados Brasileiros*, nº 11, 1975.
- RIVERO, Jean — *Les Libertés Publiques*. I, Paris, 1973.
- RUSSEL PIPE, G. — *Privacy: establishing restrictions on Government inquiry on Privacy*, I, Washington, 1974.
- SANTIS GARCIA, Dínio — “O Direito e a Tecnologia”, em *RF*, vol. 247/336.
- SANTOS CIFUENTES — *Los Derechos Personalísimos*. Buenos Aires, 1974.
- SERRANO NEVES — *Direito de Imprensa*. São Paulo, 1977.
- STEINAUER, Paul-Henri — *L'Informatique et l'Application du Droit*. Fribourg, 1975.
- URABAYEN, Miguel — *Vida Privada e Información: Un Conflicto Permanente*. Pamplona, 1977.

#### DOCUMENTOS E REVISTAS

- Diário do Congresso Nacional* de 14 de abril de 1976 e 11 de novembro de 1977.
- Emenda ao art. 153 da Constituição Federal, de autoria do Deputado Faria Lima.
- Emendas ao Projeto de Código Civil nos 43, 44, 54, e 61 dos Deputados Faria Lima, Brígido Tinoco, Tancredo Neves e Henrique Eduardo Alves.
- Parecer* nº 46/X ao projeto de proposta de Lei nº 11/X, “A Proteção da Intimidade da Vida Privada” (*Actas da Câmara Corporativa de Portugal*), Lisboa, 1973.
- Privacy — The Collection, Use and Computerization of Personal Data*, Washington, 1974.
- Projeto de Lei nº 4.385/77, de autoria do Deputado Faria Lima.
- Projeto de Lei nº 4.388/77, de autoria do Deputado José Camargo.
- Boletim da Associação dos Magistrados Brasileiros*, nº 11, abril de 1975.
- Correio da Unesco*, Rio de Janeiro, 1973.
- Nuevo Pensamiento Penal*, 1974.
- Revista de Direito Penal*, nº 1, 1971.
- Revista Forense*, v. 216/7; 247/336.
- Revista dos Tribunais*, v. 518/265.
- Revista da Ordem dos Advogados Portugueses*, Lisboa, 1973.
- Revue Internationale de Droit Pénal*, nº 3, 1978.
- Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1966 e 1971.

ATA DA 2ª COMISSÃO VESPERTINA DA  
VIII CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL  
20-5-80

Pres.: Dr. *Sebastião Pinto Costa*

Vice-Pres.: Dr. *Manuel Otávio Rodrigues de Souza*

Sec.: Dr. *Volney Colaço de Oliveira*

Aberta a sessão às 14:30 horas, o Sr. Presidente fez a apresentação do conferencista, Prof. RENÉ ARIEL DOTTI, escritor e jurista, amplamente conhecido em todo o País através de seus excelentes trabalhos sobre matéria penal, frisando, no entanto, que o eminente conferencista fazia questão de que o chamassem, apenas, de "advogado René Dotti."

A seguir, o ilustre mestre paranaense procedeu à leitura de seu trabalho (Tese nº 23), intitulado *A Liberdade e o Direito à Intimidade*. Finda a apresentação, o Sr. Presidente abriu a inscrição para os debates, tendo-se inscrito os seguintes participantes: drs. Juarez Tavares, Aristóteles Ateniense, Abraão Benites, Serrano Neves, Antônio A. Breda, Newton Sisti, Oscar Macedo Filho, Celso Campos Petroni, Sérgio Marques da Cruz, Maria Ritta Bacellar, Edgar Cavalcante, Arthur Lavigne, Heleno Fragoso e José Lamartine. Com a palavra, na ordem acima, todos analisaram a tese sob os mais diversos enfoques, tendo o dr. Serrano Neves proposto a aprovação por aclamação.

Após a manifestação dos debatedores, unânimes nos elogios à alta qualidade do trabalho exposto, usou a palavra o autor da tese, iniciando por agradecer as referências "muito generosas" ao seu trabalho. Passou, então, a responder às observações formuladas por alguns dos debatedores, começando por acolher algumas sugestões formuladas pelos drs. Newton Sisti e Heleno Cláudio Fragoso, quanto às cláusulas 3ª e 5ª. A redação final das conclusões, aprovada por aclamação consoante proposta do dr. Serrano Neves, é a seguinte:

*Primeira:* Todo ser humano deve ter assegurado o direito de desfrutar livremente a intimidade da vida privada.

*Segunda:* A vida privada é um bem jurídico indispensável ao pleno desenvolvimento da personalidade. A sua proteção deverá efetivar-se através de preceito constitucional expresso e de legislação ordinária abrangendo as esferas de Direito Civil, Penal e Administrativo.

*Terceira:* São inadmissíveis as provas que caracterizam abusiva intromissão da vida privada.

*Quarta:* A informática e as conquistas da ciência e da tecnologia devem atender à realização do bem comum e à satisfação dos direitos e das garantias individuais.

*Quinta:* A utilização da informática deve merecer disciplina constitucional, observando-se os seguintes princípios:

1º — Não poderão ser colhidas ou tratadas as informações referentes a convicções políticas e filosóficas, credo religioso e intimidade da vida privada;

2º — A proibição de sistemas de informação pessoal de existência secreta. Os dados somente poderão ser colhidos em regime de autorização legal e utilizados segundo os fins a que se destinam;

3º — A proibição da colheita de informações mediante coação ou fraude;

4º — O impedimento de atribuição de um número ou registro nacional das pessoas naturais;

5º — O direito pessoal de acesso aos registros de caráter individual, existentes em bancos públicos ou particulares, bem como o direito de retificação e supressão.

# O contencioso diplomático e os recursos de direito interno

**ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE**

Ph.D. (Cambridge), Professor da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco (Itamarati), Ex-Assessor Jurídico do Escritório da ONU em Genebra, Chefe do Departamento de Ciência Política e Relações Internacionais da Universidade de Brasília.

## **SUMÁRIO**

- I — Introdução: a evolução histórica do tema
- II — O contencioso diplomático nos séculos XIX e XX
  - 1 — A prática dos Estados europeus
    - a) Reino Unido
    - b) França
    - c) Itália
    - d) Suíça
  - 2 — A prática dos Estados americanos
    - a) Estados Unidos
    - b) Canadá
    - c) Estados latino-americanos
  - 3 — A prática do Brasil
- III — Conclusões.

## I — Introdução: a evolução histórica do tema

É um princípio clássico do direito internacional que a responsabilidade internacional de um Estado por danos causados a estrangeiros só pode ser implementada a nível internacional depois de esgotados os recursos de direito interno pelos indivíduos em questão, isto é, depois que o Estado reclamado tenha se valido da oportunidade de reparar os supostos danos por seus próprios meios e no âmbito de seu ordenamento jurídico interno. As raízes históricas da longa evolução dessa regra, como comumente entendida hoje, remontam à antiga prática de represálias.

Conforme demonstramos em recente pesquisa editada pela Sociedade Belga de Direito Internacional (1), desde os tempos medievais até o final do século XVII o requisito do prévio esgotamento dos meios internos de reparação aplicava-se normalmente antes da tomada de represálias, e subsequentemente, nos tempos modernos, antes da intervenção. Outrora, príncipes e soberanos emitiam cartas de represália não a estrangeiros mas somente a seus cidadãos ou súditos no exterior, e depois de terem estes esgotado todos os meios de solucionar a controvérsia no país de residência. Nos tempos modernos, a regra passou a aplicar-se no contexto do direito relativo à responsabilidade do Estado por danos causados a estrangeiros. Em todos os casos havia um reclamante queixando-se de um dano sofrido em outro país ou Estado e supostamente engajando a responsabilidade desse último.

São inúmeros os antecedentes dos séculos IX a XVI, envolvendo mercadores e países diversos (em cartas de represália), e por vezes tratados consagrando o princípio do esgotamento; nos séculos XVII e XVIII surgem novos tratados a respeito, além de pareceres e relatórios de consultores de negócios estrangeiros igualmente aplicando o princípio (2). Todos esses dados (cartas de represália, tratados, pareceres) contribuíram decisivamente para a evolução do princípio do esgotamento no contexto das relações entre comunidades ou Estados e estrangeiros (particularmente em relações comerciais e controvérsias políticas daí advindas), e para a gradual cristalização da regra hoje conhecida como do esgotamento dos recursos de direito interno, definitivamente consolidada como regra do direito internacional consuetudinário já em fins do século XIX (cf. *infra*).

O princípio do prévio esgotamento dos meios internos de reparação encontrou apoio não apenas na prática internacional, mas também na doutrina. Abstração feita dos autores modernos (3), podemos fazer referência a diversas passagens dos escritos de autores clássicos como

(1) A. A. CANÇADO TRINDADE, "Origin and Historical Development of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law", 12 *Revue Belge de Droit International/Belgisch Tijdschrift voor Internationaal Recht* (1976), pp. 499-527.

(2) Cf. inúmeros dados a respeito, nesse período (séculos IX a XVIII), *ibid.*, pp. 499-514.

(3) Cf. bibliografia atualizada e exaustiva in A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law* (Ph.D. Thesis), volume II, Universidade de Cambridge, 1977, pp. 1700-1722 (circul. interna).

FRANCISCO DE VITORIA <sup>(4)</sup>, ALBERICO GENTILI <sup>(5)</sup>, HUGO GROTIUS <sup>(6)</sup>, BYNKERSHOEK <sup>(7)</sup>, WOLFF <sup>(8)</sup> e VATTEL <sup>(9)</sup>, que consagram o princípio em questão com formulações distintas.

Os casos envolvendo a regra dos recursos internos eram sempre de origem **privada**, ainda que subseqüentemente viesse a causa a ser patrocinada pelo soberano ou Estado do indivíduo lesado; muito embora "internacionalizado" pelo patrocínio da reclamação, o caso subsistia originalmente como uma controvérsia entre um estrangeiro lesado e o Estado de residência. Este o campo clássico de aplicação da regra dos recursos internos, com um estrangeiro requerendo proteção e assistência de seu soberano ou Estado para obter a reparação de um dano sofrido em outro país.

Dá o caráter **preventivo** da regra: como **conditio sine qua non** do exercício de represálias (no passado mais distante) e da proteção diplomática (nos tempos modernos), não raro a regra impediu a intervenção, em épocas em que os soberanos e Estados mostravam-se menos relutantes para recorrer à força física do que parecem ser hoje. A regra exerceu assim uma função proeminente ao assegurar uma certa medida de respeito pela soberania dos Estados, minimizando tensões e favorecendo as condições de intercâmbio pacífico e relações comerciais <sup>(10)</sup> entre soberanos e Estados, e levando ao estabelecimento de tribunais (para julgar reclamações) e recursos. Excetuavam-se da aplicação da regra os casos de denegação de justiça, atrasos indevidos e outras irregularidades processuais graves <sup>(11)</sup>.

Nos parágrafos que se seguem, examinaremos a incidência da regra do esgotamento dos recursos de direito interno na prática diplomática dos Estados nos séculos XIX e XX. As numerosas sentenças arbitrais e decisões da Corte Internacional de Justiça (e sua precursora Corte Permanente de Justiça Internacional), abordando a regra dos recursos internos no período considerado, são deliberadamente excluídas do âmbito e pro-

(4) FRANCISCO DE VITORIA, *Relectio De Jure Belli* (1532), appendix B in J. B. Scott, *The Spanish Origin of International Law — Francisco de Vitoria and his Law of Nations*, Oxford, Clarendon Press, 1934, p. LXIV; FRANCISCO DE VITORIA, *De Indis Relectio Posterior, sive de Jure Belli* (1538-1539), in *Obras de Francisco de Vitoria* (ed. T. Urdanoz), Madrid, B.A.C., 1960, pp. 845-848.

(5) ALBERICO GENTILI, *De Jure Belli Libri Tres* (1598), in *The Classics of International Law* (ed. J. B. Scott), vol. II, Oxford, Clarendon Press, 1933, livro I, cap. XXI, pp. 100 e 103.

(6) HUGO GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis — Liber Tertius* (1625), vol. III (trad. W. WHEWELL), Cambridge, University Press, 1853, *caput*, II-IV, p. 48; II-II, pp. 42-43; II-III, pp. 44-45; II-V, pp. 48-49; II-VI, p. 50; II-VII, pp. 51-52.

(7) C. VAN BYNKERSHOEK, *Questionum Juris Publici Libri Duo* (1737), Oxford, University Press, 1930, vol. II (trad. T. FRANCK), livro I, cap. XXIV, pp. 133-136.

(8) C. WOLFF, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* (1749), vol. II (trad. J. H. DRAKE), Oxford, Clarendon Press, 1934, p. 303, § 590, e cf. pp. 302-309, §§ 591-602.

(9) E. de VATTEL, *Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle* (1758), vol. II, Paris, Guillaumin & Cie., 1863, livro II, cap. XVIII, p. 316, § 338, e cf. pp. 320-330, §§ 342-350; cf. também cap. VII, p. 82, § 84; cap. VIII, pp. 83-84, § 103.

(10) Sobre a influência da regra na criação e desenvolvimento de "standards mínimos", cf. G. SCHWARZENBERGER, *Foreign Investments and International Law*, London, Stevens, 1969, p. 23.

(11) A. A. CANÇADO TRINDADE, "A Denegação de Justiça no Direito Internacional: Doutrina, Jurisprudência, Prática dos Estados", 16 *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal* (1979) n.º 62, pp. 23-40.

pósitos do presente estudo: enquanto tal jurisprudência tem sido objeto de amplo debate por parte de especialistas no tema <sup>(12)</sup>, a prática dos Estados, talvez surpreendentemente, parece ter sido até certo ponto negligenciada. Parece, pois, ser esta uma razão convincente para devotarmos o exame que se segue àquela prática, em particular, à exclusão das áreas mais exploradas sobre o tema. Como a prática dos Estados sobre a regra dos recursos internos nos séculos XIX e XX é particularmente rica, especialmente na passagem do século, será ela sistematicamente examinada, de forma tão condensada quanto possível <sup>(13)</sup>, a partir de desenvolvimentos por parte de alguns Estados individualmente ou grupos de Estados, primeiramente na prática de alguns dos Estados europeus, a seguir na dos Estados americanos, para enfim concentrarmos na prática do Brasil em especial.

## II — O contencioso diplomático nos séculos XIX e XX

### 1 — A prática dos Estados europeus

#### a) Reino Unido

A prática do Reino Unido no decorrer do século XIX é ilustrativa da observância do requisito do esgotamento dos recursos de direito interno anteriormente ao exercício da proteção diplomática. Os 97 volumes de fac-símiles da série **Law Officers' Opinions to the Foreign Office** (1793-1860) <sup>(14)</sup> contêm nada menos de trinta casos relativos à aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos. Vários dos casos de estrita observância da regra dos recursos internos referiam-se ao dever de súditos britânicos no exterior (e.g., na Bavária <sup>(15)</sup>, no Brasil <sup>(16)</sup>, na França <sup>(17)</sup>, em Cuba <sup>(18)</sup>, na Espanha <sup>(19)</sup>) de esgotar todos os recursos internos

(12) Para citar apenas os trabalhos mais amplos, derivados de teses doutorais sobre o tema específico, cf.: C. P. PANAYOTACOS, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Marseille, Mouillot, 1952; C. H. P. LAW, *The Local Remedies Rule in International Law*, Geneva, Droz, 1961; A. SARHAN, *L'épuisement des recours internes en matière de responsabilité internationale*, Université de Paris, 1962 (mimeografado); G. GAJA, *L'esaurimento dei ricorsi interni nel Diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1967; J. CHAPPEZ, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Paris, Pédone, 1972; U. GIEBELER, *Die Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe als zulässigkeitsvoraussetzung der Menschenrechtsbeschwerde zugleich ein vergleich mit der entsprechenden Regel des allgemeinen Völkerrechts und des Verfassungsbeschwerderechts*, Universidade de Marburg, 1972 (Foto-Druck); A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980 (no prelo). Cf. também T. HAESLER, *The Exhaustion of Local Remedies in the Case Law of International Courts and Tribunals*, Leyden, Sijthoff, 1968. E para inúmeras outras referências, cf. bibliografia in A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n.º 3, pp. 1700-1722.

(13) Para um relato bem mais extenso sobre a matéria, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n.º 3, pp. 54-107.

(14) Doravante citada como *Law Officers' Opinions*, série editada por Clive Parry, Gregg International Publ. Ltd., 1970; vols. 96 e 97, ed. 1973.

(15) *Law Officers' Opinions*, vol. 12, p. 55, cf. pp. 53-55.

(16) *Law Officers' Opinions*, vol. 17, p. 9, cf. pp. 5-15.

(17) *Law Officers' Opinions*, vol. 32, pp. 225-226 e 593-594, e *ibid.*, vol. 34, pp. 174-181.

(18) *Law Officers' Opinions*, vol. 83, p. 123, cf. pp. 122-124.

(19) *Ibid.*, vol. 83, p. 209, cf. pp. 203-209.

antes que pudessem beneficiar-se da proteção diplomática <sup>(20)</sup>. De modo semelhante, considerava-se aplicável a regra dos recursos internos aos estrangeiros na Grã-Bretanha, que ficavam igualmente obrigados a esgotar tais recursos antes de solicitar proteção aos respectivos governos <sup>(21)</sup>. Em ocasiões bem mais raras considerou-se cumprida pelos reclamantes a condição do prévio esgotamento dos recursos internos. Tal ocorreu em casos de ações de indenização em que os recursos internos eram considerados insuficientes ou ineficazes <sup>(22)</sup> ou em que atrasos indevidos e irregularidades processuais tornavam infrutíferos os recursos internos <sup>(23)</sup>.

Em princípios do século XX reafirmou o governo britânico a sua adesão à regra do esgotamento dos recursos adequados e eficazes em um caso de reclamação pelo aprisionamento de alguns navios norte-americanos pela Grã-Bretanha <sup>(24)</sup>. A prática britânica subsequente continuaria, no século corrente, a emprestar apoio ao princípio do esgotamento dos recursos internos, conforme exemplificado pelo conflito com a Islândia (em 1962) acerca dos limites marítimos para a pesca: em seguida ao aprisionamento e condenação de um barco pesqueiro inglês por atividade de pesca supostamente ilegal, a despeito dos protestos de que este se encontrava fora das águas territoriais islandesas, interpuseram os proprietários do barco recurso contra a decisão das autoridades islandesas. Interrogado sobre o caso na Câmara dos Comuns, e particularmente sobre a conveniência de qualquer iniciativa a ser tomada pelo governo britânico naquele estágio, o subsecretário de Estado respondeu que seria "premature" um comentário acerca da questão antes que se decidisse o recurso interposto nos tribunais islandeses e que tão logo fosse conhecida a decisão seriam apresentados argumentos ao governo da Islândia, se necessário fosse <sup>(25)</sup>. Também se observou a regra dos recursos internos em uma controvérsia entre cidadãos ingleses e o governo dos Estados Unidos com respeito a um contrato para a construção da nova embaixada norte-americana em Londres <sup>(26)</sup>; no caso de um julgamento na Etiópia de

(20) Para outras decisões consistentemente endossando a regra dos recursos internos em casos relativos a cidadãos britânicos no exterior, cf. *Law Officers' Opinions*, vol. 22, pp. 414-416, 486-488 e 506-507; vol. 43, pp. 208-218; vol. 53, pp. 114-116, 188-193 e 200-209; vol. 59, pp. 505-507; vol. 72, pp. 240-243; vol. 79, pp. 20-23; vol. 80, pp. 252-253 e 298-300, e pp. 5-8 e 73-76; vol. 81, pp. 293-295; vol. 82, pp. 162-165; vol. 83, pp. 9-11; vol. 94, pp. 199-201; vol. 95, pp. 40-43; e cf. também LORD McNAIR, *International Law Opinions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1956, vol. II, pp. 312-313.

(21) E.g., o caso do navio russo "Alexander Newski" (1806), relatado in *Law Officers' Opinions*, vol. 62, pp. 17-19. E cf. também: *Law Officers' Opinions*, vol. 54, pp. 225-227; *A British Digest of International Law* (compilado principalmente dos arquivos do Foreign Office britânico), editado por Clive Parry e Sir Gerald Fitzmaurice, parte VI, vol. 6, London, Stevens, 1965, p. 278.

(22) *Law Officers' Opinions*, vol. 81, p. 114, cf. pp. 113-114.

(23) *Law Officers' Opinions*, vol. 79, pp. 380-381. — Para outros exemplos da prática britânica sobre a regra dos recursos internos no século XIX, cf. LORD McNAIR, *op. cit.* supra n.º 20, vol. II, pp. 314-319; *Fontes Juris Gentium Digest of the Diplomatic Correspondence of the European States — 1856-1871*, ed. Viktor Bruns, I.a.o.R.V., Berlin, C. Heymans, 1932, Series B, sect. I, vol. I, parte I, pp. 929-930; *Fontes Juris Gentium (Diplomatic Correspondence — 1871-1878)*, *ibid.*, 1937, Series B, sect. I, vol. II, parte II, pp. 377-379.

(24) *Cit.* in *American Journal of International Law* (1916), Supplement, p. 139.

(25) *House of Commons Debates*, vol. 658, cols. 1003-1004, *cit.* in *The Contemporary Practice of the United Kingdom in the Field of International Law* (de E. Lauterpacht), London, B.I.I.C.L., 1962, pp. 55-56.

(26) *House of Commons Debates*, vol. 652, col. 47, *cit. ibid.*, p. 56, cf. também, no mesmo sentido, em outro caso, relatório de 21 de dezembro de 1964 do Ministro de Estado de Negócios Estrangeiros, *House of Commons Debates*, vol. 704, col. 184, *cit.* in *British Practice in International Law* (1964), pp. 206-207.

um cidadão britânico-somali (27); em um caso de ações interpostas nos tribunais holandeses relativas à transmissão de propriedade reivindicada por um professor inglês (28).

As regras concernentes às reclamações internacionais divulgadas pelo **Foreign Office** britânico em 1971 dispunham *inter alia*: — "O Governo de Sua Majestade normalmente não patrocinará uma reclamação de um súdito do Reino Unido contra outro Estado até que todos os recursos judiciais disponíveis no Estado em questão (i.e., recursos internos) tenham sido esgotados" (29) (Regra VII). Se, ao esgotar tais recursos internos, deparar-se o reclamante com uma "denegação de justiça, poderá o Governo de Sua Majestade intervir em seu favor a fim de assegurar a reparação da injustiça" (30) (Regra VIII).

## b) França

O apoio conferido pelo governo francês à regra do esgotamento dos recursos internos durante o período em exame atesta-se pelos materiais compilados no **Répertoire de la pratique française en matière de droit international public**. Além dos exemplos tomados à prática francesa dos tratados (31), poder-se-ia fazer referência ao caso da prisão de um cidadão francês em Port-au-Prince levado à **Chambre des Députés** francesa. Dirigindo-se à Câmara (aos 26 de novembro de 1904), o Ministro das Relações Exteriores francês apressou-se em afirmar que como o cidadão francês em questão não esgotara todos os recursos internos no Haiti e como não se configurara uma patente denegação de justiça, não se justificaria a intervenção diplomática em seu benefício (32). Uma decisão similar endossando a exigência do esgotamento dos recursos internos foi tomada em 1934 pelo **Service Juridique** do **Ministère des Affaires Etrangères** em um litígio entre um governo estrangeiro e um consórcio de companhias francesas (33). Em outro caso examinado durante os debates parlamentares

(27) *House of Commons Debates*, vol. 552, col. 1633, cit. in "The Contemporary Practice of the United Kingdom in the Field of International Law — Survey and Comment" (de E. LAUTERPACHT), in *International and Comparative Law Quarterly* (1956), p. 426.

(28) *House of Commons Debates*, vol. 741, cols. 57-58 e 173-174, cit. in *British Practice in International Law* (1967) (ed. E. Lauterpacht e G. White), London, B.I.I.C.L., pp. 109-110.

(29) Cit. in D. J. HARRIS, *Cases and Materials on International Law*, London, Sweet & Maxwell, 1973, p. 478. Um comentário anexo à Regra VII dispõe que "o não-esgotamento dos recursos internos não impedirá uma reclamação se se comprovar claramente que nas circunstâncias do caso um recurso a uma instância nacional superior não teria efeito algum" (*Ibid.*, p. 478).

(30) *Ibid.*, p. 478.

(31) A regra dos recursos internos foi incorporada in: artigo 5 da convenção franco-venezuelana de 1885 para o restabelecimento de relações amistosas; artigo 11 (2) de um tratado de amizade, comércio e navegação de 1886 entre França e México; artigo 5.º de um tratado de 1928 entre a França e a Holanda sobre solução pacífica de disputas; cf. também artigo 3.º da convenção sobre arbitragem de 1926 entre a França e a Romênia; artigo 3.º do tratado franco-iugoslavo de conciliação e solução judicial de 1927; e artigo 3.º da convenção germano-francesa de arbitragem de 1925; cit. in A. C. KISS, *Répertoire de la Pratique Française en Matière de Droit International Public* (doravante citado como *Répertoire Pratique Française*), vol. III, Paris, éd. Centre National de la Recherche Scientifique, 1965, pp. 499 e 491.

(32) In J. O., *Débat Parlementaire, Chambre*, 1904, pp. 2706-2708, cit. in A. C. KISS, *Répertoire Pratique Française*, III, pp. 499-500.

(33) A. C. KISS, *Répertoire Pratique Française*, III, pp. 455-456; ainda em apoio à regra dos recursos internos, cf. caso relatado *Ibid.*, p. 491.

de 1921 o Ministro francês das Relações Exteriores declarou que uma iniciativa diplomática somente poderia ser tomada em caso de denegação de justiça, mediante o prévio esgotamento dos recursos internos <sup>(34)</sup>. O representante da França (Sr. MATTER) na Conferência de Haia para a Codificação do Direito Internacional de 1930 foi bastante categórico ao afirmar, dirigindo-se à Terceira Comissão (aos 21 de março de 1930), que “não pode haver qualquer iniciativa com relação à responsabilidade do Estado até que se tenha inteiramente esgotado a série de recursos disponíveis” <sup>(35)</sup>.

A prática francesa vem apoiando a regra do esgotamento dos recursos internos não apenas em relação aos cidadãos franceses no exterior como também com respeito aos estrangeiros na França <sup>(36)</sup>. Em certa ocasião julgou o governo francês oportuno indicar que a regra dos recursos internos não constitui um princípio absoluto e está subordinada a certas condições, tais como o desenrolar normal ou regular do processo (o caso dizia respeito à detenção de cidadãos franceses na Polônia por haverem cometido delito contra as autoridades fiscais polonesas). O governo francês não questionou o princípio de que seus cidadãos deveriam recorrer aos tribunais locais, não objetando tampouco aos procedimentos criminais contra eles instaurados pelo suposto delito em território polonês; a objeção do **Ministère des Affaires Etrangères** referia-se à detenção injustificadamente prolongada de seus nacionais, acarretando virtualmente uma denegação de justiça (mesmo porque aos cidadãos franceses não fora permitido consultar seus advogados), o que abriu caminho a um pedido de indenização do governo francês. Eventualmente foi o litígio solucionado diplomaticamente <sup>(37)</sup> em dezembro de 1934.

Os governos da França e da Itália bateram-se conjuntamente pelas limitações à regra dos recursos internos em um caso relacionado a uma companhia franco-italiana que operava na Grécia. Esta prontamente objetou a possibilidade de uma intervenção conjunta por parte da França e Itália que beneficiasse a companhia, invocando os recursos internos e os princípios do direito internacional, e alegando que ao invés de dissuadir a companhia reclamante a recorrer aos tribunais locais, preferiam os dois países interessados levar o caso a discussão a nível diplomático <sup>(38)</sup>. Falando em nome dos governos francês e italiano, afirmou o Sr. J. FERRY (aos 25 de setembro de 1872) ao Ministro das Relações Exteriores da Grécia que no caso os recursos internos não eram suficientes e adequados, e que a legislação interna (promulgada aos 27 de maio de 1871) não deixava à companhia qualquer recurso a ser esgotado <sup>(39)</sup>.

(34) In J. O., *Débats Parlementaires, Chambre*, 1921, p. 16, cit. in A. C. KISS, *Répertoire Pratique Française*, III, p. 604.

(35) *Minutes of the Third Committee, Acts of the Conference for the Codification of International Law*, vol. IV, Liga das Nações, documento C. 351 (c).M.145(c).1930.V, pp. 65-68.

(36) Como ilustração, cf. o caso dos incidentes envolvendo turistas alemães em Nancy em (1913), in A. C. KISS, *Répertoire Pratique Française*, III, pp. 604-606.

(37) *Ibid.*, pp. 500-501. E cf. também os casos *Lorando e Tubini* (1901), *ibid.*, pp. 453-455.

(38) A. C. KISS, *Répertoire Pratique Française*, III, p. 495.

(39) Cf. *Archives Diplomatiques*, 1874, vol. III, pp. 328-335, cit. in A. C. KISS, *ibid.*, pp. 495-497.

### c) Itália

A regra dos recursos internos foi mantida como condição básica prévia ao exercício da proteção diplomática em um **communiqué** de 1875 do Secretário-Geral do **Ministero degli Esteri** ao **chargé d'affaires** italiano em Assunção, o qual afirmava que antes de recorrer à proteção diplomática dever-se-ia primeiramente assegurar-se de que "la legislazione del paese non offre la via a regulari ricorsi giudiziari o che le autorità, con assoluto diniego di giustizia, hanno preclusa la via di tali ricorsi al reclamante straniero" (40). O levantamento realizado em **La Prassi Italiana di Diritto Internazionale** contém exemplos de observância da regra dos recursos internos pelo governo italiano em sua prática sobre a matéria durante o século XIX (41). Poder-se-ia fazer referência, **inter alia**, ao litígio com o governo brasileiro (em 1864-1865) com respeito a um contrato de uma companhia italiana responsável pela iluminação da cidade de Niterói (42) (cf. *infra*).

Em outro caso, afirmou o Ministro italiano das Relações Exteriores que, como houvessem sido devidamente esgotados os recursos internos, ficava, portanto, autorizada a intervenção diplomática (43). Mas, além de tais casos de observância da regra dos recursos internos pelo governo italiano, ocasiões também houve no período em exame em que julgou o governo em questão desnecessário o esgotamento dos recursos internos: primeiramente, quando circunstâncias especiais (de dois casos distintos) desobrigavam os reclamantes do dever do esgotamento (44), e em segundo lugar, quando os recursos internos eram considerados ineficazes ou inexistentes (45) e ainda em caso de promulgação de legislação **ad hoc** nociva aos direitos adquiridos (46).

### d) Suíça

Aos 4 de setembro de 1849, o Conselho Federal suíço afirmou que, nas relações da Suíça com outros países, "depuis très longtemps la règle de l'épuisement des recours internes fut connue et respectée par le gouvernement suisse" (47). Mais de um século depois, em nota de 29 de setembro de 1972, declarou a Divisão de Assuntos Jurídicos do Département Politique Fédéral do governo suíço, em resposta a pedido de informação sobre como poderiam as autoridades suíças ajudar um cidadão

(40) Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale — Consiglio Nazionale delle Ricerche, **La Prassi Italiana di Diritto Internazionale** (doravante citada como **Prassi Italiana**), Prima Serie (1881-1887), vol. II, N.Y., Oceana, 1970, p. 663.

(41) Cf. casos relatados in **Prassi Italiana**, vol. II, pp. 666-668.

(42) **Prassi Italiana**, II, pp. 660-662.

(43) *Ibid.*, p. 665.

(44) Cf. *ibid.*, pp. 662-665.

(45) Cf. caso *ibid.*, p. 667, cf. pp. 666-667.

(46) Declaração de 4 de dezembro de 1871 do Ministro Italiano das Relações Exteriores, in **Prassi Italiana**, II, p. 663.

(47) In **Fauille Fédérale Suisse** (1850) — III; cf. *ibid.* (1851) — II, p. 464; (1859) — I, p. 286; (1864) — I, p. 258; cit. in A. SARHAN, *op. cit.* supra n.º 12, p. 33.

suíço no exterior condenado à prisão pelos tribunais de um país estrangeiro a obter revisão de seu processo, que “quando praticável e onde pareça provável um recurso eficaz, todas as modalidades de recurso de revisão devem ser esgotadas antes que se torne apropriada a interposição diplomática”; a nota de 1972 prosseguia afirmando que “il est également impossible d'exercer la protection diplomatique tant qu'une procédure judiciaire est en cours ou lorsque cette procédure est reprise, comme c'est le cas ici. Pour ce seul motif déjà, la Suisse ne pourrait pas intervenir par la voie diplomatique auprès des autorités” (48) do país em questão.

## 2 — A prática dos Estados americanos

### a) Estados Unidos

Há ampla evidência, historicamente comprovável, da observância da regra do esgotamento dos recursos internos pelo governo dos Estados Unidos em sua prática no século XIX. Poder-se-iam mencionar nada menos de quinze casos pertinentes compilados por J. B. MOORE (49), os quais consistentemente endossaram a regra dos recursos internos, tornando proeminente seu caráter **preventivo** com relação à interposição diplomática. Considerava-se que apenas em circunstâncias excepcionais tornar-se-ia desnecessário o esgotamento dos recursos internos: e.g., onde fosse a justiça local deficiente ou inexistente, conforme exemplificado pelo muito citado pronunciamento do Secretário de Estado **Fish** (de 29 de maio de 1873) segundo o qual “a claimant in a foreign State is not required to exhaust justice in such State when there is no justice to exhaust” (50); ou onde os recursos internos não mais tivessem sido utilizados (51), ou ainda onde fossem considerados insuficientes (52). Tais casos, entretanto, compartilhavam a natureza de situações excepcionais, permanecendo inequívoca a regra geral segundo a qual deverá o estrangeiro ter esgotado todos os recursos internos disponíveis anteriormente à intervenção diplomática por parte de seu Estado; se não houver sido cumprido tal requisito, não estará o cidadão em questão habilitado a beneficiar-se da proteção diplomática (53).

(48) In “La pratique suisse en matière de Droit international public, 1972” (de Lucius Caflisch), in *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht/Annuaire Suisse de Droit International* (1973), pp. 359-360. Sobre a recente prática dos Estados europeus, cf.: A. A. CANÇADO TRINDADE, “L'épuisement des recours internes dans des affaires Inter-étatiques”, 14 *Cahiers de Droit Européen* (1978), pp. 139-157; A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies in Relation to Legislative Measures and Administrative Practices: the European Experience”, 18 *Malaya Law Review* (1976), pp. 257-280; A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies in Inter-State Cases: the European Practice”, 29 *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Rech* (1978), pp. 211-231.

(49) J. B. MOORE, *A Digest of International Law*, vol. VI, Washington, Government Printing Office, 1906, pp. 652-671.

(50) J. B. MOORE, *op. cit. supra*, n.º 49, vol. VI, p. 677.

(51) Cf. *ibid.*, p. 682.

(52) *ibid.*, p. 691. A única “exceção” ao princípio da reparação interna era em caso de denegação de justiça, ponto corroborado pela prática dos Estados Unidos no período em exame; cf. *ibid.*, pp. 661 e 666-669.

(53) Cf. vários casos ilustrando pontos diversos, *ibid.*, pp. 651-693.

A prática norte-americana do século presente aparentemente não sofreu quaisquer transformações substanciais com relação ao tema <sup>(54)</sup>. Em certa ocasião, por exemplo, uma companhia manufatureira norte-americana solicitou informação ao Departamento de Estado quanto à possibilidade de apresentação de reclamação junto ao governo russo concernente ao valor de bens supostamente destruídos por manifestantes, ao serem transportados por ferrovia na Rússia. Respondeu o Departamento de Estado (aos 22 de janeiro de 1908) que aparentemente não fora impetrada nos tribunais russos qualquer ação de indenização por perdas e danos; "na ausência de qualquer tentativa de assegurar reparação por meio de medidas judiciais, não haveria base suficiente que possibilitasse ou autorizasse o Departamento a patrocinar a causa diplomaticamente" <sup>(55)</sup>. Novamente em 1915 ressaltou o Departamento de Estado "a regra de direito internacional geralmente aceita" de que "a parte interessada deverá esgotar os seus recursos judiciais internos antes que se torne apropriada a intervenção diplomática" <sup>(56)</sup>. Em diversas ocasiões subsequentes foi tal princípio expressamente reiterado pelo Departamento de Estado <sup>(57)</sup>.

A estrita adesão da **policy** do governo norte-americano em matéria de reclamações ao princípio do prévio esgotamento dos recursos internos refletiu-se ainda na inclusão expressa da regra nas **Instruções Gerais aos Reclamantes** divulgadas em diferentes ocasiões pelo Departamento de Estado norte-americano <sup>(58)</sup>. Assim, em um memorando de 1º de março de 1961, reafirmava o Departamento de Estado norte-americano: "O requisito do esgotamento dos recursos judiciais baseia-se na regra de direito

(54) Cf. o caso **Ferrara**, *ibid.*, pp. 672-675.

(55) MS. Department of State, file 10877, cit. in G.H. HACKWORTH, *Digest of International Law*, vol. V, Washington, Government Printing Office, 1943, p. 501.

(56) Cit. in M. M. WHITEMAN, *Digest of International Law*, vol. B, Washington Department of State Publ., 1970, p. 770.

(57) In M. M. WHITEMAN, *op. cit.* supra n.º 56, vol. 8, pp. 771-772; G. H. HACKWORTH, *op. cit.* supra n.º 55, vol. V, p. 506. Para outros exemplos, cf. G. H. HACKWORTH, *op. cit.*, pp. 505-507 e 510-511; M. M. WHITEMAN, *op. cit.*, pp. 769-771; e cf. ainda outros exemplos de aplicação da regra dos recursos internos in E. M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, N.Y., Banks Law Publ. Co., 1916, pp. 817-832. Em um caso pendente perante os tribunais do Líbano em 1957, relativo a uma propriedade com interesses de herdeiros americanos, muito embora se alegasse denegação de justiça, o Departamento de Estado norte-americano tomou a posição de que, como o caso estava ainda pendente perante tribunais nacionais, não era permissível uma interposição diplomática pelo governo norte-americano. Em suas Instruções à Embaixada americana em Beirute, o Secretário de Estado DULLES declarou que uma alegação de denegação de justiça deveria ser corroborada de modo convincente e que o esgotamento de recursos judiciais disponíveis era um requisito prévio de uma "reclamação válida de denegação de justiça". In M. M. WHITEMAN, *op. cit.* supra n.º 56, vol. 8, p. 772. Sobre as controvérsias entre os Estados Unidos e alguns países latino-americanos, particularmente o México, cf., e.g., M. KOESSLER, "Government Espousal of Private Claims before International Tribunals", 13 *University of Chicago Law Review* (1946) p. 188.

(58) E.g., Seção 8 das Instruções Gerais de 30 de janeiro de 1920, cit. in CLYDE EAGLETON, *The Responsibility of States in International Law*, N. Y., New York University Press, 1928, p. 96, n. 4; Parágrafo 8 das Instruções Gerais de 1.º de outubro de 1934, cit. in A.V. FREEMAN, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, London, Longmans, 1938, p. 411. Mas em parecer de 21 de julho de 1930, o assessor jurídico do Departamento de Estado indicou as circunstâncias excepcionais em que não era necessário esgotar os recursos internos, tais como, quando os tribunais internos simplesmente não administravam a justiça, ou quando os recursos internos não mais tivessem sido utilizados ou fossem insuficientes; G. H. HACKWORTH, *op. cit.* supra n.º 55, vol. V, p. 511, e cf. p. 519, e cf. também supra.

internacional geralmente aceita segundo a qual a responsabilidade internacional não poderá ser invocada em relação às perdas e danos sofridos por estrangeiros até que tenham estes esgotado os recursos disponíveis de acordo com o direito interno<sup>(59)</sup>. E, em parecer de 1965, a Comissão Jurídica Interamericana (cf. também *infra*) descreveu a posição do direito e prática norte-americanos relativos à questão do esgotamento dos recursos internos nos seguintes termos: "A implementação da responsabilidade do Estado no direito internacional subordina-se normalmente ao esgotamento, pelos indivíduos interessados, dos recursos a eles proporcionados pela legislação interna do Estado cuja responsabilidade encontra-se em questão"<sup>(60)</sup>.

## b) Canadá

A recente prática canadense sobre reclamações tem endossado, de forma consistente, a aplicação da regra dos recursos internos. Em resposta a um pedido de informações sobre uma ação de indenização contra o governo da Índia por lucro cessante relativo a interesses na Índia, afirmou o Subsecretário canadense das Relações Exteriores em 1964 que a intervenção diplomática não se poderia realizar até que fossem esgotados os recursos internos na Índia<sup>(61)</sup>. Em resposta a outro pedido de assistência (relativo a um projeto imobiliário nos Estados Unidos), declarou o Subsecretário canadense naquele mesmo ano que, "de acordo com a prática internacional já cristalizada, não se justificaria uma intervenção por parte do governo canadense em casos em que existam recursos internos disponíveis, e não esgotados"<sup>(62)</sup>. Similarmente, em um caso de uma reclamação canadense contra um país do Leste europeu, o Subsecretário foi do parecer (aos 18 de outubro de 1967) de que de acordo com princípios já cristalizados do direito internacional o requisito do prévio esgotamento de todos os recursos de direito interno deverá ter sido cumprido para que se justifique o patrocínio de uma causa por parte de um Estado através da intervenção diplomática em prol de um de seus cidadãos, contra um outro Estado<sup>(63)</sup>.

Esse mesmo ponto de vista foi adotado pelo governo canadense em outras ocasiões<sup>(64)</sup>. Relativamente à prática canadense em geral em matéria de reclamações, o Departamento de Assuntos Exteriores canadense informava aos 19 de agosto de 1968 que "quando um cidadão canadense

(59) O memorando dizia respeito a um caso de esgotamento de recursos internos por nacionais americanos em Cuba; texto in *American Journal of International Law* (1962), p. 167.

(60) OEA, documento OEA/Ser.I/V1.2—CIJ—78, de setembro de 1965, pp. 10-11.

(61) In: "Canadian Practice in International Law During 1964 as Reflected in Correspondence and Statements of the Department of External Affairs" (doravante citada como *Canadian Practice*) (ed. A. E. Gottlieb), in *Canadian Yearbook of International Law* (1965), pp. 326-327.

(62) *Canadian Practice — 1964*, *ibid.*, p. 327.

(63) *Canadian Practice — 1967*, in *Canadian Yearbook of International Law* (1968), p. 263; cf. também *Canadian Practice — 1966*, in *Canadian Yearbook of International Law* (1967), p. 265.

(64) *Canadian Practice — 1967*, cit. supra n.º 63, pp. 264-265; cf. também *Canadian Practice — 1968* (ed. J. A. Beesley), in *Canadian Yearbook of International Law* (1970), p. 359.

traz à nossa atenção uma reclamação **prima facie** válida contra um Estado estrangeiro, em relação à qual todos os recursos internos tenham em vão sido esgotados, poder-se-á decidir por uma intervenção informal através do exercício dos bons ofícios, ou formal através do patrocínio da causa de acordo com princípios do direito internacional bem estabelecidos" (65).

### c) Estados latino-americanos

Um estudo da regra dos recursos internos na prática dos países latino-americanos durante o período em exame poderia ser desenvolvido no contexto mais amplo do princípio do dever de **não-intervenção** (66) consistentemente defendido por aqueles países. Estando tal tarefa além dos propósitos do presente estudo, limitaremos nosso exame à posição assumida pelos países latino-americanos com respeito à questão do esgotamento dos recursos internos em particular. Esse requisito foi invocado em diferentes casos de reclamações de estrangeiros na América Latina (67), assim como de reclamações de latino-americanos no exterior (68).

Em meados do século XIX tornara-se já prática corrente de alguns Estados latino-americanos promulgar legislação fortalecendo o princípio do esgotamento dos recursos internos (69). Em alguns casos (e.g., a lei colombiana nº 145, de 1888, artigo 15) dispunha-se que em um contrato celebrado entre o governo e um estrangeiro dever-se-ia inserir uma cláusula segundo a qual deveria esse último "renunciar a qualquer pedido de proteção diplomática de seu país em tudo aquilo que dissesse respeito à execução do contrato, exceto em caso de uma denegação de justiça" (70). Este foi apenas um dos muitos casos de aplicação da chamada Cláusula CALVO, pela qual uma pessoa, ao concluir um contrato com um governo estrangeiro, concorda em não invocar a proteção diplomática de seu Estado para solucionar eventuais questões decorrentes da execução do contrato, e em submeter tais questões aos tribunais locais competentes em conformidade com o direito interno do Estado de residência (71).

(65) *Canadian Practice — 1968* (ed. A. E. Gottlieb e J. A. Beasley), in *Canadian Yearbook of International Law* (1969), pp. 314-315.

(66) Inter-American Juridical Committee, *Opinion on Contribution of the American Continent to the Principles of International Law that Govern the Responsibility of the State*, Majority Opinion, OEA, documento OEA/Ser.I/VI.2 — CIJ-61, de janeiro de 1962, pp. 3-27.

(67) *Ibid.*, p. 38; *Mémoire des Relations Extérieures de la République Argentine* (1892), p. 500, cit. in J. M. YEPES, "Les problèmes fondamentaux du droit des gens en Amérique", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1934) — I, pp. 107-108; n.º 1; *Fontes Juris Gentium*, cit. supra n.º 23, Séries B, sect. I, vol. II, parte I, pp. 507-509; e parte II, pp. 370-372. Sobre a adesão do Peru à regra do esgotamento dos recursos internos, cf. documento transcrito in *Relatório...*, op. cit. infra n.º 88, pp. 19-20.

(68) Ministério das Relações Exteriores, *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das Relações Exteriores* (1946-1951), M.R.E., ed. 1967, pp. 539-542 (cf. infra).

(69) OEA, documento OEA/Ser.I/VI.2 — CIJ-61, de janeiro de 1962, p. 39; A. V. FREEMAN, op. cit. supra n.º 58, p. 458.

(70) Cit. in J. M. YEPES, op. cit. supra n.º 67, p. 106.

(71) C. CALVO, *Le Droit International Théorique et Pratique*, 5.ª ed., Paris, A. Rousseau ed., 1896, vol. I, §§ 185-205, pp. 322-351; vol. III, §§ 1280-1297, pp. 142-156; vol. IV, § 256, p. 231; e cf. também *ibid.*, vol. I, § 110, p. 267; vol. III, § 1278, p. 140.

A relação precisa entre a Cláusula CALVO e a regra dos recursos internos tem gerado grande controvérsia. Em suma, tem-se de início afirmado que a Cláusula CALVO, sendo uma estipulação sobre o esgotamento dos recursos internos, tornar-se-ia assim uma reafirmação supérflua da regra <sup>(72)</sup>. Tem-se também asseverado que a Cláusula CALVO codifica a regra do esgotamento dos recursos internos <sup>(73)</sup>. De modo um tanto mais elaborado, tem-se mantido que, embora haja uma identificação da Cláusula CALVO com a regra dos recursos internos, esta última opera como regra do direito internacional costumeiro, ao passo que a primeira gera para o estrangeiro uma obrigação, qual seja, a de obrigar-se sob a jurisdição territorial <sup>(74)</sup> (do Estado com o qual concluíra o contrato contendo a Cláusula). Na verdade, ao excluir os pedidos de proteção diplomática, a Cláusula CALVO torna a competência dos tribunais internos **exclusiva**, e não apenas **preliminar** como ocorre com a regra dos recursos internos <sup>(75)</sup>; admite-se, portanto — deixando de lado a proteção diplomática —, que a cláusula seja empregada em matéria contratual (subordinada ao direito interno e aos tribunais nacionais) <sup>(76)</sup>.

Os anos derradeiros do século XIX testemunharam uma vasta prática de tratados requerendo o esgotamento dos recursos internos, em uma tentativa de se estabelecer limites ao exercício da proteção diplomática e de se reservar aos tribunais locais a competência para examinar todas as reivindicações legais. Dispositivos nesse sentido foram inseridos em vários tratados celebrados entre países latino-americanos e europeus <sup>(77)</sup> assim como países latino-americanos entre si <sup>(78)</sup>. Reconhecendo a configuração da responsabilidade do Estado por denegação de justiça, tais dispositivos no entanto enfatizavam “a necessidade de fazer uso dos recursos de direito interno em todos os casos em que danos houvessem sido causados a estrangeiros” <sup>(79)</sup>.

(72) P. GUGGENHEIM, *Traité de Droit International Public*, vol. II, Genève, Georg & Cie., 1954, pp. 25-26; K. LIPSTEIN, “The Place of the Calvo Clause in International Law”, *British Year Book of International Law* (1945), pp. 130-145; Ph.C. JESSUP, *A Modern Law of Nations*, N.Y., MacMillan, 1948, p. 111.

A contrario sensu, E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, “International Responsibility”, *Manual of Public International Law* (ed. M. Sorensen), London, MacMillan, 1968, pp. 590-593; e cf. C. SEPÚLVEDA, *Curso de Derecho Internacional Público*, 5.ª ed., México, Ed. Porrúa, 1973, pp. 233-234. — Para um estudo detalhado do tema, cf. D. R. SHEA, *The Calvo Clause*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955, pp. lss.

(73) A. SARHAN, *op. cit.* supra n.º 12, p. 77.

(74) C. H. P. Law, *op. cit.* supra n.º 12, pp. 127-130.

(75) J. CHAPPEZ, *op. cit.* supra n.º 12, p. 76; sugere o autor que a cláusula parece assim bem mais próxima a uma objeção de domínio reservado do que a uma objeção de não-esgotamento de recursos internos. Para um estudo comparativo entre estas duas objeções, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “Domestic Jurisdiction and Exhaustion of Local Remedies: A Comparative Analysis”, *16 Indian Journal of International Law* (1976), pp. 187-218.

(76) J. CHAPPEZ, *op. cit.* supra n.º 12, pp. 81-83; cf. também D. R. Shea, *op. cit.* supra n.º 72, pp. 258-268.

(77) Cf. sete desses tratados enumerados in J. M. YEPES, *op. cit.* supra n.º 67, pp. 104-105 n.º 1; cf. também C. P. PANAYOTACOS, *op. cit.* supra n.º 12, p. 56, n.º 39.

(78) Cf. onze desses tratados in J. M. YEPES, *op. cit.* supra n.º 67, pp. 103-104, n. 1.

(79) A. V. FREEMAN, *op. cit.* supra n.º 58, pp. 495 e 490-491. Cf. também J. IRIZARRY Y PUENTE, “The Concept of “Denial of Justice” in Latin America”, *43 Michigan Law Review* (1944), pp. 386, ns. 9 12, 387, n. 13, 388, n. 18, e 392-393. Mas cf., para renúncia da regra dos recursos internos, e.g., A. H. FELLER, *The Mexican Claims Commissions (1923-1934)*, N. Y., MacMillan, 1935, p. 34; F. K. NIELSEN, *International Law Applied to Reclamations*, Washington, J. Byrne & Co., 1933, p. 70.

Outro experimento (utilizado pelo México) consistia em estabelecer comissões de reclamações internas (em 1911) com a finalidade de julgar ações interpostas por estrangeiros<sup>(80)</sup>. Relativamente à solução de controvérsias, o artigo VII do Tratado Interamericano de Solução Pacífica de Conflitos (o chamado Pacto de Bogotá de 1948) condiciona as representações diplomáticas (na proteção de cidadãos no exterior) ao prévio esgotamento dos recursos internos<sup>(81)</sup>. A prática dos Estados latino-americanos sobre o esgotamento dos recursos de direito interno deixou também os seus traços nas tentativas de codificação do direito relativo à responsabilidade do Estado por danos causados a estrangeiros<sup>(82)</sup>.

Mas uma atração maior que oferece o estudo da posição dos países latino-americanos em relação à regra dos recursos internos encontra-se em sua vasta prática de conferências internacionais, que deu origem a diversos instrumentos relevantes contendo asserções do princípio do esgotamento dos recursos internos<sup>(83)</sup>. Aos 25 de agosto de 1961, a Comissão Jurídica Interamericana divulgou parecer sobre a **Contribuição do Continente Americano para os Princípios do Direito Internacional Regendo a Responsabilidade do Estado**; o estudo limitava-se à prática dos países latino-americanos, considerada pela Comissão em muitos aspectos distinta da prática norte-americana (esta última baseada em princípios defendidos pelos países europeus no século XIX, e não representando uma

(80) Com efeito, tais comissões nacionais — aplicando o direito internacional — têm sido utilizadas nos dois últimos séculos também fora da América Latina, havendo exemplos em que elas excluíram e deixaram de aplicar a regra do esgotamento dos recursos internos. E. M. BORCHARD, *op. cit.* supra n.º 57, p. 818 n. 3; G. C. Thorpe, *Preparation of International Claims*, Kansas, Vernon — West Publ. Co., 1924, pp. 33 e 26; R. B. LILLICH, *International Claims: Their Adjudication by National Commissions*, Syracuse University Press, 1962, pp. 71-75, 100, e também pp. 5-40 para a prática de tratados.

(81) Texto in OEA, documento OEA/Ser. I/VI.2 — CIJ-61, de 1962, p. 40. E cf. reservas da Argentina e dos Estados Unidos, in *Inter-American Juridical Yearbook* (1952-1954) p. 61, cf. pp. 60-63, e demais comentários in: *Inter-American Juridical Yearbook* (1955-1957) pp. 96-97; A. MIAJA DE LA MUELA, "El Agotamiento de los Recursos Internos como Supuesto de las Reclamaciones Internacionales", *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional* (1963), pp. 51-52; JORGE CASTAÑEDA, "The Underdeveloped Nations and the Development of International Law", *International Organization* (1961), p. 43.

(82) Cf. principalmente: **Rapporteur** G. GUERRERO (Subcomissão, 1926), "Report to the League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law", *League of Nations doc. C.46.M.23.1926.V*, in *League of Nations, Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law*, vol. II — Documents (ed. S. Rosenne), N.Y., Oceana, 1972, pp. 116-117 e 27-128, cf. pp. 118-131; F. V. GARCIA AMADOR, "First Report on State Responsibility", *Yearbook of the International Law Commission* (1956) — II, p. 205, § 169.

(83) Cf. principalmente: Primeira Conferência (1889-1890): declaração de uma comissão de estudo; Segunda Conferência (1901-1902): artigo 3.º de uma convenção sobre direitos de estrangeiros; Sexta Conferência (1928): artigo 2.º de uma convenção sobre o status de estrangeiros; Conferência de 1933: artigo 11 da Convenção sobre os Direitos e Deveres dos Estados, e resolução adotada; Oitava Conferência (1938): propostas mexicanas ecoando a cláusula Calvo e a doutrina Drago de proibição do uso da força para a cobrança de dívidas contratuais. Cf.: *The International Conferences of American States* (1889-1928), ed. J. B. Scott, London, Oxford University Press, 1931, pp. 45-415; J. M. YEPES, *op. cit.* supra n.º 67, pp. 93-111; I. FABELA, *Intervention*, Paris, Pédone, 1961, pp. 156-168 e 178; OEA, documento OEA/Ser. I/VI.2 — CIJ — 61, de janeiro de 1962, p. 39. E sobre a formulação da doutrina Drago, cf. *The Hague Conventions and Declarations of 1893 and 1907* (ed. J. B. Scott), 2.ª ed., London, Oxford University Press, 1915, pp. 89-91; J. M. YEPES, *op. cit.* supra n.º 67, pp. 61-62.

nova corrente). O parecer da maioria, de 1961, representava os pontos de vista de dezesseis países latino-americanos sobre a matéria, enquanto que os dos Estados Unidos foram consignados em um parecer subsequente, emitido pela Comissão em 1965<sup>(84)</sup>. O parecer majoritário de 1961 subordinava enfaticamente todas as reclamações diplomáticas ao princípio do prévio esgotamento dos recursos internos, princípio este que, no continente americano, segundo o parecer, "é não meramente processual mas substantivo"<sup>(85)</sup>.

### 3 — A prática do Brasil

Dentre os inúmeros casos de reclamações envolvendo o Brasil<sup>(86)</sup>, alguns podem ser selecionados como particularmente pertinentes ao estudo da regra dos recursos internos. Aos 17 de março de 1856, por exemplo, em nota do governo imperial à legação britânica, o Ministro JOSÉ MARIA DA SILVA PARANHOS recusou-lhe indenização por supostos constrangimentos que teria sofrido um cidadão britânico, preso no Pará. Argumentou o Ministro de Estado que cabia ao indivíduo em questão fazer uso, de acordo com o direito nacional, dos recursos aos "juizes superiores, inclusive o de **habeas corpus**, que em poucas horas o livraria da prisão arbitrária ou ilegal. O cônsul britânico, interessado como naturalmente era pela imediata soltura ou absolvição do acusado, devia protegê-lo de conformidade com a legislação do país. Recorrer ao presidente da província para esse fim era pretender que o poder administrativo se ingerisse nas funções do poder judiciário, sustentando um processo criminal, ou nele impondo o seu arbítrio. (...) Os inconvenientes a que em geral alude não provêm das leis nem das autoridades brasileiras, mas sim do erro em que muitas vezes caem alguns agentes consulares, querendo desviar os negócios do seu curso e jurisdição legal para convertê-los em questões internacionais (...) A indenização não seria devida pelo governo imperial (...) os ofendidos podem por esses trâmites legais e ordinários promover a punição dos ofensores, e haver deles a reparação a que tenham direito. (...) É esta mesma prática, conforme os princípios mais

(84) Parecer da maioria, de 1961, in OEA, documento cit., ref. CIJ-61, pp. 37-41; cf. também *Yearbook of the International Law Commission* (1969) — II, p. 129, § 19. Para a oposição do governo dos Estados Unidos aos pontos de vista latino-americanos (na época em que o parecer da maioria estava sendo redigido), cf. *Department of State Bulletin* (1959) pp. 666-669. Parecer suplementar de 1965 (contendo os pontos de vista norte-americanos) in OEA, documento cit., ref. CIJ-78, pp. 1-12.

(85) OEA, documento OEA/Ser. I/VI.2 — CIJ-61, de 1962, p. 37, cf. pp. 37-41. Em seu primeiro relatório (em 1956) sobre a responsabilidade dos Estados à Comissão de Direito Internacional da ONU, García Amador (op. cit. supra n.º 82, p. 205, § 169) endossou a tese mantida pela prática dos Estados latino-americanos de que não seria incompatível com o propósito essencial da regra do esgotamento dos recursos internos exigir que o estrangeiro faça uso de todos os recursos de direito interno — ressalvados casos de denegação de justiça — ou exigir que o Estado não exerça proteção diplomática de forma alguma se seus nacionais (no exterior) tiverem livre acesso aos tribunais locais; a aplicação da regra do esgotamento, de qualquer modo, estaria sujeita à condição de ser adequada a reparação. Sobre a jurisprudência da Corte Centro-americana de Justiça (1907-1917) acerca do esgotamento dos recursos de direito interno, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century", 24 *Netherlands International Law Review* (1977), pp. 376-377.

(86) Cf., e.g., as citadas in F. SABOIA DE MEDEIROS, *Precedentes Diplomáticos (1889-1832)*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1940, pp. 285-286 e 278-279.

adiantados em matéria de direito público, que não permite ao governo imperial ingerir-se nos atos do poder judiciário, perturbar o seu curso e fazer-se dele responsável, porque o paciente é um súdito estrangeiro a quem os agentes de sua nação entendam dever proteger por meios excepcionais" (87).

Posição semelhante foi tomada pelo governo brasileiro em outro caso que o opôs em 1895 à legação britânica, com base no argumento de que enquanto não forem "esgotados os meios administrativos ou judiciários que a legislação estabelece no intuito de proteger os direitos individuais ou de reparar alguma lesão de direito, a ação oficiosa diplomática não pode converter-se em ação oficial, que a denegação formal de justiça legítima e autoriza; uma é toda amistosa, a outra reveste-se de certa tensão nas relações diplomáticas. Dar à primeira os característicos da segunda seria provocar, em vez da cordialidade, o retraimento, despertando justas suscetibilidades do sentimento nacional. Não podem ser tais os intuítos da representação diplomática" (88).

Já em outro caso ocorrido em meados do século passado, em que um cidadão britânico encaminhara às autoridades competentes de seu país uma reclamação alegando rescisão de seu contrato com o governo brasileiro (relativo a uma ferrovia), foi o próprio **Queen's Advocate** (J. D. HARDING) quem se encarregou de observar o preceito do prévio esgotamento dos recursos internos. Em parecer de 1858, em que admitia que o contrato a ser executado no Brasil deveria ser legalmente considerado como um contrato brasileiro (e não britânico) e interpretado de acordo com o direito brasileiro, estranhou o consultor britânico que não tivesse o reclamante recorrido aos tribunais brasileiros, ainda mais que o direito brasileiro era reconhecidamente "favorável a seu caso" (89). Concluiu HARDING que, como não houvera o reclamante recorrido aos tribunais brasileiros, e como não se estabelecera e nem sequer se alegara que estivesse ele legalmente incapacitado de assim proceder, ou que não dispusesse de nenhum recurso legal no Brasil, não havia no caso fundamento algum que facultasse ao governo britânico intervir formalmente em seu benefício (90). Em outra reclamação relativa ao Brasil, da firma britânica

(87) **Relatório da Repartição dos Negócios Estrangeiros** (apresentado à Assembléa-Geral Legislativa na 4.<sup>a</sup> sessão da 9.<sup>a</sup> Legislatura pelo respectivo Ministro e Secretário de Estado JOSÉ MARIA DA SILVA PARANHOS), Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, 1856, Anexo H, pp. 47-48, e cf. pp. 45-46; cf. também JOSÉ MANOEL CARDOSO DE OLIVEIRA, **Actos Diplomáticos do Brasil** (1493-1870), vol. I, Rio de Janeiro, Typ. do Jornal do Commercio (de Rodrigues & Cia.), 1912, p. 208.

(88) JOSÉ MANOEL CARDOSO DE OLIVEIRA, **Actos Diplomáticos do Brasil** (1871-1912), vol. II, Rio de Janeiro, Typ. do Jornal do Commercio (de Rodrigues & Cia.), 1912, pp. 217-218; cf. também, sobre o mesmo caso, **Relatório Apresentado ao Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil pelo Ministro das Relações Exteriores** (CARLOS AUGUSTO DE CARVALHO), Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1896, pp. 12-13, e Anexo 1, n.º 6, pp. 14-15. Em outro caso opondo a legação britânica ao governo brasileiro, o da Companhia de Seguros **English Queen** (1875), o Visconde de Caravellas rejeitou uma alegação de denegação de justiça, afirmando ao *chargé d'affaires* britânico que não poderia o governo imperial "ser compelido a indenizar a quem quer que se considere lesado por decisões injustas de tribunais, seja o reclamante nacional ou estrangeiro"; OEA, documento OEA/Ser. I/VI.2 — CIJ-61, de janeiro de 1962, p. 38; e cf. também J. M. CARDOSO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, vol. II, pp. 55-56.

(89) **Law Officers' Opinions**, vol. 17, p. 9, cf. pp. 5-9.

(90) *Ibid.*, pp. 9-15.

**Samuel Phillips & Co.**, novamente invocou o consultor HARDING o princípio do esgotamento dos recursos internos <sup>(91)</sup>.

O mesmo princípio voltou a ser objeto de atenção em elucidativo caso envolvendo os governos brasileiro e italiano. Há pouco mais de um século, uma companhia italiana responsável pela iluminação da cidade de Niterói alegou rescisão de contrato pelas autoridades locais e solicitou a intervenção do Ministro italiano no Rio de Janeiro. O governo brasileiro declarou que a intervenção diplomática não seria permissível, uma vez que a companhia em questão deveria inicialmente esgotar os recursos de direito interno <sup>(92)</sup>. O Ministro italiano de Relações Exteriores, relatando a esse respeito (em 1864) que a companhia (SIGNOR BOSISIO) tivera aparentemente encontrado dificuldades, examinou mais detalhadamente a perspectiva de uma solução judicial do caso de acordo com o direito brasileiro, enquanto o governo brasileiro mantinha seu ponto de vista de que a companhia deveria ter recorrido preventivamente aos tribunais internos <sup>(93)</sup>. O governo italiano encaminhou o assunto ao **Consiglio del Contenzioso Diplomatico**, que, em parecer de 1865, reconheceu a necessidade de se recorrer previamente aos tribunais internos (**la necessità del previo ricorso ai tribunali locali**) <sup>(94)</sup>. Por conseguinte, o Ministro italiano de Relações Exteriores instruiu o Ministro italiano no Rio de Janeiro a "osservare che la vertenza abbia regolare corso nanti il Tribunale a cui fosse stata deferita dalle Parti" <sup>(95)</sup>.

Diversos outros casos relativos ao Brasil ilustram a aplicação da regra dos recursos internos: nota de 1882 do governo brasileiro à legação britânica estipulando que o reclamante estava "obrigado a sujeitar-se como qualquer brasileiro às condições da organização interna do País" <sup>(96)</sup>; nota de 1897 do governo brasileiro à legação dos Estados Unidos declarando precedente taxa imposta a produtos americanos pelo inspetor da alfândega do Pará e indicando terem os reclamantes recorrido à intervenção diplomática "prescindindo dos meios ordinários que as leis facultam a

(91) A firma solicitara proteção diplomática alegando "injustiça" sofrida perante tribunais brasileiros (julgamentos de tribunais civis ordinários relativos a custas e danos em ações). Em parecer de 1855, observou HARDING que os reclamantes não indicaram se haviam recorrido contra o julgamento de que se queixavam; se porventura tivessem recorrido, qualquer interferência diplomática do governo britânico seria prematura (antes do esgotamento dos recursos internos); se não tivessem recorrido, o governo brasileiro certamente invocaria tal argumento em contencioso internacional. Por conseguinte, o caso não permitia interferência do governo britânico. Ademais — acrescentou HARDING —, as alegações dos reclamantes diziam respeito a questões que dependiam do direito interno brasileiro. Excluída a possibilidade de proteção diplomática no caso, HARDING só admitiu cogitar da possibilidade de uma aproximação "amigável e não oficial, ou indireta" junto ao governo brasileiro, para dar assistência aos reclamantes — no processo de esgotamento dos recursos internos — em caso de eventuais dificuldades materiais individuais. *Law Officers' Opinions*, vol. 16, pp. 93-97.

(92) *Prassi Italiana*, vol. II (Prima Serie, 1861-1887), p. 660.

(93) *Cf. Ibid.*, p. 661.

(94) *Parere del Consiglio del Contenzioso Diplomatico* (de 2 de abril de 1865), *ibid.*, p. 661. Acrescentou o parecer que "avendo il governo del Brasile rimesso le parti al giudizio dei tribunali ordinarii, resterebbe sempre libero a quelle di opporre la incompetenza ed ai tribunali di dichiararla"; *cit. in Ibid.*, p. 661.

(95) *Ibid.*, p. 662, *cf. pp.* 661-662. Instruiu, ademais, que, se o tribunal se declarasse incompetente para decidir sobre o caso, *dever-se-ia solicitar que as reclamações da companhia "siano conosciute e giudicate a termini di ragione dalla superiore autorità governativa"* (*ibid.*, p. 662).

(96) J. M. CARDOSO DE OLIVEIRA, *op. cit. supra* n.º 88, vol. II, p. 114.

nacionais e estrangeiros" (97); nota de 1896 do Ministro brasileiro das Relações Exteriores ao Ministro britânico invocando a regra do prévio esgotamento de recursos internos (98), dentre outros exemplos em diferentes épocas (99).

Muito embora tivesse o Ministro brasileiro das Relações Exteriores reafirmado em termos inequívocos o princípio do esgotamento dos recursos internos ao expor em 1895 as diretrizes de seu governo no tratamento de reclamações estrangeiras (100), há também exemplos e casos sobre a matéria que não são tão claros como os já citados. O tribunal arbitral brasileiro-boliviano, instituído pelo Tratado de Petrópolis, de 1903, para ouvir reclamações provenientes de atos administrativos e fatos ocorridos em territórios permutados, previa (no artigo 5º do Regimento Interno) que as petições deviam conter *inter alia* "a declaração de não ter sido apresentada a reclamação a outro juízo ou tribunal, mencionando-se se foi paga alguma soma em dinheiro ou feita qualquer outra compensação, por conta do pedido" (101). Na explicação de HÉLIO LOBO, tal dispositivo sobre a apresentação do pedido em outra instância destinava-se, além de melhor esclarecer as circunstâncias de fato e de direito do caso concreto, "a impedir um ressarcimento duplo de danos" (102). No entanto, o artigo 5º do Regimento Interno do Tribunal, ao estipular a condição da prévia apresentação da reclamação "a outro juízo ou tribunal", deixou de indicar expressamente se se tratava ou não necessariamente de instância interna ou nacional.

Nem todos os pedidos (prematureos) de proteção diplomática, relativos ao Brasil, resultaram na aplicação da regra do esgotamento dos re-

(97) *Ibid.*, p. 251.

(98) Cf. J. IRIZARRY Y PUENTE, *op. cit.* supra n.º 79, pp. 386-388.

(99) Como, *inter alia*, o do caso *H. Lowndes v. Banco do Brasil* (1897); cf. *Ibid.*, pp. 392-393. Cf., ademais, parecer de 1951 de LEVI CARNEIRO, consultor jurídico do Itamarati, acerca de caso de reclamação de cidadão brasileiro por danos causados durante a guerra à sua propriedade em Roma; Ministério das Relações Exteriores, *op. cit.* supra n.º 68, pp. 539-542. O relatório de 1896 do Ministro brasileiro das Relações Exteriores contém uma passagem em que se externaliza a preocupação em impedir os "excessos da intervenção diplomática" e se reafirma a regra de que os agentes diplomáticos ou consulares deverão abster-se de intervir, excetuados os casos de denegação de justiça após "esgotados os meios legais por parte dos interessados"; cf. *Relatório...*, *op. cit.* supra n.º 88, pp. 16-17, e cf. também p. 14 e Anexo 1, n.º 7, p. 18. Sobre a livre apreciação das provas avançadas a respeito pelas partes, no processo arbitral internacional, cf. as declarações do Conselho Federal Sulgo no caso da *Fronteira da Guiana Francesa e do Brasil* (1900), cit. in ROGER PINTO, "L'organisation judiciaire internationale", *Juris-Classeur de Droit International*, fascicule 248, 1961, p. 8.

(100) Ressalta a exposição *inter alia* que "o que (...) não pode ser proclamado como princípio dominante nas reclamações em favor de estrangeiros é que o Poder Judiciário seja posto de lado e que o Executivo, substituindo-o, imponha ou aceite doutrinas de ocasião; o que (...) não pode ser aplaudido é a insistência para que se confundam as atribuições dos dois poderes, revelada assim mais ou menos discretamente certa desconfiança na eficácia dos poderes constitucionais". *Relatório Apresentado ao Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil pelo Ministro das Relações Exteriores* (CARLOS AUGUSTO DE CARVALHO), Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1895, p. 92, e cf. pp. 90-94 para outras ponderações a respeito; enquanto em muitos casos foi reconhecida a procedência das reclamações, em muitos outros foram as reclamações recusadas com indicação dos meios judiciais a serem utilizados pelos interessados.

(101) Cit. in: HÉLIO LOBO, *O Tribunal Arbitral Brasileiro-Boliviano*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1910, p. 43; para o texto completo do regimento interno do tribunal, cf. pp. 159-160.

(102) Cf. *Ibid.*, pp. 46 e 44; e cf. p. 137 (para um exemplo de alegação de denegação de justiça).

curiosos internos. Casos houve cujo desfecho foi surpreendente (para fazermos uso de linguagem branda)... Assim, relata CARDOSO DE OLIVEIRA uma reclamação atendida pelo governo brasileiro em 15 de maio de 1860 "por mera deferência à intervenção do governo americano!" (103). Caso ainda mais estranho foi o da indenização do navio **Carolina** (Estados Unidos v. Brasil, 1866-1867), retido em Santa Catarina; o governo norte-americano, conforme relata CLÓVIS BEVILAQUA, "não aceitou a proposta do governo brasileiro para submeter a questão a um juízo arbitral de uma potência amiga. Atentas as condições, em que se achava o Brasil, em luta com o Paraguai, e a intransigência do Sr. WEBB (104), teve o governo que pagar a indenização reclamada, mas protestou que de nenhum modo reconhecia a responsabilidade que lhe era atribuída. Alegava-se, para justificar a indenização, que houvera fraude, que, aliás, não foi provada, do juiz de Santa Catarina, e intervenção ilegal e malévola do mesmo juiz, para embaraçar a execução da sentença do juiz de Santos. A honestidade do governo dos Estados Unidos não permitiu, porém, que a extorsão vingasse, definitivamente, e, submetendo o caso a novo exame, convenceu-se da falta de fundamento para a reclamação, que, mal informado, apoiara, e restituiu ao Brasil a quantia recebida acrescida dos juros de 6% ao ano! (105). Trata-se, pois, de caso em que o governo brasileiro, "considerando somente a alta conveniência de conservar as amigáveis relações com os Estados Unidos, resolvera sem prejuízo dos seus direitos satisfazer à indenização que fosse ajustada" (106).

O segundo meado do século XIX testemunhou, ademais, alguns casos de reclamações internacionais consideradas **improcedentes** pelo governo brasileiro, com fundamentos vários, outros que o do não-esgotamento dos recursos de direito interno. Assim ocorreu com reclamações dirigidas ao governo imperial pelos representantes diplomáticos da Grã-Bretanha (107), França (108), Prússia e Alemanha do Norte (109), Estados Unidos (110). Tal fato se repetiu em despacho de 22 de junho de 1900, do Ministério das Relações Exteriores, ao governador do Estado da Bahia, acerca de correspondência oficial com agentes diplomáticos estrangeiros referente a reclamações de nacionais de várias potências européias (111).

Já em nota de 8 de abril de 1831, o Ministro dos Negócios Estrangeiros assegurava a proteção, por parte do governo imperial, de estran-

(103) J. M. CARDOSO DE OLIVEIRA, *op. cit.* supra n.º 87, vol. I, p. 280.

(104) JAMES WATSON WEBB, Ministro norte-americano na época.

(105) C. BEVILAQUA, *Direito Público Internacional*, vol. I, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1910, pp. 217-218.

(106) J. M. CARDOSO DE OLIVEIRA, *op. cit.* supra n.º 87, vol. I, p. 394, e cf. p. 393.

(107) Nota do governo imperial de 8 de março de 1856, *ibid.*, vol. I, p. 207.

(108) Nota do governo imperial de 7 de dezembro de 1859, *ibid.*, vol. I, p. 275.

(109) Nota do governo imperial de 28 de janeiro de 1870, *ibid.*, vol. I, pp. 429-430.

(110) Nota do governo imperial de 9 de dezembro de 1861, *ibid.*, vol. I, p. 302; nota do governo imperial de 26 de setembro de 1870, *ibid.*, vol. I, pp. 441-442.

(111) In J. M. CARDOSO DE OLIVEIRA, *op. cit.* supra n.º 88, vol. II, pp. 279-280.

geiros residentes na capital do Império, por ocasião da abdicação de Dom PEDRO I <sup>(112)</sup>. Algumas das reclamações que se seguiram (Itália <sup>(113)</sup>, Espanha <sup>(114)</sup>) foram solucionadas por **lump sum agreements** <sup>(115)</sup>.

### III — Conclusões

O estudo da prática dos Estados, muitas vezes negligenciado no presente contexto, é de fundamental importância para um entendimento adequado da regra dos recursos internos. Se na prática dos órgãos judiciais e arbitrais sobre a matéria aplicaram-se princípios jurídicos a fim de estabelecer a responsabilidade e determinar a medida de reparação pelos supostos danos, na prática diplomática, de modo distinto, têm-se defrontado os Estados litigantes com o mesmo objetivo. Embora possa haver um paralelismo imperfeito entre as duas práticas como fontes de direito na matéria, parece no entanto existir entre elas um certo equilíbrio na formação de regras costumeiras do direito internacional, para a qual ambas são igualmente importantes <sup>(116)</sup>. Mas se a jurisprudência dos tribunais internacionais sobre o tema pode vez por outra ter-se mostrado inconclusiva <sup>(117)</sup> (sem falar nas correntes doutrinárias) a prática dos Estados parece fornecer indicações razoavelmente claras para uma compreensão do sentido, conteúdo e objetivos da regra do esgotamento dos recursos internos. Por muito que houvessem as decisões arbitrais e judiciais contribuído para clarificar alguns dos pontos mais obscuros relativos à incidência da regra dos recursos internos, é sempre recomendável que se proceda a tal estudo com uma visão clara do contexto histórico em que evoluiu a regra no decorrer de muitos séculos <sup>(118)</sup>. O exame da prática dos Estados pode em muito auxiliar nesse propósito.

O relato acima de vários casos relevantes demonstra o quanto a aplicação criteriosa da regra do esgotamento dos recursos internos por parte das Chancelarias de diversos países contribuiu para reduzir, ou evitar na medida do possível, as alternativas de recurso a medidas coercitivas e intervenção na solução de reclamações internacionais; pela aplicação da regra, insistiu-se na solução das controvérsias no âmbito do sistema ju-

(112) In J. M. CARDOSO DE OLIVEIRA, *op. cit.* supra n.º 87, vol. I, pp. 115-116.

(113) In J. M. CARDOSO DE OLIVEIRA, *op. cit.* supra n.º 88, vol. II, acordo Brasil-Itália, de 19 de novembro de 1896, p. 239.

(114) In J. M. CARDOSO DE OLIVEIRA, *op. cit.* supra n.º 87, vol. I, acordo Brasil-Espanha de 14 de maio de 1861, p. 292.

(115) Mesmo assim, algumas reclamações foram excluídas de tais acordos; cf., e.g., declaração nesse sentido de 19 de novembro de 1896, relativa ao acordo Brasil-Itália supracitado (da mesma data), in J. M. CARDOSO DE OLIVEIRA, *op. cit.* supra n.º 88, vol. II, p. 239.

(116) L. REITZER, *La Réparation comme Conséquence de l'Acte Illicite en Droit International*, Paris, Sirey, 1938, pp. 131-133.

(117) J. H. W. VERZIJL, *International Law in Historical Perspective*, vol. VI, Leiden, Sijthoff, 1973, pp. 634-636, cf. também pp. 637-639 e 731-735.

(118) Particularmente em vista da influência aparentemente crescente de regras do direito internacional geralmente reconhecidas ou aceitas sobre a formulação da política exterior; cf. C. TH. EUSTATHIADES, "Évolution des rapports entre le droit international et la politique étrangère", *Mélanges Offerts à Henri Rolin*, Paris, Pédone, 1964, pp. 80-92. Sobre o papel dos Ministérios das Relações Exteriores na observância ou não da regra dos recursos internos, cf. F. G. DAWSON e I. L. HEAD, *International Law, National Tribunals and the Rights of Aliens*, Syracuse University Press, 1971, pp. 23-24 e cf. p. 50.

rídico interno do Estado em questão. Favoreceu a regra, assim, uma certa harmonia na conduta das relações internacionais. Com a freqüente insistência dos Ministérios das Relações Exteriores dos Estados em soluções a nível de seu ordenamento jurídico interno, já em fins do século XIX e na passagem do século dificilmente se poderia negar que a regra gradualmente se cristalizara em regra costumeira do direito internacional, o que hoje é inquestionável.

Na prática dos Estados acima examinada, particularmente dos Estados latino-americanos, há alguma evidência de que a regra dos recursos internos, **no contexto da proteção diplomática**, se revestiu de um caráter substantivo <sup>(119)</sup>, pelo qual a própria configuração da responsabilidade internacional de um Estado — para o exercício subsequente da proteção diplomática — subordinava-se ao prévio esgotamento de todos os recursos internos disponíveis. Os casos clássicos de incidência da regra devem, porém, ser distinguidos de dois outros tipos de situação.

Primeiramente, pode surgir uma disputa **diretamente** entre dois Estados (e.g., por uma suposta violação direta do direito internacional causando dano imediato a um deles), em que dificilmente se poderia esperar que um Estado, em virtude de sua própria soberania — **par in parem non habet imperium, non habet jurisdictionem** —, tivesse que esgotar os recursos disponíveis no território do outro Estado. A advertência já fora formulada em 1737 por Bynkershoek <sup>(120)</sup>. E, conforme já indicado (*supra*), os casos clássicos de aplicação da regra dos recursos internos sempre tiveram uma origem **privada**, envolvendo uma reclamação de um particular, subsequente patrocina por seu Estado, contra um Estado estrangeiro.

Outro tipo de situação, bem mais recente, ocorre quando um indivíduo que se considera lesado em seus direitos recorre a um órgão internacional contra o seu próprio país. Como o estudo do problema <sup>(121)</sup> ultrapassa os propósitos do presente exame, limitar-nos-emos a observar que, através de seu desenvolvimento histórico, o âmbito da regra dos recursos internos invariavelmente limitou-se a situações relativas a estrangeiros (freqüentemente mercadores, comerciantes ou companhias com vastos recursos materiais) residindo ou comerciando em outro Estado. Historicamente, os nacionais estiveram fora do âmbito de aplicação da regra dos recursos internos. A proposição de que a regra deveria **ipso facto** aplicar-se na nova situação, como tem-se aplicado no contexto da responsabilidade do Estado por danos causados a estrangeiros, requer uma reavaliação cuidadosa.

(119) Para um exame recente da natureza jurídica da regra, tema este que escapa aos propósitos do presente estudo, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "A Determinação do Surgimento da Responsabilidade Internacional dos Estados", 2 **Relações Internacionais** (1979) n.º 4, Brasília, Ed. Universidade de Brasília / Câmara dos Deputados, pp. 15-31.

(120) C. VAN BYNKERSHOEK, *op. cit.* supra n.º 7, pp. 134-135, e cf. pp. 133-137; e cf. observações subsequentes de VATTEL (*em* 1758), in E. DE VATTEL, *op. cit.* supra n.º 9, vol. II, p. 313.

(121) Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n.º 3, vol. I, pp. 457-818, e vol. II, pp. 819-1498 e 1560-1680.

Há aqui, no mínimo, uma presunção a favor da proteção dos direitos individuais fundamentais a ser exercida por órgãos **internacionais**, em contexto fundamental distinto do da proteção ou intervenção diplomática discricionária nas relações puramente interestatais. A adoção da regra dos recursos internos pelas convenções e instrumentos internacionais contemporâneos relativos à proteção dos direitos individuais fundamentais <sup>(122)</sup> requer **não** seja ela aplicada com o mesmo rigor que no plano da intervenção diplomática; nesse novo tipo de situação, em que se torna irrelevante a nacionalidade como **vinculum juris** para o exercício da proteção, a regra tem claramente operado como uma objeção de efeito dilatório ou temporal de natureza nitidamente **processual**.

Enfim, foi após uma longa evolução histórica que a regra do esgotamento dos recursos internos adquiriu a forma e as feições que nos são familiares nos dias de hoje, inclusive sua atual denominação. A esse respeito, tudo indica terem a prática e a doutrina anglo-americanas atribuído originalmente à regra um âmbito mais amplo do que o fizeram os países e autores da Europa continental e América Latina. A própria terminologia utilizada na definição da regra é uma indicação nesse sentido <sup>(123)</sup>. As expressões inglesas <sup>(124)</sup> mostraram-se mais abrangentes do que os termos continentais correspondentes <sup>(125)</sup>. É provável que, pelo menos originalmente, enquanto as expressões continentais abrangiam somente o **recours** jurisdicional (judicial e administrativo), os "meios de reparação" anglo-americanos compreendiam tanto os meios jurisdicionais quanto os não-jurisdicionais <sup>(126)</sup>. Hoje, no entanto, após vasta prática internacional e numerosas decisões sobre a matéria, as expressões parecem ser empregadas como se fossem sinônimas <sup>(127)</sup>.

(122) Cf., em nível global: resolução 1 (XXIV) de 13 de agosto de 1971, da Subcomissão (da ONU) de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias, artigo 4 (b), conforme a resolução 1503 (XLVIII) do ECOSOC, de 27 de maio de 1970, artigo 6 (b) (1); Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU, artigo 41 (c); Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Civis e Políticos, artigos 2 e 5 (2) (b); Convenção Internacional da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, artigos 11 (3) e 14 (7) (a); Regulamento do Conselho de Tutela da ONU, regra 81. E, em nível regional: Convenção Européia dos Direitos Humanos, artigos 26 e 27 (3); Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, artigo 9.º (bis) (d); Regulamento da Comissão Interamericana, artigo 54; Convenção Americana dos Direitos Humanos, artigo 46 (1) (a) e (2) (b).

(123) A. MIAJA DE LA MUELA, *op. cit.* supra n.º 81, pp. 33 e 9; C. P. PANAYOTÁCOS, *op. cit.* supra n.º 12, p. 52; C. G. TÉNÉKIDÉS, "L'épuisement des voies de recours internes comme condition préalable de l'instance internationale", *Revue de Droit International et de Législation Comparée* (1933), p. 520.

(124) *Local redress rule* e *rule of exhaustion of local remedies*.

(125) *Die Erschöpfung der Innerstaatlichen Rechtsbehelfe* (ou *Rechtsweges*); *la règle de l'épuisement des voies de recours internes*; *la regola del esaurimento del ricorso interno*; *la regla del agotamiento de los recursos internos*; a regra do esgotamento dos recursos internos.

(126) A. SARHAN, *op. cit.* supra n.º 12, p. 11.

(127) Assim, o termo **recours** tomado no sentido de **remedy** como elemento componente da regra dos recursos internos compreende não apenas os procedimentos jurisdicionais, i.e. os meios legais de se obter uma decisão judicial reparando a situação de que se queixa, mas também todos os outros procedimentos consistindo em submeter um ato ilícito "à une instance qualifiée à cet effet en vue d'obtenir selon les cas la cessation matérielle de l'acte, sa non-application, l'effacement de ses conséquences, des réparations civiles, des sanctions pénales ou disciplinaires (...)". J. VELU, *Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions de droit européen*, relatório apresentado ao Colóquio de Bruxelas de 1975 sobre o tema central "Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen", p. 26 (mimeografado).

# Poluição e responsabilidade no Direito brasileiro

ANTÔNIO CHAVES

Catedrático de Direito Civil e Diretor  
da Faculdade de Direito da Universi-  
dade de São Paulo.

## SUMÁRIO

1. Poluição. Conceito. Importância.
2. A poluição, manifestação do mau uso da propriedade, caracteriza abuso de direito.
3. O combate à poluição no âmbito federal. A política nacional de saneamento. O CONSANE. A SEMA.
4. A indispensável complementação das leis estaduais e municipais.
5. Medidas de prevenção e controle.
6. Sanções penais.
7. Sanções administrativas: da advertência à demolição.
8. O "santo" remédio é a ação de ressarcimento de danos. Fundamento.
9. Por quem e contra quem deverá ser proposta a ação.
10. O seguro obrigatório.
11. Limites de responsabilidade. O fundo de indenizações e de seguros.

### 1. *Poluição. Conceito. Importância*

Poluição, dirá qualquer dicionário, é ato ou efeito de poluir, que, por sua vez, corresponde a: manchar, sujar, corromper, macular, profanar, deslustrar.

Podemos defini-la como a degradação do ar, das águas, do solo e do ambiente geral, em condições de prejudicar a saúde, a segurança e o bem-estar do homem, ou causar dano à flora e à fauna.

Ou, como, com mais largueza, definia o revogado Decreto-Lei n.º 303, de 28-2-1967, na redação que deu o art. 1.º do Decreto n.º 76.389, de 3-10-1975:

“qualquer alteração das propriedades físicas, químicas ou biológicas do meio ambiente, causadas por qualquer forma de energia ou de substância sólida, líquida ou gasosa, ou combinação de elementos despejados pelas indústrias, em níveis capazes, direta ou indiretamente, de:

I — prejudicar a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

II — criar condições adversas às atividades sociais e econômicas;

III — ocasionar danos relevantes à flora, à fauna e a outros recursos naturais.”

O progresso tecnológico cobra esse preço, que vem crescendo em proporção que a humanidade não está mais em condições de suportar: alvitra-se a possibilidade de, daqui a alguns anos, se não for dado remédio, terem os habitantes dos grandes centros industriais de usar máscaras filtrantes do ar, uma vez que se calcula que, sobre cidades como São Bernardo do Campo, depositam-se mensalmente 112 toneladas de pó, dado impressionante mas que ainda não inclui, evidentemente, os agentes poluidores voláteis ou os que se escoam com as águas.

Na Guanabara a poluição atmosférica já alcança um índice de 83% acima da média admitida de 10 gramas por metro quadrado de partícula em suspensão no ar.

Lâminas de aço expostas durante sete dias, no já distante ano de 1971, em Santo André, alertaram, pelo aumento de peso, sobre o poder corrosivo da atmosfera, duas vezes maior que em regiões poluídas dos Estados Unidos da América.

Tinham, pois, razão os signatários da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, de 5 a 16-6-1972, em Estocolmo:

“A proteção e a melhoria do meio ambiente humano constituem desejo premente dos povos do globo e dever de todos os Governos, por constituírem o aspecto mais relevante que afeta o bem-estar dos povos e o desenvolvimento do mundo inteiro.”

A matéria tem despertado a atenção não só do legislador interno dos países mais adiantados, como também começa a arregimentar signatários em convenções internacionais, “convencidos da necessidade de garantir uma indenização adequada às pessoas que venham a sofrer danos causados por poluição”, e “desejosos de adotar regras e procedimentos uniformes num plano internacional para definir as questões de responsabilidade e garantir, em tais ocasiões, uma reparação equitativa”.

São parte dos *consideranda* da Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo, concluída em Bruxelas, a 29-11-1969, que entrou em vigor, para o Brasil, em 17-3-1977, e que foi promulgada pelo Decreto n.º 79.437, de 28-3-1977, tendo tido sua aplicação regulamentada pelo Decreto n.º 83.540, de 4-6-1979.

2. *A poluição, manifestação do mau uso da propriedade, caracteriza abuso de direito*

O poder de dispor livremente da coisa, que habitualmente se atribui ao proprietário, como essência de seu direito, só corresponde à verdade, assinala IHERING, em relação às coisas móveis. Fracassaria quem pretendesse afirmá-lo com aplicação à propriedade imobiliária:

“Se os proprietários de prédios vizinhos, por exemplo, pudessem praticar, cada qual no seu, tudo quanto lhe ditasse a fantasia, sem atender aos prejuízos, perturbações, incômodos que ao outro pudesse proporcionar, poria este numa situação intolerável, e teria, por sua vez, de suportar todos os efeitos dos atos nocivos que, em represália, lhe fossem opostos pelo vizinho.”

A razão consiste, acrescenta WOLFF, que o direito de um conduzir-se ao seu arbítrio se choca com o do outro de proibir influências alheias no seu prédio. A vida social exige uma transação: “Tanto a atividade de um vizinho (o núcleo de sua propriedade), como o direito de exclusão do outro (o núcleo negativo da sua) requerem uma certa delimitação.”

BONFANTE, por sua vez, esclarece que, dada a contigüidade dos prédios, é comum e mesmo inevitável que o *facere in suo* se torne, por propagação espontânea, um *facere in alieno*, deixando, assim, de ser um *jure útil*. O Direito romano, nas relações de vizinhança, já havia criado uma responsabilidade geral sem culpa, que se podia exigir não somente pelo edifício que ameaça ruína, mas por qualquer atividade de vizinho no exercício legítimo do seu direito, seja sobre o seu terreno, seja sobre o meu, por exemplo, a título de servidão, seja sobre o solo público.

Demonstra a doutrina que o proprietário, além da responsabilidade comum, quando tiver incorrido em culpa, pode ser imputado sem que haja cometido qualquer falta censurável, somente porque fez de seu direito um uso excepcional ou anormal, acarretando prejuízo para o seu vizinho.

A fórmula do abuso de direito poderá ser invocada sempre que aquela medida, no estado geral dos costumes e das relações sociais, for ultrapassada.

Se a despeito de todas as cautelas para poupar incômodos aos vizinhos, são inevitáveis as importunações da emissão de odores, fuma-

ças, rumores etc., já não se compreende, hoje em dia, porque é que deva a coletividade sofrê-los, continuando o agente poluidor a gozar da mais completa irresponsabilidade.

Bem por isso as normas tradicionais, como as dos Códigos alemão e suíço, não satisfazem, sendo substituídas por outras mais modernas, como a do Código Civil soviético:

“Art. 1.º — Os direitos civis são protegidos pela lei, salvo no caso em que sejam exercidos num sentido contrário à sua destinação econômica;”

e do Código franco-italiano de obrigações:

“Art. 74 — Deve reparação quem tenha causado prejuízo a outrem, excedendo, no exercício do seu direito, os limites fixados pela boa-fé ou pela finalidade em vista da qual lhe foi conferido.”

A parte inicial do art. 146 da Constituição de 1946 condicionava o uso da propriedade ao bem-estar social. As expressões desapareceram na Constituição de 1967, mas a idéia permaneceu traduzida por palavras diferentes: segundo o art. 157 a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base, entre outros princípios, na *função social* da propriedade, conceito que foi reproduzido pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-1969, art. 160.

Outorga o art. 554 do Código Civil ao proprietário, ou inquilino de um prédio, o direito de impedir que o *mau uso* da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam.

É um dos dispositivos mais felizes. PHILADELPHO AZEVEDO não lhe regateia aplausos, chegando mesmo a afirmar que se adiantou demasiadamente ao nosso meio. Qualifica os textos casuísticos de outras legislações, como os arts. 906 e 679 dos Códigos Civis, respectivamente, alemão e suíço, de evidentemente inferiores ao nacional, que pela sua elasticidade permite variada aplicação, adaptável a cada caso segundo razoável arbítrio judicial.

Para SAN TIAGO DANTAS conseguiu, realmente, pôr nas mãos do juiz e do intérprete uma arma de poderosa elasticidade, capaz de operar difíceis adaptações, embora para o trabalho doutrinário o campo seja ingrato.

Como determinar o uso normal da propriedade?

LOUIS JOSSERAND (*Derecho Civil*, trad., Buenos Aires, Bosch, 1950, tomo I, vol. III, pág. 130) compendia em três categorias os atos produtores de responsabilidade entre vizinhos:

1.º) atos ilegais, os que se realizam com violação de um preceito legislativo ou regulamentar;

2º) atos abusivos ou, de modo mais geral, atos culposos, quando o proprietário exerce uma prerrogativa que lhe caiba,

mas obedecendo a uma finalidade que não corresponde à natureza do Direito, ou, mais freqüentemente, agindo com culpa, causando prejuízos a outrem, cumprindo a este provar a realidade e o *quantum* desse prejuízo;

3.º) atos excessivos, que são os realizados em virtude de um direito certo e com um fim legítimo, mas produzindo um dano anormal.

CLÓVIS BEVILAQUA (*Direito das Coisas*, Rio, Forense, 1956) preleciona que o uso normal determina-se pelo costume do lugar ou pela extensão do prejuízo causado:

“Se o incômodo excede ao que é razoavelmente tolerável, segundo as circunstâncias, haverá mau uso da propriedade. Não havendo medida precisa para o direito do vizinho queixoso, o juiz decidirá segundo o seu justo critério, quando o caso não se mostrar suficientemente claro.”

O Código Civil pátrio, acrescenta, distribui em três classes os prejuízos decorrentes do mau uso da propriedade:

- a) ofensas à segurança pessoal ou dos bens. Exemplos: se o prédio vizinho ameaça ruir, ou de sua exploração vêm cair estilhaços. Característico nesse sentido é o art. 582, autorizando o dono do prédio ameaçado pela construção de chaminés, fogões ou fornos, não contíguo, ainda que a parede seja comum, a embargar a obra e exigir caução contra os prejuízos possíveis;
- b) ofensas ao sossego. Ruídos excessivos, algazarras, gritarias, diversões espalhafatosas altas horas da noite, emissões de odores, fumaça ou fuligem, encontram, no Estado de São Paulo remédio específico na Lei n.º 3.798, de 5-2-1957 (regulamentada pelo Decreto n.º 32.231, de 13-5-1958), que proíbe o lançamento na atmosfera de resíduos gasosos de origem industrial, causadores de poluição. Pode-se mesmo dizer que, à medida que vão aumentando as conquistas da técnica, agigantam as possibilidades das ofensas ao bem-estar;
- c) ofensas à saúde, como emanção de gases tóxicos, poluição de águas, estábulos.

Nesse sentido é expresso o art. 578 do Código Civil, mandando guardem as estrebarias, currais, pocilgas, estrumeiras, e, em geral, as construções que incomodam ou prejudicam a vizinhança, a distância fixada nas posturas municipais e regulamentos de higiene.

Disposição análoga é contida no art. 889 do Código Civil italiano. Mas nenhum dos dois satisfaz, pois, obedecendo, embora, aos requisitos da lei, tais instalações podem continuar sendo prejudiciais à saúde.

Mais feliz, o art. 907 do Código Civil alemão autoriza o proprietário de um prédio exigir que, nos prédios vizinhos, não sejam estabelecidas ou mantidas instalações, das quais, com segurança, se possa prever que a sua existência ou o seu aproveitamento terá como consequência uma intromissão inadmissível em sua propriedade.

A lei mexicana distingue entre fontes emissoras de contaminantes *naturais*, que incluem as áreas de terrenos erodidos, os terrenos ressecados, as erupções vulcânicas e outras semelhantes, as *artificiais*, produtos da tecnologia e da ação do homem: fábricas, caldeiras, termoelétricas, refinarias etc., que são *fixas*; e *móveis*, como os veículos a motor, e *diversas*, como a incineração, resíduos etc.

A doutrina francesa, por sua vez, separa a contaminação *potencial*, que define como "aquela que dentro do estado dos conhecimentos adquiridos e das técnicas comprovadas num momento dado, não se produziu ainda, mas que aparecera no futuro, em condições que não era possível prever", da contaminação por *sinergia*: "que resulta da junção prejudicial de efluentes líquidos ou gasosos procedentes de diversos estabelecimentos, que isoladamente não provocariam nenhum dano".

### 3. O combate à poluição no âmbito federal. A política nacional de saneamento. O CONSANE. A SEMA

Torna mais espinhoso o trato do problema a circunstância de existirem diferentes espécies de poluição, cada qual com peculiaridades próprias, a exigir, em diversas oportunidades, a atenção do legislador, ora federal, ora estadual e mesmo municipal, daí resultando uma regulamentação evidentemente assistemática e falha, ao sabor das circunstâncias até mesmo emocionais e das pressões do momento.

Temos assim poluição do meio ambiente, da atmosfera, das águas, do solo, poluição sonora, visual, nuclear; tem sido invocada mesmo a dolorosíssima poluição da pobreza.

O diploma legal básico, no âmbito federal, é a Lei n.º 5.318, de 26-9-1967, que "institui a política nacional de saneamento e cria o Conselho Nacional de Saneamento", formulada, no dizer de seu art. 1.º, "em harmonia com a política nacional de saúde", compreendendo "o conjunto de diretrizes administrativas e técnicas destinadas a fixar a ação governamental em campo do saneamento".

Tal política abrangerá:

- a) saneamento básico, compreendendo abastecimento de água, sua fluoretação e destinação de dejetos;
- b) esgotos pluviais e drenagem;
- c) controle da poluição ambiental, inclusive do lixo;
- d) controle das modificações artificiais das massas de água;
- e) controle de inundações e de erosões."

Com a finalidade de exercer as atividades de planejamento, coordenação e controle da política nacional de saneamento foi criado, no Ministério do Interior, o Conselho Nacional de Saneamento — CONSANE, órgão colegiado a que compete:

- “a) manifestar-se sobre o plano nacional de saneamento e outros assuntos que lhe forem submetidos pela Comissão Diretora;
- b) pronunciar-se sobre os critérios que regerão os convênios a serem firmados em decorrência do plano nacional de saneamento;
- c) manifestar-se sobre as medidas destinadas a estimular o aperfeiçoamento e a especialização de pessoal de nível superior, médio e auxiliar, no campo do saneamento.”

A cuja Comissão Diretora incumbe:

- “a) elaborar e expedir o plano nacional de saneamento, observadas as normas gerais do planejamento governamental;
- b) fixar critérios para a delimitação dos campos de atuação dos órgãos executores do plano nacional de saneamento;
- c) orientar a elaboração orçamentária dos órgãos executores do plano nacional de saneamento;
- d) incentivar as providências necessárias ao estabelecimento dos convênios de saneamento;
- e) promover o aperfeiçoamento da tecnologia nacional no campo do saneamento e incentivar o treinamento de pessoal especializado, cooperando na criação de cursos de formação e aperfeiçoamento de pessoal de nível médio e superior que possa atender às necessidades das Regiões, Estados e Municípios;
- f) estabelecer critérios de prioridade para obras de saneamento básico, que serão preferentemente financiadas sob o regime de empréstimo;
- g) colaborar com os Estados e Municípios na criação de entidades estaduais de saneamento e órgãos municipais autônomos que assegurem a operação e administração dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotos sanitários.”

Entre outras determinações complementares, a execução do referido plano “far-se-á de preferência por intermédio de convênios que promovam a vinculação de recursos dos órgãos interessados de âmbito federal, estadual e municipal” (art. 11).

O Decreto n.º 73.030, de 30-10-1973, criou, no âmbito do Ministério do Interior, a Secretaria Especial do Meio Ambiente — SEMA, como órgão autônomo de administração direta, orientada para a conservação do meio ambiente e ao uso dos recursos naturais.

Compete-lhe (art. 4.º):

- a) acompanhar as transformações do ambiente através de técnicas de aferição direta e sensoriamento remoto, identificando as ocorrências adversas, e atuando no sentido de sua correção;
- b) assessorar órgãos e entidades incumbidas da conservação do meio ambiente, tendo em vista o uso racional dos recursos naturais;
- c) promover a elaboração e o estabelecimento de normas e padrões relativos à preservação do meio ambiente, em especial dos recursos hídricos, que assegurem o bem-estar das populações e o seu desenvolvimento econômico e social;
- d) realizar diretamente ou colaborar com os órgãos especializados no controle e fiscalização das normas e padrões estabelecidos;
- e) promover, em todos os níveis, a formação e treinamento de técnicos e especialistas em assuntos relativos à preservação do meio ambiente;
- f) atuar junto aos agentes financeiros para a concessão de financiamentos a entidades públicas e privadas com vistas à recuperação de recursos naturais afetados por processos predatórios ou poluidores;
- g) cooperar com os órgãos especializados na preservação de espécies animais e vegetais ameaçadas de extinção, e na manutenção de estoques de material genético;
- h) manter atualizada a relação de agentes poluidores e substâncias nocivas, no que se refere aos interesses do País;
- i) promover, intensamente, através de programas em escala nacional, o esclarecimento e a educação do povo brasileiro para o uso adequado dos recursos naturais, tendo em vista a conservação do meio ambiente.”

#### 4. *A indispensável complementação das leis estaduais e municipais*

Respeitados seus dispositivos, o Decreto-Lei n.º 1.413, de 14-8-1975, que “dispõe sobre o controle da poluição do meio ambiente provocada

por atividades industriais”, admite que os Estados e Municípios estabeleçam, no limite das respectivas competências, condições para o funcionamento de empresas, na conformidade com as medidas nele previstas, inclusive, adita o art. 4.º e seu parágrafo do Decreto federal n.º 76.389, de 3-10-1976, quanto à prevenção ou correção da poluição industrial e da contaminação do meio ambiente, respeitados os critérios, normas e padrões fixados pelo Governo Federal.

“Observar-se-á sempre, no âmbito dos diferentes níveis de Governo, a orientação de tratamento progressivo das situações existentes, estabelecendo-se prazos razoáveis para as adaptações a serem feitas e, quando for o caso, proporcionando alternativa de nova localização com apoio do setor público.”

Um bom exemplo dessa complementação de atribuições encontramos na Lei paulista n.º 997, de 31-5-1976, que “dispõe sobre o controle da poluição do meio ambiente”, e que além de ter tomado a dianteira, no que diz respeito a providências mais eficazes, como se verá adiante, ainda dispõe que para o controle da poluição de que cuida seu art. 4.º, o órgão estadual representará ao federal competente, sempre que a poluição tiver origem fora do território do Estado, ocasionando consequências que se façam sentir dentro de seus limites.

##### 5. *Medidas de prevenção e controle*

Apertando o cerco de providências mais efetivas, o Decreto-Lei n.º 1.413 obriga as indústrias instaladas ou a se instalarem em território nacional a promoverem as medidas necessárias a prevenir ou corrigir os inconvenientes e prejuízos da poluição e da contaminação do meio ambiente, a serem definidas pelos órgãos federais competentes, no interesse do bem-estar, da saúde e da segurança das populações.

Reserva exclusivamente ao Poder Executivo federal, nos casos de inobservância, competência para determinar ou cancelar a suspensão do funcionamento de estabelecimento industrial cuja atividade seja considerada de alto interesse do desenvolvimento e da segurança nacional.

Dentro de uma política preventiva preceitua o art. 3.º aos órgãos gestores de incentivos governamentais considerarem sempre a necessidade de não agravar a situação de áreas já críticas, nas decisões sobre localização industrial.

“Nas áreas críticas, será adotado esquema de zoneamento urbano, objetivando, inclusive, para as situações existentes, viabilizar alternativa adequada de nova localização, nos casos mais graves, assim como, em geral, estabelecer prazos razoáveis para a instalação dos equipamentos de controle da poluição.

Para efeito dos ajustamentos necessários, dar-se-á apoio de Governo, nos diferentes níveis, inclusive por financiamento especial para aquisição de dispositivos de controle" (art. 4.º e seu parágrafo).

Regulamentando-o, o já aludido Decreto nº 76.389 não se limita a determinar aos órgãos e entidades gestores de incentivos governamentais, notadamente o CDI, a SUDENE, SUDAM e bancos oficiais, considerarem explicitamente, na análise de projetos, as diferentes formas de implementar política preventiva em relação à poluição industrial, para evitar agravamento da situação nas áreas críticas, seja no aspecto de localização de novos empreendimentos, seja a escolha do processo, seja quanto à exigência de mecanismos de controle ou processos antipoluitivos, nos projetos aprovados, devendo ainda a Secretaria Especial do Meio Ambiente — SEMA, propor critérios, normas e padrões, para o território nacional, de preferência em base regional, visando evitar e corrigir os efeitos danosos da poluição industrial, que levem em conta a capacidade autodepuradora da água, do ar e do solo, bem como a necessidade de não obstar indevidamente o desenvolvimento econômico e social do País.

Impõe, além das penalidades definidas pela legislação estadual e municipal, aos transgressores das medidas necessárias à prevenção ou correção dos inconvenientes e prejuízos da poluição do meio ambiente três penalidades:

- a) *restrição de incentivos e benefícios fiscais* concedidos pelo Poder Público, cominação da competência exclusiva do Poder Público federal, nos casos especificados no art. 10 do mesmo decreto, penalidade da competência exclusiva do Poder Público federal nos casos previstos no artigo 10 deste Decreto;
- b) *restrição de linhas de financiamento* em estabelecimentos de créditos oficiais;
- c) *suspensão de suas atividades*, a ser apreciada e decidida no âmbito da Presidência da República, por proposta do Ministério do Interior, ouvido o Ministério da Indústria e do Comércio.

O Ministério do Interior considerará tanto as propostas de iniciativa da SEMA como as provenientes dos Estados, uma vez esgotados todos os demais recursos para a solução do caso e exigindo sempre a necessária fundamentação técnica.

Admite o art. 7.º que em casos de grave e iminente risco para vidas humanas e para recursos econômicos, possam os Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios adotar medidas de emergência visando reduzir as atividades poluidoras das indústrias, respeitada

a competência exclusiva do Poder Público federal de determinar ou cancelar a suspensão do funcionamento de estabelecimento industrial, prevista no art. 2.º do Decreto-Lei n.º 1.413, de 14-8-1975.

O decreto especifica ainda as áreas consideradas críticas de poluição e comina regras complementares, entre as quais a do *cadastro* de estabelecimentos industriais, em função de suas características prejudiciais ao meio ambiente e dos equipamentos antipoluidores de que disponham e o estabelecimento de um programa tecnológico de prevenção da poluição industrial com o objetivo da prestação de serviços para atendimento à indústria.

Um importante passo foi dado pela referida Lei nº 997, do Estado de São Paulo, proibindo terminantemente o lançamento ou liberação de poluentes nas águas, no ar ou no solo, como tal considerado toda e qualquer forma de energia que, direta ou indiretamente, cause poluição do meio ambiente.

De que modo será exercida a atividade fiscalizadora e repressiva?

No que diz respeito a despejos, dispõe o art. 4.º, *caput*, pelo órgão estadual de controle da poluição do meio ambiente, em todo e qualquer corpo ou curso de água, situado nos limites do território do Estado, ainda que, não pertencendo ao seu domínio, não estejam sob sua jurisdição.

Sujeita o art. 5.º a instalação, a construção ou a ampliação, bem como a operação ou funcionamento de fontes de poluição, que forem enumeradas no regulamento, a prévia autorização do órgão estadual de controle da poluição do meio ambiente, mediante licenças de instalação e de funcionamento.

Os órgãos da Administração, direta ou indireta, do Estado e dos Municípios deverão exigir a apresentação dessas licenças, antes de aprovarem projetos de ampliação, instalação ou construção das fontes de poluição que forem enumeradas no regulamento desta lei, ou de autorizarem a operação ou o funcionamento dessas fontes, sob pena de nulidade de seus atos (art. 6.º).

## 6. *Sanções penais*

O Código de Águas, Decreto n.º 24.643, de 10-7-1934, dedica seu título VI às águas nocivas (arts. 109-116).

Depois de consignar que a ninguém é lícito conspurcar ou contaminar as águas que não consome, com prejuízo de terceiros, adita:

“Art. 110 — Os trabalhos para a salubridade das águas serão executados à custa dos infratores, que, além da responsabilidade criminal, se houver, responderão pelas perdas e danos que causarem e pelas multas que lhes forem impostas nos regulamentos administrativos.”

Qual será essa responsabilidade criminal?

A *decorrente da corrupção ou poluição de água potável*, de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para consumo ou nociva à saúde, a que o art. 271 do Código Penal comina pena de reclusão de dois a cinco anos, e, tratando-se de crime culposo, detenção, de dois meses a um ano.

O Código Penal promulgado pelo Decreto-Lei n.º 1.004, de 21-10-1969, mas revogado antes de entrar em vigor pela Lei n.º 6.578, de 11-10-1978, desdobrava-o em dois:

*Poluição de fluidos.* Art. 300 — Poluir lago, curso de água, o mar ou, nos lugares habitados, as praias e a atmosfera, infringindo prescrições de lei federal; pena: reclusão até três anos e pagamento de cinco a vinte e cinco dias-multa; e

*Corrupção ou poluição de água potável.* Art. 301 — Corromper ou poluir água potável de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para consumo ou nociva à saúde, apenada com reclusão de dois a cinco anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa, ambas as figuras admitindo modalidade culposa, com pena de detenção de dois meses a um ano.

Manifestamente inconveniente o requisito da potabilidade que tem permitido a impunidade dos poluidores, sob alegação de que a água, por já se encontrar intensamente poluída, antes que lançassem ulteriores resíduos, deixara de ser potável, sem considerar que grande parte da nossa população ribeirinha consome água não potável...

A Lei das Contravenções Penais, Decreto-Lei n.º 3.688, de 3-10-1941, por sua vez, configura duas, a vetusta *fumi immitendi* e *odoris immitendi*:

*“Emissão de fumaça, vapor ou gás.* Art. 38 — Provocar, abusivamente, emissão de fumaça, vapor ou gás, que possa ofender ou molestar alguém”, punida com multa de vinte centavos a dois cruzeiros;

e a hoje qualificada como *poluição sonora*: perturbação do trabalho ou do sossego alheios (art. 42):

I — com gritaria ou algazarras;

II — exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais;

III — abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos (inclusive businas e instrumentos sonoros dos veículos em geral, previstos pela Lei estadual paulista n.º 2.126, de 29-12-1952);

IV — provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem a guarda;

prisão simples de quinze dias a três meses, ou multa, de vinte centavos a dois cruzeiros, penas pecuniárias essas reajustadas na proporção de 1:2.000 para o atual padrão cruzeiro, pela Lei nº 6.416, de 24-5-1977, art. 4º

#### 7. *Sanções administrativas: da advertência à demolição*

Também se preocupa com poluição a Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei n.º 5.452, de 1-5-1943:

*“Limpeza dos locais de trabalho e destino dos resíduos.*

Art. 220 — Os locais de trabalho serão mantidos em estado de higiene compatível com o gênero da atividade. O serviço de limpeza será realizado, sempre que possível, fora do horário de trabalho e por processos que reduzam ao mínimo o levantamento de poeiras.

Art. 221 — Deverão os responsáveis pelos estabelecimentos industriais dar aos resíduos destino e tratamento que os tornem inócuos aos empregados e à coletividade.”

As infrações comina o art. 222 punição com multa de um décimo do salário mínimo regional a dez vezes esse salário, sempre aplicada, art. 223, no grau máximo, se ficar apurado o emprego de artifício ou simulação para fraudar a aplicação dos dispositivos, assim como nos casos de reincidência.

O Decreto-Lei n.º 1.413 e o Decreto n.º 76.389 apresentam sem dúvida aspectos positivos, dando maior organicidade à anterior legislação bastante dispersiva e indefinida, que outorgava às prefeituras municipais excessiva autonomia, sem embargo de não terem forças suficientes para resistir à pressão dos grupos industriais mais poderosos.

Envolvendo os Estados na solução do problema, deram maior amplitude e base mais firme à execução da política, conciliando melhor o controle da poluição com o indispensável desenvolvimento industrial.

Sem embargo, o decreto-lei tem sido taxado de falho, reclamando disposições mais enérgicas, que disciplinem efetivamente a poluição das águas, do ar, e preservem a natureza, pois não são suficientes para eliminar os prejuízos que o País sofre com o desequilíbrio ecológico.

Liberdade mais ampla de regulamentação concedida aos Estados teria o inconveniente de permitir que a indústria que encontre dificuldade de se instalar ou de se expandir numa das unidades da Federação, procure outra, em que as condições sejam mais favoráveis.

A eficácia das medidas depende das autoridades de dar-lhes aplicação efetiva, demonstrando a imprescindibilidade de um melhor estudo e adequação das providências aplicáveis.

O Decreto nº 83.540, de 4-6-1979, que “regulamenta a aplicação da Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo, de 1969, e dá outras providências”, oferece sugestões para medidas preventivas e medidas corretivas, que, através das adequações necessárias, poderiam inspirar uma orientação mais positiva:

“Art. 5º — A Secretaria Especial do Meio Ambiente — SEMA, estabelecerá as normas e os padrões de controle da poluição por óleo, com o objetivo de prevenir ou reduzir seus efeitos.

Art. 6º — Os órgãos estaduais de controle do meio ambiente, que tenham jurisdição na área onde ocorrer o incidente, executarão, em articulação com a SEMA, as medidas preventivas e corretivas necessárias à redução dos danos causados por poluição por óleo, bem como supervisionarão as medidas adotadas pelo proprietário do navio concernentes a essa redução dos danos.

Parágrafo único — A autoridade, designada pelo órgão estadual de controle do meio ambiente da área atingida, poderá intervir, substituindo o proprietário do navio na execução das medidas que, a este, competem para a redução dos danos causados por poluição por óleo, sempre que, a critério do referido órgão estadual, essas medidas não sejam corretamente adotadas.

Art. 7º — A SEMA e, se for o caso, o órgão estadual de controle do meio ambiente poderão solicitar a colaboração de qualquer órgão público ou privado, para que sejam atingidos os objetivos previstos no artigo anterior.”

Sanções mais efetivas foram cogitadas pelos arts. 7º e 8º da Lei paulista nº 997.

Verificando, porém, que as multas de no máximo 45 UPCs por dia em que persistir a infração, podendo ainda dobrar no caso de reincidência, não eram suficientes, deu-lhes nova redação a Lei estadual nº 1.874, de 8-12-1978, classificando o art. 7º as infrações, a critério da autoridade competente, em leves, graves e gravíssimas, levando em conta:

- I — sua maior ou menor gravidade;
- II — suas circunstâncias atenuantes e agravantes;
- III — os antecedentes do infrator, responsabilizando pela infração quem, por qualquer modo, acometer, concorrer para sua prática ou dela se beneficiar.

Pune o art. 8º essas infrações com penalidades de:

- I — advertência;

II — multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) vezes o valor nominal da ORTN, à data da infração, a ser aplicada nos limites:

1) de 10 (dez) a 100 (cem) vezes o valor nominal da ORTN nas infrações leves;

2) de 101 (cento e uma) a 500 (quinhentas) vezes o mesmo valor, nas infrações graves;

3) de 501 (quinhentas e uma) a 1.000 (mil) vezes o mesmo valor nas infrações gravíssimas.

A critério da autoridade competente, poderá ser imposta multa diária, nos mesmos limites e valores estabelecidos no parágrafo anterior, e que será devida até que o infrator corrija a irregularidade;

III — interdição, definitiva ou temporária, a ser sempre aplicada nos casos de perigo iminente à saúde pública e, a critério da autoridade competente, nos casos de infração continuada, implicando, quando for o caso, na cessação ou suspensão das licenças de instalação e de funcionamento;

IV — embargo e demolição aplicável no caso de obras e construções executadas sem a necessária licença ou em desacordo com a licença expedida, quando sua permanência ou manutenção contrariar as disposições desta Lei, de seu regulamento e das normas dela decorrentes.

As penalidades previstas nos incisos III e IV poderão ser aplicadas sem prejuízo das indicadas nos incisos I e II.

Nos casos de reincidência a multa será aplicada pelo valor correspondente ao dobro da anteriormente imposta, podendo, porém, a penalidade consistir na interdição, temporária ou definitiva, a partir da terceira reincidência.

Não recolhido o débito relativo à multa indicada, ficará ainda sujeito:

I — à correção monetária do seu valor, a partir do segundo mês subsequente ao da lavratura do auto de infração e imposição da multa determinada com base nos coeficientes de atualização adotados pela Secretaria da Fazenda para os débitos fiscais de qualquer natureza vigorantes no mês em que ocorrer o pagamento do débito;

II — ao acréscimo de 1,5% (um e meio por cento) por mês ou fração, a partir do mês subsequente ao do vencimento do prazo para o recolhimento da multa;

III — ao acréscimo de 20% (vinte por cento), quando inscrito para cobrança executiva; que incidirão sobre o valor do débito atualizado monetariamente nos termos do inciso I.

Com tais muitas espera o Governo sensibilizar os responsáveis por focos poluidores da necessidade de evitarem danos. Deixam claro que ninguém pode poluir o ambiente impunemente, ainda que por acidente, obrigado a medidas de segurança, capazes de evitar efetivamente prejuízos à fauna, flora e à saúde da população.

Inovações de importância fundamental foram as da *interdição* temporária ou definitiva e as de *embargo* e *demolição* de obras que provocam problemas aos mananciais. Tendem a reformular a tendência de se considerar os equipamentos despoluidores como improdutivos. Apenas medidas enérgicas como essas poderão contribuir para melhorar as condições a que fica a comunidade inteira submetida pela incompreensão de uns poucos.

Além de armar o Poder Executivo com a autorização de determinar medidas de emergência a fim de evitar episódios críticos de poluição ambiental ou impedir sua continuidade, em casos de grave e iminente risco para vidas humanas ou recursos econômicos (art. 13, *caput*), só admite o art. 16 sejam concedidos financiamentos, com recursos oriundos do Tesouro do Estado, sob forma de fundos especiais ou de capital, ou de qualquer outra, com taxas e condições favorecidas pelas instituições financeiras sob controle acionário do Governo do Estado, a empresas que apresentarem o certificado a que se refere esta lei, emitido pelos órgãos estaduais de controle da poluição.

Finalmente, pelo artigo único das disposições transitórias, as fontes de poluição que forem enumeradas em regulamento, existentes à data da vigência da lei, ficam obrigadas a registrar-se no órgão estadual de controle da poluição do meio ambiente e a obter licença de funcionamento, no prazo que lhes for fixado.

#### 8. O “santo” remédio é a ação de ressarcimento de danos. Fundamento

Os nove dispositivos que o Código de Processo de 1939 dedicava à ação cominatória ficaram reduzidos, no atual, a um só:

“Art. 287 — Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (arts. 644 e 645).”

E o art. 644 não deixa dúvida de que “se a obrigação consistir em fazer ou não fazer, o credor poderá pedir que o devedor seja condenado a pagar uma pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento, contado o prazo da data estabelecida pelo juiz”.

“Tratando-se de obrigação de não fazer, ou seja, pretensão do autor a um comportamento de abstenção ou tolerância do réu (e não a um comportamento consistente num fazer negativo, como no caso de se pleitear um desfazimento)” — comenta NELSON NASCIMENTO DIZ

(A ação cominatória e a pena pecuniária nas obrigações de fazer e não fazer no novo Código de Processo Civil, "Rev. dos Tribunais", vol. 461, págs. 27-30), "a ação do artigo 287 só pode ser intentada quando tal obrigação de não fazer ainda não foi violada. Caso contrário, o autor deveria pedir desfazimento ou indenização. Assim, se a sentença condena o réu a abster-se ou a tolerar, forçoso é convir que o réu, até então, se absteve ou tolerou. Neste caso, sem sentido falar-se em pena pecuniária anterior ao descumprimento da sentença. Se a sentença condena a desfazer ou a indenizar, porque o réu não se absteve ou não tolerou, a hipótese rege-se-á pelos arts. 642 e 643 do Código vigente."

Tratam os dois dispositivos da obrigação de não fazer.

Mas a grande medida, a providência fundamental, a mais educativa, persuasiva, definitiva, não resta dúvida, é a ação de ressarcimento por perdas e danos.

Encontra base firme no granítico art. 159 do Código Civil, que, sob a epígrafe "Dos atos ilícitos", obriga "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem", a reparar o dano.

Iniciando o título relativo às obrigações por atos ilícitos, o art. 1.518 do mesmo Código sujeita os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem à reparação do dano causado; e se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação.

PONTES DE MIRANDA (antes no vol. 16, 3ª Parte, I Tomo, *Manual de Código Civil Brasileiro*, de PAULO LACERDA, Rio, Jacinto Ribeiro dos Santos, 1927, pág. 88, depois no *Tratado de Direito Privado*, Tomo 53, Rio, Borsoi, 1966, pág. 85) desdobra o art. 159 nos elementos que compõem a responsabilidade extracontratual:

- a) ato ou omissão (ato positivo ou negativo);
- b) ato imputável ao réu, salvo em casos excepcionais de reparação sem imputabilidade;
- c) ato danoso por perda, ou privação de ganho;
- d) ato ilícito — *sans droit*, sem direito, dizia a lei suíça de 1888; praticado *d'une manière illicite, widerrechtlich*, de maneira ilícita, diz a lei de hoje — intencionalmente, ou por negligência, ou por imprudência."

Afigura-se-nos, no entanto, mais satisfatória a lição de LUIZ DA CUNHA GONÇALVES (volume XII, tomo II, do seu *Tratado de Direito Civil*, São Paulo, Limonad, 2ª edição, 1957, pág. 514), consignando:

"Toda a responsabilidade civil tem três elementos objetivos, todos essenciais, a saber: 1º) um fato ilícito; 2º) um prejuízo ou dano de outrem; 3º) um nexo de causalidade entre os dois elementos precedentes. Pode a responsabilidade ter, também, um quarto elemento, assaz freqüente, mas não es-

sencial e subjetivo — *a culpa*; de sorte que esta não é exigível sempre que o legislador, impondo uma indenização, a ela não se refere expressamente.”

Quando a poluição resultar de certas substâncias especificamente perigosas — demonstra AMBROSE B. KELLY —, o culpado só poderá evitar o pagamento de indenização provando que a perda foi consequência de “força maior” ou diretamente causada por culpa da parte lesada, não o isentando nem mesmo o fato de ter-se conformado com todas as regulamentações governamentais.

É o que demonstra com acórdão da Suprema Corte japonesa, no caso que chamou a atenção mundial sobre as incontáveis vítimas da doença *minamata*, causada pelo mercúrio descarregado no oceano por uma usina mecânica, pela responsabilidade do fabricante, embora resguardasse padrões de segurança:

“É preciso esclarecer que uma fábrica de produtos químicos, ao desfazer-se da água servida, incorre na obrigação de demonstrar excepcional diligência; de confirmar a segurança mediante pesquisas e estudos tendentes a detectar a presença de substâncias nocivas misturadas à água servida, bem como os seus possíveis efeitos sobre animais, plantas e sobre o corpo humano, sempre lançando mão da mais alta perícia e conhecimento; de providenciar medidas preventivas cabíveis e rigorosas, tais como a imediata suspensão da operação no caso de surgirem dúvidas quanto à segurança... em última análise... nenhuma fábrica pode ser autorizada a violar direitos de seus residentes ou de funcionar com sacrifício de suas vidas ou de sua saúde... A fábrica do réu descarregou constantemente água servida com acetaldeído e, embora a qualidade e o conteúdo da água servida da fábrica do réu satisfaça as limitações estatutárias e os padrões administrativos, e conquanto os métodos de tratamento por ela empregados sejam superiores àqueles utilizados nos pátios de trabalho de outras companhias na mesma indústria, eles não são suficientes para contrariar a afirmação acima... O réu não pode escapar da acusação de negligência.”

#### 9. *Por quem e contra quem deverá ser proposta a ação*

A diretriz fundamental poderá inspirar-se, com as adaptações indispensáveis, no Decreto nº 83.540, de 4-6-1979, responsabilizando civilmente todo causador de poluição.

Assim, aproveitando o encorajamento que o Decreto-Lei nº 1.413 dá à iniciativa dos Estados e dos Municípios, a redação dos dispositivos correspondentes aos daquele, com as necessárias adaptações e complementações, poderia ser:

“Art. — A ação de responsabilidade civil será proposta pelo Ministério Público da União ou dos Estados, ao qual a SEMA ou

órgão estadual de controle da poluição encaminharão os documentos necessários ou, como litisconsorte, por quem quer que tenha sofrido danos decorrentes da poluição.

§ 1º — A ação de responsabilidade civil deverá ser proposta contra o titular da indústria, veículo ou atividade poluidora ou seu segurador, e, igualmente, quando for o caso, contra a entidade ou pessoa prestadora da garantia financeira.

§ 2º — O referido titular ou seu segurador, bem como a entidade ou pessoa prestadora da garantia financeira poderão responder a ação, solidária ou isoladamente.

Art. — O ressarcimento poderá ser feito através de composição amigável, arbitragem ou juízo arbitral, nos termos da legislação brasileira, desde que haja acordo entre as partes.

Art. — As pessoas físicas ou jurídicas, que sofrerem perdas ou danos decorrentes do incidente, poderão solicitar o ressarcimento amigável através da SEMA, ou dos órgãos estaduais de controle do meio ambiente, ou ingressar, como litisconsortes, na ação a que se refere o artigo.

Art. — A SEMA e os referidos órgãos estaduais serão responsáveis pelo levantamento dos custos e despesas efetuadas no combate e controle da poluição e pelo levantamento dos danos materiais.

Art. — A ação preventiva ou corretiva iniciar-se-á imediatamente após o conhecimento do incidente.

§ 1º — Qualquer incidente deverá ser comunicado imediatamente à SEMA ou órgãos a ela subordinados e aos estaduais, por quem tomar conhecimento de fato que possa resultar ou tenha resultado em poluição.

§ 2º — Recebida a comunicação de que trata o parágrafo anterior, deverão os interessados participar o incidente, com urgência, à SEMA e aos órgãos estaduais de controle do meio ambiente da área atingida.

§ 3º — Apurados os fatos relativos ao incidente, coligidas as provas necessárias, será encaminhada à SEMA a documentação resultante da investigação efetuada.”

Aos poucos poderá também cogitar-se do aproveitamento da idéia contida no art. 3º, mais ou menos nos seguintes termos:

“Art. — Em garantia da responsabilidade civil pelos danos causados por poluição no território nacional, toda indústria e toda empresa comercial possuidora de um ou mais caminhões deverá poder exhibir, a qualquer momento, Certifica-

do de Garantia Financeira, para que possa operar, emitido pela SEMA ou pelo órgão estadual de controle da poluição.”

Finalmente é regulada a matéria relativa à prescrição:

Os direitos à indenização previstos nesta lei prescreverão dentro de 3 (três) anos após a data em que ocorrer o dano.

Contudo, em nenhum caso uma ação poderá ser proposta após 6 (seis) anos a partir da data do incidente que ocasionou o dano.

Quando o incidente consistir de uma série de ocorrências, o período de 6 (seis) anos deverá ser contado a partir da data da primeira das ocorrências.

#### 10. *O seguro obrigatório*

O Código Civil, além do resultante de riscos futuros, previstos no contrato, regulava quatro modalidades: de coisa (arts. 1.438 e 1.439), de vida (arts. 1.440 e 1.471-1.476), das faculdades humanas (art. 1.440) e mútuo (arts. 1.466-1.470).

A matéria sofreu, no entanto, profunda inovação em virtude do Decreto-Lei nº 73, de 21-11-1966, ao qual o art. 1º subordina todas as operações de seguros privados.

Uma primeira distinção deverá então estabelecer-se entre as operações de seguros privados e os seguros de bens, direitos, créditos e serviços dos órgãos do Poder Público. Estes, bem como os de bens de terceiros que garantam operações dos ditos órgãos, determina o art. 23 do mesmo decreto-lei sejam contratados diretamente com a sociedade seguradora nacional que for escolhida mediante sorteio.

Considera o art. 3º operações de seguros privados os seguros de coisas, pessoas, bens, responsabilidades, obrigações, direitos e garantias, excluindo o parágrafo único das disposições do Decreto-Lei nº 73, os seguros do âmbito da Previdência Social, regidos pela legislação especial pertinente.

Sem prejuízo do disposto em leis específicas, tornou o art. 20 obrigatórios os seguros de:

- a) danos pessoais a passageiros de aeronaves comerciais;
- b) responsabilidade civil dos proprietários de veículos automotores de vias terrestre, fluvial, lacustre e marítima, de aeronaves e dos transportadores em geral;
- c) responsabilidade civil do construtor de imóveis em zonas urbanas por danos a pessoas ou coisas;
- d) bens dados em garantia de empréstimos ou financiamentos de instituições financeiras públicas;

- e) garantia do cumprimento das obrigações do incorporador e construtor de imóveis;
- f) garantia do pagamento a cargo do mutuário da construção civil, inclusive obrigação imobiliária;
- g) edifícios divididos em unidades autônomas;
- h) incêndio e transporte de bens pertencentes a pessoas jurídicas, situados no País ou nele transportados;
- i) crédito rural;
- j) crédito à exportação, quando concedido por instituições financeiras públicas.

Esses seguros obrigatórios foram regulamentados pelo Decreto nº 61.867, de 7-12-1967, não admitindo o art. 2º seja concedida autorização, licença ou respectiva renovação ou transferência, a qualquer título, para o exercício de atividades que estejam sujeitas a seguro obrigatório, sem prova da existência desse seguro.

Em capítulos sucessivos são regulados vários casos de seguros obrigatórios, dentre os quais vamos realçar o *de responsabilidade civil dos proprietários de veículos automotores de via terrestre*:

“Art. 5º — As pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, proprietárias de quaisquer veículos relacionados nos arts. 52 e 63 da Lei nº 5.108, de 21-9-1966, referentes ao Código Nacional de Trânsito, ficam obrigadas a segurá-los, quanto à responsabilidade civil decorrente de sua existência ou utilização.”

Complementam, nas Disposições Gerais e Transitórias, os seguintes dispositivos:

“Art. 28 — Nenhum veículo a que se refere o art. 5º deste Decreto poderá ser licenciado, a partir de 1-1-1968, sem que fique comprovada a efetivação do seguro ali previsto.

Art. 29 — As autoridades policiais prestarão à SUSEP, ao IRB e às sociedades seguradoras toda colaboração necessária ao levantamento da estatística, registro e apuração de responsabilidade dos acidentes que envolvam qualquer veículo a que se refere este Decreto.”

O seguro obrigatório de responsabilidade civil a que se refere o artigo anterior — dispõe o art. 6º — garantirá os danos causados pelo veículo e pela carga transportada, a pessoas transportadas ou não, e a bens não transportáveis.

Pelo art. 7º esse seguro garantirá, no mínimo:

I — por pessoa vitimada, indenização de seis mil cruzeiros novos, no caso de morte; de até seis mil cruzeiros novos, no

caso de invalidez permanente, e de até seiscentos cruzeiros novos, no caso de incapacidade temporária;

II — por danos materiais, indenização de até cinco mil cruzeiros novos, acima de cem cruzeiros novos, parcela essa que sempre correrá por conta do proprietário do veículo.

O grande número de acidentes diários de trânsito, ocorridos nas nossas ruas e estradas, noticiado pela imprensa, à falta de estatísticas mais precisas, é suficiente para revelar a importância da matéria, por isso mesmo objeto de maiores desvelos por parte do legislador.

Assim, o Decreto-Lei nº 814, de 4-9-1969, que “dispõe sobre o seguro obrigatório de responsabilidade civil dos proprietários de veículos automotores de vias terrestres, e dá outras providências”, só permite — art. 1º — a partir de 1-10-1969 operar nesse ramo, a que se refere o art. 20, b, do Decreto-Lei nº 73, a sociedade seguradora que for expressamente autorizada pela Superintendência de Seguros Privados — SUSEP, de acordo com critérios previamente fixados pelo Conselho Nacional de Seguros Privados.

Tal seguro obrigatório, realizado nos termos do art. 5º do Decreto nº 61.867, garantirá, a partir daquela data, a reparação dos danos causados por veículo e pela carga transportada a pessoa transportada ou não, excluída a cobertura de danos materiais (art. 3º).

Elevou, no entanto, art. 4º, a responsabilidade da seguradora por pessoa vitimada, no caso de morte, de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros); até igual importância, no caso de invalidez permanente, e até Cr\$ 2.000,00 (dois mil cruzeiros) por despesas de assistência médica e suplementares, cabendo ao Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) rever, anualmente, tais limites de responsabilidade.

Pelo art. 5º o pagamento das indenizações será efetuado mediante a simples prova do dano e independentemente de apuração da culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do proprietário do veículo.

Já dá para perceber onde queremos chegar: incluir, no rol dos seguros obrigatórios, os danos e a responsabilidade civil decorrentes de poluição.

Também aqui vai prestar imensa valia a aludida Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo que não só preconiza essa solução, como ainda aponta os requisitos e formalidades a serem cumpridos, admitindo (art. VII), além do seguro, outra garantia financeira, tal como caução bancária ou certificado emitido por um fundo internacional de indenização, num montante fixado pela aplicação dos limites de responsabilidade com o fim de cobrir a responsabilidade por danos por poluição, conforme as disposições da mesma Convenção.

Deverá ser emitido para cada indústria um certificado que ateste que um seguro ou garantia é válido.

“Qualquer pedido de indenização por danos oriundos de poluição pode ser formalizado diretamente contra o segurador ou a pessoa de onde emana a garantia financeira que cobre a responsabilidade do proprietário para com os danos por poluição. Em tal caso o demandado pode, tendo ocorrido ou não culpa pessoal do proprietário, beneficiar-se dos limites de responsabilidade prescritos no parágrafo 1 do artigo V. O demandado pode, por outro lado, se prevalecer dos meios de defesa de que se valeria o proprietário, excetuados os postos em liquidação ou falência do proprietário. Além disso, o demandado pode se prevalecer do fato de serem os danos por poluição resultantes de uma falta intencional do próprio proprietário, mas não poderá se prevalecer de nenhum dos outros meios de defesa que pudessem ser invocados numa ação intentada pelo proprietário contra ele.

O demandado poderá, em todos os casos, obrigar o proprietário a ser chamado ao processo.

Todo fundo constituído por um seguro ou outra garantia financeira de acordo com o parágrafo 1 do presente artigo será disponível exclusivamente para cobrir as indenizações devidas em virtude da presente Convenção.”

Não deve ser permitido a qualquer entidade poluidora operar comercialmente sem possuir o certificado já aludido de seguro ou outra garantia financeira que cubra qualquer indústria ou atividade.

Os autores franceses citados na bibliografia apontam os argumentos favoráveis ao seguro obrigatório:

— dentro do limite das garantias de seguro regulamentadas, todas as vítimas de danos que possam referir-se a um prejuízo dentro das regras do direito comum beneficiar-se-iam de uma indenização;

— a obrigação de seguro daria lugar a uma mutualidade importante e, em consequência, a uma melhor dispersão dos encargos do sinistro entre os contaminadores potenciais.”

#### 11. *Limites de responsabilidade. O fundo de indenizações e de seguros. Rateio*

Os arts. V e VI da aludida Convenção Internacional são atinentes à limitação da responsabilidade e à obrigatoriedade da constituição de um fundo e à distribuição do mesmo:

O proprietário limita sua responsabilidade, em relação a um acidente, a um montante total de 2.000 (dois mil) francos por tonelada da tonelage do navio, não podendo, todavia, es-

se montante total em nenhum caso exceder a 210 (duzentos e dez) milhões de francos.

Se o incidente tiver sido produzido por uma falta pessoal do proprietário, não poderá ele beneficiar-se dessa limitação.

Para aproveitar o benefício da limitação estipulada no parágrafo 1 deste artigo, o proprietário deverá constituir um fundo, cuja soma total representa o limite de sua responsabilidade, junto ao Tribunal ou qualquer outra autoridade competente no qual a ação judicial foi iniciada.

O fundo pode ser constituído quer por depósito da soma ou por apresentação de uma garantia bancária ou ainda por qualquer outra garantia considerada adequada pelo Tribunal ou por qualquer outra autoridade competente.

O fundo será distribuído entre os reclamantes proporcionalmente aos montantes das reivindicações estabelecidas.

Se, antes da distribuição do fundo, o proprietário ou qualquer de seus prepostos ou seus agentes ou qualquer outra pessoa que tenha fornecido o seguro ou outra garantia financeira, tiver, como resultado de um incidente, pago uma indenização por danos por poluição, deverá, com relação à quantia que tiver pago, adquirir por sub-rogação os direitos que a pessoa assim compensada poderia ter gozado.

As reclamações relativas às despesas razoavelmente realizadas ou os sacrifícios feitos voluntariamente pelo proprietário com o fim de evitar ou minimizar os danos de poluição figurarão em igualdade com outras reclamações contra o fundo.

O proprietário que tenha constituído um fundo e está habilitado a limitar sua responsabilidade, ocorrido o incidente:

- a) nenhum direito à indenização por danos por poluição resultante do incidente poderá ser exercido sobre outros bens do proprietário;
- b) o Tribunal ou outra autoridade competente de qualquer Estado contratante deverá ordenar a liberação dos bens pertencentes ao proprietário que tenha sido arretado em seguida à ação de reparação por danos por poluição causados pelo mesmo incidente e, do mesmo modo, deverá liberar qualquer caução ou outra garantia depositada para evitar tal penhora.

Tais disposições só se aplicam, todavia, se o autor da demanda tiver acesso ao Tribunal que controla o fundo e se o fundo puder ser efetivamente utilizado para cobrir a demanda.

O segurador ou outra pessoa que provê a garantia financeira também será autorizado a constituir um fundo nas mes-

mas condições e com os mesmos efeitos, mesmo no caso de falta pessoal do proprietário, mas a constituição do mesmo não prejudicará os direitos dos reclamantes contra o proprietário.

Prevê ainda o Decreto nº 83.540, caso o total das indenizações devidas ultrapasse o limite de responsabilidade, haverá rateio da importância entre aqueles que sofreram perdas ou danos decorrentes da poluição.

Demonstra AMBROSE B. KELLY que tanto no Japão, como na Bélgica, na Holanda e na Polônia, mediante a contribuição da totalidade das empresas poluidoras, estabelece a lei um fundo, que permite ratear equitativamente uma compensação, ficando assim elas isentas de responsabilidades até o máximo do montante dos auxílios pagos aos beneficiários do fundo. Quando as vítimas de um dano ganham uma ação judicial, provando causalidade entre princípios de responsabilidade, e o total de danos excede a soma que lhes é paga pelo fundo, eles não ficam restritos a essas somas e podem reaver do agente poluidor uma quota adicional pelo compromisso excedente.

“Esses tipos de fundos são estranhos à poluição por hidrocarboneto — onde os fundos são um projeto comum — e referem-se primordialmente a casos de poluição do ar e da água, onde o dano pode ser confirmado, mas a causa é desconhecida ou compartilhada entre substâncias naturais e outras fabricadas pelo homem. Sua operação está em rigorosa concordância com o princípio da “compensação do poluidor”, que foi endossado pelo ODEC. Os recursos financeiros provêm uma maquinaria eficiente para lidar com um problema que não pode ser solucionado pelos métodos tradicionais. Embora a maioria dos recursos financeiros nos Estados Unidos se restrinja à poluição pelo hidrocarboneto, o New Jersey Spill Compensation Fund (criado em 1976) dedica-se a “substâncias perigosas”, tal como foram designadas pela Agência de Proteção ao Meio Ambiente. O Florida Coastal Protection Trust Fund abrange pesticidas, amônia, cloro e derivados, além do petróleo.”

Vê mesmo neles precursores de outros fundos a serem instituídos, uma vez que, não apenas simplificam a recuperação, mas depositam a carga financeira diretamente nos ombros daqueles cujas atividades causaram, ou poderiam causar a poluição.

Não resolverão satisfatoriamente o problema, no entanto, leis, regulamentos, acordos internacionais e portarias, principalmente num país com as características do nosso, se não houver colaboração da inteira coletividade.

Chamando a atenção da indispensabilidade da formação de uma consciência em torno desse problema, e de que se eduque o povo para exercer pressão sobre os políticos no sentido de se estabelecerem normas de controle da poluição, encareceu MÁRIO GUIMARÃES FERREI

as inúmeras dificuldades com que se defronta o Governo: a má distribuição da população que superpovoa pequena extensão desse território e deixa inteiramente despovoadas imensas áreas; escassez de cientistas e técnicos especializados em Ecologia e no campo de estudos referentes à poluição; o baixo nível de educação do povo; a escassez de recursos financeiros e a falta de tradição de problemas desta natureza.

“Como pode o Governo agir com eficácia, apesar de toda a sua atenção para com problemas dessa natureza, se não obtiver a colaboração do povo? E esta colaboração só lhe será dada no momento em que esse povo criar consciência da gravidade da situação, estiver suficientemente esclarecido com relação aos problemas ecológicos e tiver nível de educação suficiente para ditar-lhe um comportamento ético adequado.”

#### BIBLIOGRAFIA

AGUIAR DIAS, José de — *Da Responsabilidade Civil*, Rio, Forense, 3ª ed., 1954, 2 vols.

ALTOÉ, João Bosco — “Poluição”, *Revista de Informação Legislativa*, nº 31, julho a setembro de 1971, págs. 307-368.

CHAVES, Antônio — *Lições de Direito Civil, Direito das Coisas*, vol. 3, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1976, págs. 8-23.

CHAVES, Antônio — *Lições de Direito Civil, Obrigações*, vol. 5, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1977, Contrato de Seguro, págs. 228-284.

COLADA, Domingo de las Rivas y Afonso de — *Contaminación y Seguro, 5º Congreso Mundial de Derecho de Seguros (AIDA)*, Madrid, Editorial Mapfre, 1978, Informe de México, págs. 311-327.

DURÇO, Roberto — “A Problemática da Poluição — Enfoque Jurídico”, *Justitia*, vol. 100, 1978, págs. 19-53.

KELLY, Ambrose B. — “Contaminación y Seguro”, Conferência proferida no V Congresso da Associação Internacional para o Direito do Seguro, Madrid, outubro de 1978, *RIS, Rev. Ibero-Americana de Seguros*, nº 4, 1978, págs. 57-70.

KLINGMÜLLER, E. — *Contaminación y Seguro, 5º Congreso Mundial de Derecho de Seguros (AIDA)*, Madrid, Editorial Mapfre, 1978, Informe de Alemanha Ocidental, págs. 19-47.

PLENNIGSTORF, Werner — *Informe dos EUA*, págs. 159-179.

PUTSOLU, Giovanna Volpe — *Informe da Itália*, págs. 279-299.

ROY, Max Le e outros — *Informe da França*, págs. 183-235.

SALAZAR, Alcino de Paula — “A Teoria do Risco Criado”, *Revista de Jurisprudência Brasileira*, vol. 56, 1942, págs. 233-242.

SILVA, Wilson Melo da — *Responsabilidade sem Culpa e Socialização do Risco*, Belo Horizonte, Bernardo Álvares, 1962, 378 págs.

STEIFELD, Eduardo e ERIZE, Luiz Alberto — *Informe da Argentina*, págs. 49-65.

# O controle administrativo da empresa pública e sociedade de economia mista, no Direito brasileiro

FIDES ANGÉLICA OMMATI

Procuradora do Estado do Piauí. Profes-  
sora da Universidade Federal do Piauí.  
Mestra em Direito Público.

## SUMÁRIO

### APRESENTAÇÃO

- I. O ESTADO E A ADMINISTRAÇÃO EMPRESARIAL
  - I.1 — Expansão da atividade administrativa estatal
  - I.2 — A descentralização administrativa
  - I.3 — A atividade econômica do Estado e o modelo empresarial
- II. CONCEITUAÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS
  - II.1 — Diversificação de forma das empresas estatais
  - II.2 — As empresas estatais no Brasil
- III. REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS
  - III.1 — Disposições gerais. O Direito Comparado
  - III.2 — As disposições constitucionais e legislativas. O regime jurídico da empresa pública e sociedade de economia mista, no Direito brasileiro
- IV. CONTROLE DAS EMPRESAS ESTATAIS
  - IV.1 — Fundamento do controle das empresas estatais
  - IV.2 — Formas de controle das empresas estatais
  - IV.3 — Do controle das empresas estatais, no Direito Comparado
  - IV.4 — Do controle das empresas estatais, no Direito brasileiro

V. CONTROLE ADMINISTRATIVO DA EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA, NO DIREITO BRASILEIRO

V.1 — Finalidade do controle administrativo

V.2 — Formas do controle administrativo

V.3 — Supervisão ministerial

V.4 — Órgãos especiais de controle administrativo

V.5 — O controle interno da empresa e a interferência do Estado. Alguns exemplos

VI. REPERCUSSÃO DO CONTROLE ADMINISTRATIVO DA EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

VI.1 — A responsabilidade de dirigente de empresas públicas e sociedades de economia mista

VI.2 — O problema da responsabilidade do Estado, no exercício do controle administrativo

CONCLUSÃO

BIBLIOGRAFIA

## APRESENTAÇÃO

O estudo das empresas estatais é muito interessante, se bem que muito difícil, mormente se é focalizado o controvertido tema do controle.

Exatamente nos propomos a examinar a atividade controladora da Administração Pública sobre esses entes jurídicos que, criados embora para funcionarem nos moldes e padrões da empresa privada, têm compromissos de atividade de interesse público, em consonância com a política e a programação estabelecidas pelo Governo, e, pois, devem guardar, em linhas gerais, uniformidade com a ação administrativa estatal. Mas procuremos focalizar, com maior cuidado, o controle administrativo — nos seus aspectos interno, ou seja, dentro da empresa e por intermédio de seus órgãos específicos, e externo, por intermédio da autoridade central.

Nossa preocupação volta-se para o controle administrativo das empresas públicas e sociedades de economia mista, no Direito brasileiro. Por isso, vamos deter-nos em analisar as normas legais pertinentes, complementando esse exame com a segura orientação de eminentes doutrinadores.

Para o estudo do controle administrativo, fez-se necessário localizar as empresas públicas e as sociedades de economia mista, no seu conceito e nas linhas gerais de seu regime jurídico e das demais formas de exercício de controle estatal,

não apenas no panorama jurídico brasileiro, mas também no do Direito Comparado.

A finalidade deste trabalho, porém, é trazer um exame, se não profundo, pelo menos atualizado, da situação do controle administrativo exercido, segundo o Direito vigente em nosso País, sobre as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

## I. O ESTADO E A ADMINISTRAÇÃO EMPRESARIAL

I.1 — Expansão da atividade administrativa estatal. I.2 — A descentralização administrativa. I.3 — A atividade econômica do Estado e o modelo empresarial.

### I.1 — Expansão da atividade administrativa estatal

Tem constituído fenômeno universal o constante incremento das atividades do Estado, no sentido não apenas de orientar a economia interna e comandar o desenvolvimento econômico-social, mas também de prestar serviços de bem-estar para a coletividade.

Essa expansão administrativa verificou-se independentemente da própria concepção política, se bem que não se possa negar tenha tido também maior avanço quando o Estado deixou de ser mero guardião das liberdades individuais para tornar-se garantidor dessas liberdades e dos direitos dos indivíduos, promovendo situações para a sua efetiva realização.

A atividade administrativa que se concentra no Poder Executivo tem acompanhado a evolução desse Poder, em todos os países, em todos os sistemas políticos, nos quais detém a hegemonia, consoante afirma ANTONIO AMÍLCAR DE OLIVEIRA LIMA (in **O Poder Executivo nos Estados Contemporâneos**, Rio, Artenova, 1975, pp. 18 e segs.) (1).

Enfocando a evolução administrativa do Estado, o professor COTRIM NETO, em seu livro **Direito Administrativo da Autarquia**, traz a síntese dos problemas daí advindos, citando opinião do professor belga ROBERT WILKIN. Assim, no início do século XIX, consistiam as atividades administrativas em defender o território; criar comunicações terrestres e aquáticas; assegurar manutenção da ordem; organizar serviços públicos, mediante pequena contribuição dos cidadãos. Dessa maneira, era reduzida a máquina administrativa. Hoje, entretanto, o Governo passou a iluminar as ruas, distribuir água, fornecer gás, tratar do lixo, construir auto-estra-

(1) Diz ANTONIO AMÍLCAR DE OLIVEIRA LIMA: "A supremacia de fato do Poder Executivo dentro do sistema político passou a ser uma situação generalizada nos países contemporâneos, quaisquer que sejam as ideologias ou os regimes políticos por eles adotados. Tanto é registrada na União Soviética, como nos Estados Unidos; tanto em Portugal, como na França; tanto no Brasil, como na Argélia, Grécia ou Índia. Parece repetir-se, no século XX, fenômeno análogo ao ocorrido no século XIX: tendência à fusão parcial entre poderes formalmente separados, com predominância de um deles" (ob. cit., p. 23).

das, fixar preço das mercadorias, fixar taxa dos salários, organizar seguro social etc. Isso exigiu que organizasse serviços novos de caráter técnico e de proporção social (in **Direito Administrativo da Autarquia**, Rio, Freitas Bastos, 1966, pp. 18-9).

## 1.2 — A descentralização administrativa

A expansão da atividade administrativa do Estado, que resultou em crescimento dos serviços públicos, evidenciou a necessidade de se criarem novas formas e novos modelos, que assegurassem um bom desempenho, através de uma gestão mais rápida e eficiente, ao tempo em que se descongestionassem os órgãos centrais de decisão do Governo. Além do mais, o crescimento da máquina administrativa, hipertrofiando os órgãos governamentais, implicava em um crescente "emperramento", mercê, também, das práticas de burocracia pública.

Ressalta GARRIDO FALLA que, nesse incremento constante da atividade da Administração Pública exigido pelo interesse público, a partir da metade do século XIX, tem-se verificado uma evolução, de acordo com a natureza dos serviços e os encargos que vai a Administração assumindo, sucessivamente, distinguindo-se três etapas: 1ª) Administração como prestadora de serviços assistenciais; 2ª) Administração como titular de serviços econômicos; 3ª) Administração como gestora de empresas econômicas (in **Tratado de Derecho Administrativo**, 4ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971, v. II, pp. 334-8).

A criação de entidades distintas do Estado, para garantir-lhe melhor execução de suas atividades crescentes, ensejou a descentralização administrativa. De início, foram instrumentos descentralizadores as autarquias, pessoas públicas, que se constituíram na "longa manus" do Estado (ver RAFAEL BIELSA, in **Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración**, 2ª ed., Buenos Aires, J. Lajouane & Cia., Editores, 1929, t. I, p. 226), passando, depois, a formas de organização nos moldes empresariais (2).

Aliás, nesse sentido, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR discorda de que haja descentralização quando o Estado, através de empresa por ele organizada, passa a exercer atividades econômicas, concorrendo com as empresas privadas. Para ele, a descentralização importa em transferência da Administração Direta para a Indireta (na qual se incluem as empresas do Estado) de serviços públicos (in **Empresa Pública**, São Paulo, José Bushatsky Editora da Universidade de S. Paulo, 1973, p. 16) (3).

(2) RAFAEL BIELSA, se bem que entenda que a descentralização administrativa é feita por meio da autarquia, em nota diz que, quando se fala de descentralização, supõe-se sempre uma organização autárquica, se bem que o conceito de autarquia não expresse todo o da descentralização administrativa (ob. cit., p. 226).

(3) Também no mesmo entender, afirmando que a descentralização administrativa ocorre pela transferência de atividade administrativa para outra pessoa, "de existência própria, inconfundível com o Estado, pouco importando se a entidade em causa é pública ou privada", diz CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO que somente se pode cogitar de descentralização relativamente a atividades públicas e administrativas. E arremata: "Logo, é despropositado cogitar de descentralização administrativa quando se tratar de atividade de direito privado — ainda que desempenhada por uma pessoa governamental" in **Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta**, São Paulo, RT, 1973, pp. 10-1).

Não comportando maior discussão, no âmbito deste trabalho, desse aspecto muito controvertido, é importante, pois, considerar que, na expansão da Administração Pública, esta, passando a exercer atividades econômicas e de intervenção no domínio econômico e social, utilizou-se de entidades distintas do Estado, a quem foram conferidas determinadas atribuições, sempre sob o comando da Administração Central. A esse fenômeno de execução de serviços através de outras entidades que não as da própria Administração Central do Estado é que se pode chamar de movimento descentralizador ou de descentralização administrativa.

Os motivos que levaram o Estado a criar novas entidades — no caso, as autarquias — de natureza pública, residiram, especialmente, na necessidade de maior rapidez e eficiência na prestação dos serviços, não conseguidas nos moldes da Administração Central e tradicional.

Posteriormente, porém, não apenas pela “burocratização” dos entes autárquicos, que lhes atribuiu os mesmos defeitos da Administração Central, sob o aspecto técnico, mas também pela própria natureza dos serviços comerciais e industriais que passou a exercer, necessitou o Estado de organizar e fazer funcionar entidades, em forma empresarial, mais ágil e mais adaptada aos serviços que deveriam executar (4).

### 1.3 — A atividade econômica do Estado e o modelo empresarial

Tem sido a atividade de natureza econômica, conforme examinamos, que tem determinado a necessidade de o Estado criar modelos de pessoa jurídica, objetivando executar, através delas, seus serviços e atividades comerciais e industriais.

É o que se tem chamado a “gestão privada”, assim definida por CRETELLA JÚNIOR: “processo baseado nos moldes jurídicos do Direito Civil e do Direito Comercial, de que lança mão o Estado, para, desburocratizando-se, atingir resultados mais rápidos, melhores, mais eficientes, nos setores privado, industrial e comercial” (in ob. cit., p. 17).

Afirmando que o intervencionismo estatal faz com que surjam novas pessoas jurídicas administrativas, com forma privada e substrato público, CAIO TÁCITO considera as sociedades estatais como fenômeno geral: **public corporations**, no Direito inglês; **government corporations** ou **authorities**, nos Estados Unidos; **établissement public industriel et commercial**, na França; **enti publici economici**, na Itália (in “Controle das Empresas do Estado”, RDA 111; 1-9, 1973, págs. 1-2).

Por outro lado, FRANCESCO VITO reconhece não ser fato sem precedentes a propriedade e a gestão, pelo Estado, de atividades econômicas, sabendo-se de monopólio estatal, gestão de bens patrimoniais e serviços públicos, atividades que eram exercidas como parte da Administração Pública. Mas, com base em dois fatores, um negativo e um positivo,

(4) Apesar da criação das chamadas entidades autônomas (que especifica: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações, fundos especiais, comissões), entende ANTONIO AMILCAR DE OLIVEIRA LIMA que essa expansão não bloqueou a expansão das burocracias tradicionais e, por outro lado, serviram para vestir forma nova em entidades existentes (in ob. cit. p. 90).

o Estado adotou uma imagem nova, a empresa pública: "O Estado deve assumir tarefas determinadas em matéria de indústria, transporte e crédito etc., porque assim ele poderá assegurar o interesse geral: este é o fator positivo; a organização administrativa do Estado não está, entretanto, à altura de sua tarefa porque é freada por limitações, ligações, prescrições de todos os gêneros: esse é o fator negativo." Portanto, esse novo modelo, esse novo ente deve ser "capaz de conciliar em si próprio as exigências do interesse geral, que são sua razão de ser e a flexibilidade, eficácia e rapidez de decisão que são os característicos da empresa privada" (in "Controle da Empresa Pública", **Rev. de Dir. Púb. e Ciência Política**, Rio, FGV, v. III, 1960, p. 84).

Sabe-se que a expansão das atividades administrativas do Estado, não só quantitativa, mas, especialmente, qualitativamente, ou seja, não apenas no volume dos serviços, mas precipuamente em sua natureza, determinou a criação de novos entes, aos quais foram transferidas as atividades que, sucessivamente, foram sendo atribuídas ao Poder Público. De modo especial as atividades econômicas determinaram uma nova forma de gestão de serviços, através dos moldes das empresas privadas.

As razões determinantes da criação do modelo empresarial do Estado foram esgotantemente indicadas no relatório do **Seminário de Rangoon**, realizado em 1954, as quais vão desde o fornecimento de serviços básicos à produção de receita e ao controle da economia nacional (in **Empresas Públicas**, textos selecionados por FRANK P. SHERWOOD, trad. de M<sup>re</sup> de Lourdes L. Modiano, Rio, FGV, 1964, pp. 19-20) (5).

Sobre os motivos da utilização, pelo Estado, das formas privatísticas, ERNST FORSTHOFF, em feliz síntese, coloca-os em dois fatos distintos: 1<sup>o</sup> — subordinação da vida social à disciplina e direção do Estado; 2<sup>o</sup> — participação ativa da Administração na vida econômica como produtor e distribuidor de bens de primeira necessidade, ou seja, a atividade econômico-lucrativa do erário (in **Tratado de Derecho Administrativo**, trad. da 5<sup>a</sup> ed. alemã por LEGAZ LACAMBRA, GARRIDO FALLA e GÓMEZ DE ORTEGA Y JUNGE, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 655).

No caso brasileiro, a presença da empresa estatal na economia não é recente, devendo-se à necessidade de gestão eficiente para realização de tarefas econômicas, pelo Governo.

(5) Se bem que não detalhadamente como as apresentadas no Relatório do **Seminário de Rangoon**, Marshall Dimock apresenta as razões que levam os governos a criar e operar suas próprias empresas: 1. com o fim de realizar operações de tempo de guerra; 2. para situações de emergência, em períodos de depressão; 3. a longo prazo para objetivos ligados a interesses nacionais; 4. o temor de monopólios privados, por parte do povo; 5. considerações de lucro, que podem ser tanto quando a empresa, sendo essencial, deixa de dar lucro, como nos casos em que os lucros excessivos irritam os usuários; 6. em vista de os serviços tornados necessários serem de tal vulto que não poderiam ser facilmente assegurados por capitais privados, ou porque exigiam vultosos investimentos, ou porque representavam grande risco" (in "Sociedades Estatais por Ações", in **Empresas Públicas**, textos selecionados por FRANK P. SHERWOOD, pp. 8-9).

Segundo HERBERT EMMERICH, são diversificadas as razões pelas quais os Governos criam serviços industriais, citando algumas: "apressar o desenvolvimento nacional; aumentar a produtividade e o número de empregos, e elevar o padrão do comércio de artigos agrícolas e industriais; fornecer serviços essenciais de utilidade pública, tais como energia, água, transporte e comunicações; diminuir a situação de dependência de capital e administração alienígenas, pela aquisição de empresas estrangeiras; prover a prestação de determinado serviço necessário mas não lucrativo, e assim desinteressante como operação estritamente privada; assegurar o controle do governo sobre certos setores da economia, como postulado de política nacional" ("Instituições Autônomas e Empresas Estatais", in **Empresas Públicas**, textos selecionados por FRANK P. SHERWOOD, p. 47).

Desde o século passado, o Estado brasileiro iniciou sua incursão no setor empresarial, acentuando-se neste século, no final da década de 20, sendo que, a partir da década de 40, houve intervenção direta na economia, criando-se muitas empresas estatais, especialmente para atividades industriais. Atualmente, a ação empresarial do Estado localiza-se, momentaneamente, na produção de insumos básicos, serviços de utilidade pública, serviços de armazenagem, comunicações e transportes, consoante dá conta WILSON SUZIGAN, técnico do IPEA, em publicação daquele órgão, que especifica: **1)** quanto aos insumos básicos, as empresas do Governo controlam os setores de mineração, siderurgia e petróleo e participam, de forma relevante, nos de química e petroquímica; **2)** nos serviços de utilidade pública, controlam os setores de energia elétrica, água e esgotos, gás, dentre outros; nos transportes, o ferroviário e o marítimo; e, ainda, atuam as empresas do Estado na produção de máquinas e equipamentos industriais, aviões, construção civil e engenharia, além de importação e exportação e serviços diversos (in **Aspectos da Participação do Governo na Economia**, Rio, IPEA, 1976, pp. 81-104).

Note-se que a atividade do Estado brasileiro, através de empresas para prestação de serviços industriais e comerciais, é bem saliente, da maior importância, seja orientando o desenvolvimento nacional, seja propiciando bem-estar à coletividade (6).

Por sinal, a organização das empresas públicas no Brasil tem marcado um grande desenvolvimento institucional, como, aliás, de resto, nos demais Estados. Segundo preleciona MARIENHOFF, são as empresas do Estado, como entes jurídicos, "a última etapa na evolução institucional do Estado e do Direito Administrativo" (in **Tratado de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, tomo I, p. 430) (7).

## II. CONCEITUAÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS

II.1 — Diversificação de forma das empresas estatais. II.2 — As empresas estatais, no Brasil.

### II.1 — Diversificação de forma das empresas estatais

Dar um conceito de empresa estatal é muito difícil e, mesmo, impossível, se se quiser abranger toda a diversidade de organizações estatais

(6) Somente para, em números, representar essa magnitude do papel do Estado na economia brasileira, tem-se que, de acordo com a publicação do IPEA, já mencionada, datada de 1976, portanto, recente, dados colhidos em 731 (setecentos e trinta e uma) empresas selecionadas para estudo, dados esses que são representativos de quase 50% (cinquenta por cento) da produção na indústria de transformação e de quase a totalidade na indústria de mineração, indicam que as 115 (cento e quinze) empresas do Governo nesse número incluídas são responsáveis por 25% (vinte e cinco por cento) do faturamento total, 30% (trinta por cento) do emprego e 54% (cinquenta e quatro por cento) do patrimônio líquido (in **Aspectos da Participação do Governo na Economia**, Rio, IPEA, 1976, p. 126).

(7) Para FRANK P. SHERWOOD, no prefácio aos textos selecionados sobre o assunto, é a empresa pública a mais indicada forma de atuação dos Estados subdesenvolvidos, na economia: "Nas nações menos desenvolvidas, onde assumem importância fundamental os problemas de levantar capital e garantir uma administração industrial responsável, a empresa pública tem provado ser a solução mais indicada" (in ob. cit., prefácio, V).

em que se manifesta a atividade empresarial do Governo, nos diversos países.

Colocou bem essa realidade o professor COTRIM NETO, em excelente trabalho publicado na **Revista de Direito Administrativo**, quando afirmou existir universal confusão no conceito de empresa pública, que inclui até autarquia (in "Teoria da Empresa Pública de Sentido Estrito", in **RDA** 122:21-56, 1975, p. 26). Essa confusão também é ressaltada por MARIENHOFF, que informa ser, na Argentina, a generalidade das empresas do Estado revestida de forma autárquica, o mesmo ocorrendo na França (in ob. cit., pp. 430-2).

Com efeito, a expressão **entreprises publiques** abrange não somente as sociedades do Estado, mas as sociedades de economia mista e as autarquias, no Direito francês (ver ANDRÉ G. DELION, in **L'État et les Entreprises Publiques**, Paris, Sirey, 1959, p. 8).

No Brasil, porém, tem-se que empresa pública representa um modelo jurídico de organização empresarial do Estado, com características próprias, explicitadas em normas jurídicas (8).

Como diz bem o professor COTRIM NETO, a experiência estrangeira de pouco nos vale, uma vez que, relativamente a empresa pública, em sentido estrito, nossa legislação é pioneira (ob. cit., p. 31).

## II.2 — As empresas estatais, no Brasil

Se bem que autores nacionais ainda confundam a expressão "empresa pública", utilizando-a de maneira abrangente, como é o caso de BILAC PINTO e LEOPOLDO BRAGA, a quem se refere o professor COTRIM NETO (ob. cit., p. 32), o nosso Direito Positivo traçou nítida feição das empresas estatais.

A partir da vigência do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, não há por que se confundir a empresa pública, como modelo de organização empresarial do Governo, com a sociedade de economia mista, também organização empresarial, em que o Governo congrega seu capital com o capital privado, e, ambas, com a autarquia, ente de natureza pública, sem caráter empresarial.

É certo que, além dessas formas, pode ocorrer a participação minoritária do Governo em capital de empresa privada, por algum evento específico, o que, entretanto, não a caracteriza como sociedade de economia mista, ente empresarial de ação do Governo.

(8) O eminente professor COTRIM NETO examina, no Direito Comparado, mormente com os dados oferecidos pelo relatório de três Encontros Internacionais de Juristas (Encontros de Roma e Praga, em 1958, e Congresso Internacional de Ciências Administrativas, em Paris, em 1965), concluindo por ser a expressão "empresa pública" utilizada diferentemente do nosso conceito. Informa, ainda, o douto administrativista que nenhum país editou estatuto da empresa pública, em sentido restrito, a não ser o Brasil, através do Decreto-Lei n.º 200/67 e outros elementos legais extravagantes (in "Teoria da Empresa Pública em Sentido Estrito", **RDA** 122:21-56, 1975, pp. 25-28-31).

Essas empresas participam da Administração Indireta do Estado e são caracterizadas, segundo o preceito legal:

**EMPRESA PÚBLICA:**

- 1) quanto à personalidade jurídica: é pessoa de Direito Privado;
- 2) quanto à forma: pode assumir qualquer das formas admitidas em Direito;
- 3) quanto ao capital: exclusivo da União; ou, majoritariamente da União, com participação de outras pessoas jurídicas de Direito Público interno, bem assim de entidades da Administração Indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios;
- 4) quanto à atividade: explora atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa (art. 5º, II, do Decreto-Lei nº 200/67, e art. 5º do Decreto-Lei nº 900/69).

Enfocando o aspecto do capital, o professor COTRIM NETO identifica duas subespécies de empresa pública, no Brasil: **a)** aquela que tem capital exclusivo da União; **b)** aquela que admite participação, também de sociedade de economia mista, constituindo a empresa pública imprópria (in **Teoria da Empresa Pública em Sentido Estrito**, p. 39).

**SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA** — São os seguintes os seus caracteres legais (art. 5º, III, do Decreto-Lei nº 200/67):

- 1) quanto à personalidade jurídica: é pessoa jurídica de Direito Privado;
- 2) quanto à forma: sociedade anônima;
- 3) quanto ao capital: constitui-se de capital da União ou de entidade da Administração Indireta, e de capital privado, sendo assegurado ao capital público federal a maioria das ações com direito a voto; e, se a entidade executar atividade submetida a regime de monopólio estatal, a maioria acionária será, permanentemente, da União (art. 5º, § 1º, do Decreto-Lei nº 200/67);
- 4) quanto à atividade: explora atividade econômica.

Eis, pois, o conceito legislativo da empresa pública e da sociedade de economia mista, formas empresariais do Estado constituindo suas entidades de Administração Indireta, ambas com o fim de exercício, pelo Governo, de atividades econômicas. Estabelecido o conceito em lei, não mais depende de classificações doutrinárias, conforme salienta MANOEL OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO (in **Fundações e Empresas Públicas**, São Paulo, RT, 1972, p. 143).

### III. REGIME JURIDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS

III.1 — Disposições gerais. O Direito Comparado. III.2 — As disposições constitucionais e legislativas. O Regime Jurídico da empresa pública e sociedade de economia mista, no Direito brasileiro.

#### III.1 — Disposições gerais. O direito comparado

Salientando a conjugação do regime privado com normas administrativas, na caracterização do regime das empresas públicas, afirma THE-MÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI:

“Difícilmente encontrar-se-ia melhor exemplo de confusão do público e do privado em uma mesma instituição, do que na análise do problema das empresas na sua implantação entre nós” (in “Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista”, **RDA**, 128: 1-26, 1977, p. 12).

Com efeito, assegurada a forma de empresa privada, por mandamento constitucional (art. 170, § 2º), constituem essas organizações empresariais do Estado entidades da Administração Pública Indireta. Daí ser necessário conciliar seu funcionamento nos moldes das sociedades mercantis com as metas governamentais, tomados os devidos resguardos que exigem os capitais públicos por elas geridos.

Aliás, sobre tal conciliação, dita necessária, entre “a agilidade da gestão privada e a garantia do capital público”, diz CAIO TÁCITO que ela “desafia a imaginação do legislador e seduz a investigação dos especialistas” (in **Direito Administrativo**, São Paulo, Saraiva, 1975, p. 174).

De qualquer forma, mantidos os resguardos necessários, a que nos referimos, o regime privado das empresas públicas e sociedades de economia mista é indispensável à sua agilização e conseqüente consecução dos seus fins econômicos, liberadas que ficam dos processos burocráticos da Administração Pública comum, que são inflexíveis e, por isso mesmo, inibidores de um funcionamento rápido e eficiente dos seus serviços.

Esse entendimento de que o regime das empresas públicas, **lato sensu**, deve ser diferente daquele vigente para a Administração Pública em geral é aceito, nos diversos países, e o relatório do **Seminário de Rangoon** sintetiza o que chama de “liberdades” da empresa pública relativamente à Administração Direta: “a) liberdade do processo orçamentário anual, pelo menos no que se refere a despesas de operação; b) liberdade para receber e reter as despesas de operação; c) liberdade para aplicar as receitas de operação; d) liberdade no que se refere às restrições governa-

mentais no terreno das despesas; e) liberdade na contabilização das verbas orçamentárias e ordinárias do Governo; f) liberdade no que se refere ao controle ordinário das finanças do Governo; g) liberdade na formulação de contratos, especialmente de compras, em relação ao processo de administração direta" (citação de THEMISTOCLES B. CAVALCANTI, ob. cit., p. 6).

Essa diferenciação de operacionalidade da empresa pública, em sentido largo, relativamente à Administração Pública Direta (para usar a terminologia adotada pelo legislador brasileiro), tendo em vista o modelo empresarial das sociedades comerciais, é fenômeno generalizado, no mundo.

Consultando os vários estudiosos do assunto, tem-se a certeza da afirmativa, reforçada por relatórios de Encontros Internacionais, tal o caso do Seminário de Rangoon, já referido.

Assim, na França, o **établissement public industriel et commercial** é regido pelo Direito Privado e pelo Direito Público, concorrentemente, e, segundo informa ANDRÉ DE LAUBADÈRE, pode ser organizada a **entreprise publique** segundo a forma da sociedade comercial — submetida integralmente ao Direito Privado, ou revestir-se da forma administrativa de **établissement public**, a que se aplica o Direito Público (in **Traité Élémentaire de Droit Administratif**, 3ª ed., Paris, LGDJ, 1963, tomo I, pp. 560-6).

Afirmando a existência, na Argentina, de legislação específica das empresas do Estado, MANUEL MARIA DIEZ esclarece que estas ficam submetidas ao Direito Privado — quanto à sua atividade comercial ou industrial; e ao Direito Público, no que tange a suas relações com a administração ou ao serviço público que se achar a seu cargo (in **Derecho Administrativo**, Buenos Aires, Bibliografía Omeba, 1965, tomo II, p. 122).

Na Inglaterra, a **public corporation**, organizada sob regime de Direito Privado, conta, entretanto, com eficiente sistema de controle, através do Ministro competente, no qual é garantida a orientação da atividade para fins de interesse nacional (ROGER PINTO, "A Empresa Pública Autônoma de Caráter Econômico, em Direito Comparado", in **RDA** 57: 483-501, 1959, p. 497).

Por outro lado, também reguladas pelo Direito Privado, as empresas públicas, na Itália, são abrangidas por normas administrativas, naquilo que diz respeito a seu controle, que é efetivado por Ministério específico (ver FRANCESCO VITO, ob. cit., pp. 97-8).

Referindo-se às "empresas nacionais" da Espanha, as quais compreendem as sociedades de economia totalmente estatal e as empresas mistas, afirma GARRIDO FALLA que elas, em regra, estão submetidas às normas do Direito Mercantil, Civil e do Trabalho, mas têm obrigatoriedade de prestação de contas ao Tribunal de Contas, além de, diferentemente do que ocorre com as empresas privadas, admite o Direito espanhol a sociedade anônima de um único sócio, quando se tratar este de organismo

público (FERNANDO GARRIDO FALLA, in **Tratado de Derecho Administrativo**, 4ª ed, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971, vol. II, pp. 388-9).

### III.2 — **As disposições constitucionais e legislativas. O regime jurídico da empresa pública e sociedade de economia mista, no Direito brasileiro**

É importante ressaltar que o problema do controle das empresas públicas e sociedades de economia mista está intimamente ligado ao seu respectivo regime jurídico.

Para que se entenda não só o fundamento do objetivo visado ao serem controladas, senão também o alcance do controle e as formas que ele deve assumir, é necessário localizar essas empresas, no sistema jurídico nacional.

De modo generalizado, referindo-se à empresa pública, o que, no entanto, se aplica perfeitamente à sociedade de economia mista, FRANCO SOBRINHO diz que “no Brasil as empresas públicas que já existem são todas sociedades de Direito Privado submetidas às normas do Direito Comercial e orientadas pelo Direito Administrativo” (in **Fundações e Empresas Públicas**, p. 172).

As diretrizes legais para o regime dessas empresas são estabelecidas na Constituição Federal, em vigor, que, em seu art. 170, § 2º, determina:

“Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao Direito do Trabalho e ao das Obrigações.”

Consoante a determinação constitucional, o Decreto-Lei nº 200/67, que estabeleceu normas de organização administrativa federal, também assegurou as condições de funcionamento de empresa privada para a sociedade de economia mista e a empresa pública, se bem que faça ressalva à supervisão ministerial a ser sobre elas exercida, indicada a finalidade de ajustá-las ao plano geral do Governo (art. 27, parágrafo único).

Assim, aplicam-se à sociedade de economia mista e à empresa pública as normas relativas à organização e funcionamento das empresas privadas, respeitadas as normas administrativas, em vista de sua qualidade de integrantes da Administração Pública.

No Direito Privado, ressaltam as normas comerciais, trabalhistas e de Direito Civil, que regulam, respectivamente, a organização, o funcionamento, o regime de pessoal e o regime obrigacional dessas empresas.

Ressalte-se que a Lei das Sociedades por Ações — Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, aplica-se, com normas específicas, às sociedades de economia mista, bem assim às empresas públicas que se organizarem sob essa forma societária.

Sabido que tais empresas são organizadas e devem funcionar em condições idênticas às do setor privado, existem normas administrativas, em quantidade razoável, que lhes são aplicáveis, seja no que tange ao controle dos dinheiros públicos nelas investidos, seja na disciplina de serviços por elas executados.

Diferem, no seu regime jurídico, das empresas privadas por normas legais que lhes são especificamente aplicáveis, derogadoras do disciplinamento de Direito Privado.

Assim, se o regime tributário válido para as empresas privadas, em geral, é a regra, existem empresas públicas que, por exercerem atividades econômicas em regime de monopólio, têm regime tributário especial (art. 170, § 3º, da Constituição), tal como às empresas públicas é assegurado foro próprio da União (art. 125, inciso I, da Constituição).

O controle externo deve ser efetivado pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas, consoante preceitua o art. 45 da Carta Magna, secundado pela Lei nº 6.223, de 14 de julho de 1975.

O controle administrativo, executado pelos órgãos centrais da Administração Pública, também atinge essas empresas, na forma dos arts. 19 e 26 do Decreto-Lei nº 200/67.

Também outras normas administrativas importantes lhes são aplicáveis, como as da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951 — que disciplina o mandado de segurança; e as da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular; ou as de natureza penal, mas de caráter administrativo, como os crimes funcionais, de que tratam os arts. 312 a 326 do Código Penal; e, ainda, as disposições da Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958, que dispõe sobre o seqüestro e perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função públicos.

A essas disposições somam-se outras exorbitantes do regime privado, consubstanciadas na Constituição Federal, no que tange à acumulação remunerada de cargos, empregos e funções (art. 99, § 2º); ao perdimento de bens por enriquecimento ilícito no exercício de emprego ou função em empresas públicas ou sociedades de economia mista (art. 153, § 11); às proibições relacionadas com a posse e exercício do mandato eletivo (art. 34, inciso I, letras **a** e **b**; inciso II, letra **b**).

Analisando o regime jurídico da empresa pública, assim o resume CRETELLA JÚNIOR, dando bem uma visão da situação dessa entidade, no Direito brasileiro, e que, por sinal, se aplica também à sociedade de economia mista:

“Desse modo, o regime jurídico privado, que incide sobre a empresa pública, apresenta “derrogações”, “distorções”, ou “exorbitância”, ditados pela presença, na empresa, de capitais governamentais. A presença do Estado, na empresa pública, derroga alguns traços característicos do regime jurídico privado que, em princípio, passou a nortear a empresa. Instala-se a prerro-

gativa, o privilégio. Por outro lado, a existência de capitais governamentais derroga outros traços constantes do regime jurídico comum. Instauram-se as sujeições, as restrições, sob a forma atuante e concreta das supervisões" (in ob. cit., pp. 214-5).

A peculiaridade, pois, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, no Direito brasileiro, diz respeito a normas especiais que lhes são aplicáveis, as quais decorrem não apenas da existência, nessas empresas de capital público, como também do interesse público de que se revestem as suas atividades — que são formas de atuação do Estado. Participando da Administração Indireta, devem contar, a par dos lineamentos jurídicos de Direito Privado, que regulem as empresas, em geral, com disciplinamento que as integre na Administração Pública, a fim de garantir o cumprimento de sua finalidade, consoante a política de ação do Governo <sup>(9)</sup>.

Analisando as relações das empresas públicas e das sociedades de economia mista, nos três aspectos fundamentais — com o Estado, com terceiros e as suas relações internas, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO conclui que essas entidades são peculiares pelas normas especiais que se lhes aplicam, concorrentemente com as disposições normativas do Direito Privado, salientando, no caso da empresa pública, a possibilidade de ser constituída "com um só acionista" (in **Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta**, São Paulo, RT, 1973, pp. 131 e segs.).

#### IV. CONTROLE DAS EMPRESAS ESTATAIS

IV.1 — Fundamento do controle das empresas estatais. IV.2 — Formas de controle das empresas estatais. IV.3 — Do controle das empresas estatais, no Direito Comparado. IV.4 — Do controle das empresas estatais, no Direito brasileiro.

##### IV.1 — Fundamento do controle das empresas estatais

Sendo as empresas governamentais instrumentos do Estado para ação na ordem econômica e social, faz-se necessário que aos procedimentos e mecanismos de verificação de resultados, na órbita interna, acrescente-se exame periódico das suas atividades, por parte do Estado, que, assim, e por consequência, poderá promover as necessárias correções.

(9) Analisando o regime da Empresa Pública, no Brasil, diz o professor COTRIM NETO que há "duas máculas fundamentais" a trazerem prejuízo ao bom funcionamento das empresas públicas brasileiras: a) falta de uniformidade de tratamento entre empresa pública monopolista e não monopolista (art. 170, §§ 2.º e 3.º, da Constituição Federal); b) foro federal para suas ações, inclusive trabalhistas (in **Teoria da Empresa Pública em Sentido Estrito**, p. 54).

O controle, pois, das empresas estatais, ou a tutela administrativa, é imprescindível, indiscutível, mas, ao mesmo tempo, difícil de ser concretizado, na prática.

Na verdade, toda a problemática do funcionamento da organização empresarial do Estado repousa na correta escolha e aplicação dos instrumentos do respectivo controle<sup>(10)</sup>.

Aceitando a definição de HEREDIA, segundo a qual controle (**controlor**) "é o juízo que realiza uma entidade a respeito do comportamento positivo ou negativo de outra, com o fim de apurar sua conformidade com as normas e princípios desta reguladores" (citação de COTRIM NETO, in **Direito Administrativo da Autarquia**, p. 325), temos que às empresas públicas e sociedades de economia mista devem ser aplicados princípios e normas segundo o modelo da empresa privada, considerando, de modo bem expressivo, no controle sobre elas exercido, o grau de eficiência de seus serviços<sup>(11)</sup>.

Para ANDRÉ G. DÉLION, o controle das empresas públicas, **lato sensu**, "implica a fixação de critérios de julgamento econômico, a elaboração de sanções específicas, o nascimento de instituições especializadas para apreciar sua gestão" (in ob. cit., p. 14).

Ressaltando que, apesar de paradoxal, as empresas públicas nasceram da necessidade de eliminar os controles que tolhem as atividades do Estado, mas não podem prescindir de serem controladas, aponta FRANCESCO VITO as razões desse controle: 1ª) garantia da realização dos fins para os quais a empresa foi constituída, tendo em vista o interesse geral; 2ª) garantia do correto emprego dos dinheiros públicos; 3ª) razões de ordem política, tendo em vista que escapa à pressão do mercado e é necessário sentir, em toda a amplitude, a sua atuação (in ob. cit., pp. 86-93).

Não resta dúvida de que, regendo a atividade da Administração Pública o princípio da legalidade, tal como os da moralidade e da finalidade, serão esses princípios administrativos que inspirarão e exigirão sejam controlados os entes constituídos pelo Estado para cumprimento de determinadas finalidades de interesse público e dentro da atividade administrativa, ainda que funcionem nos moldes da organização empresarial privada.

Allás, o controle é insito na atividade administrativa, constituindo-se na tarefa de verificação dos resultados. Assim, não pode existir organização administrativa sem que lhe falte o controle. (A respeito, HENRI

(10) No **Seminário de Rangoon** foram abordados os dilemas básicos do Estado na organização de empresas públicas, um dos quais disse respeito ao controle desses entes jurídicos: "como será possível conciliar a flexibilidade operacional e financeira, requisito indispensável para que se possa administrar com êxito uma empresa, com os controles que se fazem necessários para assegurar a prestação pública de contas e a continuidade na obediência às políticas ditadas pelo interesse público?" (in **Empresas Públicas**, textos selecionados por FRANK P. SHERWOOD, p. 54).

(11) Examinando o controle de entidade administrativamente autônoma, tal o caso da autarquia, o professor COTRIM NETO considera a impossibilidade de se organizar um conceito que expresse a ação de vigilância do Estado sobre as suas entidades satélites, de acordo com a dogmática jurídica (in **Direito Administrativo da Autarquia**, p. 328).

FAYOL: "Administrar é prever, organizar, comandar, coordenar e controlar" — in **Administração Industrial e Geral**, trad. de Irene de Bojano e Mário de Sousa, 3ª ed., S. Paulo, Atlas, 1958, p. 10).

Do mesmo modo, e com muito mais razão, a atividade administrativa pública deve cercar-se do necessário controle, para garantir resultados satisfatórios no cumprimento de seus fins.

E se o Estado organiza empresa, atribuindo-lhe a execução de atividades econômicas, além da necessidade de autocontrole, terá essa empresa de contar com o controle da pessoa pública que a instituiu, a fim de garantir a necessária eficiência no seu funcionamento e, ainda, a necessária uniformidade com os planos e as metas governamentais.

Esse aspecto finalístico, fundamentando o controle sobre entes dotados de autonomia administrativa, é acentuado por MANOEL OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, quando afirma que "a causa da tutela administrativa reside na necessidade de não se quebrar a unidade na atuação de quantos entes persigam os fins públicos, fins que são inerentes à atividade estatal" (in **Fundações e Empresas Públicas**, p. 209).

#### IV.2 — Formas de controle das empresas estatais

Se bem que, como frisamos, exista unanimidade de opiniões no sentido de que é necessário e, mesmo, imprescindível o controle das empresas estatais, as divergências imperam no tocante à forma de exercício desse controle.

É certo que é apontada a necessidade de serem escolhidos métodos e fórmulas que, assegurando a flexibilidade de funcionamento dessas empresas, garantam o resguardo dos interesses maiores da Administração Pública, traduzidos no cumprimento das leis, na consecução da finalidade para a qual fora criada a pessoa jurídica, no correto e bom emprego dos recursos públicos, e, sobretudo, na conformidade com as metas de ação traçadas pelo Governo.

Nesse sentido, a problemática reside em, mantidos os resguardos de legalidade, moralidade administrativa e assegurados os fins públicos, garantir às empresas estatais autonomia operacional, para que, cumprindo sua finalidade, o façam com a eficiência e a rentabilidade esperadas, segundo os ditames do molde empresarial privado. Quando a interferência estatal se acentua, traz, inevitavelmente, prejuízo no grau de eficiência dos serviços da empresa.

Esse aspecto vai abordado por M. V. PYLEE, ao focalizar as empresas do Estado indiano, quando afirma:

"O grau de autonomia depende, de fato, do grau de interferência exercida pelas autoridades superiores. Representantes do Governo, em diferentes níveis, tentam pressionar direta ou indiretamente os gerentes das empresas estatais, qualquer que seja a forma destas, e o resultado é que a grande autonomia teórica-

mente atribuída a determinada forma de organização não se confirma na prática" ("Empresas Estatais na Economia Indiana", in **Empresas Públicas**, textos selecionados por FRANK P. SHERWOOD, p. 271).

Os controles a que se podem submeter as empresas estatais são classificados sob diversos critérios.

Considerando o órgão que o realiza, ou que é incumbido de realizá-lo, o controle pode ser parlamentar, judicial e administrativo, conforme esteja a cargo dos poderes Legislativo, Judiciário e Executivo.

O controle parlamentar, de caráter eminentemente político, tem em vista um amplo exame da atividade das empresas, seja sob o aspecto da legalidade, seja da conveniência pública, procurando assegurar o atendimento dos interesses maiores da comunidade estatal.

Já o controle judicial diz respeito à legalidade dos atos praticados pelas empresas, considerada não apenas a estrita observância da lei, senão também os princípios da moralidade administrativa (ver **O Controle da Moralidade Administrativa**, de MANOEL OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, São Paulo, Saraiva, 1974) (12).

O controle administrativo, por outro lado, verifica-se em extensão maior, objetivando alcançar não somente a legalidade e a conveniência, mas também a eficiência. É um controle abrangente, tendo em vista que essas empresas constituem segmentos da pública administração.

Relativamente ao momento em que se realiza, o controle pode ser **a priori**, concomitante e **a posteriori**, conforme se verifique antes do ato e seja condição para que este tenha eficácia; ou acompanha **pari passu** a atividade da empresa; ou, finalmente, proceda a verificação de atos já praticados.

Quanto ao aspecto a ser focado pelo controle, temos o controle financeiro — que examina as contas de receita e despesa, os investimentos programados e toda a aplicação de dinheiro; e o controle técnico — que diz respeito à execução do serviço, cumprimento de normas específicas e eficiência administrativa.

Duas outras formas de controle podem ser aqui apontadas, quais as que distingue FRANCESCO VITO: **1ª**) a que se reveste, de certo modo, de forma de tutela, e é a que faz a autoridade de controle participar da gestão, pela faculdade de impor decisões; **2ª**) é a que se exerce do exte-

(12) É da maior importância o aspecto moral da atividade administrativa, que diz respeito ao cumprimento dos fins públicos e à boa administração, propriamente dita. A respeito, trecho do citado livro de M. O. FRANCO SOBRINHO: "O que se quer defender, contudo, é a lisura ou a exação nas práticas administrativas. O policiamento moral na aplicação das leis. As maneiras formais de controlar o uso do poder discricionário. O direito de provocar o exame judicial fundado na não-moralidade do ato prejudicial. Dirimindo litígios entre particulares e a Administração. Amortecendo os conflitos que, pela independência dos poderes, escapam à tutela jurisdicional. ... Legal um ato, mas não de interesse geral, a legalidade só não basta. Uma vez no mérito apresenta negativo conteúdo substancial. A importância do elemento fim transcende a simples teoria dos motivos. Não porque esse fim seja permitido em lei, mas porque não se legitima pelo que se pretende atingir" (in **O Controle da Moralidade Administrativa**, p. 22).

rior, e verifica se a marcha da empresa corresponde às exigências determinadas (in ob. cit., p. 93).

#### IV.3 — Do controle das empresas estatais, no Direito comparado

Se bem que necessário, unanimemente aceito, o controle das empresas estatais apresenta-se, porém, da maior dificuldade quando se trata de indicar as formas e a sua extensão, no equilíbrio entre a flexibilidade do funcionamento das empresas e o ajustamento das suas atividades aos fins e interesses públicos.

A propósito, assegura THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI que “a questão é controvertida em toda parte e não temos certeza de que, em algum lugar, o controle efetivo tenha existido e, ainda menos, o controle eficaz” (in ob. cit., p. 20).

Examinando as **entreprises publiques**, ANDRÉ DÉLION descreve o sistema de seu controle, na França, distinguindo a tutela técnica da tutela econômica e financeira. O controle ministerial é exercido através de nomeação dos administradores e diretores gerais e aprovação prévia de certas decisões de importância para a vida das empresas, além do estabelecimento de diretrizes gerais de atividade. O movimento econômico e financeiro da empresa (tutelado permanentemente através da ação dos **Contrôleurs d'État**, que recebem instruções dos Departamentos de Finanças, Orçamento e Negócios Econômicos. Além do controle ministerial, por agentes do Governo, sob a responsabilidade básica do Ministro da Fazenda, verifica-se exame **a posteriori** das contas, resultados da gestão e perspectivas econômicas da empresa, a cargo da Comissão de Verificação de Contas, criada em 6 de janeiro de 1948, que, após investigar a existência de falhas eventuais no exercício de cada administração, elabora relatórios, que são enviados aos ministros responsáveis. Soma-se a esse controle, de cunho administrativo, o controle parlamentar, que se exerce anualmente, por ocasião da apreciação do balanço e relatório anual (in ob. cit., pp. 88-115).

Na Grã-Bretanha, por outro lado, as **public corporations** têm o controle fundamental — exercido pelo competente Ministério, consubstanciado em nomeação dos administradores, aprovação de decisões destes, em alguns casos, e o estabelecimento de diretrizes gerais relativas a questões que se vinculam ao interesse geral da economia nacional. A gestão rotineira da empresa é realizada sem interferência. O controle contábil é feito por revisores comerciais, à semelhança das empresas privadas, entretanto, a coleta de fundos e a emissão de obrigações dependem de autorização do Tesouro.

Relativamente ao controle parlamentar, exerce-se este por ocasião da apresentação de balanço e relatório anual das empresas, pelos ministros competentes, consistindo em interpelações e debates a respeito. Assinala FRANCESCO VITO a tendência de ampliação desse controle parlamentar, através da proposta de criação de um Comitê da Câmara dos Comuns, que teria por finalidade examinar os relatórios e balanços,

para dar conhecimento ao Parlamento (v. FRANCESCO VITO, ob. cit., pp. 94-5).

As empresas estatais, na Itália, ficam submetidas à tutela exercitada pelo Ministério das Participações do Estado, que nomeia os administradores, estabelece as diretrizes gerais de ação para que sejam cumpridas, no seu funcionamento, e fiscaliza as atividades exercidas. Esse Ministério apresenta, anualmente, ao Parlamento o balanço das empresas públicas e a previsão de suas atividades, para o exercício seguinte. No aspecto financeiro, o controle é efetuado pelos órgãos de administração e de controle da empresa, de que faz parte um dos magistrados componentes do Tribunal de Contas, razão por que as empresas ficam isentas do controle direto dessa Corte (v. FRANCESCO VITO, ob. cit., pp. 97-8).

Nos Estados Unidos, as empresas governamentais submetem suas previsões orçamentárias ao Presidente e ao Congresso, através do **Bureau of Budget**. Na sua gestão financeira, sofrem controle no que diz respeito às contas bancárias e emissão de cheques de determinados valores, pelo Secretário do Tesouro, que promove os obrigatórios registros e aprova operações de compra ou venda em valor acima de teto por normas fixado. As pretensões de crédito das empresas do Estado são examinadas por subcomissões especiais do Congresso. Por outro lado, anualmente, é feita minuciosa verificação das contas, através do Tribunal de Contas. Esse controle, que restringe muito a autonomia dessas empresas, foi implantado pelo **Government Corporation Act**, de 1945 (in ROGER PINTO, "A Empresa Pública Autônoma de Caráter Econômico, em Direito Comparado", **RDA** 57: 483-501, 1959, p. 496) (13).

O controle exercido na Argentina segundo MANUEL MARIA DIEZ, relaciona-se aos aspectos financeiro e técnico. Tecnicamente, as empresas têm sua atividade examinada quanto à qualidade e eficiência do serviço; no aspecto financeiro, ressalta o controle preventivo dos planos de investimentos. Através do Ministério da Economia, é nomeado síndico que, em cada empresa do Estado, tem atribuições gerais de controle, podendo impugnar atos de administração que contrariem a orientação econômica do Executivo, de cuja decisão cabe recurso, por parte da empresa (in **Derecho Administrativo**, Buenos Aires, Bibliografía Omeba, 1965, pp. 125-6). A respeito das sociedades de economia mista, assegura MARIENHOFF a existência de duplo controle: um controle que chama de geral, exercido pela Inspeção de Justiça, para assegurar o cumprimento

(13) Examinando a progressiva diminuição da autonomia das empresas estatais norte-americanas, rumo à integração, C. HERMAN PRITCHETT critica o aumento do controle nelas exercido, concluindo: "É grande a pressão no sentido de conformar e uniformizar a administração governamental e representa, na maior parte dos casos, uma louvável tendência. A teoria da empresa estatal, entretanto, tem sido torná-la (sic) conferir-lhe a isenção dos processos comuns e dos controles de rotina, em virtude da natureza de seus serviços, sejam comerciais, técnicos ou de emergência" (in "O Paradoxo da Empresa Estatal", in **Empresa Pública**, textos selecionados por FRANK P. SHERWOOD, p. 295).

Ressalta FRANCESCO VITO que, nos Estados Unidos, começa a ser instituído um sistema inteiramente novo para atingir os resultados das empresas estatais, consistente no contrato de gestão (**operating contract**), por meio do qual o Governo cede a uma empresa privada a gestão de determinada unidade produtiva, mediante a contraprestação de reembolso das despesas e uma remuneração fixa. Tais contratos são, geralmente, concluídos pela **Atomic Energy Commission** e pelo Departamento de Defesa (in ob. cit., p. 90).

das disposições legais, e um controle chamado especial, que se pode subdividir em duas espécies, quais o controle que o Estado exerce no interior da entidade, através de seus representantes, e o controle administrativo, exercido exteriormente, com finalidade de interesse geral (v. **Tratado de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965, tomo I, p. 473).

Examinando os diversos sistemas de controle das empresas estatais, ROGER PINTO considerou equilibrado o sistema inglês, pela liberdade de gestão de que gozam as empresas, nas operações rotineiras (**day by day operations**), ficando, entretanto, adstritas a diretrizes gerais que lhes são estabelecidas pelo ministro competente (ob. cit., p. 497).

Aliás, após analisar os sistemas de controle das empresas públicas, no Direito Comparado, FRANCESCO VITO, considerando que a função de empresa reside nela, sendo seu traço característico a iniciativa, a capacidade de tomar decisões mais aptas para atender ao mercado, no que não deve ser tolhida pelo controle exercido pelo Estado, conclui ser a sistemática da Grã-Bretanha a mais próxima desse ideal, quando apenas submete a controle as decisões de produção, deixando as operações de rotina na livre execução da empresa (ob. cit., pp. 99-101).

#### **IV.4 — Do controle das empresas estatais, no Direito brasileiro**

A presença das empresas públicas, em sentido largo, na vida econômica e administrativa brasileira, data de algumas décadas, isto, naturalmente, sem considerar alguns exemplos isolados, que nos vêm do século passado, como o caso do Banco do Brasil, fundado no primeiro quartel do século XIX.

Principalmente a contar da década de 40, tem havido visível incremento das empresas governamentais, sociedades de economia mista e empresas públicas, que atuam nas mais variadas espécies de atividades industriais e comerciais, com crescente volume de capital e de faturamento.

Desnecessário, pois, em vista não apenas do que já foi examinado, senão também pela vultosa soma de recursos de que dispõem essas entidades, que se diga da necessidade de estabelecimento de controle que assegure o bom emprego dos dinheiros públicos e a boa execução dos serviços desses entes, de modo a garantir-lhes a desejável operacionalidade que a atividade econômica exige.

O controle dessas empresas governamentais exerce-se sob os aspectos de legalidade, eficiência e conveniência pública, incluindo a ação do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do Poder Executivo, através de um conjunto de órgãos e um considerável número de normas legais e regulamentares.

Desnecessária maior consideração sobre o controle judiciário, que se exerce, na forma constitucional, para atender àqueles que tiverem seu

direito lesado por fato de outrem, pessoa física ou jurídica, pública ou privada. Portanto, através das normas processuais em vigor, as pessoas que sofrerem ou julguem ter sofrido lesão em direito seu, por parte de empresas governamentais, poderão dirigir-se às autoridades judiciais competentes. Como já vimos, há remédios processuais de controle da atividade administrativa do Estado, aplicáveis aos administradores de empresas públicas e sociedades de economia mista, tais o mandado de segurança — regido pela Lei nº 1.533/51, e a ação popular — regulada pela Lei nº 4.717/65.

O controle parlamentar é previsto no art. 45 da Constituição Federal **verbis**:

“Art. 45 — A Lei regulará o processo de fiscalização, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, dos atos do Poder Executivo, inclusive os da administração indireta.”

Sendo as empresas que examinamos entidades da Administração Indireta (art. 4º do Decreto-Lei nº 200/67), estende-se-lhes o controle realizado pelo Congresso Nacional, de sentido amplo, pela natureza mesma de sua função político-jurídica, na vida do País, como pela própria generalidade em que foi posta a redação do dispositivo.

Aliás, a falta de regulamentação desse artigo constitucional foi muito reclamada, e projetos foram elaborados para esse fim, dentre os quais o de THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, que, inclusive, sugeriu um tipo de controle de caráter mais sigiloso, para certas empresas, subtraindo outras ao exame do Tribunal de Contas (in ob. cit., pp. 21-3).

Atualmente, porém, a fiscalização financeira e orçamentária das empresas públicas e sociedades de economia mista, a cargo do Congresso Nacional, é executada com o auxílio do Tribunal de Contas e consoante as disposições da Lei nº 6.223, de 14 de julho de 1975, com as alterações constantes da Lei nº 6.525, de 11 de abril de 1978.

Em harmonia com as considerações doutrinárias e a natureza mesma de sua organização e finalidade empresariais, a Lei nº 6.223/75 fixa os moldes em que se operará essa fiscalização: respeitando as “peculiaridades de funcionamento da entidade, limitando-se a verificar a exatidão das contas e a legitimidade dos atos, e levando em conta os seus objetivos, natureza empresarial e operação segundo os métodos do setor privado da economia” (art. 7º, § 1º), garantindo-se, por outro lado, a não-interferência do Tribunal de Contas na política adotada pela empresa, tendo em vista a consecução dos seus objetivos estatutários e contratuais (art. 9º).

Na sua operacionalidade, complementa a Lei nº 6.223/75 a Resolução nº 165, de 12 de agosto de 1975, do Tribunal de Contas da União, bem assim o Decreto nº 78.383, de 8 de setembro de 1976, que estabeleceu prazo para apresentação, ao Tribunal de Contas da União, das contas das empresas públicas e sociedades de economia mista federais.

Segundo a Lei nº 6.223/75, a fiscalização financeira e orçamentária dessas empresas, limitada ao exame das contas e da legitimidade dos atos financeiros praticados, é feita **a posteriori**, segundo, aliás, defendem os juristas, de que é exemplo, entre nós, o professor COTRIM NETO, que, secundando RIVERO, repele os controles apriorísticos por “correspondem a espúria forma de co-gestão de serviços” (in **Direito Administrativo da Autarquia**, p. 360) <sup>(14)</sup>.

Aliás, a Lei nº 6.223/75, com suas disposições generalizadas, teve o merecimento de trazer a regulamentação de disposição constitucional, que a reclamava de alguns anos, logrando as seguintes palavras elogiosas do jurista JOSÉ FREDERICO MARQUES:

“A lei atendeu a necessidade de impor a referida fiscalização — o que, além de acertado, veio acolher os reclamos da consciência jurídica do País e amparar com mais afinco os interesses de ordem pública concernentes ao erário e dinheiros da Nação. Mas o fez dentro do que ditava o bom senso, e tendo em vista, principalmente, a natureza das mencionadas entidades, seus traços específicos e contornos peculiares. Para tanto, respeitou-lhes a vida interna, a fisionomia funcional de cada uma e, principalmente, os princípios jurídicos que as informam” (in “Parecer sobre a Fiscalização do Tribunal de Contas sobre Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista”, **RDA** 124:290-298, 1976, p. 296).

Soma-se aos controles judiciário e parlamentar o controle administrativo das empresas governamentais, este bem mais rico em normas legais e regulamentares, e mais largo em extensão.

Com as múltiplas finalidades de assegurar a legalidade dos atos dos dirigentes das empresas, o legal e correto emprego dos dinheiros públicos e, ainda, de assegurar eficiência na execução dos serviços a cargo da organização empresarial, consoante os interesses maiores do País, o controle administrativo é de grande alcance, da maior importância, e de suma dificuldade na sua execução.

Consoante a realidade atual, as formas de controle das empresas governamentais compreendem a supervisão ministerial, de cunho tutelar, a fiscalização de órgãos específicos, tal como o CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica, e a sistemática normal de funcionamento da organização empresarial, segundo os ditames da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 — Lei das Sociedades por Ações, e das leis específicas autorizativas da criação das empresas.

(14) Contrariamente, entende JOÃO LYRA FILHO que o controle do Tribunal de Contas, para ser eficiente, tem que ser concomitante, e diz que “o controle posterior é por índole desvitalizado e serve apenas à faina do sensacionalismo, sem proveito e sem poder de recuperação; sem cominações, ao menos, que imponham sofrer aos dilapidadores do bem público”. E arremata: “o controle posterior é inoperante e só será possível imprimir-se a desejável segurança nas atividades das empresas públicas através do controle concomitante ou simultâneo a cargo de representantes do próprio órgão previsto na Constituição Federal em caráter específico” (in **Regime de Controle das Empresas Públicas**, Rio, Pongetti, 1963, pp. 31 e 35). Entretanto, é inaceitável o controle concomitante dessas empresas, conforme já salientado, porque importaria em restrição de sua autonomia.

## V. CONTROLE ADMINISTRATIVO DA EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA, NO DIREITO BRASILEIRO.

V.1 — Finalidade do Controle Administrativo. V.2 — Formas do Controle Administrativo. V.3 — Supervisão ministerial. V.4 — Órgãos especiais de controle administrativo. V.5 — O controle interno da empresa e a interferência do Estado. Alguns exemplos.

### V.1 — Finalidade do controle administrativo

Com grande alcance, o controle administrativo visa a garantir o cumprimento das normas legais em vigor, a eficiência da administração empresarial e a conformidade desta às diretrizes maiores da política econômica e social do País.

As empresas públicas e sociedades de economia mista participam da Administração Pública Indireta (art. 4º, II, do Decreto-Lei nº 200/67) e, nessa qualidade, apesar de sua personalidade de Direito Privado e sua organização nos moldes de empresa privada, constituem a ação administrativa do Estado, que tem compromissos de bem empregar os dinheiros públicos, de modo a satisfazer, da melhor maneira, o interesse comum e o bem-estar da coletividade.

Examinando as empresas públicas, no que tange ao controle, MANOEL OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO especifica os aspectos em que ele se localiza, dentre os quais estão o controle interno, pelos setores especializados; o que abrange a programação e a coordenação das atividades, em todos os níveis administrativos; o que diz respeito à produtividade nos serviços; e, ainda, o que se relaciona aos fins programados (in **Empresas Públicas no Brasil — Ação Internacional**, São Paulo, Resenha Universitária, 1975, p. 140).

Não há dúvida de que o controle administrativo das empresas governamentais reveste-se da maior importância, crescente à medida que se multiplicam esses organismos, avolumando-se os recursos neles empregados e por eles geridos e, também, gerados, além da importante função que desempenham na economia nacional, conforme já foi anteriormente ressaltado.

É necessário que o comando do Governo do País tenha efetivo conhecimento do montante dos recursos mobilizados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista e possa, através de órgãos e mecanismos, assegurar o bom e legal emprego desses dinheiros. Sobre isso, o agigantamento das máquinas administrativas dessas entidades re-

clama um controle que impossibilite a criação de elites técnicas, que possam obstacular ou dificultar a consecução de metas traçadas pela política econômico-social do Governo.

Porque a grande importância do controle administrativo é fazer com que, sem a perda de sua operacionalidade, essas empresas tenham uma atuação que garanta a unidade de ação governamental, em busca de objetivos comuns, sempre, naturalmente, dentro de uma filosofia de ação que se coadune com os princípios políticos, os ideais jurídicos e as aspirações do desenvolvimento e segurança da Nação.

## V.2 — Formas do controle administrativo

O controle administrativo das empresas públicas e sociedades de economia mista exercita-se interna e externamente. No âmbito interno, o controle administrativo, atendidos os interesses do Estado, é promovido através dos órgãos especialmente incumbidos, consoante a organização empresarial prevista pela Lei nº 6.404, de 1976, que regula as Sociedades por Ações, somando-se as determinações contidas a respeito nas leis autorizadoras da criação dessas empresas, tal o caso de representante governamental nomeado e demitido livremente pela autoridade do Governo, dentre outras providências, que importam em mecanismos de controle de interesse estatal, funcionando internamente.

Externamente, verifica-se o controle administrativo através da supervisão ministerial, regulada pelos artigos 19 e 26 do Decreto-Lei nº 200/67, bem assim pela ação de outros órgãos com controle sobre determinadas matérias.

## V.3 — Supervisão ministerial

Forma principal de controle administrativo das empresas governamentais, componentes da Administração Pública Indireta, a supervisão ministerial é abrangente dos aspectos de legalidade, moralidade, de conveniência e de eficiência administrativas, considerada, sempre, a modalidade empresarial, que se procura garantir, em sua essência.

A atividade de supervisão ministerial é o exercício, sobre as empresas públicas e sociedades de economia mista, de inspeção e de uma ação preventiva e corretiva, preservando o cumprimento da lei, o respeito ao interesse público e a regularidade e eficiência da gestão administrativa.

Examinando o funcionamento da Administração Pública, assinala MARCELO CAETANO ser tradicional a designação, nas legislações européias, de tutela administrativa à ação fiscalizadora do Governo sobre as entidades autônomas, sendo que, na Reforma Administrativa brasileira, recebeu a tutela a denominação de supervisão. Entendendo-a necessária e considerando todas as prerrogativas a ela atinentes, conclui:

“Deste modo se consegue conciliar as conveniências de uma gestão descentralizada com a necessidade de evitar uma administração desintegrada, descoordenada e tumultuária, equi-

librando as duas tendências centrípeta e centrífuga da organização administrativa” (in **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, Rio, Forense, 1977, p. 92).

A supervisão ministerial, como instrumento de tutela, ou como tutela administrativa, exerce-se dentro da letra da lei, não sendo presumida senão explícita toda e qualquer iniciativa controladora. É que estendendo-se a entes autônomos, importa em restrição à autonomia, que, em princípio, necessita da norma legal para interferência em sua plenitude.

Está a supervisão ministerial disciplinada pelo Decreto-Lei nº 200/67, em seus artigos 19 e 26, dispondo o primeiro sobre a obrigatoriedade da supervisão, pelo Ministro em cuja área de competência estiver enquadrada a atividade exercida pela empresa pública ou sociedade de economia mista, sendo que, no artigo 26, são explicitados os fins e as medidas constantes da supervisão.

A finalidade da supervisão é assegurar, principalmente, que sejam realizados os objetivos que estiverem fixados nos atos de constituição da empresa, bem assim a compatibilização da atividade da empresa com a política e a programação do Governo, sem que seja prejudicada a eficiência da gestão administrativa, dentro da autonomia operacional e financeira da entidade.

Harmonizam-se tais finalidades com a necessária e ideal forma de controle que deve o Estado exercer sobre os entes jurídicos autônomos, por ele criados para executarem atividade econômica, no modelo da empresa privada. Com efeito, a ação controladora do Governo deverá sempre procurar fazer com que tais empresas, operando com a flexibilidade das organizações privadas, atinjam grau satisfatório de eficiência, sem, contudo, se afastarem da unidade de ação estatal, consubstanciada na política e nas metas programáticas do Governo.

Para que se desenvolva essa ação fiscalizadora, garantindo a autonomia da entidade, mas fazendo-a funcionar regular e satisfatoriamente, é necessário que haja sensibilidade e alto espírito público, aliados à competência técnica e tanto oportuno quanto correto emprego das medidas de controle, por parte do Ministro de Estado.

Por outro lado, é de se destacar não constituir a supervisão ministerial tão-somente ação controladora das empresas governamentais, visto ser mais abrangente, incluindo orientação e coordenação das atividades desses entes jurídicos (art. 20, parágrafo único, art. 26 e parágrafo único).

Para o exercício da supervisão — nos seus aspectos de orientar, coordenar e controlar a ação das empresas públicas e sociedades de economia mista — diversas medidas podem ser tomadas, todas elas explícitas no texto do Decreto-Lei nº 200/67, ou constantes de regulamento. As catalogadas no decreto-lei mencionado são as seguintes:

- a) indicação ou nomeação pelo Ministro ou, se for o caso, eleição dos dirigentes da entidade, conforme sua natureza jurídica;

- b)** designação, pelo Ministro, dos representantes do Governo Federal nas Assembléias Gerais e órgãos de administração ou controle da entidade;
- c)** recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo Governo;
- d)** .....
- e)** aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou através dos representantes ministeriais nas assembléias e órgãos de administração ou controle;
- f)** fixação, em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica, das despesas de pessoal e de administração;
- g)** fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas;
- h)** realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade;
- i)** intervenção, por motivo de interesse público (art. 26, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 200/67).

Todas essas medidas, claramente indicadas no texto legal, importam em interferência necessária, a critério do nosso legislador, para que, assegurada a autonomia das empresas governamentais, sejam honestamente atingidos os seus fins, em consonância com os interesses maiores do Estado e de acordo com uma política econômico-social e os programas de ação do Governo, através de meios corretos e eficientes.

Note-se que algumas dessas medidas de supervisão ministerial importam em ação de órgãos técnicos da administração centralizada, tais os indicados nas letras **f** e **g**, que dizem de perto aos lineamentos da própria organização empresarial, bem assim as medidas de caráter contábil-operacional, de que tratam as letras **e** e **h**.

A medida grave, por excelência, na atividade de supervisão ministerial, constitui-se na intervenção, que é limitada por motivo de interesse público. O que seja interesse público não vem explicitado no diploma legal, porém, deve sempre ser objetivamente identificado, no ato interventivo, por parte do Ministro de Estado. Trata-se, não resta dúvida, de ato discricionário da autoridade administrativa, que conclui sobre a necessidade, ou não, de intervenção, consoante lhe impuser o interesse público.

Comentando a disposição legal em exame, assim se expressa MANOEL OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, relativamente à medida de intervenção, em entidade da Administração Indireta:

"Os motivos são de apreciação da Administração. O serviço público é sempre objetivo e pessoal, mas o interesse não. Ou

o serviço não é mais necessário e o interesse manda extingui-lo, ou continua necessário e a intervenção se faz por razões subjetivas" (in **Comentários à Reforma Administrativa Federal**, São Paulo, Saraiva, 1975, p. 119).

Estudando o problema do controle das empresas do Estado, CAIO TÁCITO considera a supervisão ministerial como um "controle funcional", com fim de eficiência, legalidade e moralidade administrativas. E assinala que o controle administrativo, através da supervisão ministerial, pode desdobrar-se em dois níveis ou graus de organização, através da subordinação das empresas a uma sociedade **holding**, que exerce coordenação setorial, sob o comando ministerial superior. Acrescenta que esse sistema é adotado na Itália, através do IRI e do ENI, bem como na Alemanha, em três modelos do grupo KONZERNE que operam como empresas **holdings**, tais VIAG, VEBA e HERMANGÖRING-WERKE, tendo, no Brasil, o modelo de empresa **holding** na ELETROBRÁS, que coordena as subsidiárias estatais de energia elétrica ( in "Controle das Empresas do Estado", **RDA** 111:1-9, 1973, pp. 5-6).

#### V.4 — Órgãos especiais de controle administrativo

Dentre os órgãos de controle específico, está o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE, criado pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que dispõe sobre repressão ao abuso do poder econômico.

O CADE tem a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico (art. 8º) e, no que tange às empresas públicas e sociedades de economia mista, exerce fiscalização que "se estende à gestão econômica da empresa e regime de contabilidade, exercendo-se por processo indireto de consulta e **a posteriori**" (art. 18, § 1º). No cumprimento de sua atribuição fiscalizadora, o CADE examina os balanços e relatórios anuais das empresas públicas e sociedades de economia mista, propondo à autoridade competente as providências que lhe parecerem necessárias (art. 18, § 2º).

Órgão especial de controle técnico das empresas governamentais de crédito oficial, consoante prevê o art. 189 do Decreto-Lei nº 200/67, o Conselho Monetário Nacional realiza controle de política monetária e, ainda, de ordem financeira e orçamentária sobre as instituições financeiras públicas federais, com o auxílio do Banco Central do Brasil. Esse controle abrange o prévio exame do orçamento de recursos e aplicações para o exercício seguinte, bem como a apreciação de balanços semestrais e de relatório de atividades (ver Decreto nº 65.769, de 2 de dezembro de 1969).

Além desses órgãos especiais de controle específico para determinadas atividades executadas pelas empresas o Governo, estão estas adstritas à observância das diretrizes e orientações normativas emanadas de órgãos governamentais responsáveis pelo delineamento e supervisão da política nacional, em determinados setores.

## V.5 — O controle interno da empresa e a interferência do Estado. Alguns exemplos

A atividade administrativa, considerada em sentido generalizado, inclui o controle como um de seus componentes obrigatórios, vez que se constitui no instrumento de verificação dos resultados, para aplicação dos meios corretivos.

Assim, pois, toda organização administrativa inclui órgãos controladores, que podem ser as próprias chefias, ou órgãos com atribuição controladora de atuação em todo o âmbito organizacional.

Organizadas em forma de empresa, as empresas públicas e as sociedades de economia mista também contam com órgãos internos, incumbidos de promoverem o controle de seu funcionamento, para que lhes seja possível aplicar medidas de correção.

Se bem que as empresas públicas, conforme sua definição legal (art. 5º, II, do Decreto-Lei nº 200/67), possam revestir qualquer forma admitida em Direito, em geral, por ser de melhor operacionalidade, adotam a forma de sociedades por ações — possibilitada a derrogação da legislação mercantil para, dentre outras mudanças, haver a permissibilidade da existência de um só acionista, a União Federal.

Considerando, por outro lado, que as sociedades de economia mista sempre têm a forma de sociedade anônima (art. 5º, III, do Decreto-Lei nº 200/67), que se rege, na sua constituição e funcionamento, pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, examinaremos o controle interno dessas empresas à luz desse diploma legal.

Lembre-se, por oportuno e da melhor valia, que as empresas governamentais são criadas por determinação de lei que, inclusive, pode derogar a legislação comercial a respeito, introduzindo alterações que entender mais convenientes para o funcionamento da entidade. Nesse sentido, serão indicados aspectos atinentes a algumas empresas federais, de acordo com seus respectivos estatutos.

Segundo a Lei nº 6.404/76, as sociedades anônimas contam, como órgãos orientadores e controladores, com o Conselho de Administração e o Conselho Fiscal, além da Assembléia Geral, que é o órgão soberano de decisão da empresa. Assim, através da Assembléia Geral, são eleitos e destituídos, a qualquer tempo, os administradores e fiscais da companhia, com as exceções legais, bem assim tomadas, anualmente, as contas dos administradores, apreciados os resultados do exercício financeiro (art. 122, II e III).

Dessa maneira, a Assembléia Geral é o órgão controlador supremo da companhia, que decide sobre a sua eficiência, ou não, e toma as medidas que entender convenientes para a consecução de uma administração produtiva. As sociedades de economia mista e empresas públicas podem contar com Assembléia Geral para exercício dessa atividade controladora, manifestando, por sinal, a supervisão ministerial, já examinada (art. 26, parágrafo único, letra a), porém, pode ocorrer que a lei instituidora

da empresa determine a nomeação de um ou alguns administradores por autoridade administrativa. É o caso, por exemplo, da EMBRAFILME — Empresa Brasileira de Filmes S.A., sociedade de economia mista, criada na forma do Decreto-Lei nº 862, de 12 de setembro de 1969, cujo Diretor-Geral, que preside o Conselho de Administração da companhia, é nomeado pelo Presidente da República, sendo os outros dois conselheiros componentes do mesmo conselho eleitos pela Assembléia Geral (conforme Estatuto aprovado pelo Decreto nº 81.628, de 5 de maio de 1978). Também, a PETROBRÁS — Petróleo Brasileiro S.A., sociedade de economia mista, criada na forma da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, dos doze membros que compõem seu Conselho de Administração, tem seu Presidente nomeado pelo Presidente da República e demissível *ad nutum*, bem assim três a seis diretores nomeados pela mesma autoridade; além do mais, o Presidente da República nomeia o presidente e os diretores, que compõem a Diretoria Executiva da companhia. É curioso, no que tange à organização da direção da PETROBRÁS, que o Presidente do Conselho de Administração tem direito de veto sobre as decisões desse conselho e da Diretoria Executiva, ocorrendo, assim, a existência de recurso hierárquico impróprio e *ex officio*, dirigido ao Presidente da República (conforme Estatuto, aprovado pelo Decreto nº 81.217, de 30 de janeiro de 1978). A CEF — Caixa Econômica Federal, por outro lado, empresa pública, tem seu Presidente e Diretores nomeados pelo Presidente da República, que os pode livremente demitir (conforme Estatuto aprovado pelo Decreto nº 81.171, de 3 de janeiro de 1978) <sup>(15)</sup>.

Com a nomeação e livre demissão dos dirigentes das empresas públicas e sociedades de economia mista, verifica-se maior interferência na vida dessas empresas, por parte do Estado, se bem que também este o faça, através da Assembléia Geral, na eleição daquelas pessoas de sua confiança, controlador acionário que é dessas empresas.

De grande importância, na orientação e no controle da gestão administrativa da companhia, é o Conselho de Administração, que, dentre outras, tem as atribuições de eleger e destituir os diretores e fixar-lhes as atribuições, observado o estatuto; fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia; solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos; manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria; e manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir (art. 142, II, III, V e VI, da Lei número 6.404/76).

Por determinação legal, as sociedades de economia mista terão, sempre, Conselho de Administração. Este, em estatuto de algumas empresas governamentais, tem atribuição de traçar diretrizes fundamentais para orientação da atividade da companhia (PETROBRÁS — art. 41 do Estatuto; ELETROBRÁS — art. 23 do Estatuto) e de aprovar normas sobre

(15) Na opinião de M. T. DE CARVALHO BRITTO DAVIS, seria uma boa medida que os dirigentes de empresas estatais sob o controle acionário do Governo Federal fossem nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, *ad referendum* do Congresso Nacional (In *Tratado das Sociedades de Economia Mista*, Rio, José Konfino Editor, 1969, vol. I, p. 188).

controles técnicos, econômicos, contábeis e financeiros, bem como de auditoria interna e externa, além de acompanhar a execução dos programas e orçamentos aprovados, avaliando os seus resultados (CPRM — Companhia de Pesquisas de Recursos Minerais, art. 37, § 4º, I e II, do Estatuto, aprovado pelo Decreto nº 81.418, de 3 de março de 1978).

O órgão de controle específico das sociedades por ações é o Conselho Fiscal, que pode funcionar permanentemente, ou não. Esse Conselho Fiscal exerce a fiscalização dos atos dos administradores, verificando o cumprimento, por estes, de seus deveres legais e estatutários, e denunciando aos órgãos de administração para que estes tomem providências atinentes ao resguardo da companhia, ou, na ausência de ação daqueles órgãos, à Assembléia Geral. Também, tem o Conselho Fiscal incumbência de fiscalização financeira e contábil, através de análise de balancetes e demais demonstrações a serem periodicamente elaboradas pela empresa, bem assim do exame e parecer a respeito das demonstrações financeiras do exercício social (art. 163 e incisos da Lei número 6.404/76).

O Conselho Fiscal, nas sociedades de economia mista, funciona permanentemente, por determinação da lei, de modo que lhe é assegurada melhor condição de controle interno.

Se bem que a legislação específica preveja a eleição, pela Assembléia Geral, dos membros do Conselho Fiscal (art. 161, § 1º, da Lei nº 6.404/76), existe variação nos estatutos das diversas empresas públicas e sociedades de economia mista, indicando maior ou menor grau de interferência do Estado no seu controle interno.

Assim, o Estatuto da PETROBRÁS prevê que, dos cinco membros que compõem o seu Conselho Fiscal, um seja eleito pela União. Por outro lado, o Estatuto da ELETROBRÁS tem forma de composição mais complexa, porque, dos cinco membros componentes do Conselho Fiscal, um é eleito por titulares de ações preferenciais; e os demais são eleitos pela Assembléia Geral, dentre candidatos de listas tríplexes indicadas pelo Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Conselho Federal de Economia e, sucessivamente, uma em cada ano, pela Confederação Nacional da Indústria e pela Confederação Nacional do Comércio. Situação diferente é a da Caixa Econômica Federal, cujos membros do Conselho Fiscal são nomeados pelo Ministro da Fazenda, na forma do art. 18 do respectivo Estatuto (aprovado pelo Decreto nº 81.171, de 3 de janeiro de 1978).

Portanto, reafirmando a importância do controle exercido pelos órgãos e mecanismos internos, típicos da organização administrativa empresarial, ressaltamos a presença, em maior ou menor intensidade, da autoridade administrativa do Estado, nessa atividade, no que tange às empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme, por sinal, pôde ser constatado pela referência a entidades empresariais do Governo Federal.

No caso das sociedades de economia mista federais, a União, por força de determinação da legislação específica, exerce o papel de acionista controlador, podendo orientar as atividades da companhia de maneira a ser atendido o interesse público justificador de sua criação (art. 238 da Lei nº 6.404/76).

## VI. REPERCUSSÃO DO CONTROLE ADMINISTRATIVO DA EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

VI.1 — A responsabilidade de dirigentes de empresas públicas e sociedades de economia mista. VI.2 — O problema da responsabilidade do Estado, no exercício do controle administrativo.

### VI.1 — A responsabilidade de dirigentes de empresas públicas e sociedades de economia mista

Funcionam as empresas públicas e sociedades de economia mista à semelhança das empresas privadas.

Constituídas na forma de sociedades por ações, regem-se pela legislação mercantil específica, no caso, a Lei nº 6.404/76, que prevê a responsabilidade dos administradores de companhias.

Assim, tendo o dever de, no exercício de suas funções, empregar todo o cuidado e a diligência que o homem ativo e probo costuma fazer relativamente à administração de seus próprios bens (art. 153), responde, civilmente, pelos prejuízos que causar à companhia, quando proceder com culpa ou dolo, no exercício de suas atribuições ou poderes, ou quando violar a lei ou o estatuto (art. 158) <sup>(16)</sup>.

Apesar de, na forma da lei mercantil, competir à própria companhia, após prévia deliberação da Assembléia Geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos que causar ao patrimônio da sociedade, tem-se que, no caso das empresas públicas e sociedades de economia mista, tal decisão pode partir da autoridade de controle, que detém o poder de decisão de empresa.

De qualquer forma, os prejuízos causados à empresa, por ato de dirigente, logicamente serão objeto de responsabilização civil, consoante dispõe a legislação própria.

(16) A respeito de prejuízos causados por empresas públicas e sociedades de economia mista, a terceiros, por ação de seus dirigentes ou empregados, entende HELY LOPES MEIRELLES que se aplique a responsabilidade objetiva, a semelhança do que dispõe o art. 107 da Constituição Federal, ao regular a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público. Faz, inclusive, menção a *relatório de recurso a que procedeu, quando Juiz no 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, quando reconheceu a responsabilidade objetiva da Companhia Docas de Santos, por danos causados a importador, independentemente de perquirição de culpa daquela empresa* (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 4.ª ed., São Paulo, RT, 1976, p. 606).

Têm-se, porém, casos de responsabilidade penal, quando se configuram crimes, denunciados por órgãos controladores ou por pessoa que detenha o direito de ação, na esfera criminal. Dentre esses, ressalte-se o relativo a enriquecimento ilícito, na direção de empresa governamental, de que trata o art. 153, § 11, da Constituição Federal, e a Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958.

Sobre isso, sanção de ordem administrativa pode resultar ao dirigente da empresa pública e sociedade de economia mista, aplicada pela autoridade de controle, como é o caso da destituição do cargo, seja diretamente, nos casos de nomeação e livre demissão da autoridade administrativa, seja através da Assembléia Geral.

## **VI.2 — O problema da responsabilidade do Estado, no exercício do controle administrativo**

Por seu fundamento e sua finalidade, é o controle administrativo função obrigatória da autoridade administrativa relativamente aos entes estatais autônomos.

No caso das empresas estatais, seu controle faz-se necessário, consoante a competência legal, na forma e nos limites que a lei estatuir.

Na verdade, tal como preocupou bastante a falta de regulamentação, pelo legislador, do art. 45 da Constituição Federal, de maneira a se efetivar o controle das entidades de Administração Indireta, por parte do Congresso Nacional (ver JOSÉ FREDERICO MARQUES, in "Parecer" publicado na RDA 124: 290-298, 1976) até que felizmente, foi publicada a Lei nº 6.223, de 1975, devido à grande influência moralizadora que o controle parlamentar exerce sobre o funcionamento das empresas do Governo, mais razão ainda existe para que surja grande preocupação no sentido de que seja realizado, devidamente, o controle administrativo.

Com efeito, mais abrangente, o controle administrativo, representado, na legislação federal brasileira, primordialmente, pela supervisão ministerial, impõe-se para garantia da legalidade, moralidade e eficiência das empresas públicas e sociedades de economia mista, a cada dia mais numerosas e com maior e mais qualificada soma de atividades de interesse coletivo.

A omissão do controle administrativo é de difícil apuração porque a falta de adoção de medidas incluídas na supervisão ministerial pode ser interpretada como concordância com a permanência da situação atual da empresa por mais conveniente ao interesse público, além de muitas outras circunstâncias que podem ser consideradas para se presumir ou se alegar um adiamento nas providências a serem adotadas.

Entretanto, o certo é que o exercício do controle administrativo, por quem competente, é dever que se impõe seja cumprido. Tanto assim entendeu o legislador pátrio que, ao atribuir aos Ministros de Estado o exercício do controle — supervisão ministerial — sobre as empresas públicas e sociedades de economia mista, como componentes da Adminis-

tração Indireta, responsabilizou-os perante o Presidente da República pela execução dessa atividade (art. 20 do Decreto-Lei nº 200/67).

Não apenas a omissão, mas também o controle exercido incorretamente, seja por culpa ou dolo, importa em prejuízo para o bom funcionamento das empresas governamentais, pelo que, nesse aspecto, se advoga a existência de um controle efetivo, exercido segundo a lei e com a prudência necessária a não prejudicar a autonomia de operação da empresa.

Resta saber que o Estado responde civilmente pelos prejuízos que advierem do exercício do controle que ele deve executar relativamente às empresas governamentais.

Consoante o douto MANOEL OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, em monografia especializada, é indiscutível a responsabilidade do Estado pela empresa pública que constitui e, "precisamente, pela circunstância do (sic) capital ser integralmente do Estado, aumenta a responsabilidade do poder público. Aumenta a responsabilidade, de tal modo que o patrimônio jamais poderá se desvincular das obrigações assumidas". E, mais incisivamente, arremata: "Pouco importa saber, num regime de responsabilidade pública, se essa responsabilidade é limitada ou ilimitada, pois o Estado responde sempre, sejam quais sejam as condições de sucesso ou de precariedade das empresas públicas" (in **Fundações e Empresas Públicas**, p. 129).

Não há negar o acordo existente a respeito da responsabilidade do Estado pelos atos daqueles que expressam sua vontade. Daí por que a doutrina, bem como a legislação, sempre explicitam o fato de ser necessário, para que haja a responsabilidade da pessoa jurídica pública, que o ato do seu agente seja praticado no exercício de função pública, ou a pretexto de exercê-la, existindo, pois, sempre, a ligação, real ou aparente, do ato com o exercício da função. Nesse sentido, AMARO CAVALCANTI, ao estudar a responsabilidade civil do Estado, considera este responsável quando o seu representante age nessa qualidade, o que se verifica nas seguintes situações: "1ª) quando pratica o ato no exercício das suas funções e dentro dos limites da sua competência; 2ª) quando pratica o ato, mesmo com excesso de poder, mas revestido da autoridade do cargo, ou servindo-se dos meios deste, isto é, meios de que não poderia dispor na ocasião, se não se achasse na posse do cargo; 3ª) quando o cargo tenha influído, como causa ocasional do ato (in **Responsabilidade Civil do Estado**, Rio, Borsoi, 1956, p. 388). Em nota, JOSÉ AGUIAR DIAS, que reeditou a precitada obra de AMARO CAVALCANTI, atualizando-a, com apoio em LALOU, diz que, no caso de responsabilidade, deve definir-se funcionário de modo amplíssimo, abrangendo todos aqueles que colaborem na gestão da coisa pública, qualquer que seja a forma de sua escolha e a natureza de suas funções" (ob. cit., p. 405).

Muito importante, porém, é examinar se subsiste a responsabilidade do Estado quando, no exercício do controle, seus órgãos centrais derem

causa a prejuízo às empresas governamentais, ou aos dirigentes destas, que tiverem de responder civilmente por prejuízos que, no cumprimento de ordem da autoridade administrativa, tenham causado a alguma pessoa.

No estudo do exercício da tutela do Estado sobre entes autônomos, ANDRÉ DE LAUBADÈRE, com base na jurisprudência do Conselho de Estado francês, distingue duas situações. Uma primeira diz respeito à substituição, pela autoridade central, da coletividade sob tutela. Quando ocorre o poder de substituição, é a coletividade local a responsável (C. E. 24. jun. 1949, Cne de Saint-Servan, 310), dispondo, porém, essa coletividade de uma ação de recurso contra o Estado, no caso de falta grave da autoridade de tutela (1º jun. 1956, Ville de Nîmes, R. P. D. A., 1956, 121, concl. Laurent, 5 déc. 1958, Cne de Dourgne, 606, concl. Guldner; R.D.P., 1959, 990, note Waline). Uma segunda situação ocorre se, no exercício da tutela, não houve substituição, quando, então, a responsabilidade é do Estado (C. E. 31. mai. 1957, Balpétré, 362, concl. Tricot) (in **Traité Élémentaire de Droit Administratif**, 3ª éd., Paris, LGDJ, 1963, tomo I, p. 635) (17).

Na apreciação da sociedade de economia mista, em seu relacionamento com o Estado, e as conseqüências jurídicas disso decorrentes, ERNST FORSTHOFF aborda o aspecto da responsabilidade, considerando que os representantes do Estado, dirigentes da empresa, estão sujeitos às disposições gerais de responsabilidade do direito societário. Reconhece, entretanto, a responsabilidade do Estado quando houver dano à sociedade, causado pelo cumprimento, por parte dos dirigentes, de ordens de autoridade administrativa. Nesse caso, a responsabilidade estatal verifica-se pelo direito regressivo do seu representante na sociedade, no sentido de que lhe seja restituído o valor da indenização que haja tido de pagar à sociedade (in ob. cit, pp. 670-1).

Concorda, nesse aspecto, MIGUEL MARIENHOFF, que, entretanto, dá fundamentação diferente à obrigação de a Administração Pública indenizar o seu representante, calcando-a ou na existência de norma especial ou expressa, ou, eventualmente, nas regras do mandato (in ob. cit., p. 477) (18).

A legislação brasileira relativa a sociedade de economia mista, que, no caso de empresa pública, quando instituída sob forma de sociedade

(17) Por outro lado, assinala o mesmo administrativista francês que a jurisprudência tradicional do Conselho de Estado entende a responsabilidade da Administração pelos danos causados pelo concessionário de serviço público (C. E. 1.º de fevereiro de 1933, Castagnino, 1945), e, fora dos casos de concessão, admite a responsabilidade da Administração Pública por fato dos particulares colaborando a títulos diversos com o serviço público: (7.jan.1927, Triller, R.D.P. 1927, 65; 16.mars. 1945, Dauriac, D. 1946, j.141, concl. Lefas; 25.fev.1949, Blondeau, 97; 21.oct.1949. Mutuelle du Mans, D. 1950, j.162, note Waline) (in ob cit., p. 624).

(18) A fundamentação de ERNST FORSTHOFF para estabelecer a responsabilidade da Administração Pública, no direito regressivo do dirigente da sociedade de economia mista para haver o que desembolsara no pagamento de prejuízos causados à sociedade por cumprimento de ordens recebidas da autoridade administrativa, é a da relação hierárquica entre o representante do Estado e a autoridade da Administração Central. MARIENHOFF objeta não existir "relação hierárquica", pois, ainda que o representante na sociedade seja funcionário ou empregado estatal, a relação que se instaura, no exercício de direção da sociedade governamental, não estabelece a hierarquia (v. FORSTHOFF, ob. cit., pp. 670-1, e MARIENHOFF, ob. cit., p. 477).

por ações, lhe é aplicável, dispõe sobre a responsabilidade não apenas de dirigentes da sociedade, mas também do controlador da companhia. Assim, é expressamente indicado o elenco de situações e a forma de responsabilização do administrador, assim como de quem exerce o controle acionário da sociedade.

Dessa maneira, a responsabilidade societária alcança o Estado, que, nos termos da Lei nº 6.404/76, submete-se aos deveres e sanções atinentes ao acionista controlador (art. 238).

Os deveres estão resumidos no parágrafo único do art. 116, dizendo respeito ao uso do poder “com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social”, bem assim considerar os direitos e interesses dos demais acionistas da empresa, dos que nela trabalham e de toda a comunidade.

A lei ainda estabelece a responsabilidade do acionista controlador, que diz respeito à indenização dos danos causados por atos praticados com abuso de poder, sendo modalidades deste: “**a**) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional; **b**) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; **c**) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; **d**) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente; **e**) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela Assembléia Geral; **f**) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não eqüitativas; **g**) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade” (art. 117, § 1º).

Portanto, a responsabilidade do Estado, no controle da sociedade, pode ocorrer todas as vezes que, na qualidade de acionista controlador, incorrer em abuso de poder.

Nesse caso, é claro, e não comporta discutir no âmbito deste trabalho, assiste, segundo preceito constitucional, a ação regressiva de pessoa jurídica de direito público contra o seu funcionário, quando tiver este agido com dolo ou culpa (art. 107, parágrafo único, da Constituição Federal).

Portanto, é indiscutível a responsabilidade civil do Estado, na qualidade de controlador de empresa por ele criada, em forma de sociedade anônima, consoante expressa determinação legal. Aliás, é prevista na própria lei a eventual necessidade de o Estado tomar decisão, que atenda ao interesse público justificador da criação da organização empresarial, a qual pode estar em desacordo com o interesse societário, mormente no que tange ao asseguramento de lucro (ver art. 238 da Lei número 6.404/76).

Essa hipótese existe e foi considerada, por ocasião da elaboração do projeto de lei, conforme dá conta a Exposição de Motivos do Sr. Ministro da Fazenda:

“O art. 239 reconhece que o acionista controlador da companhia mista (o Estado, que, por definição, não visa a lucro na sua atividade) possa ter razões de agir em detrimento da companhia, hipótese em que deverá compor os prejuízos que causar aos acionistas minoritários” (in **Lei das Sociedades por Ações**, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 1977, p. 62) (19).

### CONCLUSÃO

Expandindo-se a atividade estatal, por força de novos encargos que lhe forem cometidos, seja no que diz respeito a oferecimento de condições de bem-estar à comunidade, seja na intervenção no domínio sócio-econômico do País, urgiu fossem instituídas pessoas jurídicas que, sob a orientação do Estado, e com o desapego aos processos burocráticos, pudessem prestar esses novos serviços e executar atividade de natureza econômica.

A empresa estatal foi, portanto, a nova modalidade de atuação da Administração Pública, na execução de serviços comerciais e industriais, aliando à orientação da política e da programação do Governo a operacionalidade da empresa privada.

O grande problema que se colocou às administrações estatais, no que tange aos empreendimentos empresariais do Governo, foi o do controle, que exigiu formas garantidoras da unidade de ação governamental e da manutenção da flexibilidade de funcionamento de empresa, nos moldes privatísticos.

A dificuldade de implantação de controles efetivos e satisfatórios é generalizada consoante nos mostra o Direito Comparado, indicado o modelo britânico como o mais equilibrado, por estabelecer controle de gestão, nas suas diretrizes básicas, mas deixando liberdade às empresas nas suas operações rotineiras (**day by day operations**).

No caso brasileiro, as empresas governamentais são definidas em legislação específica, e o seu controle abrange a ação dos três poderes constitucionais. Recentemente regulamentado foi o controle parlamentar,

(19) Note-se que a Exposição de Motivos faz referência a artigos do Projeto de Lei, então, ainda, anteprojeto. O artigo em referência é o art. 238 da Lei n.º 6.404/76.

que se exerce com o auxílio do Tribunal de Contas, assegurado o respeito à forma empresarial privada, de que se revestem (art. 7º, § 1º, da Lei nº 6.223/75).

O controle administrativo das empresas públicas e sociedades de economia mista, no Brasil, é exercido, principalmente, através da supervisão ministerial, na forma dos arts. 19 e 26 do Decreto-Lei nº 200/67. Essa supervisão ministerial compreende os aspectos de legalidade, moralidade e eficiência administrativas.

O controle administrativo, através da supervisão ministerial, é necessário e obrigatório, por ele respondendo o Ministro competente perante o Presidente da República (art. 20 do Decreto-Lei nº 200/67).

No exercício do controle sobre as empresas públicas e sociedades de economia mista, o Estado pode causar prejuízos, pelos quais responde, com fulcro na legislação pertinente. Assim, conforme a legislação societária nacional, exercendo o papel de acionista controlador, responde civilmente o Estado pelos prejuízos que causar a sua ação de controle (art. 117, **caput**, e § 1º, da Lei nº 6.404/76).

É certo que, agindo sempre o Estado através de seus representantes, no caso de responsabilidade civil por danos causados no controle de empresas governamentais, terá que ser examinado sobre se existiu dolo ou culpa do seu agente, e, nesse caso, com fulcro em mandamento constitucional, assistir-lhe-á direito de ação regressiva, para haver do culpado o valor que houver despendido (art. 107, parágrafo único, da Constituição Federal).

#### B I B L I O G R A F I A

- BIELSA, Rafael — **Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración**, 2ª ed., Buenos Aires, J. Lajouane & Cia., Editores, 1929, tomo I.
- CAETANO, Marcelo — **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, Rio, Forense, 1977.
- CAVALCANTI, Amaro — **Responsabilidade Civil do Estado**, atualizada a obra por José Aguiar Dias, Rio, Borsoi, 1956.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão — "Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista", in **RDA** 128: 1-26, 1977.
- COTRIM NETO, A.B. — **Direito Administrativo da Autarquia**, Rio, Freitas Bastos, 1966.
- "Teoria da Empresa Pública em Sentido Estrito", in **RDA** 122: 21-56, 1975.
- CRETILLA JUNIOR, José — **Empresa Pública**, São Paulo, José Bushatsky, Editora da Universidade de São Paulo, 1973.
- DAVIS, M. T. de Carvalho Britto — **Tratado das Sociedades de Economia Mista**, Rio, José Konfino Editor, 1969, vol. I.
- DELION, André G. — **L'État et les Entreprises Publiques**, Paris, Sirey, 1959.
- DIEZ, Manuel Maria — **Derecho Administrativo**, Buenos Aires, Bibliografía Omeba, 1965, tomos I e II.

- DIMOCK, Marshall — "Sociedades Estatais por Ações", in **Empresas Públicas**, textos selecionados por FRANK P. SHERWOOD, trad. de Ma. de Lourdes L. Modiano, Rio, FGV, 1964.
- EMMERICH, Herbert — "Instituições Autônomas e Empresas Estatais", in **Empresas Públicas**, textos selecionados por FRANK P. SHERWOOD, trad. de Ma. de Lourdes L. Modiano, Rio, FGV, 1964.
- FALLA, Fernando Garrido — **Tratado de Derecho Administrativo**, 4ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971, vol. II.
- FAYOL, Henri — **Administração Industrial e Geral**, trad. de Irene de Bojano e Mário de Sousa, 3ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 1958.
- FORSTHOFF, Ernst — **Tratado de Derecho Administrativo**, trad. da 5ª ed. alemã por Legaz Lacambra, Garrido Falla e Gómez de Ortega y Junge, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel Oliveira — **Fundações e Empresas Públicas**, São Paulo, RT, 1972.
- **O Controle da Moralidade Administrativa**, S. Paulo, Saraiva, 1974.
- **Comentários à Reforma Administrativa Federal**, São Paulo, Saraiva, 1975.
- **Empresas Públicas no Brasil — Ação Internacional**, São Paulo, Resenha Universitária, 1975.
- LAUBADÈRE, André de — **Traité Élémentaire de Droit Administratif**, 3ª éd., Paris, LGDJ, 1963, tomo I.
- LIMA, Antonio Amílcar de Oliveira — **O Poder Executivo nos Estados Contemporâneos**, Rio, Artenova, 1975.
- LYRA FILHO, João — **Regime de Controle das Empresas Públicas**, Rio, Pongetti, 1963.
- MARIENHOFF, Miguel — **Tratado de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, tomo I.
- MARQUES, José Frederico — "Fiscalização do Tribunal de Contas sobre Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista", in **RDA** 124:290-298, 1976.
- MEIRELLES, Hely Lopes — **Direito Administrativo Brasileiro**, 4ª ed., São Paulo, RT, 1976.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de — **Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta**, São Paulo, RT, 1973.
- PINTO, Roger — "A Empresa Pública Autônoma de Caráter Econômico, em Direito Comparado", in **RDA** 57:483-501, 1959.
- PRITCHETT, C. Herman — "O Paradoxo da Empresa Estatal", in **Empresa Pública**, textos selecionados por FRANK P. SHERWOOD, trad. de Ma. de Lourdes L. Modiano, Rio, FGV, 1964.
- PYLEE, M. V. — "Empresas Estatais na Economia Indiana", in **Empresas Públicas**, textos selecionados por FRANK P. SHERWOOD, trad. de Ma. de Lourdes L. Modiano, Rio, FGV, 1964.
- SHERWOOD, Frank P. — **Empresas Públicas**, textos selecionados, trad. de Maria de Lourdes L. Modiano, Rio, FGV, 1964.
- SUZIGAN, Wilson e outros — **Aspectos da Participação do Governo na Economia**, Rio, IPEA, 1976.
- TÁCITO, Caio — **Direito Administrativo**, São Paulo, Saraiva, 1975.
- "Controle das Empresas do Estado", in **RDA** 111:1-9, 1973.
- VITO, Francesco — "Controle da Empresa Pública", **Rev. de Dir. Público e Ciência Política**, Rio, FGV, v. III, 1960.
- Lei das Sociedades por Ações**, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 1977.
- Reforma Administrativa**, 11ª ed., São Paulo, Atlas, 1977.

# O dirigismo econômico e o direito contratual

CARLOS ALBERTO BITTAR  
Doutor em Direito pela USP

## SUMÁRIO

### I — O DIRIGISMO ECONÔMICO

- 1) Delimitação e importância do tema: noção de dirigismo econômico.
- 2) A introdução das máquinas no processo produtivo e os reflexos econômicos, sociais e políticos.
- 3) A insuficiência dos esquemas privados e a intervenção do Estado.
- 4) Manifestação da intervenção: o realce dos aspectos econômicos.
- 5) Formas de intervenção e áreas abrangidas em seu contexto.

### II — REFLEXOS NO DIREITO CONTRATUAL

- 6) Dirigismo e Direito: a normatização da intervenção.
- 7) Reflexos do dirigismo quanto aos princípios que regem os contratos.
- 8) Reflexos do dirigismo quanto à própria contratação.
- 9) Formas contratuais decorrentes.
- 10) Reflexões conclusivas.

## BIBLIOGRAFIA

## I — O DIRIGISMO ECONÔMICO

### 1) Delimitação e importância do tema

A preocupação com a intervenção do Estado na economia e nos negócios privados e os reflexos no plano do Direito tem suscitado interessantes trabalhos doutrinários, ao longo dos tempos, em que se colhem diferentes aspectos dessa problemática.

Assim é que ora se enfocam os aspectos publicísticos desse relacionamento — e sob óticas diversas: a do Direito Constitucional, a do Direito Econômico, a do Direito do Trabalho e de outros ramos do Direito —, ora se perscrutam os envoltimentos de cunho privado<sup>(1)</sup>.

Deter-nos-emos no presente trabalho — e após breve radiografia do fenômeno do moderno dirigismo econômico — na influência que tem exercido no âmbito do Direito contratual.

Trata-se de tema dos mais importantes na área da doutrina dos contratos e que está a exigir um tratamento sistematizado, para o qual lançaremos os elementos a que a pesquisa, o estudo e a meditação nos conduziram, culminando com breves reflexões que a matéria impõe.

Descerrando a questão, cabe-nos assinalar que dirigismo econômico é a expressão que designa a condução, pelo Estado, dos negócios da economia.

Nesse sentido, pode-se observar que, ao longo dos séculos, sempre existiu intervenção nos negócios da economia por parte dos detentores do poder, desde as organizações tribais, aos príncipes e monarcas do “despotismo esclarecido”, das cidades primitivas às monarquias e democracias constituídas no “século das luzes”. Mas a fórmula é aplicada à intervenção nos tempos modernos, quando já definida a noção de Estado e estruturada, em suas grandes linhas, a atual disposição da “Carta Mundi”.

(1) Dentre outros autores, v. ABEL ANDRADE: *A Vida do Direito Civil*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1898, em que já apontava a crise das instituições do Direito Civil, enfocando a chamada “questão social” e os seus reflexos no Direito, e as metamorfoses por que passava o Direito Civil, págs. 7 e segs.; JOSEPH CHARMONT: *Les Transformations du Droit Civil*, Paris, Armand Colin, 1912, em que apresenta e discute as influências dos fenômenos econômicos no Direito Civil, págs. 3 e segs.; MARCO AURÉLIO RISOLIA: *Soberania y Crises del Contrato*, B. Aires, Abeledo Perrot, 1958, em que estuda a crise do contrato, analisando o princípio da autonomia da vontade e a sua situação ante a intervenção, a começar pela discussão da vontade como fonte geradora de direito, págs. 17 e segs., evidenciando os temperamentos que tem sofrido a concepção clássica, págs. 115 e segs.; L. JOSSERAND: “Aperçu Général des Tendances Actuelles de la Théorie des Contrats”, in *Rev. Trim. de Droit Civil*, 1937, t. 36, págs. 1 e segs., em que evidencia as novas tendências, no campo contratual; JAIME SANTOS BRIZ: *La Contratación Privada*, Madrid, Montecorvo, 1966, em que analisa o denominado “Estado social de Direito”, e o intervencionismo e a sua influência no campo privado, págs. 15 e segs. e 51 e segs.; ALESSANDRO GIORDANO: *I Contratti per Adesione*, Milano, Giuffrè, 1951, em que acentua o papel das empresas na proliferação do contrato da adesão, págs. 7 e segs.; COSIMO MARCO MAZZONI: *Contratti di Massa e Controlli nel Diritto Privato*, Napoli Jovene, 1975, em que estuda a contratação em massa e o papel da empresa, págs. 1 e segs.

Dentre nós: v. ORLANDO GOMES: *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, São Paulo, RT, 1967, em que assinala o sentido dessas transformações, págs. 1 e segs., e a decadência do voluntarismo, págs. 10 e segs., em face da intervenção estatal, analisando as novas formas contratuais surgidas, págs. 18 e segs., e Contrato de Adesão, SP, RT, 1962, em que mostra a expansão desses contratos e a sua posição na denominada “crise do Direito”, págs. 22 e segs., em diferentes sistemas.

Marco inicial nesse estudo é a Revolução Industrial do século XIX, que representa o mais importante fenômeno econômico da era moderna, por seu largo espectro, tendo feito eclodir toda uma problemática, não só econômica como também social e política, que ainda deita efeitos nos dias presentes.

A economia, que se encontrava dominada pelo liberalismo de ADAM SMITH, QUESNAIS, BENTHAM e outros — cujos postulados filosóficos-políticos foram fixados pelos pensadores do iluminismo, como LOCKE, MONTESQUIEU, ROUSSEAU, VOLTAIRE —, repousava então, essencialmente, sobre a agricultura, a produção artesanal e o comércio.

## **2) A introdução das máquinas no processo produtivo e os reflexos econômicos, sociais e políticos**

A introdução das máquinas no processo de produção muda sensivelmente a sua estrutura: nova atividade (a industrial) desenvolve-se, gerando inúmeras outras (indústrias de complemento; atividades de distribuição e de colocação de produtos; serviços correlatos ou derivados etc.); substitui-se o trabalho humano por máquinas; possibilita-se a produção em série (em massa); novos produtos exsurtem; iniciam-se as concentrações humanas nos centros urbanos — em que se instalam as indústrias — e o êxodo rural; assiste-se ao surgimento de nova classe social (a operária); começa o deslocamento da mulher do lar e, com isso, um processo de paulatina desagregação da família.

Destaquem-se ainda, no plano da economia, além do desenvolvimento da indústria, a expansão do comércio, que se aparelha para dar vazão ao grande volume de produção, e a formação de grandes concentrações de capitais para a exploração dessas indústrias, nascendo daí as macroempresas, que se plasmam sob a forma de sociedade anônima<sup>(2)</sup>.

Acende-se a luta pela conquista de mercados; acirra-se a concorrência; desperta-se para a publicidade<sup>(3)</sup>; pugna-se por uma minimização de custos para a obtenção de preços competitivos; procura-se a fixação de salários em níveis compatíveis com os interesses dos capitais dirigentes, e, com isso, descerra-se uma nova problemática social.

Aparecem então movimentos de proteção aos trabalhadores; evidencia-se a preocupação com o homem e os valores que carrega em si e, em especial, com a situação do economicamente mais fraco, realçando-se o desnível existente na vinculação laboral e no estabelecimento de relações contratuais. Argumenta-se, para a fixação de nova ordem, com a violação do ideal de justiça, que o desequilíbrio existente entre as partes traduzia<sup>(4)</sup>.

(2) V. dentre outros autores: TULLIO ASCARELLI: *Lezioni de Diritto Commerciale*, Milano, Gluffrè, 1955, págs. 23 e segs.; e 72 e segs.; GEORGES RIPERT: *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, Paris, Lib. Générale, 1977, 2.<sup>a</sup> ed., págs. 10 e segs.; MANUEL BROSETA PONT: *La Empresa, la Unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil*, Madrid, Tecnos, 1965, págs. 57 e segs.; e EVARISTO DE MORAES FILHO: *Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa*, Rio, Forense, 1960, vol. II, págs. 9 e segs.

(3) Análise da publicidade em seu relacionamento com o Direito é feita em nosso *Direito de Autor na Obra Publicitária*, SP, RT, 1979.

(4) V. os autores citados à nota 1.

Manifesta-se, no plano das idéias, a doutrina social da Igreja, consubstanciada na encíclica **Rerum Novarum**, em que se enfatizam os valores individuais e a família, pugnando-se pela instituição de mecanismo de proteção por parte do Estado.

No plano fático, para fazer frente às pressões dos titulares de capitais e em atenção a ditames da natureza, sentem os assalariados a necessidade de organizar-se em entidades que cuidem dos interesses comuns, nascendo daí as associações e, depois, os sindicatos, por um processo de conscientização de direitos, que as condições de trabalho e o desenvolvimento das comunicações possibilitavam <sup>(5)</sup>.

Acrescem as reivindicações, em especial, por melhores níveis de vida e de trabalho para os trabalhadores e seus familiares; batalha-se pelo recebimento de remuneração condizente; propugna-se por horário de trabalho compatível; pelo repouso semanal remunerado; por férias anuais e por programas de assistência médica e de aposentadoria. Mas esses planos encontram resistência dos detentores de capitais, cuja perspectiva se voltava para a expansão de seus negócios e por maiores lucros.

Os conflitos de interesses geram insatisfações e crises, que se refletem em contínuas paralisações de serviços, e depois greves organizadas, com reflexos nas relações sociais, políticas e na própria produção <sup>(6)</sup>.

### **3) A insuficiência dos esquemas privados ante a nova realidade: a intervenção do Estado**

Ante a nova realidade, logo se verifica a insuficiência dos esquemas privados e os presentes choques de interesses vão trazendo situações incômodas para os governantes, gerando inclusive conflitos armados.

No plano do relacionamento extra-estatal e ditadas por fatores vários, as tensões existentes levam o globo, depois, à Primeira Guerra Mundial, exigindo sacrifícios vários aos homens e aos Estados envolvidos. Em consequência, geram-se novas preocupações, dentre as quais avulta a de segurança do Estado e a de necessidade de fortalecimento da economia, para enfrentar-se crises desse vulto <sup>(7)</sup>.

Doutrinas exacerbadas — advindas do século anterior — e pressões locais fazem emergir, no mundo oriental, nova ideologia: a do socialismo, em que o Estado passa a deter os meios de produção (intervenção substitutiva) e a elaborar planos para a sua atuação, inserindo-se, assim, a noção de planejamento na economia.

No mundo ocidental, como solução para a nova problemática, exsurge outra posição doutrinária: a do Neoliberalismo. Admite-se a intervenção do

(5) V. ORLANDO GOMES e ELSON GOTTSCHALK; Curso de Direito do Trabalho, Rio, Forense, 1978, vol. II, págs. 738 e segs., e 915 e segs. A. F. CESARINO JUNIOR: Direito Social Brasileiro, Rio, Freitas Bastos, 1957, vol. I, págs. 81 e segs., em que estuda a revolução industrial e suas consequências.

(6) V. CESARINO JUNIOR: ob. cit., págs. 204 e segs.; e ORLANDO GOMES e ELSON GOTTSCHALK; ob. cit., págs. 783 e segs. e 881 e segs.

(7) Dentre outros autores, v. LESLIE LIPSON: Os Grandes Problemas da Ciência Política, trad., Rio, Zahar, 1967.

Estado para suprir deficiências da iniciativa privada (intervenção supletiva), a qual se inicia, no campo social, pela instituição de normas e de organismos de defesa dos trabalhadores, aceitando-se, em algumas partes, o planejamento estatal.

Nesse sentido, verifica-se uma melhor instrumentação do poder central para a condução do Estado e assiste-se à escalada do Executivo na direção da concentração de poderes, em razão do princípio da funcionalidade. O novo posicionamento do Estado encontra na necessidade de amparo ao economicamente mais fraco e no restabelecimento do equilíbrio nas relações privadas a sua justificação<sup>(8)</sup>.

#### 4) Manifestação da intervenção: o realce dos aspectos econômicos

No âmbito da economia, observam-se vários fenômenos: a intervenção em setores determinados, em especial, os de maior influência no contexto geral; o controle de certas empresas prática já adotada na guerra, em áreas de interesse; a criação de organismos centrais de intervenção ou de execução de programas específicos. Além disso, e depois de certa relutância — firmada a noção de neutralidade do planejamento — estende-se, ao mundo ocidental, a planificação estatal, para uma atuação global na economia. Tudo isso, ainda, a par da assunção, pelo Estado, de certas atividades consideradas essenciais, em que se reserva o monopólio, ou mesmo em áreas tradicionalmente conferidas à esfera privada, em que constitui empresas para a sua exploração.

Com o segundo conflito mundial, mais se exalça a questão da necessidade de segurança do Estado, despertando-se, em seguida, a preocupação com o desenvolvimento econômico, que se acentua após a independência das antigas colônias européias na África. Segurança e desenvolvimento passam a ser as palavras de ordem nos novéis Estados, introduzindo-se, então, no contexto a problemática da tecnologia como condicionante do progresso<sup>(9)</sup>.

Enfatiza-se mais a crescente especialização das empresas; expandem-se as macroempresas e, de outro lado, evidenciam-se a concentração e a diversificação de atividades dentro de um mesmo complexo econômico-financeiro, originando-se as piramidizações de empresas, sob a égide de pequeno número de pessoas ou de instituições. Formam-se grandes grupos econômicos, principalmente na área financeira, cuja ascensão encontra apoio na política de cunho monetarista que se vem aplicando e também pelo aproveitamento de incentivos fiscais concedidos pelo governo<sup>(10)</sup>. Atinge-se en-

(8) O controle do Estado sobre o tráfico jurídico entre particulares é realçado por JALME SANTOS BRIZ: ob. cit., págs. 21 e segs.; v. tb. C. MAZZONI: ob. cit., págs. 75 e segs.; e M. A. RISOLIA: ob. cit., págs. 123 e segs. As transformações do Direito Civil são analisadas por ENRICO CIMBALI: *A Nova Fase do Direito Civil*, trad. Adherbal de Carvalho, Porto e Rio, Chardon e L. Francisco Alves, 1900, págs. 13 e segs.

(9) Sobre a matéria, escrevemos o verbete "know-how" para a *Enciclopédia Saraiva do Direito*, em que analisamos a problemática da tecnologia face ao Direito.

(10) V. os verbetes de nossa autoria, na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, sobre "Associações de Empresas", "Capital aberto", "Grupos de sociedades" e "Incentivos Fiscais". Sobre grupos, v. OCTAVIO BUENO MAGANO: *Os Grupos de Empresas no Direito do Trabalho*, SP, RT, 1978, em que enfoca os diferentes aspectos — econômicos e jurídicos — das concentrações de empresas, no âmbito do mencionado Direito.

tão a extraordinária expansão de bancos e instituições financeiras na presente quadra, em que a economia — em sua expressão maior — repousa, de um lado, sobre a atuação do Estado e de suas empresas e, de outro, sobre a ação desses grupos, desenvolvida por entre pequenas e médias empresas que se esforçam para a sobrevivência.

De outra parte, dilatam os seus horizontes, espraiando-se por diferentes países, as empresas multinacionais que, com sua ação, vêm transformando por completo o cenário econômico (e político) mundial <sup>(11)</sup>.

Em contraponto, mas em bem menor escala, empresas nacionais, entre nós, já atuam no exterior, expandindo os seus negócios e prestando serviços a entidades públicas e privadas do estrangeiro.

Novas formas de contratação — em massa e por diferentes sistemas de comunicação —, novas formas de atividades econômicas; novas técnicas; novas negociações vêm interferindo na esfera contratual, perfazendo-se os ajustes sem negociação prévia e, em geral, uniformizando-se as condições. A estandardização do conteúdo de contratos, em inúmeros setores, torna-se de uso <sup>(12)</sup>.

A atomização dos negócios, a expansão das comunicações, a mecanização das atividades de produção, a racionalização na atuação das empresas, tudo isso vem conferindo dimensões novas à vida e ao intercâmbio de bens e de serviços.

Cresce o sentido de coletivização, que eclode a partir da conscientização da gravidade da problemática social, debilitando-se a noção e a posição do homem como indivíduo. No plano obrigacional, corolário é a socialização do contrato <sup>(13)</sup>.

Substitui-se então a idéia de “indivíduo”, como centro de preocupações, pela de “homem localizado” na sociedade; acentua-se o predomínio do social sobre o individual, característica principal do mundo contemporâneo, e que no Estado concentra a condução <sup>(14)</sup>.

E de todos os aspectos em que se envolve a sociedade atual, o econômico sobressai-se aos demais (a justificar a expressão **homo economicus** como designativa do homem no estágio presente) <sup>(15)</sup>.

(11) A respeito da problemática das multinacionais, v. CLAUDE LAZARUS e outros: *L'Entreprise Multinationale Face au Droit*, Paris, Lib. Techniques, 1977, em que os define e analisa no âmbito do Direito. Sobre as formas das empresas modernas, v. BRUNO OPPETTI e ALAIN SAYAG: *Les Structures Juridiques de l'Entreprise*, Paris, Lib. Techniques, 1978.

(12) V. JAIME S. BRIZ: ob. cit., págs. 70 e segs. COSIMO MAZZONI: ob. cit., págs. 75 e segs. e págs. 114 e segs.; ALESSANDRO GIORDANO: ob. cit., págs. 12 e segs.; ORLANDO GOMES: *Contrato de Adesão*, cit., págs. 15 e segs. e 57 e segs.

(13) V. ANTONIO CHAVES: *Lições de Direito Civil*, SP, Bushatsky, 1972, Parte Geral, vol. 2, págs. 36 e segs., e *Direito das Obrigações*, vol. 2, págs. 74 e segs.

(14) GEORGES BURDEAU: *Les Libertés Publiques*, Paris, Lib. Générale, 1972, págs. 13 e segs.

(15) Sobre o aspecto econômico e a atuação do Direito, v. ALEX JACQUEMIN e GUY SCHRAMS: *Le Droit Economique*, Paris, Presses Universitaires, 1971. Dentre nós, v. OCTAVIO BUENO MAGANO: *Introdução ao Direito Econômico*, São Paulo, 1973; GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL: *Teoria do Direito Econômico*, SP, RT, 1977, págs. 21 e segs.; EROS ROBERTO GRAU: *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, SP, RT, 1978, págs. 3 e segs., dentre outros autores.

## 5) Formas de intervenção e áreas abrangidas em seu contexto

A intervenção do Estado perfaz-se, no início, pelos denominados “corretivos sociais” — medidas destinadas a obviar ou a minorar o desequilíbrio nas relações laborais — que se manifestam no plano da legislação social. Do campo trabalhista, previdenciário, assistencial e acidentário, atingem-se outras atividades, algumas sob a forma de monopólio, como a exploração de petróleo, minas, energia, telecomunicações, indústrias de base e outras (16).

Com o passar do tempo e sob a mesma motivação, somam-se diferentes áreas à relação, dentre as quais, atualmente: transportes; seguros; mercado financeiro; mercado de capitais; investimentos em certas regiões; preços de produtos industrializados; preços de produtos da agricultura; política agrária; comércio exterior; disciplina do capital estrangeiro; locação; mercado imobiliário; atividades de pesca, de turismo, de reflorestamento; propriedade industrial; e direitos autorais, dentre outros campos (17).

Assiste-se, pois, a uma crescente estatização, que vai ampliando o universo econômico sob a sua égide, com o conseqüente sacrifício da iniciativa privada.

Manifesta-se a intervenção, atualmente: a) em termos globais, abrangendo a planificação e a direção dos negócios da economia em geral; e b) em determinados setores: seja mediante a assunção de certas atividades ou empresas; seja mediante regulação e controle por organismos centrais; seja inclusive por incentivação, sob controle do Estado.

Tornam-se de uso a edição e a execução de leis de planejamento pelo Estado, direcionando a sua atuação para as áreas consideradas de maior interesse na estratégia do desenvolvimento (18).

Prossegue o Estado, de outro lado, abarcando certas atividades, inclusive industriais e comerciais, tornando-se, a um só tempo, produtor, industrial e distribuidor de produtos de diferentes aplicações (19).

Organismos de controle, sob a égide do Executivo, fiscalizam outros setores, ditam a respectiva política, manifestam-se sobre os seus negócios, impõem-lhes condições para contratação; fixam-lhes os preços de serviços que fornecem.

Em contraposição, a estimulação da iniciativa privada continua por meio de franquias tributárias em áreas e atividades em que o Estado não

(16) V. ABEL ANDRADE: ob. cit., págs. 99 e segs.; J. CHARMONT, ob. cit., págs. 19 e segs.; RISOLIA: ob. cit., págs. 115 e segs.

(17) Sobre direitos autorais, v. nosso *Direito de Autor na Obra sob Encomenda*, SP, RT, 1977, em que analisamos os diferentes contratos, págs. 27 e segs. Sobre comércio exterior, v. CLAUDE V. BERR e HENRI TREMEAU: *Le Droit Douannier*, Paris, Lib. Générale, 1975, em que analisam todos os seus aspectos frente ao Direito.

(18) Sobre o Planejamento e a natureza das respectivas leis, v. EROS ROBERTO GRAU: ob. cit., págs. 9 e segs. e 208 e segs.

(19) O Estado industrial e comercial é enfocado, em suas múltiplas atuações, por PIERRE DU PONT: *L'Etat Industriel*, Paris, Sirey, 1961, págs. 9 e segs., em que analisa a ação das empresas nacionais.

tem condições, de per si, de atuar com êxito, mas sempre sob o controle dos referidos organismos.

## II — REFLEXOS NO DIREITO CONTRATUAL

### 6) Dirigismo e Direito: a normatização da intervenção

O Direito — que a elas se tem mostrado sensível — vem acompanhando essas transformações, absorvendo os novos conceitos e disciplinando as novas relações, na busca e na consecução da justiça.

Verifica-se então a integração da intervenção ao plano positivo, mediante a sua inserção nas Constituições contemporâneas, que passam a estampar capítulos especiais sobre a ordem econômica e social, em que expressamente se faculta a ação estatal, embora com o caráter de supletividade e sem uma precisa delimitação <sup>(20)</sup>.

Ainda no plano do Direito — sob cuja égide se tem manifestado a intervenção — verifica-se: **a)** a edição periódica de leis especiais de planejamento e de intervenção, em que se define o respectivo alcance e se estabelece a forma de controle; **b)** a conversão de leis supletivas em imperativas, em face do interesse coletivo (como nos campos de transportes; locação comercial e residencial; seguros; mercado imobiliário e outros tantos); **c)** a outorga de poder de regulamentação a organismos de intervenção, situados na escala hierárquica do Executivo ou por ele fiscalizados diretamente (como os institutos de previdência; entidades de disciplinação profissional; organismos controladores ou fiscalizadores, como, entre nós: Banco Central, Comissão de Valores Mobiliários, Banco Nacional da Habitação, SUDENE, Conselho Nacional de Direito Autoral e outros); **d)** a instituição de contribuições especiais para o custeio dos serviços e encargos relativos a intervenção (como, entre nós, a da previdência social; a sindical; a de disciplinação de profissões; a de regulamentação da economia, e tantas outras); **e)** a utilização de tributos como instrumento de desenvolvimento e de incentivação de regiões e de atividades (os incentivos fiscais consistentes em isenções, abatimentos, reduções, exclusões e outras formas de tributos para aplicação em programas especiais); **f)** a edição de normas de fiscalização e de controle de atividades e de suas negociações (como entre nós, as do mercado de capitais, do mercado imobiliário; de seguros; da propriedade industrial e outros tantos); e **g)** a submissão das negociações privadas ao pronunciamento do organismo de intervenção (como em operações do mercado financeiro e de capitais; de transferência de tecnologia e outras).

O legislador — e assim os aplicadores da lei — sofre o influxo das novas concepções, e vem editando normas ou projetando outras, acolhendo conceitos e doutrinas, no sentido de limitar a autonomia da vontade, perseguindo o alcance do bem geral.

Essa fenomenologia vem também gerando a instituição de normas e regras próprias ou particulares em determinados segmentos do mundo

(20) V. a respeito: MODESTO CARVALHOSA: *A Ordem Econômica na Constituição de 1969*, SP, RT, 1972. V. tb. *Constituição Federal*, arts. 160 e segs.

negocial, pelas empresas que nele operam, no afã de preservar os seus interesses e expandir as suas atividades, buscando resultados mais favoráveis. Surgem ou desenvolvem-se então normas dentre esses grupos intermediários da sociedade, e que se vêm impondo à contratação, ao lado de sua própria regulamentação interna. São regras que antepõem àqueles com que contratam, sejam distribuidores de seus produtos, sejam clientes ou consumidores (21).

Tenham-se presentes — a título de exemplificação — os sistemas de controle de preços instituídos pelo Estado, que, em contraposição, têm gerado a adoção de regras de atuação rígidas, para as negociações, pelas empresas de maior porte, inclusive multinacionais, que impõem normas e condutas aos que com elas contratam, sob pena de não se perfazer a contratação.

### **7) Reflexos do dirigismo quanto aos princípios que regem os contratos**

Esses fenômenos vêm produzindo reflexos sensíveis sobre o direito das obrigações e dos contratos, porque através deles é que se regem as relações econômicas entre particulares (pessoas físicas ou jurídicas).

**In fact**o, o dirigismo deita efeitos: **a)** tanto sobre os princípios gerais que governam obrigações e contratos edificados à época do liberalismo puro; **b)** como sobre a própria contratação, compreendendo a formação, a consumação e a execução dos contratos.

Quebra-se, então, a rigidez de certos princípios; atenuam-se certos conceitos e noções; admite-se a ingerência de fatores externos nos contratos, limitando-se sensivelmente a participação da vontade individual no vínculo contratual (22).

Modificam-se, pois, as estruturas tradicionais; insinuam-se novas posições; alteram-se dados da realidade, aos quais se tem de ajustar o Direito, à luz do qual se tem — como assinalamos — manifestado o dirigismo nos Estados modernos.

Com efeito, dos princípios cardiais na teoria clássica dos contratos, o fundamental é: **a)** o da autonomia da vontade — que repousa sobre os conceitos de liberdade e de igualdade — pelo qual as partes livremente se obrigam ou deixam de vincular-se, fixando as condições que regerão as suas relações, em razão do respectivo interesse. Significa, pois, o poder de auto-regulamentação de interesses.

(21) A respeito, v. os autores citados à nota 12.

(22) V. os autores citados à nota 1. V. tb. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES: *Manual dos Contratos em Geral*, Lisboa, Colmbra Editora, 1965, págs. 55 e segs.; e HECTOR MASNATTA: *El Contrato Necesario*, B. Aires, Abeledo Perrot, 1964, págs. 13 e segs.; ALBERTO G. SPOTA: *Contratos*, B. Aires, De palmas, 1975, vol. I, págs. 28 e segs. V. tb. autores indicados à nota 8. Esse conflito entre interesse público e privado tem-se mostrado latente em vários campos, como no do Direito de Autor, gerando limitações a esse direito (v. nosso "Reprografia e Direito de Autor", in *Revista de Informação Legislativa*, n.º 58, págs. 181 e segs.). A matéria é discutida por ODDO BUCCI, *Diritto d'Autore e Interesse Pubblico*, Padova, Cedam, 1975, p. espec., págs. 55 e segs.

Esse princípio tem, **ab origine**, como restrição ou limite; **b)** o princípio da predominância do interesse público, segundo o qual, ante o interesse da coletividade, deve a vontade individual curvar-se <sup>(23)</sup>.

Completam o elenco os princípios; **c)** da intangibilidade dos contratos e **d)** do consensualismo, aquele não permitindo a interferência de elementos externos no contrato e, este, dispensando quaisquer formalidades no ajuste de vontades.

Em função do princípio da autonomia, as partes têm a faculdade de contratar ou não, estipulando aquilo que lhes convier, ou, por outras palavras, podem, elas próprias, regular as suas relações.

Consubstancia-se no poder que têm os interessados de contrair o vínculo obrigacional, ou deixar de fazê-lo, em função de sua vontade, de seu interesse ou conveniência. Nesse sentido, pode a parte escolher a pessoa do outro contratante; assim, por exemplo, dentro de um número determinado de interessados, escolher o locatário que lhe pareça mais digno de confiança para celebrar o contrato de locação, ou o distribuidor, que melhor atenda aos interesses da indústria produtiva, e assim por diante.

As partes cabe, pois, eleger: o tipo do negócio, como, por exemplo, à existência de determinado bem para negociação, escolher-se o contrato de compra e venda ou de alienação fiduciária, ou outro que melhor atenda aos reclamos das partes; o conteúdo do contrato (configuração interna), com a especificação das condições que se ajustem ao seu interesse e às peculiaridades do tipo eleito; e a forma jurídica (externa), ou seja, contrato particular ou público (ressalvadas as hipóteses em que a lei a estipula).

De ordem pública são os temas respeitantes ao bem público, em que se impõe a vedação de ajustes contrários à moral ou aos bons costumes. Nesse campo, subordina-se a vontade individual ao interesse coletivo, por meio de normas cogentes.

Mas, o conceito flutua ao sabor da consciência popular, em determinado momento e em cada Estado, alargando-se à medida em que este vem assumindo posições na esfera privada (por exemplo, em matéria de locação, de seguros, de transportes, de direitos autorais, e outras, tradicionalmente inseridas no âmbito privado, normas de ordem pública têm-se insinuado com freqüência, alterando substancialmente a visão privatística).

Verifica-se, em consequência, um contínuo alargamento da noção da ordem pública, com a integração, ao seu conceito, de considerações e de conceitos de cunho econômico. Elementos econômicos introduzem-se e expandem-se na órbita da ordem pública, ao lado de conotações de moral e de bons costumes.

Com efeito, com a intervenção do Estado na economia, regulando certas atividades ou ditando normas imperativas em certos campos, vêm sendo retiradas da órbita privada matérias tidas até então como dela integrantes, representando balizas à autonomia privada.

(23) Sobre os princípios, v. dentre outros autores, ORLANDO GOMES: *Contratos*, Rio, Forense, 1978, págs. 29 e segs.; LUIZ DA CUNHA GONÇALVES: *Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro*, SP, Limonad, 1951, vol. II, págs. 519 e segs.

A publicização de diferentes áreas, antes reservadas à esfera privada, reduz, pois, o campo do referido princípio. Assim é que se multiplicam as proibições à contratação; estende-se o campo de nulidades; fixam-se elementos para a constituição do contrato (como, por exemplo, nas normas ditadas para a proteção dos interesses minoritários nas sociedades anônimas), limitando o poder de disposição dos titulares; nos contratos de aquisição de controle de sociedade aberta; na imposição de oferta pública para a aquisição das ações, sob pena de nulidade; na exigência de intervenção da autoridade para constituição de inúmeros contratos. É o que se chama de publicização do contrato <sup>(24)</sup>.

Outro princípio cardinal é o da intangibilidade do contrato, que se enuncia no brocardo **pacta sunt servanda** e consiste na impossibilidade de mutação dos respectivos termos, uma vez definidos e ajustados pelas partes.

De acordo com o princípio da intangibilidade do contrato, as estipulações deles constantes devem ser fielmente cumpridas; daí o entendimento de que constitui lei entre as partes, erigido, mesmo, em norma, em algumas codificações.

Assim, pelo descumprimento da avença, pode o credor executar o patrimônio do devedor, movimentando o aparelhamento judiciário do Estado para exigir a prestação.

Nesse passo, têm sido admitidas as escusas naturais: ditames de força maior e de caso fortuito.

Mas os desequilíbrios econômicos ditados por fenômenos de vária ordem e inclusive pela própria política adotada pelos governantes, em épocas diferentes, geraram a concepção de que devem ser revistos os contratos sempre que fatores exógenos rompam o equilíbrio e desnivalem as partes.

Tem-se como assente a inexistência de igualdade das partes, na generalidade dos casos, face às grandes concentrações de riquezas em poucas pessoas e organizações.

Aceita-se então a teoria da revisão dos contratos, de conformidade com a qual deve haver a intervenção do Juiz para o restabelecimento do equilíbrio rompido por circunstâncias externas e imprevisíveis, ao tempo da contratação (teoria da imprevisão, ou ainda da cláusula **rebus sic stantibus**, especialmente, quanto aos efeitos de inflação, com o reconhecimento de correção monetária em dívidas de valor) <sup>(25)</sup>.

Acresce ao rol o princípio do consensualismo, em consônancia com o qual se constitui o contrato pelo acerto de vontades puro e simples, dispensadas quaisquer formalidades.

Pelo princípio do consensualismo, a declaração de vontade das partes basta ao perfazimento do vínculo. A manifestação dá-se de conformidade com o interesse dos contratantes e independe, em regra, de formalidades.

(24) V. LUIZ DIEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1972, págs. 85 e segs. e 90 e segs. V. tb. os autores citados à nota 1.

(25) A evocação e a admissão de fatores exógenos no contrato são discutidas por RISOLIA, ob. cit., págs. 175 e segs., dentre outros autores. V. tb. J. M. OTHON SIDOU: *A Revisão Judicial dos Contratos e Outras Figuras Jurídicas*, Rio, Forense, 1978, e OSWALDO MEDEIROS DA FONSECA: *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, Rio, Forense, 1958.

Mas a contínua ingerência do poder público nos negócios da economia e a ação das grandes concentrações de empresas para ajustar-se transformaram sensivelmente o espectro desse princípio, fazendo subordinar os contratantes a regulamentos e a contratos rígidos e padronizados, que não possibilitam discussões prévias. Isso acarreta limitação à declaração, que passa a constituir-se em mera aceitação a modelos e fórmulas predeterminadas.

Assiste-se, então, a contínua padronização dos contratos, em diferentes setores privados, como no terreno dos direitos autorais; no imobiliário, seja na locação, seja na aquisição de imóveis; nos seguros; nos contratos bancários; de financiamento, de portes; nos negócios com certos produtos (café, algodão e outros) etc.

A fixação de tipos, para determinados negócios, é freqüente, cabendo às partes aceder simplesmente aos seus termos. Seguem-se a forma impressa e o preestabelecimento de cláusulas nesses contratos, as quais se transformam em condições normais de sua celebração.

A simplificação dos negócios e a atomização em certos setores vêm ocasionando a adoção de formulários para a contratação, técnica essa de rigor em relações com organismos e entidades da administração, direta ou indireta, em que a burocracia não admite sucedâneo ou mesmo alteração em seu teor. Impregna-se a contratação de um formalismo exacerbado. A disseminação da computação vem exacerbando o problema, impondo rígida observância de formulários.

A elaboração de regulamentos pelos organismos de controle ligados à administração e mesmo por empresas e entidades privadas vem cerrando mais as portas da discussão contratual, ocasionando esses fenômenos a denominada "crise do contrato", já em outras épocas apontada (26), pela acentuação das desigualdades, em razão da situação econômica das partes.

### **8) Reflexos do dirigismo quanto à própria contratação**

Tudo isso se reflete na contratação, em suas diferentes fases: **a)** formação; **b)** perfazimento; e **c)** execução, criando-lhe óbices e permitindo-se a ingerência de elementos e fatores externos, com limitação da vontade individual, como se frisou.

Assim, na fase de negociação, não raro ocorre a impossibilidade de contratação, desde que o interessado esbarre em qualquer exigência preexistente (ex.: em setor sujeito à ação de determinada empresa, estatal ou privada, ou sob monopólio, de fato ou de direito) ou não se conforme com as condições prefixadas (como nos transportes, nos seguros, nos contratos bancários etc.).

Em certos casos, há a imposição de contratação (**verbi gratia**, no contrato de seguro acoplado ao de transportes, tanto rodoviários, como aéreos e marítimos, em que, no próprio bilhete, vem incluso o valor correspondente).

(26) V. os autores referidos às notas 1 e 22.

Dá-se, em outras hipóteses, a impossibilidade de escolha da pessoa (ou empresa) com quem contratar. Apresenta-se como obrigatória a contratação com pessoa (ou empresa determinada), ou seja, a parte não tem condições de eleger o outro contratante (ex.: contratos sobre serviços de fornecimento de energia elétrica, ou de telefonia, em que a concessionária é, necessariamente, uma das partes, não podendo, de outro lado, negar-se ao fornecimento às pessoas que se apresentam; contratos nas áreas de comunicações etc.).

Ocorre, ainda, a impossibilidade de escolha do tipo contratual, porque já se acha estabelecido em lei ou em regulamento (como os contratos de **know how** (tecnologia), cuja tipificação se acha minuciosamente descrita em ato normativo; e **leasing** (arrendamento mercantil) etc.).

Ainda na formação do contrato, é freqüente a impossibilidade de discussão de cláusulas (nos casos em que se impõem os padrões, legais e regulamentares; estas do poder público ou de entidades privadas de porte (ex.: a citada transferência de tecnologia; nos contratos de concessão mercantil; de transportes, de seguros etc.). Pelas mesmas razões, dá-se a impossibilidade de discussão de condições, também já preestabelecidas (como nos contratos bancários; de financiamento, com todos os requisitos, prazos e ônus estereotipados).

Em certos casos, é ainda impossível a escolha da forma, porque já definida na legislação (assim, por exemplo, no sistema financeiro da habitação, os contratos se perfazem por escrito particular, nas condições fixadas na legislação imobiliária). Impressos ou formulários são largamente utilizados em setores públicos e privados — os denominados contratos formulares —, como os contratos bancários, de abertura de conta, de concessão de cheque especial, de mútuo, de financiamento; os contratos da área de comércio exterior; da de concessão de serviços públicos, como de telefones e, enfim, de todos em que atuam empresas públicas etc.

A atuação da parte cinge-se, pois, à simples adesão aos tipos, cláusulas, regulamentos e formulários predeterminados. Dá-se, pois, uma contínua extensão dos contratos de adesão, que vem dominando a fenomenologia contratual em nossos dias (27).

Com efeito, a manifestação da vontade limita-se à aceitação ou não dos modelos e arquétipos existentes, importando a negativa no não perfazimento do contrato.

Admite-se, por fim, a já mencionada necessidade de submissão do contrato à autoridade administrativa, em vários setores (como na constituição e modificação estruturais de entidades financeiras; de certas sociedades por ações; nos contratos de **underwriting**; da oferta pública de compra de ações; de aquisição de controle de empresas abertas; de tecnologia; do comércio exterior, de importação ou exportação etc.).

Na execução dos contratos, também se sentem os influxos da intervenção, com a admissão da teoria da revisão dos contratos, permitindo-se

(27) V. os autores e obras específicas referidas à nota 1.

ao Juiz, em condições definidas, alterar o conteúdo do contrato, para possibilitar o seu cumprimento.

Cumpre-nos assinalar, por fim, que a aceitação dessa orientação, em que se realça a importância do aspecto moral na contratação <sup>(28)</sup>, importa também em admitir-se a atuação do magistrado para, seja quanto à contratação, seja na execução do contrato, eliminar distorções na defesa da parte prejudicada, representando, pois, mais um rompimento do caráter liberal de que se revestia a matéria.

Mostra-se, pois, bastante restrito o domínio da vontade individual. A pessoa tem que se subordinar aos regulamentos, normas, formulários e padrões preestabelecidos, para vincular-se contratualmente, e em quase todo o campo contratual. Em alguns setores, essa vontade encontra-se completamente subjugada pelo complexo de normas e fórmulas preexistentes. Ruem-se aí, pois, os princípios tradicionais. Estilhaçam-se as concepções clássicas no domínio dos contratos, comprimindo-se, pois, a vontade individual.

### 9) Formas contratuais decorrentes

Anote-se, por outro lado, que a ação intervencionista, as reações de acomodação dos grandes grupos econômicos e das grandes empresas em geral e o desenvolvimento dos negócios e das técnicas, especialmente de comunicação, vêm adicionando novas formas contratuais às existentes. Da combinação de contratos tradicionais, da junção de cláusulas de tipos, pré-definidos ou não; da ideação de novos negócios e de novos institutos — com que se renova a atividade negocial, enriquecendo-se o campo do Direito Patrimonial <sup>(29)</sup> —, inúmeras figuras contratuais têm emergido e muitas com contornos próprios e definidos (contratos atípicos, muitos dos quais já normalmente integrados à prática dos negócios e, inclusive, regulamentados).

Com efeito, como conseqüência do processo exposto, novas formas de contrato vêm sendo introduzidas no mundo dos negócios, alargando-se os seus horizontes (por exemplo, os contratos de direitos autorais, como o contrato de **merchandising**; contratos de publicidade; contrato de transferência de tecnologia; contrato de **leasing**, contrato de **factoring**, contrato de **engineering** e dezenas de outros) <sup>(30)</sup>.

Além disso, novas figuras surgem no cenário contratual: **a)** os contratos denominados necessários; **b)** os regulamentos; **c)** os autorizados; **d)** os coletivos; e **e)** os complexos.

(28) A importância do elemento moral nas obrigações é acentuada por **GEORGES RIPERT**: *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, Paris, Lib. Générale, 1949 em que discute a questão da moral e da boa-fé; a intervenção do juiz no contrato; a lesão; o abuso de direito e outras figuras em que se exalta esse aspecto. V. tb. nosso trabalho: "O Aspecto Moral no Direito das Obrigações em Direito de Autor", in *R. F.* n.º 261. Sobre abuso de direito, v., dentre outros autores, **FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE SÁ**: *Abuso do Direito*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1973.

(29) A expressão é utilizada, com felicidade, por **DIEZ-PICAZO**, citado (v. nota 24).

(30) V. os verbetes "factoring", "engineering", "merchandising", de nossa lavra, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*.

Contrato necessário (imposto ou forçado ou imperativo, conforme a doutrina) é aquele que a parte está obrigada a celebrar; aquele a que se não pode recusar (ex.: concessão de serviços públicos, em que a empresa não pode deixar de fornecer os serviços, nem eleger o outro contratante, mas apenas traça certos requisitos e os contornos do contrato, que, preenchidos, obrigam-na a contratar; em profissões regulamentadas, a impossibilidade de recusa; no seguro que se faz com o contrato de transporte e outros. Algumas dessas figuras já nos códigos existiam, como o depósito necessário).

Contrato regulado (ou regulamentado) é o contrato cujo conteúdo está sujeito a regulamentação legal (ex.: certos contratos bancários; o **leasing**, a transferência de **know how**); limita-se, então, o contratante a escolher a outra parte, e isso quando não exclusiva a atividade.

Contrato autorizado é o que depende de manifestação da autoridade administrativa, para seu perfazimento (exs.: a oferta pública de ações; aquisição de controle de empresas; o contrato de transferência de **know how**; o contrato de **underwriting**, os do comércio externo; o de constituição de certas sociedades anônimas etc.).

Contrato coletivo é o firmado por determinada categoria profissional, em relações trabalhistas, com as empresas do setor (como o para reajuste de salário).

Contrato complexo (ou misto) é o que resulta da reunião de elementos integrantes de tipos diferentes ou da combinação de contratos típicos (exs.: **leasing** (arrendamento mercantil, com opção de compra de maquinaria); alienação fiduciária; **know how, engineering** etc.)<sup>(31)</sup>.

## 10) Reflexões conclusivas

A reflexão sobre a matéria leva-nos à inelutável conclusão de que, no estágio atual, a vontade individual está comprimida — conforme enfatizamos — por interesses coletivos, reduzindo-se, quase sempre, à simples adesão. Retira-se-lhe, na generalidade dos negócios, a possibilidade de discussão. Cinge-se a sua expressão à mera concordância a parâmetros prefixados.

Os princípios que inspiram a contratação privada não se revestem mais do caráter absoluto de quando edificados. Inúmeras limitações lhes tem aposto o dirigismo econômico. Impregna-se o campo contratual de conotações econômicas. Restrições e óbices à livre movimentação das partes ora existem, submetendo a consecução e a execução dos contratos a elementos e fatores externos.

Introduzem-se novas figuras contratuais, que denotam a evolução dos negócios, mudando-se o panorama restrito das codificações e de leis de complementação.

Mas, pontofinalizando, cabe a indagação: no estágio presente tem sido atingido o ideal de justiça que serviu de lastro para os primeiros passos da

(31) Essas diferentes figuras são estudadas pelos autores referidos às notas 1, 21 e 24.

intervenção? Infelizmente, impõe-se a **negativa**; não se conseguiu o resultado almejado; ao revés, têm-se acentuado os desníveis na contratação, ficando o hipossuficiente (tanto pessoa como empresa de menor porte) sujeito ao economicamente mais forte. Para a vinculação, tem ele de ajustar-se aos termos por aquele previamente estipulados, sob pena de não realização do negócio.

Isso retira das negociações o sentido de justiça de que se devem revestir — desde que conduzem à submissão dos menos dotados, no plano econômico —, parecendo-nos necessário que, em atitude de autocritica, os Estados modernos procedam à revisão da política econômica, para que se permitam condições de livre vinculação aos interessados em diferentes setores e que, da concorrência e da ampla discussão de condições e de possibilidades, se consiga atingir o nível ideal e desejável da **justiça**, que é a **razão e o fim mesmo** do Direito. . .

Não se pode olvidar, por derradeiro, que é ao **homem** que se deve voltar a atuação do Estado — respeitando os seus direitos —, pois representa ele, a um tempo, o **inspirador e o destinatário** de suas ações e normas. . .

#### B I B L I O G R A F I A

- ALLARA, MARIO: *La Teoria Generale del Contratto*, Torino, Giappichelli, s.d.
- ANDRADE, ABEL: *A Vida do Direito Civil*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1898.
- ANDRADE, MANUEL RODRIGUES DE e ALARGÃO, RUY DE: *Teoria Geral das Obrigações*, Coimbra, Almadina, 1966.
- ASCARELLI, TULLIO: *Lezioni de Diritto Commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955.  
— *Saggi di Diritto Commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955.
- AZEVEDO, ALVARO VILLAÇA: *Contratos Inominados*, S. Paulo, Bushatsky, 1975.
- BALEEIRO, ALIOMAR: *Direito Tributário Brasileiro*, Rio, Forense, 1977.
- BARASSI, LUDOVICO: *La Teoria Generale delle Obligazioni*, Milano, Giuffrè, 1964.
- BAUDOIN, JEAN LOUIS: *Les Obligations*, Montreal, Presses de Montreal, 1970.
- BETTI, EMILIO: *Teoria Generale delle Obligazioni*, Milano, Giuffrè, 1953.
- BEVILAQUA, CLÓVIS: *Código Civil Comentado*, Rio, Editora Rio, 1976.
- BITTAR, CARLOS ALBERTO: *O Direito de Autor no Plano das Liberdades Públicas*; in *Justitia* n.º 98, págs. 165 e segs. Diversos artigos sobre a nova lei de sociedades anônimas, in *O Estado de São Paulo*, edições de 5/2/77; 20/; 12/3; 3/4; 22/4; 8/5; 15/5; 29/5; 27/11 in *Diário de São Paulo*, de 6-8-77; e *RT Informa*, n.ºs 162; 173; 185; e *Revista de Direito Civil*, n.º 2, págs. 87 e segs. "Alteração na estrutura jurídica da empresa"; "Associações de empresas"; "Capital aberto"; "Capital autorizado"; "Controladora, controladas e coligadas"; "Grupos de sociedades"; "Fechamento de capital"; "Investimento (em controlada)"; "Incentivos Fiscais"; "Informação (dever de)" e outros verbetes, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*.

- BORDA, GUILHERMO: **Manual de Contratos**, B. Aires, Abeledo Perrot, 7.<sup>a</sup> ed.
- BRIZ, JAIME SANTOS: **La Contratación Privada**, Madrid, Montecorvo, 1966.
- CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: **Las Condiciones Generales de los Contratos y la Eficacia de las Leyes**, Madrid, Civitas, 1975.
- CHARMONT, JOSEPH: **Les Transformations du Droit Civil**, Paris, Armand Colin, 1912.
- CHAVES, ANTÔNIO: **Lições de Direito Civil**, S. Paulo, RT, 1976 e 1977 (Obrig.)
- CIMBALI, ENRICO: **A Nova Fase do Direito Civil**, trad. Adherbal de Carvalho, Porto e Rio, Chardon e F. Alves, 1900.
- COSTA, MARIO JULIO DE ALMEIDA: **Direito das Obrigações**, Coimbra, Atlântica, 1968.
- CUPIS, ADRIANO DE: **Teoria e Pratica del Diritto Civile**, Milano, Giuffrè, 1967.
- DIEZ-PICAZO, LUIZ: **Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial**, Madrid, Tecnos, 1972.
- FARJAT, G.: **Droit Economique**, Paris, PUF, 1971.
- FERRARA, LUIGI C.: **Il Negozio Giuridico**, Napoli, Morano, s.d.
- FERRI, GIUSEPPE: **Manuale di Diritto Commerciale**, Torino, Torinese, 1972.
- FERRI, LUIGI: **Lezione sul Contratto**, Bologna, Patron, 1975.
- FRANÇA, RUBENS LIMONGI: **Manual de Direito Civil**, SP, RT, 1975 (Obrig.)
- GAUDEMET, EUGÈNE: **Théorie Générale des Obligations**, Paris, Sirey, 1965.
- GIL, ANTONIO HERNANDEZ: **Derecho de Obligaciones**, Madrid, Rivadeneyra, 1960.
- GIORDANO, ALESSANDRO: **Il Contratto per Adesione**, Milano, Giuffrè, 1955.
- GOMES, ORLANDO: **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**, SP, RT, 1968. **Contratos**, Rio, Forense, 1977.
- GORLA, GINO: **Il Contratto**, trad. JOSE FERRANDIS VILELLA, Barcelona, Bosch, 1959.
- GRAZIANI, ALESSANDRO: **Impresa e Società**, Nápoli, Morano, 1963.
- HEDEMANN, J. W.: **Tratado de Derecho Privado**, trad. JAIME SANTOS BRIZ, Madrid, Rev. de Derecho Privado, 1958.
- JACQUEMIN, ALEX e SCHRANS, GUY: **Le Droit Economique**, Paris, Presses Univ. de France, 1974.
- LARENZ, KARL: **Derecho de Obligaciones**, trad., Madrid, Rev. de Derecho Privado, 1959.
- LONGO, G.: **Diritto delle Obligatione**, Torino, Torinese, 1950.
- LOPES, M. M. DE SERPA: **Curso de Direito Civil**, Rio, F. Bastos, 1966 (Obrig.).
- MALINVAUD, PHILIPPE: **Les Mécanismes Juridiques des Relations Economiques**, Paris, Litec, 1975.
- MARTINS, FRAN: **Contratos e Obrigações Comerciais**, Rio, Forense, 1977.

- MARTY, GABRIEL e RAYNAULD, PIERRE: *Les Obligations*, Paris, Sirey, 1962.
- MESSINEO, FRANCESCO: *Il Contratto in Genere*, Milano, Giuffrè, 1972.
- MIRANDA, F. C. PONTES DE: *Tratado de Direito Privado*, Rio, Borsol, 1970 (Obrig.).
- MONTEIRO, WASHINGTON DE BARROS: *Curso de Direito Civil*, SP, Saraiva, 77 (Obrig.).
- MORAES FILHO, EVARISTO DE: *Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa*, Rio, Forense, 1960.
- MUÑOZ, LUIS: *Contratos Comerciais*, B. Aires, Tipografica Argentina, 1960.
- NONATO, OROZIMBO: *Curso de Obrigações*, Rio, Forense, 1959.
- PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA: *Instituições de Direito Civil*, Rio, Forense, 1976 (Obrig.).
- PONT, MANUEL BROSETA: *La Empresa, la Unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil*, Madrid, Tecnos, 1965.
- PONTES, ALOISIO LOPES: *Instituições Financeiras*, Rio, Forense, 1973.
- RAO, VICENTE: *O Direito e a Vida dos Direitos*, SP, Resenha Trib., 1976.
- RAVAZZONI, ALBERTO: *La Formazione del Contratto*, Milano, Giuffrè, 1974.
- RIPERT, L. M. A.; GEORGES: *La Règle Morale dans les Obligations*, Paris, Lib. Générale, 1949. *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, Paris, Lib. Générale, 1963.
- RISOLIA, MARCO AURÉLIO: *Soberania y Crisis del Contrato*, B. Aires, Abeledo Perrot, 1958.
- RODRIGUES, SÍLVIO: *Curso de Direito Civil*, SP, Saraiva, 1977 (Obrig.).
- RUGGIERO, ROBERTO DE: *Instituições de Direito Civil*, trad. SP, Saraiva, 1971 (Obrig.).
- SACCO, RODOLFO: *Il Contratto*. Torino, Torinese, 1975.
- SALVAT, RAYMUNDO M.: *Tratado de Direito Civil Argentino*, B. Aires, Tipog. Arg., 1958 (Obrig.).
- SAVATIER, RENÉ: *La Théorie des Obligations*, Paris, Dalloz, 1974.
- SCOGNAMIGLIO, RENATO: *Contratti in Generale*, Milano, Vallardi, 1975.
- STARCK, BORIS: *Droit Civil-Obligations*, Paris, Lib. Techniques, 1972 e 1975.
- STOLFI, GIUSEPPE: *Teoria del Negocio Juridico*, trad. Madrid, Rev. Dre. Privado, 1959.
- TANDOGAN, HALUK: *Théorie Générale des Obligations*, Genève, Lib. de l'Université, 1972.
- TAVARES, JOSÉ: *Os Principios Fundamentais do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1929.
- TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO: *Manual dos Contratos em Geral*, Lisboa, Coimbra Ed., 1965.
- TOBENAS, JOSÉ C.: *Derecho Civil Español — Derecho de Obligaciones*, Madrid, Reus, 1974.
- TRABUCCHI, ALBERTO: *Istituzione di Diritto Civile*, Padova, Cedam, 1977.
- VARELLA, JOÃO DE MATOS ANTUNES: *Das Obrigações em Geral*, Coimbra, Almadina, 1974.
- WEILL, ALEX: *Les Obligations*, Paris, Dalloz, 1975.

# Do contrato de adesão no Direito brasileiro

ARNOLDO WALD  
Advogado

1. A doutrina costuma atribuir a RAYMOND SALEILLES a primeira referência ao contrato de adesão. Efetivamente, o mestre da Faculdade de Direito de Paris, ao comentar o art. 133 do Código Civil alemão, que determina a prevalência do espírito sobre a letra do contrato, fez a distinção entre os contratos nos quais ambas as partes tinham uma efetiva liberdade de fixar as cláusulas e aqueles nos quais um dos contratantes impunha, de fato, ao outro, as condições do negócio. Escreveu a respeito o mestre do direito francês que:

“Sans doute, il y a contrats et contrats; et nous sommes loin dans la réalité de cette unité de type contractuel que suppose le droit. Il faudra bien, tôt ou tard, que le droit s'incline devant les nuances et les divergences que les rapports sociaux ont fait surgir. Il y a de prétendus contrats qui n'ont du contrat que le nom, et dont la construction juridique reste à faire; pour lesquels, en tous cas, les règles d'interprétation individuelle qui viennent d'être décrites devraient subir, sans doute, d'importantes modifications; ne serait-ce que pour ce que l'on pourrait appeler, faute de mieux, les *contrats d'adhésion*, dans lesquels il y a la prédominance exclusive d'une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat, et s'emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même. C'est le cas de tous les contrats de travail dans la grande industrie, des contrats de transport avec les grandes compagnies de chemins de fer, et de tous ces contrats qui revêtent comme un caractère de loi collective et qui, les Romains le disaient déjà, se rapprocheraient beaucoup plus de la *Lex* que de l'accord des volontés” (RAYMOND SALEILLES, *De la Déclaration de Volonté*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1929, nº 89, pág. 229).

2. Entendia SALEILLES que o contrato de adesão importava, na realidade, numa verdadeira declaração unilateral de vontade emitida por um dos contratantes e aceita pelo outro, devendo tal situação repercutir na interpre-

tação do contrato, que deveria ser feita atendendo ao interesse coletivo. Seria uma interpretação mais parecida com a exegese da lei do que com a fixação do exato sentido do contrato. Concluiu, pois, o jurista francês que:

“L'interprétation, dans ce cas, devrait se faire comme celle d'une loi proprement dite, en tenant compte, beaucoup moins de ce qu'a pu croire et vouloir, soit l'ouvrier qui adhère aux conditions générales de l'engagement dans telle ou telle usine, soit le voyageur qui, en prenant son billet, adhère aux conditions et à la loi fixées par la compagnie. que de ce que ces chartes générales doivent être dans l'intérêt de la collectivité auxquelles elles s'adressent. Ce qui doit constituer l'interprétation, ce n'est plus la recherche d'une volonté moyenne, qui puisse représenter la volonté commune des deux contractants — ces procédés ne sont de mise que là où les deux volontés ont un rôle égal à jouer — mais bien l'interprétation de la seule volonté qui a été prédominante, qui seule a formé l'engagement, à la façon d'une compagnie qui émet des titres au porteur et qui s'oblige déjà par l'émission du titre, avant toute acceptation par voie de souscription; volonté qui, par la suite, a créé une loi contractuelle, offerte aux adhésions particulières, et qui doit être appliquée dans le sens de ce qu'exigent et la bonne foi et les rapports économiques en jeu, dans leur combinaison avec ces lois d'humanité qui s'imposent, dès qu'un particulier, une compagnie ou une autorité publique touchent, par voie de règlements généraux, aux conditions de la vie économique ou sociale de l'individu” (RAYMOND SALEILLES, *obra citada*, nº 90, pág. 230).

3. O que caracteriza o contrato de adesão é a ausência de liberdade contratual. Fez-se, recentemente, a adequada distinção entre a liberdade de contratar e a liberdade contratual, significando a primeira a possibilidade de aceitar ou não um determinado negócio jurídico, enquanto a segunda expressa a possibilidade, para ambas as partes, de fixarem, de comum acordo, o conteúdo do contrato, ou seja, as cláusulas e condições dos mesmos. Examinando esta distinção entre as duas facetas do princípio da autonomia da vontade, já tivemos o ensejo de escrever que:

“A autonomia da vontade se apresenta sob duas formas distintas, na lição dos dogmatistas modernos, podendo revestir o aspecto de liberdade de contratar e de liberdade contratual. Liberdade de contratar é a faculdade de realizar ou não determinado contrato, enquanto a liberdade contratual é a possibilidade de determinar e estabelecer o conteúdo do contrato. A primeira se refere à possibilidade de realizar ou não um negócio, enquanto a segunda importa na fixação das modalidades de sua realização.

A liberdade contratual permite a criação de contratos atípicos, ou seja, não especificamente regulamentados pelo direito vigente, impor-

tando na possibilidade, para as partes contratantes, de derogar as normas supletivas ou dispositivas, dando um conteúdo próprio e autônomo ao instrumento lavrado” (ARNOLDO WALD, *Obrigações e Contratos*, 5ª edição, 1979, pág. 129).

4. A falta de liberdade contratual pode decorrer da própria lei, da regulamentação do Poder Executivo ou de uma situação de fato. Efetivamente, em alguns casos, o Estado estabelece e determina as condições nas quais certas operações jurídicas devem ser realizadas, aprovando previamente fórmulas que constituem um verdadeiro contrato-padrão ou contrato-tipo, que se impõe a todos os contratantes, como acontece por exemplo em relação às apólices de seguro. Outras vezes, a ausência de liberdade dos contratantes decorre das próprias condições do mercado ou da complexidade e dos aspectos técnicos de certas operações, nas quais há ou pode haver uma presumida superioridade ou prepotência econômica de um dos contratantes sobre o outro.

5. A melhor definição do contrato de adesão se encontra na obra de HENRI DE PAGE, na qual o mestre belga explica que:

“On désigne sous le nom de *contrats d'adhésion* certains contrats qui se forment *sans discussion préalable*, entre parties, de leurs clauses et teneur, et dans lesquels la partie acceptante se contente de donner son assentiment, *d'adhérer* à un projet déterminé et presque toujours immuable, à un *contrat-type* que lui présente la partie offrante” (HENRI DE PAGE, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, 2ª edição, tomo II, Bruxelas, Établissement Émile Bruylant, 1948, nº 550, pág. 511).

6. Para DE PAGE, cabe ao juiz interpretar o contrato de adesão, restringindo a aplicação das cláusulas draconianas ou leoninas e favorecendo o aderente, no caso de dúvida ou ambigüidade. Essa missão deverá, todavia, ser exercida com muita prudência, sensibilidade e circunspeção, atendendo-se sempre à política social. Para tanto, o magistrado apreciará, independentemente da lei positiva, os interesses em jogo: o do bom funcionamento do serviço oferecido e o dos usuários, moldando, assim, um contrato juridicamente rígido com o espírito voltado para as exigências de ambos os contratantes e da própria sociedade (*obra citada*, nº 554, pág. 516).

7. Examinando a matéria, em obra didática, tivemos a ocasião de escrever que:

“O contrato de adesão é aquele em que um dos contratantes ou ambos não têm a liberdade contratual para discutir os termos do contrato, podendo apenas aceitá-lo ou recusá-lo, atendendo-se à própria natureza do contrato ou a determinações legais que fixam as condições dos contratos de certo tipo.

As passagens aéreas e as apólices de seguro constituem exemplos de contratos em que o passageiro ou o segurado pode viajar ou não, realizar ou não o seguro, mas não tem a faculdade de discutir as condições contratuais. O contrato de adesão decorre seja da técnica amplamente desenvolvida do nosso tempo, em que as grandes empresas fixam modelos de contratos que apresentam ao público, seja da interferência do Estado na economia nacional, determinando que certos modelos de contratos só possam ser utilizados após a aprovação governamental, que deverá ser dada pelos órgãos competentes. Trata-se de uma *estandarização* do contrato, na qual uma das partes impõe o conteúdo do contrato à outra, não havendo entre os contratantes a igualdade jurídica, mas devendo um deles aderir à proposta feita pelo outro, sem que tal policitização admita qualquer aditamento, modificação ou contraproposta.

A doutrina tem discutido o caráter contratual do contrato de adesão, não havendo dúvida que se trata de um contrato *sui generis*, de um contrato original, mas que nem por isso perdeu a sua natureza contratual.

A importância do contrato de adesão, em nossa época, decorre das situações respectivas entre os contratantes, quando um deles exerce um monopólio de fato ou de direito em relação a serviços essenciais existentes na sociedade, estando o outro contratante praticamente obrigado a contratar nas condições fixadas pela empresa dominante em determinada área de atividade (seguros, transportes, fornecimento de telefone, luz e gás, financiamento ao consumidor etc.).

Os códigos não têm dado a necessária atenção aos contratos de adesão pleiteando a doutrina uma regulamentação mais minuciosa da matéria, para assegurar a proteção legal do outro contratante que deve aderir à minuta que lhe é apresentada. Geralmente, o poder público controla os contratos de adesão, fixando ou fiscalizando as suas cláusulas, mas a introdução de normas especiais referentes à interpretação dos mesmos nos códigos pode parecer interessante e oportuna.

A doutrina e a jurisprudência têm aliás fixado princípios próprios de interpretação para os contratos de adesão, dando preferência às cláusulas manuscritas ou datilografadas sobre as impressas e interpretando o contrato em geral em favor daquele que se obrigou por adesão" (ARNOLDO WALD, *ob. cit.*, págs. 174 e 175).

8. Alguns autores clássicos, como GEORGES RIPERT, têm criticado a expressão "contrato de adesão", afirmando até que uma das razões pelas quais os mesmos têm sido estudados e consagrados é o fato de não se saber exatamente o que significam (GEORGES RIPERT, *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, 4ª edição, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, nº 55, pág. 97).

9. Afastando, todavia, essa posição isolada e um pouco saudosista do eminente autor do *Declínio do Direito* (*Le Déclin du Droit*, Paris, Librairie Générale, 1949), a doutrina, a jurisprudência e a própria lei passaram a considerar, a partir da última guerra mundial, que os contratos de adesão deveriam ter um regime próprio no tocante à sua interpretação. Não se trata evidentemente de condenar tais contratos que são necessários e úteis e sem os quais a própria civilização contemporânea não poderia alcançar o adequado grau de desenvolvimento.

10. Ao contrário, os princípios de generalidade, permanência e rigidez que caracterizam o contrato de adesão constituem uma importante garantia para os contratantes. Na realidade, a standardização ou padronização dos contratos (*standardization of contract*), que decorre da estrutura do contrato de adesão, se impôs nos transportes, nos financiamentos, nos seguros, nos fornecimentos de serviços, nas locações e nas contratações realizadas pelas entidades públicas, em geral. Ela importou numa relevante simplificação da vida dos negócios e, tendo permitido que se desse maior velocidade às transações, tornou-se um dos elementos da mecanização do nosso tempo, mantidas as garantias necessárias para as partes.

11. A análise prévia das minutas dos contratos de adesão pelos poderes públicos fez com que a doutrina chegasse a entender que:

“By standardizing contracts, a law increases that real security which is a necessary basis of initiatives and tolerable risks” (M. R. COHEN, *Law and the Social Order*, Harcourt, Brace & World, 1933, pág. 106, ap. W. FRIEDMANN, *Law in a Changing Society*, 2ª edição, London, Stevens & Son, 1972, pág. 131).

12. Várias legislações deram maior ênfase aos contratos de adesão a partir de 1940.

13. Coube ao *Codice Civile* italiano papel pioneiro na matéria, pois foi o primeiro – ou um dos primeiros – a tratar de modo específico dos contratos de adesão ou contratos-tipos, estabelecendo a prevalência das cláusulas escritas sobre as impressas (art. 1.342) e determinando que, no caso de dúvida, a interpretação se fizesse em favor do aderente (art. 1.370).

14. A mesma orientação encontramos no recente Código Civil etíope de autoria do eminente comparatista francês, Professor RENÉ DAVID, que, no seu art. 1.738, dispõe:

“Article 1.738 – *Interprétation en faveur du débiteur.*

(1) Le contrat s'interprète, en cas de doute, contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation.

(2) Toutefois, les clauses insérées dans les conditions générales ou dans les modèles ou formulaires de contrats, établis par un des contractants, s'interprètent en faveur du contractant qui a été appelé à y adhérer."

15. Soluções análogas são consagradas nas legislações da Holanda, da Alemanha Oriental e de Israel, enquanto as decisões jurisprudenciais evoluíram no mesmo sentido nos países que não adotaram textos expressos na matéria, ou que restringiram a sua incidência a casos especiais.

16. Assim, a França elaborou uma legislação específica para proibir as cláusulas abusivas incluídas nos contratos de adesão e estabeleceu uma proteção para o aderente nos casos de cláusulas impressas em tipos minúsculos ou de difícil leitura (v. JEAN CARBONNIER, *Droit Civil*, tomo II, Paris, Presses Universitaires de France, 1959, pág. 333, nº 96). Por outro lado, as decisões dos tribunais franceses foram corrigindo alguns excessos ou abusos desses contratos. Como bem salientam os irmãos MAZEAUD:

"L'interprétation que les tribunaux donnent du contrat d'adhésion est, par la force des choses, très particulière. Il n'est possible d'interpréter une volonté commune, puisque cette volonté n'existe pas. L'action de la jurisprudence s'exerce en suppléant dans le contrat des clauses qui n'auraient pas été acceptées par le plus fort, mais qui protègent le plus faible; on peut citer l'obligation de sécurité que les tribunaux "découvrent" dans de nombreux contrats d'adhésion" (HENRI, LÉON et JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, tomo II, 5ª edição, atualizada por MICHEL DE JUGLART, Paris, Éditions Montchrestien, 1973, nº 88, pág. 76).

17. No Brasil, a legislação não tratou expressamente do contrato de adesão, mas existe um pleno consenso da jurisprudência e da doutrina no sentido de aplicar-lhe um regime próprio, com base nos princípios gerais do direito e de acordo com o que determina a própria Lei de Introdução ao Código Civil, nos seus artigos 4º e 5º, nos termos dos quais:

"Art. 4º – Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º – Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais, a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

18. Após considerar a ausência de legislação a respeito da matéria como constituindo uma séria "lacuna do direito nacional", ORLANDO GOMES conclui que a ausência de normas escritas não impede, todavia, a aplicação de princípios especiais e de um regime jurídico próprio aos contratos de adesão.

Conclui o professor da Faculdade de Direito da Bahia, na monografia que dedicou ao assunto, que:

“Da circunstância de ser omissa a legislação não resulta, porém, completo alheamento da doutrina, nem desconhecimento de suas peculiaridades por parte dos tribunais. Aos que são provocados a conhecê-los para fixar oficialmente o sentido e o alcance de suas cláusulas, resta o expediente de invocar princípios gerais de direito como suporte de suas decisões. O recurso a esta fonte e à doutrina justifica o interesse de correta qualificação dessa entidade jurídica, a fim de lhe aplicar preceitos legais adequados. É viável, por outras palavras, a sua construção pelo aproveitamento e seleção dos materiais colhidos nos principais contratos de adesão, orientando-se o construtor pelas normas técnicas inferidas do seu perfil dogmático” (ORLANDO GOMES, *Contrato de Adesão*, S. Paulo, “Revista dos Tribunais”, 1972, nº 104, pág. 149).

19. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal teve o ensejo de consagrar o regime especial dos contratos de adesão, em várias ocasiões, como se verifica pelas decisões proferidas nos Recursos Extraordinários de n.ºs 11.947 (*Diário da Justiça*, de 12-8-1949, apenso ao nº 186, pág. 2.134) e 18.351 (*Diário da Justiça da União*, de 11-5-1953, pág. 1.336 e *Revista dos Tribunais*, vol. 237, págs. 654 e seguintes).

20. No primeiro dos acórdãos citados, o eminente e saudoso Ministro OROZIMBO NONATO teve o ensejo de afirmar que, na falta de regulamentação legal adequada, como ocorre no Brasil, o remédio para os abusos a que se presta o contrato de adesão consiste em atribuir ao juiz a fiscalização de sua execução, atendendo às exigências da boa fé e da equidade.

21. No mesmo acórdão, o Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, salientou que:

“O transporte é um dos serviços cuja prestação se subordina quase inteiramente ao contrato de adesão, necessário ao bom funcionamento dos serviços públicos.

O remédio para os abusos a que se presta essa forma de convenção não está, até que seja dada a solução legislativa, em restringir ou invalidar a eficácia de certas estipulações; o remédio consiste em fiscalizar o juiz a execução do contrato, atendendo às exigências da boa fé (DE PAGE, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, II, 1964, págs. 471 e segs.).

No caso, o juiz não viu sacrifício das partes que aderiram à cláusula de competência, e entendeu que a cláusula havia derogado a competência principal, estabelecendo que era exclusivo o foro convencionado.

Se se houvesse adotado foros concorrentes eletivamente, seria lícito que o autor os escolhesse. Tornou-se, porém, exclusivo o foro do Rio de Janeiro para todas as questões surgidas na execução do contrato.

As decisões impugnadas julgaram que devia prevalecer a cláusula de competência exclusiva, inserta no contrato de adesão.

Conheço do recurso pelo dissídio da jurisprudência acerca não só da eficácia das estipulações constantes dos contratos de adesão, mas também da competência por eleição; nego-lhe, entretanto, provimento.”

22. A ementa do acórdão foi a seguinte:

“Até que seja dada solução legislativa, o remédio para os abusos a que se presta o contrato de adesão consistirá em fiscalizar o juiz a execução do contrato, atendendo às exigências da boa fé.”

23. No segundo caso, que também versou sobre a cláusula de foro em contrato de adesão, a questão foi apreciada, inicialmente, em turma, e, em seguida, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal. Ao contrário do que se decidira no caso anteriormente referido, entendeu o Excelso Pretório que, na hipótese, não deveria prevalecer o foro eleito no contrato por não parecer a cláusula suficientemente clara na matéria. A decisão fez também uma distinção importante entre as cláusulas principais e acessórias nos contratos de adesão, entendendo que estas últimas deviam merecer maior controle por parte do Poder Judiciário.

24. No seu voto, o Ministro MÁRIO GUIMARÃES teve o ensejo de esclarecer que:

“Os contratos de adesão, na sua nomenclatura relativamente moderna, têm sido muito discutidos pelos juristas, quer civilistas, quer comercialistas e a opinião de todos é de que se trata quase que de um ato de força, de imposição de uma das partes sobre a vontade da outra e há mesmo alguns autores que nem o consideram como contrato. Jossierand, por exemplo, inclui as adesões numa das manifestações unilaterais da vontade. Isso mostra como devem ser interpretados os contratos de adesão. Eles devem ser interpretados num sentido benigno para a parte, que foi obrigada a aceitar as cláusulas. Daí exigir-se que sejam tais cláusulas muito claras, precisas, conhecidas com antecedência” (*Revista dos Tribunais*, vol. 237, pág. 657, *in fine*, e 658).

25. Acrescentou o eminente magistrado, logo em seguida, que:

“Além disso, também distinguem os juristas nas cláusulas dos contratos de adesão — conservemos o termo “contrato” para facilitar a interpretação — as cláusulas essenciais e as acessórias.

As cláusulas essenciais são aquelas que constituem o principal do contrato sem as quais o contrato não se ultima: por exemplo, o preço e o destino da mercadoria.

As cláusulas acessórias, segundo ensinam os juristas, devem ser interpretadas com muita benevolência, porque essas não se consideram aderidas, não fazem parte da adesão” (Revista citada, pág. 657).

26. A decisão foi tomada pelo voto de desempate do Presidente JOSÉ LINHARES, tendo o relator sido vitorioso na defesa de sua tese que mereceu o apoio dos Ministros OROZIMBO NONATO, RIBEIRO DA COSTA e ROCHA LAGOA.

27. A ementa do acórdão dos embargos decididos no plenário foi a seguinte:

“FORO CONTRATUAL – Estipulação – Clareza indispensável – Anuência fora de quaisquer constrangimentos – Transporte marítimo – Conhecimento entregue ao expedidor após o início do transporte – impossibilidade de arrendimento.

CONTRATO DE ADESÃO – Cláusulas essenciais e acessórias – Conceito – Interpretação das dúvidas em favor do aderente.

A desistência do foro do domicílio pela preferência do foro contratual deve ser clara, isenta de quaisquer dúvidas, de modo que bem explícito fique terem as partes anuído a ele livres de quaisquer constrangimentos.

Nos contratos de adesão devem as cláusulas duvidosas ser interpretadas a favor do aderente” (Revista citada, pág. 654, *in fine*, e 655).

28. A doutrina dominante no Brasil também é no sentido de reconhecer a existência de um regime próprio de interpretação para os contratos de adesão, invocando-se para tanto a lição do direito comparado e a tradição de acordo com a qual toda estipulação, no caso de dúvida, deve ser interpretada contra a estipulante, conforme já entendia POTHIER, para quem:

“dans le doute, une clause s’interprète contre celui qui a stipulé quelque chose et à la décharge de celui qui a contracté l’obligation. In stipulationibus cum quaeritur quid actum sit, *verba contra stipulatorem interpretanda sunt*: L. 38, § 18, §§ de Verb. oblig.

.....  
Le créancier doit s’imputer de ne s’être pas mieux expliqué” (POTHIER, *Oeuvres, Traité des Obligations*, 3ª edição, Paris, Marchall et Billard e outros, 1890, nº 97, pág. 50).

29. Verificamos, pois, que a interpretação favorável ao aderente, no caso de ambigüidade e o próprio controle do juiz sobre o contrato de adesão, que

deve ser exercido moderadamente, além de consagrados pela jurisprudência, são defendidos pelos eminentes Professores SAN TIAGO DANTAS (*Programa de Direito Civil – II – Contratos*, Rio, Editora Rio, 1978, pág. 163), SÍLVIO RODRIGUES (*Direito Civil*, vol. III, 4ª edição, São Paulo, Saraiva, 1972, n.º 20, pág. 45, e 23, pág. 52), ANTONIO CHAVES (*Lições de Direito Civil, Obrigações*, vol. II, S. Paulo, José Bushatsky Editor, 1974, págs. 80 e seguintes) e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (*Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações*, vol. 2, 10ª edição, S. Paulo, Saraiva, 1975, pág. 31). No mesmo sentido, opina, aliás, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*Instituições de Direito Civil*, vol. III, Rio, Forense, 1963, pág. 52), comprovando, assim, a existência de um consenso jurisprudencial e doutrinário na matéria.

30. Acresce, finalmente, que na sua segunda edição o Anteprojeto de Código Civil incluiu um artigo – o de nº 418 – sobre os contratos de adesão, estabelecendo que:

“Quando houver, no contrato de adesão, cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente” (*Anteprojeto de Código Civil*, 2ª edição revisada, Departamento da Imprensa Nacional, 1973, pág. 120).

31. Justificando a posição assumida pelo anteprojeto de novo Código, o Professor AGOSTINHO ALVIM escreveu a respeito que, na primeira versão, não constava:

“a regra interpretativa dos contratos de adesão, que foi incluída ultimamente.

Este contrato deixou de ser regulado, mesmo porque os códigos se abstêm de fazê-lo.

Agitou-se, em França, a questão de saber se o contrato de adesão tinha a mesma força dos contratos discutidos pelas partes.

A resposta afirmativa está hoje fora de dúvida.

Ocorre, porém, que, em tais contratos, como aliás em quaisquer outros, pode haver cláusulas ambíguas, ou perplexas.

Nestes casos, decide o anteprojeto que se deve adotar a interpretação mais favorável à parte que aderiu.

E está certo, primeiro, porque, em caso de dúvida, a interpretação, consoante velha regra, deve desfavorecer o estipulante; e segundo, porque, nos contratos de adesão, a parte que adere é ordinariamente a mais fraca” (*obra citada*, no item anterior, pág. 120).

32. Verifica-se, pois, que tanto a jurisprudência como a doutrina consagram – e o Projeto de Código Civil confirma – o reconhecimento da existência de um regime jurídico especial para os contratos de adesão.

# Terrorismo

WILLIAM CLIFFORD

Director del Instituto Australiano de Criminología. Presidente del Comité de Ciencias Penales del VI Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención de la Delincuencia y Tratamiento de los Delincuentes (Caracas — 1980).

El terrorismo es una moderna industria en desarrollo. No se trata sólo de que las bombas, los asesinatos y secuestros llegaron a ser un lugar común a tal extremo (gracias a la televisión y a los modernos medios de comunicación) que ninguna generación anterior hubiera podido imaginarse, sino de que el número de publicaciones aumentó de tal manera — podríamos decir que en proporción inversa a nuestra in-

capacidad manifiesta de tratar este problema — que proporcionó al terrorismo la posibilidad de tener su propia bibliografía y su boletín científico. No nos queda quizás nada más que pensar en los resultados del perfeccionamiento de los métodos terroristas: la medida en que estimularon, ampliaron y desarrollaron los servicios de seguridad tanto públicos como privados, la aplicación general de las leyes y las medidas anti-terroristas especiales. Sabemos que el perfeccionamiento de los métodos terroristas nos hizo cambiar la manera de viajar, determinó el financiamiento de una amplia gama de estudios psicológicos y masivas inversiones en tecnologías de protección. Pero la forma y la magnitud de las inversiones destinadas a contrarrestar el terrorismo en continuo auge nunca serán conocidas. Por otra parte, como ocurre con todos los delitos, nos damos cuenta sólo de los extremos oficialmente registrados del "iceberg" terrorista. Tal vez, si conociéramos la verdadera amplitud del terrorismo o de la amenaza con terrorismo en las esferas política, económica y social en todo el mundo, nuestra preocupación sería mucho más grande.

### LOS TEMORES

Explotar los temores del pueblo es un método utilizado desde los comienzos de la historia por la religión, los gobiernos, la delincuencia, los negocios, en tiempos de paz o de guerra, en épocas de prosperidad o de desdicha. El temor a las enfermedades y a la muerte determina el continuo perfeccionamiento de la medicina, el miedo a envejecer perfecciona toda una gama de tónicos, productos de belleza, pociones para la virilidad y cosméticos, el temor de fracasar mantiene varios tipos de educación y el temor a la pobreza o a perder los bienes es la base de los servicios de seguros o de las diferentes formas de bienestar privado o público. El temor a la persecución, que antaño parecía haber sido disipado por gobiernos eficientes y por la existencia de leyes, tribunales y policía, hoy en día produjo una cantidad incalculable de inversiones en seguridad privada, en artefactos para cerraduras y alarmas, en perros guardianes y servicios de seguridad a lo largo y ancho del mundo. Las personas demasiado ricas para ser presas rentables para los terroristas, mantienen guardaespaldas: las grandes compañías disponen de departamentos especiales para la seguridad, y varios partidos políticos de Europa o América mantienen a su servicio fuerzas armadas propias. En nuestra época cada gobierno debe desarrollar dentro de sus departamentos jurídicos y de orden cierta capacidad antiterrorista.

La palabra terrorismo empezó a utilizarse en tiempos de la Revolución Francesa de fines del siglo XVIII y mucho tiempo después se refirió principalmente a un método de gobernar. La historia está llena de ejemplos de regímenes terroristas. Sólo poco a poco esta palabra llegó a ser aplicada a las acciones de anarquistas u otros rebeldes que trataban de cambiar los sistemas de gobierno. Se trata de una técnica de las cuadrillas o de las diferentes formas de "mafia" utilizada sea para mantener una conspiración de silencio, sea para ampliar el campo de acción de las mafias, para su propia protección, y, en los años que

precedieron a la Segunda Guerra Mundial, fue una táctica reconocida tanto del partido fascista como del comunista, estando en la oposición o en el poder. Hitler escribió en "Mein Kampf":

"El elemento primordial para el éxito es la utilización continua de la violencia."

## CLASES Y PERSONALIDADES

Pero terroristas no son sólo los fanáticos políticos y los criminales. La amplia circulación de los medios informativos y la rapidez de los modernos medios de comunicación entre países sirven no sólo para fines políticos sino también a la necesidad de los trastornados mentales de satisfacer su amor propio. La impersonalidad de la vida en las ciudades modernas, al igual que las posibilidades cada vez más grandes de movilizar la población y el perfeccionamiento de las armas de largo alcance, permiten más facilidades para que se cometan actos terroristas, y, a la vez, dificultan su prevención o detección. Precisamente por esto los grupos políticos extremistas, los sindicatos del crimen y los trastornados mentales se sienten, cada uno a su vez, más atraídos por los asesinatos sin criterio o por la amenaza con asesinato. Por fin, resulta evidente que el terrorismo opera a veces a través de los efectos políticos del horror que implica, pero más a menudo eliminando las fuerzas que se oponen a la liberación de sus colegas de lucha encarcelados, o, de manera más prosaica, llenando sus arcas.

Hubo una época en que los pueblos del hemisferio nórdico asociaban las explosiones y ataques terroristas a extravagancias de los apasionados pueblos de América Latina, a los violentos conflictos internos de los países de Europa del Sur y de la Zona del Mediterráneo y, mientras se producían en Asia o el Lejano Oriente, los asesinatos, las explosiones y los violentos conflictos civiles se consideraban un tipo de aberración genética que las naciones occidentales no podían heredar. En la época de la lucha en Argel, del terrorismo en Chipre y de las atrocidades de la organización Mau Mau en Kenya, muchos ingleses declaraban: "Aquí esto no podría ocurrir." La omnipresencia cada vez más marcada de los ataques terroristas, de los raptos y secuestros, la lucha de guerrilla en Irlanda, que se agudiza cada vez más, las actividades de grupos políticos disidentes de extrema en Alemania, Francia, Holanda, Bélgica y España, para mencionar sólo un grupo de países, quebrantó toda confianza de que pudiera haber nación o cultura alguna inmune al terrorismo. Hay asesinatos, tomas de rehenes, toda clase de explosiones y emboscadas organizadas contra la policía en Estados Unidos y, mientras se escribe este artículo, Italia está desgarrada entre las facciones de izquierda y derecha, en tanto que 17 familias están negociando la liberación de personas secuestradas. En Italia, en 1977 se produjeron más de 2000 explosiones relacionadas a las actividades terroristas, mientras que en el período 1975-1977 hubo 34 asesinatos políticos.

Considerando este panorama, Australia resulta ser un país realmente afortunado. Los atentados con bombas que se produjeron aquí perdieron el efecto con el tiempo mismo, y el horror ante la matanza sin criterios provocada por la explosión que tuvo lugar en las afueras del Hotel Hilton de Sydney durante la reunión de los Primeros Ministros del Commonwealth, no puede justificar la afirmación conmovedora, pero un tanto retórica, de que a raíz de este incidente, Australia ha sido "arrojada al mundo del terrorismo internacional".

### ADVERTENCIAS E INICIOS

"Una golondrina no hace verano", dijo Aristóteles, pero nosotros podríamos agregar: pero por lo menos nos avisa que el verano está cerca. Uno, dos o tres atentados con bombas no arrojan al país al mundo del terrorismo internacional, pero constituyen una advertencia para el porvenir. Además, las experiencias en otras partes del mundo son una prueba más que suficiente de que el terrorismo exige silencio público, como un pacto, posible de lograr sólo después de haber demostrado su habilidad para desafiar la prevención y su capacidad de sacudir la sociedad a sus anchas. Por esto, la prevención tendrá éxito sólo si se efectúa desde el principio, no cuando el movimiento está en pleno apogeo. En el momento en que la autoridad perdió esta gran ventaja que es el apoyo de la comunidad, a causa del miedo o de las dudas de la gente, los terroristas ganan. Esto se aplica también a los grupos de criminales que provocan desórdenes para su propia protección. Si ellos logran escaparse después de las represalias iniciales en contra de los que se niegan a pagar, se hallan en seguridad y el trabajo de la policía se dificulta porque los testigos ya no querrán declarar.

Por esto, no hay que dormirse sobre los laureles, ni siquiera al principio. Hace dos años, en la época de las bombas postales, sugerí que la comunidad australiana estaba en un momento crucial en que tenía que decidir cuánta violencia toleraría en las campañas políticas. La desestimación es peligrosa. Las primeras bombas lanzadas en Chipre eran bombas de petróleo, mal hechas, tiradas desde las ventanas de la Oficina fiscal de Nicosia a las 4 de la tarde. Después de que pasara el efecto de la primera alarma, la gente empezó a hacer bromas sobre la elección "acertada" del blanco y a expresar abiertamente su desdén por la ejecución de las bombas. Pero la calidad de las bombas y la elección del blanco se perfeccionaron notablemente en los meses siguientes y dentro de poco una población asustada se vio poco a poco obligada a guardar silencio aun sabiendo que iban a asesinar a algún amigo. En realidad, ser asesinado resultó por sí misma una prueba de perfidia: "de seguro habrá informado". Los africanos amantes de la paz no eran un material útil para las tácticas terroristas, pero podrían ser adiestrados de tal manera para dividirlos y mantenerlos bajo terror. En América Latina, encontramos ejemplos de exportación de terrorismo a países donde las condiciones internas no propician la aparición del terrorismo. El terrorismo es una técnica de mucha experiencia, que a veces utiliza a las personas inocentes como instrumentos en la lucha

arbitraria por el poder. Mientras tanto los terroristas lograron tener un estatuto internacional, intercambiaron sus conocimientos y sus prácticas y se apoyaron recíprocamente mucho antes de que los sistemas de justicia penal de cada Estado hayan empezado a pensar en el terrorismo.

## TERRORISMO Y LIBERTAD

Por supuesto, surgieron muchas polémicas que analizan los diferentes aspectos del terrorismo. Muchos terroristas se consideran sinceramente comprometidos en la lucha contra regímenes injustos, así como policiales. El Comité Ad Hoc de las Naciones Unidas para el Terrorismo Internacional se mostró incapaz de superar la contradicción entre terrorismo y lucha por la libertad. Algunos países se limitaron a reprimir el terrorismo utilizando la fuerza militar, o sea los mismos métodos que ellas tratan de proscribir, y no es un secreto para nadie que el terrorismo no puede florecer en un Estado policial, dado que es imposible contrarrestarlo por su propia crueldad. Puede haber justificaciones para sublevaciones armadas, o lo mismo para el terrorismo, cuyo fundamento filosófico es digno de respeto y existen numerosos precedentes en la historia de la política que atraen a los radicales y hacen ridículos los intentos irracionales de conservar el estado actual de cosas en una época en que el mundo cambia y la crisis de valores se agudiza. Existe, según ya se ha mencionado, toda una bibliografía sobre este problema, para los que quieren profundizarlo. Pero una cosa queda bien clara: la libertad puede ser a veces su peor enemigo, y sobran los países que respetan sinceramente los derechos humanos (esto no equivale a una perfecta aplicación de los derechos humanos) y que se encuentran en una situación desventajosa al enfrentarse con el terrorismo despiadado. Estos países entran por fuerza en un balanceo poco envidiable entre medidas anti-terroristas y el deseo de conservar el respeto a la libertad. Goethe escribió antaño:

“Siempre tuve cierta antipatía hacia los Apóstoles de la libertad: la meta final de ellos es, en todos los casos, el derecho personal de actuar arbitrariamente.”

## PREVENCION Y OTROS PASOS

De esta manera, es posible pensar en sofisticadas medidas anti-terroristas, en introducir informadores en los grupos terroristas, en aplicar al pie de la letra las medidas de emergencia y mismo en leyes que permitan detener sin juicio a los miembros conocidos de grupos terroristas, quienes nunca pueden ser llevados a los tribunales, porque, de lo contrario, los testigos serían asesinados. Pero para ser realmente efectivas, estas medidas obligatoriamente infringen los derechos humanos tradicionales en la civilización occidental y por esto no gozan de mucha popularidad, además de que son inmediatamente atacadas por los grupos terroristas con medios políticos, psicológicos o manifiestos. Por esta razón la comunidad es el único contrapeso efectivo a las acti-

vidades terroristas en una sociedad democrática. Si la comunidad quiere desarraigat el terrorismo y está lista a colaborar estrechamente con las autoridades para prevenirlo, al terrorismo no le quedan muchas posibilidades de florecer. Si la policía secreta llega a ser un elemento importante en la cooperación estrecha entre la comunidad y las autoridades, les será imposible a los terroristas no dejar rastro. No será difícil enterarse dónde consiguen los explosivos, dónde confeccionan las bombas y dónde se reúnen para preparar sus ataques.

Puede ser que sigamos bajo la amenaza de los desequilibrados mentales que tratan más bien de satisfacer su amor propio que de perseguir fines políticos, pero, según lo demostraron los asesinatos del "Hijo de Sam" en Estados Unidos, él mismo puede ser descubierto si los vecinos y los amigos se muestran verdaderamente curiosos. Cuando el terrorismo se pone de manifiesto o cuando se produce una crisis a causa de algún delito, existe la tendencia de reforzar la aplicación de la ley, de fortalecer las brigadas de orden público, de hacer las leyes más rigurosas y de construir cárceles más seguras. Pero ninguna de estas medidas será efectiva sin el respaldo de la comunidad y nunca podrán ser un sustituto en una sociedad democrática de la colaboración del público cuyo efecto preventivo es mucho más fuerte que el represivo. En realidad, si se toman estas medidas sin contar con la más completa cooperación por parte de la comunidad, ellas llegan a ser contraproducentes, porque ponen de relieve el uso del poder con el riesgo de apartar al pueblo, cuya ayuda es imprescindible.

### CONSIDERACIONES FINALES

La explosión en el Hilton de Sydney pudo haber tenido uno de estos dos efectos. En primer lugar, esta explosión pudo ser, según ya se mencionó, un presagio de lo que se puede esperar de los bombardeos y actividades terroristas, como una característica cada vez más fuerte de la vida política en Australia, y de los grupos extremistas que emplean cada vez más métodos violentos que parecen dar resultados. Por otra parte, la explosión pudo haber acabado con la complacencia de la conciencia de los australianos.

Puede ser que haya alertado al pueblo sobre los verdaderos peligros de tolerar a los extremistas y haya iniciado una nueva era de cooperación pública con miras a fomentar los medios públicos de protección y resistencia capaces de ahogar el monstruo en pañales. Puede ser que de esta manera se llegue a un frente común para erradicar, no sólo el terrorismo sino todo delito de violencia en general.

En este sentido resulta adecuado citar la opinión de Jean Jacques Rousseau, el Apóstol de la Ilustración y el autor de obras que instigaron a tantos revolucionarios de los últimos dos siglos. El dijo con mucha sencillez:

"Nada en este mundo tiene valor si se compra con el precio de vidas humanas."

## A violência nas prisões

ARMIDA BERGAMINI MIOTTO

Professora de Direito Penal e de Direito Penitenciário — Universidade Federal de Goiás.

Preliminarmente, desejo fazer um esclarecimento. O meu tema é "A Violência nas Prisões". A palavra *prisão* tem um sentido muito amplo, indicando qualquer edificação ou local aonde são recolhidas pessoas para ali permanecerem, privadas da sua liberdade, durante tempo breve ou longo. No meu tema, a palavra, no plural, não tem tanta amplitude. Com efeito, só me referirei às prisões em que estão recolhidas pessoas à disposição da Justiça, como presos provisórios, aguardando julgamento, ou sentenciados, em cumprimento de pena ou de medida de segurança. Não me referirei, pois, às prisões da Polícia, para cuja designação, na linguagem corrente, são usadas palavras diversas, como, por exemplo, "xadrez", "xilindrô", "carceragem", "cárcere". Assim será, porque a minha área não é policial, mas penitenciária (isto é, do Direito Penitenciário e da Política Penitenciária), devendo eu ficar dentro dela.

---

Conferência proferida no dia 17-4-80, durante o Simpósio sobre "A Sociedade Violenta", realizado pela Universidade Metodista de Piracicaba — SP, de 14 a 18 de abril de 1980.

Isso posto, procurarei distinguir os fatores internos de uma prisão (em geral) que podem provocar violência, e os fatores externos a ela, que podem agir por si mesmos ou combinados com os internos. Na realidade prática nem sempre é possível essa distinção, porque, com efeito, a interpenetração de uns e outros é tal que não se consegue individuar a força causal destes ou daqueles.

Quando digo “fatores que podem provocar” ou que “podem agir”, está implícito, mas fica claramente entendido, que elimino o preconceito de que em todas as prisões há, fatalmente, violência.

Começemos com uma pequena digressão quanto à questão da agressividade.

Numa personalidade equilibrada (esteja a pessoa presa ou não, tenha a situação vital que tiver, esteja ajustada ou não) a extro-agressividade, a intro-agressividade e a indiferença diante dos estímulos provocadores ou frustrantes, são proporcionais entre si. A ligeira predominância de uma ou de outra ainda está dentro da normalidade, contribuindo para um traço marcante da personalidade. Dentro dessa normalidade, haverá reações agressivas que serão normais, tanto quanto, correspondendo aos estímulos, são necessárias. O exagero da agressividade, a sua desproporção, a sua impetuosidade, o seu exercício ilegítimo e injusto consubstanciam a violência. Mesmo dentro daquela normalidade potencial, porém, o predomínio da intro-agressividade pode levar à violência contra si mesmo — definida, manifesta, como tal, ou na forma de estado depressivo, com suas concomitâncias e conseqüências — como o da extro-agressividade pode levar à violência contra as coisas e as pessoas. A possível violência, num ou noutro sentido, é, em tese, relacionada com o predomínio da agressividade num ou noutro sentido. Todavia, uma pessoa em cuja personalidade se verifica um predomínio até mesmo muito grande de agressividade, pode saber usá-la e dominá-la de tal modo que jamais venha a praticar um ato sequer de violência. É de notar que o predomínio da indiferença, até certo limite ainda dentro da normalidade, além dele é negativo proporcionalmente à sua extensão e à sua intensidade.

Feita essa digressão, tornemos a voltar a atenção para o que ocorre nas prisões, sem deixar de ver também, quando seja o caso, o aspecto genérico de fenômenos que, verificando-se em ambiente prisional, não são porém, exclusivos deles, ademais da distinção entre fatores internos e fatores externos, que podem conduzir à violência.

O primeiro dos fatores internos é a própria situação vital e jurídica de preso, a qual, por si, estimula a agressividade.

Com efeito, ao ser presa uma pessoa, por mais que seja justa a prisão e seja efetuada sem deixar de respeitar a sua dignidade humana e os seus direitos humanos, impõe-se uma mudança radical na sua vida, mudança essa que não é desejada, que é temida, que representa uma

complexidade de frustrações, iniciadas com o próprio ato de efetuação da prisão.

Já dentro da prisão, o preso tem de se adaptar (biologicamente) à restrição de movimentos, à alimentação, aos horários de dormir e de acordar etc.; tem de se ajustar (psicológica e socialmente) aos outros presos e ao pessoal do estabelecimento, ao convívio com uns e os outros, e respectivas interações. Tudo isso exige um grande esforço físico e psíquico, ao mesmo tempo que o preso, consciente ou inconscientemente, não quer se adaptar, não quer se ajustar e não quer se integrar nesse ambiente e nesse convívio, e nesse sentido oferece resistências diversas.

Tudo isso exigindo grande esforço, concorre para a produção de tensões emocionais, constituindo elementos de um somatório de traumas e configurando um quadro de *stress*.

O estado psicossomático de *stress* (cuja descoberta, na década de 1930, se deve ao médico austríaco que se radicou no Canadá, HANS SELYE) resulta do "grau de desgaste total causado pela vida". Quem está em estado de *stress* e tenha uma predominância da intro-agressividade, poderá tender a reagir com violência clara ou camuflada, sobre si mesmo, embora a sua componente, menos intensa, de extro-agressividade possa ser exacerbada, recaindo, pois, sobre o ambiente, pessoas e coisas; se a predominância for de extro-agressividade, poderá tender, como facilmente se entende, a descarregá-la em forma de violência contra o ambiente e o que nele se contém, contra os outros.

Procuremos considerar esse aspecto, em uma prisão de segurança máxima, com o seu regime fechado, lembrando que essas prisões são as mais severas, conforme a classificação atualmente adotada. Até não muitos anos atrás, quando não havia distinção no que se refere à segurança da construção e ao regime de cumprimento da pena e vivência prisional, as prisões, de modo geral, correspondiam às que hoje se configuram como de segurança máxima e regime fechado. Algumas tinham, até, certos requintes arquitetônicos que acrescentavam coerção física. Pelo isolamento celular contínuo do chamado "sistema pensilvânico" e, a seguir, pelo isolamento celular noturno, com trabalho diurno em comum, mas em silêncio e severa vigilância, do chamado "sistema auburniano", visava-se, em grande parte, impedir que qualquer preso praticasse algum ato de violência e que se, não obstante, viesse a praticá-lo, não se alastrasse.

Entretanto, esses dois "sistemas", que pretendiam ser uma solução humanizada, contra soluções anteriores cuja desumanidade já não podia ser suportada, começaram a ser vistos como desumanos.

Daí, se passou a, embora ainda insistindo no isolamento celular noturno, diminuir a rigidez durante o dia, o que possibilitava maior comunicação e mais contatos pessoais entre os presos.

Ao mesmo tempo, tendo sido diminuído o uso de certas formas de pena e abolidas outras (morte, açoites, mutilações etc.), a prisão ficou sendo a pena de modo geral cominada e aplicada para quaisquer crimes, de qualquer gravidade, enquanto que a prisão provisória era de regra para os acusados em geral.

Por isso, foi sentida a necessidade de construir prisões de grande porte, com capacidade para grande número de presos — mil, mil e quinhentos, dois mil...

Prisões assim, enormes, de segurança máxima, foram construídas em uns e outros países, também no Brasil. A sua construção fortificada lhes permitiu varar o tempo. Ainda existem exemplares delas em pleno funcionamento.

Aumentando, porém, o número de acusados e de condenados, fosse porque o número de criminosos com seus crimes aumentava em números absolutos, fosse porque aumentava proporcionalmente ao aumento da população, as prisões, apesar de enormes, foram ficando lotadas e superlotadas.

E aqui chegamos ao segundo fator de violência nas prisões: a superlotação.

São diversos os aspectos a considerar na superlotação das prisões, interessando ao nosso presente tema.

O primeiro deles é o de ela mesma, como tal, ser um agente *stressante*, com possíveis reações de violência. Os outros são os problemas que ela gera, cada um dos quais pode, por sua vez, constituir fator de violência.

Procuremos examinar a superlotação em si mesma.

É facilmente verificável que em qualquer aglomeração em ambiente limitado, a inquietação e a agressividade, com reações de violência, costumam se manifestar em relação inversa ao espaço ideal por pessoa. Quanto maior o número de pessoas num ambiente dado, e, pois, menor o espaço ideal para cada uma delas, maior é a probabilidade de inquietação, de despertar a agressividade, de reações de violência.

Por outro lado, se em uma área igual a X, existe um aglomerado tal de pessoas de que resulte o espaço ideal de, digamos, "0,5" para cada uma, e a ela se acrescenta outra área igual, com igual número de pessoas, o que ocorre não é duplicar a probabilidade de inquietação, de agressividade, de reações de violência, mas, por causa da dinâmica da interação, é praticamente incalculável a multiplicação.

Daí se infere que numa prisão (de regime fechado e segurança máxima) com capacidade para mil presos, sem superlotação embora, já existe forte probabilidade daqueles fenômenos psicológicos que vão

redundar em fatos de violência, porque ela é sempre um ambiente rigidamente limitado, com o mesmo e constante espaço ideal limitado, por pessoa, o que será agravado pela escassez de pátios e outras áreas ao ar livre.

A medida em que aumenta a lotação e se verifica superlotação e a superlotação aumenta, o que se nota é uma soma de presos; a probabilidade de violência aumenta também — não porém por soma, mas, por causa da dinâmica da interação, por multiplicação praticamente incalculável.

Analogamente, numa prisão com capacidade para dois mil presos, sem superlotação, a probabilidade de violência, em relação à de uma prisão com capacidade para mil presos, não é simplesmente o dobro, não corresponde à soma de mil mais mil presos mas, devido à dinâmica da interação, resulta de uma praticamente incalculável multiplicação.

Analogamente também, mas com mais intensidade do que acontece em uma prisão com capacidade para mil presos, à medida em que aumenta a lotação e se verifica a superlotação e a superlotação aumenta, o que se nota é uma soma de presos, enquanto que a probabilidade de violência resulta de uma multiplicação praticamente incalculável.

A superlotação, fator que é, em si mesma, de violência, gera frustrações (insatisfações, deficiências, insuficiências etc.), cada uma das quais é, por sua vez, um específico fator de violência.

Consideremos, pois, como terceiro fator genérico, esse conjunto de fatores específicos, focalizando expressamente: acomodação para dormir, higiene (asseio corporal e do ambiente, alimentação etc.), possibilidades de trabalho e de outras atividades (escola, lazeres etc.) e ociosidade.

As acomodações para dormir vão ficando escassas, paralelamente ao aumento da superlotação. Numa cela, que deveria ser individual, substitui-se a cama (ou catre ou estrado) por um beliche e, aumentando a superlotação, dá-se um jeito de acrescentar outro beliche. O resultado é uma angústia física, angústia de espaço e de ar, como facilmente se percebe, com sensação de opressão física e correspondente estado psicológico de aflição, de ansiedade, de irritação e outros semelhantes. Tudo isso constitui um complexo conjunto de estímulos (ou agentes) *stressantes*, que podem levar à violência, com intro-agressividade ou com extro-agressividade. Na cela superlotada, a violência é freqüentemente de caráter sexual. Se aquele que é vítima da agressão é predominantemente indiferente, do ponto de vista da agressividade, ou é intro-agressivo, provavelmente aceita ou, pelo menos, se submete, o que neutraliza a violência, podendo dar início a uma relação homossexual que se diria "pacífica". Se, porém, ele for um extro-agressivo, provavelmente vai repelir a tentativa de violência sexual do outro, com atos de violência de ordens diversas, podendo, desse encontro/desencontro resultar lesões corporais de gravidade diversa, em um deles ou

em ambos e até a morte, nem sempre ficando os fatos adstritos àquelas pessoas que estão diretamente envolvidas, mas assumindo maiores proporções. Esses fatos nem sempre se verificam por ocasião da primeira tentativa, mas tempos depois. Com efeito, mesmo que aquela tentativa tenha permanecido única, a forçada companhia em que têm de estar agressor e agredido, durante o dia e, principalmente, durante a noite, estimula sentimentos e estados emocionais negativos, tais como raiva, ira, ódio, vingança, até chegar a um ponto de explosão.

Mesmo quando, porém, se tenha estabelecido uma relação que se diria "pacífica", a violência não está excluída. O ciúme, que se manifesta com bastante frequência, pode levar a fatos de violência contra pessoas, de gravidade diversa, até ao homicídio.

Na variedade das personalidades, com umas ou outras características, com traços marcantes, há presos que têm capacidade de liderança. No que se refere ao relacionamento sexual, presos que tenham essa capacidade, assumem o papel de rufiães ou de protetores dos mais fracos... Podem assumir, isolada ou concomitantemente, o papel de fornecedores de drogas... Os "serviços" que eles prestam são remunerados com dinheiro ou na forma de troca-troca. Em tudo isso há sempre uma latente agressividade, pronta a se manifestar como atos e fatos de violência.

Antes de passar aos outros fatores de violência, derivados da superlotação, deve ser acrescentado o seguinte:

Mesmo naquelas prisões que foram construídas para serem celulares, se encontram alojamentos (coletivos) para o repouso noturno. Em geral, não constavam da primitiva construção mas resultaram de adaptações de locais existentes, antes destinados a outras finalidades, ou de construção acrescida. Se, inicialmente, ainda que com beliches, o número de presos ali recolhidos para dormir, correspondia às exigências de área e de cubagem mínimas por pessoa, o aumento da população da prisão terá ido impondo que, assim como nas celas, se acrescentassem beliches nos alojamentos, e até mesmo colchões estendidos no chão, nos exíguos espaços que ainda sobrassem, no apertume dos beliches. Nessas condições, a probabilidade de irritações, provocações, retorções, agressões e atos e fatos de violência genérica ou específica (sexual), com imprevisíveis seqüelas, é, sem dúvida, muito multiplicada em relação à cela superlotada.

Passemos, agora, a considerar os demais fatores de violência, inerentes à superlotação ou derivados dela.

A higiene, isto é, o conjunto de condições do e no ambiente, para que possa ser preservada a saúde das pessoas que ali vivem, depende da edificação (iluminação e arejamento), mobiliário e aparelhagem, possibilidades de asseio ambiental e pessoal, quantidade e qualidade da comida, sem excluir outros fatores concorrentes. A própria concentração de pessoas nas celas e nos alojamentos de que se acaba de falar re-

presenta, também, falta de higiene, proporcional à falta de área (espaço ideal) por pessoa, e escassez da cubagem de ar, bem como à precariedade das camas ou móveis similares.

Os lavatórios, chuveiros e vasos sanitários se tornam insuficientes para o número de pessoas. As dificuldades resultantes, para o uso dos lavatórios e dos chuveiros, podem gerar descontentamentos e irritações que estimulam a agressividade, até atos e fatos de violência. Com mais razão isso pode acontecer quanto ao uso dos vasos sanitários. Se, porém, quanto ao uso dos lavatórios e dos chuveiros, há aqueles presos que, ou por terem maior intro-agressividade ou por serem indiferentes, preferem não competir, deixando de se lavar e de tomar banho, diminuindo, assim, as possibilidades de agressão e de violência, acontece que o acúmulo de sujeira corporal, resultante dessa falta de asseio, pode, além de concorrer para doenças diversas, irritar o ânimo, exacerbando a componente da extro-agressividade, não só quando ela é a predominante, como também quando é menos acentuada que qualquer uma ou as outras duas; assim sendo, qualquer coisa, em qualquer momento, pode desencadear atos e fatos de violência.

No que diz respeito à comida, quanto maior o número de pessoas para quem tenha de ser preparada, mais sofrem a qualidade e o sabor. No que se refere especificamente às prisões, além disso a superlotação influi (negativamente, é óbvio) sobre a quantidade. Tendo presente que a população prisional é sempre flutuante, compreender-se-á que nem sempre é possível dominar a dinâmica das verbas, de acordo com as necessidades de cada dia, como nem sempre os responsáveis pela cozinha podem fazer os cálculos de quantidade acertadamente. Diga-se de passagem que, seja qual for o modo de servir a comida, os desperdícios sempre são grandes, mesmo quando pode ser considerada globalmente insuficiente para satisfazer as necessidades de alimentação de todos os presos. A fome mal saciada também pode exacerbar a componente de extro-agressividade, seja ela predominante, seja ela menos acentuada que qualquer uma das outras ou de ambas.

Quanto à possibilidade de trabalho e outras atividades, observa-se que, mesmo aquelas prisões que, desde a construção original, ou em razão de acréscimos subseqüentes, dispõem de locais apropriados, não são suficientes para o número de presos. Mesmo que exista uma equilibrada agenda diária, em decorrência da qual há, ao mesmo tempo, certo número de presos trabalhando, outros na escola, outros em atividades de lazer (jogando futebol, ouvindo rádio, lendo, escrevendo cartas etc.) ou participando de atividades religiosas (litúrgicas ou paralitúrgicas e outras) ou cuidando de assuntos pessoais (no serviço social, no serviço médico ou odontológico, no serviço jurídico — supondo que as velhas prisões estejam, nesse sentido, pelo menos rudimentarmente aparelhadas), mesmo assim, sempre há um número, que às vezes é considerável, de presos em ociosidade.

Não é em vão que já os antigos diziam que a ociosidade é a mãe de todos os vícios.

A ociosidade incita a imaginação, excita os sentimentos e as sensações. Se induz uns a estados depressivos, provoca outros à agressividade. Quando predomina a intro-agressividade, pode ela, aliada a um estado depressivo, levar a autolesões, até ao suicídio direta e claramente provocado, ou à inapetência e outras formas passivas de autodestruição, até à morte. Não se exclui, porém, que mesmo nesses casos, a componente menos acentuada de extro-agressividade seja exasperada, traduzindo-se, na conduta, como atos e fatos de violência contra os outros e contra as coisas, que é, aliás, sempre o caso quando essa componente é predominante.

Esses fatores ambientais de que acabo de falar, podem ser denominados físicos ou materiais. Há outro fator, no entanto, que é de dentro das prisões, muito complexo, que pode ser sintetizado na expressão "falta de preparo do pessoal prisional". Se o pessoal tem preparo mas inadequado, isso também configura falta.

Já houve, por certo, uma grande evolução desde quando os locais de recolhimento em privação da liberdade eram deprimentes meros depósitos de presos, eram cárceres, enquanto que os guardiães das pessoas ali recolhidas, encarceradas, eram humilhantemente simples carcereiros. Esses guardiães, carcereiros, costumavam ser pessoas broncas, grosseiras, de duvidoso senso moral ou dele inteiramente destituída, de pouca ou nenhuma instrução. Só pessoas assim aceitavam exercer o vexatório ofício. Depois, a partir das célebres penitenciárias de Pensilvânia e de Auburn, sendo denominado "sistema" pensilvânico e auburniano, respectivamente, o cumprimento da pena nelas efetuado, a pessoa responsável pelo estabelecimento e seu funcionamento passou a ser denominada *diretor* (ou *administrador*).

A mudança de denominação trouxe consigo outras mudanças. Realmente, não teria sentido entregar a uma pessoa bronca um estabelecimento como um daqueles, de construção cara e bem cuidada, onde os delinquentes não ficariam encarcerados, mas estariam submetidos a um "sistema penitenciário". Já não se tratava de ser um guardião de encarcerados, mas de dirigir um estabelecimento respeitável. Por isso, pessoas respeitáveis, pela sua posição social e pelo seu grau de instrução — como, por exemplo, juizes aposentados e oficiais do Exército reformados — passaram a aceitar o encargo de diretor de penitenciária.

Semelhantes diretores eram pessoas de bem e tinham instrução e formação que, na época e por muito tempo ainda, foram tidas como adequadas.

Quanto ao pessoal inferior, embora não se exigisse uma formação, talvez nem mesmo instrução, passou a haver pelo menos alguma melhora no exercício das suas funções, em razão da disciplina imposta e da orientação exercida pelo diretor.

Dentro daquela arquitetura que, por si, deveria aniquilar os presos, a disciplina era ordenada de modo a conter os impulsos de agressi-

vidade. Era disciplina rigidamente imposta — constrangimento físico, oriundo do próprio estilo arquitetônico, e coação física e moral advinda das normas disciplinares e presença dos guardas que, no exercício das funções, podiam dispor de armas. Os atos e fatos de violência que, não obstante, viessem a se manifestar, eram dominados pela força (comida ou não, que, nesse caso, seria violência) dos guardas.

Essa situação, porém, que, ao ser adotada, fora recebida como um grande progresso, em favor da humanização da pena, veio a ser considerada muito desumana.

Fosse, porém, por motivos empíricos, fosse por fundamentos científicos ou, ainda, por causa da superlotação, a disciplina interna, sem deixar de pretender ser rígida, foi sofrendo modificações que possibilitaram mais movimentação e mais expansão pessoal dos presos.

Paralelamente, nunca deixaram de existir nuns e noutros países, os cárceres entregues à responsabilidade de pessoas inteiramente despreparadas, tendo a denominação de “carcereiro” ou outra embora, e dispendo de pessoal com as mesmas características.

Um ponto muito importante a considerar é que, em contato com os criminosos, sempre execrados como seres temíveis, os componentes do pessoal das prisões — principalmente os de níveis inferiores, que são os que estão mais junto aos presos — sentem insegurança, sentem medo; por isso, estão sempre em atitude (deliberada ou inconsciente) de defesa, enxergando em tudo que os presos fazem ou deixam de fazer, uma agressão contra a qual têm de se defender, um ato ou fato de indisciplina que têm de reprimir. Quando, desse modo, usam a força, sem que, pois, haja uma efetiva real necessidade, já não é força (legitimamente usada), mas é violência.

A imagem do criminoso, como a de um ser que mete medo, não melhorou, mas o contrário se deu, com as elaborações doutrinárias próprias do século XIX, da metade para o fim, e dos começos do século XX. Segundo as elaborações dessa doutrina, os criminosos, em geral, seriam, em graus diversos, perigosos. Essa qualificação de “perigoso” obviamente não contribuiria para diminuir o medo do povo em geral e do pessoal das prisões especificamente, em relação aos criminosos.

Assim sendo, a interação dos sentimentos e estados emocionais dos presos e dos integrantes do pessoal se processa em espiral ascendente de agressividade, brutalidade, violência, até às mais sérias conseqüências.

Ainda que os presos tenham dado real motivo para uma reação de contenção ou de repressão do pessoal, a insegurança do dito pessoal, resultante do seu despreparo e inerente medo, leva a reações inadequadas, despropositadas, abusivas, que deixam de ser força para ser violência.

Conforme o aforismo, “a violência gera violência”. Se, porém, o movimento inicial de violência partiu dos presos, o pessoal adequadamente preparado (e seguro de si) sabe dominá-la ou neutralizá-la com a força estritamente necessária, sem violência. Se o pessoal é despreparado (e inseguro de si) responderá com violência, provavelmente, à violência dos presos, como também, induzido pela execração e o medo que tem deles, poderá ter a iniciativa de violência. Se os presos não puderem reagir desde logo contra a violência do pessoal, a frustração excitará seus sentimentos de raiva, de revolta, de ódio, de vingança e outros similares, os quais, por sua vez, excitarão a agressividade, tanto mais naqueles presos cuja componente de extro-agressividade é mais acentuada. Quando a tensão emocional dos presos, alimentada por uns e outros fatores, vem a explodir, ocorrem atos e fatos de violência contra as coisas e contra as pessoas, que podem ser outros presos ou integrantes do pessoal, fatos e atos esses que podem ficar circunscritos ou podem assumir a configuração de motim.

Observe-se que a “atmosfera” de um estabelecimento prisional de regime fechado em segurança máxima (como, antes, eram todos, de modo geral, embora assim não se classificassem nem denominassem) é sempre “carregada”, como resultado da interação dos sentimentos e dos estados emocionais negativos, despertados e desenvolvidos por fatores diversos, desde o da vivência da situação vital e jurídica de preso — dos quais falei inicialmente.

O pessoal das prisões também respira, obviamente, essa “atmosfera carregada”; o pessoal despreparado é facilmente dominado por ela.

Como se vê, o problema da violência nas prisões está longe de ser tão simples como certas pessoas e entidades, por motivos escusos que aos poucos vão se revelando, pretenderiam que fosse. Segundo essas pessoas e entidades, a violência seria a única e permanente realidade das prisões, de todas as prisões; verificar-se-ia sempre e tão-somente contra os presos, e se deveria à maldade e à crueldade deliberadas do pessoal.

Até aqui procurei dar um toque analítico quanto aos fatores internos de uma prisão (em geral) que podem provocar violência; farei agora algumas considerações a respeito dos fatores externos à prisão, que podem agir por si mesmos ou concorrer com os demais.

A primeira coisa que há de vir à mente é a violência que avassala o mundo todo. Se algum país pode gabar-se de, em razão de condições próprias peculiaríssimas, estar livre dela, isso não modifica o quadro geral de violência que aterroriza e oprime o mundo.

A violência que está mais próxima de nós e da qual nos é mais fácil tomar conhecimento, sendo, por isso, a que mais nos mete medo, é a do dia-a-dia nas cidades, com vítimas individualizadas e em geral identificadas, mesmo quando os autores da violência não o sejam. As

vezes, nós conhecemos pessoalmente as vítimas, ou são pessoas que, pelas suas qualificações, são conhecidas do público em geral; de qualquer modo, mesmo que desconhecidas, os meios de comunicação falam delas e as descrevem, apresentam a sua fotografia, de sorte que deixam de ser abstrações, para serem realidades concretas — cada uma delas é uma realidade humana, tanto quanto as que conhecíamos pessoalmente ou que eram conhecidas do público em geral; realidade humana igual a mim, a ti, a qualquer um de nós. O que aconteceu com qualquer uma delas, pode acontecer comigo, contigo, com qualquer um de nós. Isso mete medo. Mete medo e predispõe a dinamizar e exteriorizar a agressividade, tanto mais intensa, pronta e amplamente, quanto mais acentuada for a componente de extro-agressividade, segundo as variações de uma personalidade para outra. Diante de qualquer estímulo — real ou assim configurado pela “minha” imaginação impregnada de medo — “eu” estou pronto para reagir, respondendo ao estímulo real ou imaginário, com a violência correspondente ao grau do “meu” componente de agressividade. O que se lê e se ouve e se vê nos meios de comunicação, a respeito de violências cometidas e de violências sofridas, só serve para aumentar o medo até ao pânico. À luz da teoria das interações cíclicas das emoções e correspondentes reações, devida ao psicólogo italiano SANTE DE SANTIS, pode-se dizer que o que vem a acontecer é o seguinte: a notícia (ou o conhecimento) de violências ocorridas aumenta o medo de também vir a ser vítima deles; o medo aumentado pode excitar a agressividade, o que predispõe à violência (ainda que para fins de defesa, real ou putativa); a violência, logo divulgada e conhecida, mais aumenta o medo, o que mais pode excitar a agressividade, o que mais predispõe à violência... E assim sucessivamente.

De vez que, conforme a observação do psicólogo americano GORDON ALLPORT, o mesmo fogo que endurece o ovo, derrete a manteiga, os mesmos estímulos que têm como resposta o “meu” medo, o “teu”, o de qualquer um de nós, medo esse que pode excitar a agressividade, predispondo à violência, ainda que para fins de defesa — esses mesmos estímulos têm como resposta a ousadia ou audácia de outros, excitando a sua agressividade, predispondo à violência, já não para fins de defesa, ainda que presumida ou putativa, mas para fins de ataque, como tal consciente e deliberadamente efetuado.

Em qualquer dos dois casos, não se trata de simples círculo vicioso, pois que a cada repetição do binômio “estímulo-resposta”, se verifica intensificação dos fatos e dos resultados.

Essa violência, porém, que é a que está perto de nós, estando ela ao nosso alcance e nós ao alcance dela, não é estanque nem isolada nem é um fenômeno independente. Ela faz parte da violência que assola o mundo e da qual talvez não tomemos bem consciência, ou não a identifiquemos como tal, porque se nos afigura remota, mais ou menos abstrata, fora do nosso alcance e nós fora do alcance dela. É também possível, entretanto, não identificá-la como tal. porque acueles que a

ordenam ou a desencadeiam, nem sempre usam, para isso, de meios brutais. Os aperfeiçoamentos da ciência e da técnica oferecem meios que podem ser utilizados em atividades até mesmo aparentemente lícitas, quiza benéficas, que, no entanto, causam danos, perigos e destruição e morte, em que não há uma vítima definida, pessoa conhecida ou dada a conhecer pelos meios de comunicação, que também estampam ou exibem a sua fotografia; as vítimas dessas atividades de violência, ordenadas ou desencadeadas por pessoas e entidades detentoras de poder — poder profissional, social, econômico, político etc. —, sem excluir que sejam ou possam ser pessoas definidas, podem também ser grupos de pessoas e populações inteiras, com ramificações transnacionais das atividades e dos resultados, com vítimas em regiões e países diferentes.

A par disso (ou como uma das faces da anomia em que está mergulhado o mundo moderno), tem sido estimulado, com idênticos meios e procedimentos, em uns e outros países, um hipertrofiado e ao mesmo tempo distrofiado senso dos direitos, com total caso omisso dos deveres; como incitação à luta e à violência, em defesa dos direitos assim hipertrofiados e distrofiados, e em defesa de interesses ainda que ilegítimos, os quais, porém, para o caso, são tomados como se direitos fossem.

Essa é a apavorante realidade da violência no mundo atual.

Não teria sentido pensar que esse espírito de violência não penetrasse nas prisões. Mesmo naquelas antigas cuja arquitetura as assemelha a fortalezas, ele penetra e não podia deixar de penetrar, por diversos meios.

Cada delinqüente que entra, carrega consigo não só a carga da própria agressividade e da violência cometida, como o espírito da violência que impregna o mundo.

As notícias a respeito das violências que continuam sendo cometidas, das lutas, dos movimentos de pressão, das agitações em favor de direitos ou supostos direitos, para fazer reivindicações e obter vantagens, legítimas ou não, entram nas prisões, levadas pelos visitantes, por cartas, por jornais, pelo rádio, pela televisão.

Tudo isso se acrescenta aos fatores internos, aumentando, é bem de ver, a complexidade da questão.

Assim como as pessoas estão em interação, de sentimentos e estados emocionais, de pensamentos, de desejos, de atos de vontade, de direitos, deveres e interesses, assim também aqueles fatores que podem provocar a violência nas prisões (já que o tema é esse) estão em interação entre si; mais do que isso, eles se interpenetram, os de gênese interna e os vindos de fora.

Se, para fins metodológicos ou expositivos, podemos distingui-los, identificá-los e individuá-los, na realidade prática não é assim. Na realidade prática, o que aparece é a dinâmica de todos eles, os de dentro do recinto prisional e os que vêm de fora, interagindo e se interpenetrando, dinâmica essa que aparece, que se afigura, una.

De vez que, no entanto, para fins metodológicos os fatores podem ser distinguidos, identificados e individuados, é possível agir sobre uns e sobre outros, de modo a, pelo menos, reduzir a sua força causal, se não for possível eliminá-los.

A experiência tem ensinado que não se deve ter o ilusório otimismo de eliminar a violência nem a criminalidade. Nos próprios documentos de trabalho das Nações Unidas, não se fala em eliminar mas em *controlar*; fala-se em procurar reduzir a violência e a criminalidade, a taxas ou índices que é possível tolerar. Eu diria que devemos nos esforçar por eliminar os fatores que provocam ou podem provocar a violência, sem, entretanto, nos decepcionarmos pelo fato de não conseguirmos a eliminação mas somente uma redução.

No que tange especificamente às prisões, algo já tem sido feito, no mundo e no Brasil também, e com satisfatórios resultados, apesar de circunscritos.

Na impossibilidade de abordar todos os aspectos do que já tem sido feito, referir-me-ei a alguns, tanto quanto possa ser suficiente para a clareza da informação.

Convém registrar que o que já tem sido feito, em países diversos, inclusive no Brasil, e já consta de doutrina, de recomendações e de normas jurídicas, não raro partiu de experiências empíricas, porém boas, sensatas, ainda que à margem da lei.

Vejamos, pois:

Quanto à arquitetura penitenciária:

- estabelecimentos de porte apropriado para uma capacidade de não mais de quinhentos presos (só muito excepcionalmente e por motivos muito ponderáveis, até seiscentos e poucos);
- estilo em pavilhões, fisicamente autônomos, com amplas áreas livres, entre eles, nas quais é possível o cultivo (pelos presos) de horta e jardim, criação de pequenos animais, exercício de esportes (principalmente o futebol);
- distinção de segurança da construção — máxima, média e mínima — cada uma destinada a um regime de execução (ou de cumprimento) da pena, isto é, fechado, semi-aberto e aberto;
- locais para escola, práticas religiosas, visitas reservadas da família, assistência médica e odontológica, social e jurídica, e para

trabalho (oficinas), ademais da gleba para trabalho agrícola e pastoril, quanto às prisões de regime semi-aberto e aberto;

- acomodações para dormir, parte em celas (individuais) e parte em alojamentos (coletivos), cada um com capacidade mínima nunca inferior a três presos, e máxima não muito elevada, variando de país para país (no Brasil, segundo recomendações ministeriais, é de vinte e um presos).

A experiência tem patenteado (inclusive no Brasil) que, tomadas essas precauções de ordem arquitetônica, elas, por si, favorecem a diminuição dos agentes *stressantes* e dos fatores que podem provocar violência.

Quanto ao funcionamento das prisões e ao processo (isto é, maneira de se operar) da execução (ou cumprimento) da pena e das medidas de segurança, três são os aspectos principais:

- equilibrada agenda diária, com boa sucessão das atividades de trabalho, escola, lazeres, cuidados pessoais etc., de modo que não se verifique ociosidade (notando-se que para os presos condenados, o trabalho é obrigatório, enquanto que para os provisórios são oferecidas oportunidades de trabalho);
- tônica jurídica, quer do cumprimento da prisão provisória, quer da prisão em cumprimento de pena, quer da internação para cumprimento de medida de segurança; essa tônica pede a presença constante, embora às vezes ela seja somente potencial, do juiz nas prisões, e supõe a jurisdicionalização da execução das penas e das medidas de segurança — o que implicitamente significa presença também do promotor e do advogado;
- a colaboração da comunidade com o pessoal das prisões, com o Conselho Penitenciário e com a autoridade judiciária, no que concerne a problemas pessoais dos presos, seu relacionamento com a família, e similares, e a questões acessórias das prisões, que de um modo ou de outro podem se refletir sobre os presos pessoalmente.

Cada um desses três aspectos contribui, por si, para diminuir a quantidade e a intensidade dos agentes *stressantes* e dos fatores de violência.

A equilibrada agenda diária, mantendo os presos em atividade, contribui, além de desviá-los dos males da ociosidade, para canalizar as suas tensões e agressividade, e desgastar energias — tensões, agressividade e energias essas que, se assim não fosse, provavelmente se traduziriam em violência, inclusive no terreno sexual.

A tônica jurídica, intimamente relacionada com a jurisdicionalização da execução das penas e das medidas de segurança, supondo a possibilidade de o preso, a qualquer momento, poder dirigir-se ao juiz

(valendo-se de advogado ou assistente judiciário, ou, conforme o caso, diretamente), para salvaguardar seus direitos ou legítimos interesses, contribui para dar tranquilidade aos presos de modo geral. Em outras palavras: o saber que pode dirigir-se ao juiz, em cujas palavras, decisões e determinações de providências pode confiar, se não elimina, diminui os agentes *stressantes* da incerteza, da insegurança, dos falsos sentimentos e conceitos a respeito dos próprios direitos e interesses e frustrações inerentes, e induz ao reconhecimento e à aceitação dos deveres. É de suma importância esse aspecto, numa época como a atual, em que, como vimos no correr desta exposição, existe um hipertrofiado e distrofiado senso dos direitos, fazendo-se caso omissos dos deveres, o que, dentro e fora das prisões, leva à permissividade e é fator de violência. A presença, porém, constante, ainda que potencial, do juiz, na qual está implícita também a do promotor e a do advogado, sendo, como é, ao mesmo tempo causa e efeito da referida tônica jurídica, é um tácito mas seguro alerta para o pessoal, a fim de que cada um dos seus integrantes exerça os direitos e cumpra os deveres próprios da sua função, sem cometer abusos, sem praticar atos ou fatos configurativos de violência.

Importante como é, segundo acabamos de ver, o papel de uma agenda diária bem equilibrada, também o é o da presença do juiz, para a diminuição dos agentes *stressantes* e a inibição dos fatores de violência: semelhantemente, é valioso o papel da colaboração da comunidade.

A colaboração da comunidade, voltando-se para os problemas pessoais dos presos, como foi dito, contribui para diminuir frustrações e, principalmente, para fazer desaparecer o sentimento que os presos têm, de não mais pertencerem à sociedade, sentimento esse que, embora latente, é um grande propulsor da violência.

Dito o que acaba de ser dito, lembro que falei no despreparo do pessoal, como fator de violência. De tal modo esse aspecto é importante, que se pode dizer que um pessoal devidamente preparado é capaz de, não só evitar violência, como também, com equilibrada agenda diária, manter boas disposições de ânimo nos presos, mesmo que haja carências físicas e que a construção seja precária; por outro lado, nas melhores condições físicas, de construção e aparelhagem, pode-se chegar à mais desordenada vivência, em que a violência está sempre "no ar", se o pessoal é despreparado.

Quando se fala em pessoal prisional devidamente recrutado e preparado, não se quer dizer que tenha este ou aquele grau de instrução, ou curso de pós-graduação.

A questão está em ter *adequada* formação.

Na base dessa adequada formação está a imagem que o funcionário prisional deve ter do preso.

Se o funcionário prisional tiver, do preso, a imagem de um ser perigoso, abominável, odioso, repelente, contra quem é preciso estar sem-

pre em atitude de defesa, com quaisquer meios, provavelmente cometerá ele violências diretamente ou, conforme o cargo que ocupe, permitirá ou determinará que sejam cometidas, por mais que tenha instrução superior e até cursos de pós-graduação. Assim provavelmente acontecerá, mesmo que ele relacione a periculosidade genericamente atribuída aos presos, com anomalias da personalidade ou estados patológicos, à luz dos ensinamentos da Escola Positiva do Direito Penal. Com essas concepções, o preso não é visto como um ser humano, mas como uma força bruta, pronta para se abater contra as coisas e contra as pessoas. E então a idéia é que contra uma força bruta é lícito reagir com qualquer força, com outra força bruta, com quaisquer meios apropriados para destruí-la ou neutralizá-la.

Perguntar-se-á: mas não foi dito que a presença do juiz é um alerta contra os abusos?

É verdade. A presença do juiz é, por si mesma, um alerta contra os abusos, contra a violência.

Temos, entretanto, de admitir que, se o pessoal tem semelhante imagem do preso, pode acontecer que, na situação concreta, "ache" que está dentro de justos limites do exercício da função, quando, em realidade, esteja cometendo abusos e violências. Alertado pela presença do juiz, procurará evitar o cometimento de abusos, e evita, tanto quanto a sua falta de adequado preparo permite que, em concreto, se dê conta de que a sua conduta seria abusiva e, por isso, a evita.

Lembra-se, também, que um funcionário despreparado que, ademais, tenha essa visão do preso, tem medo dele, e se sente inseguro, o que o leva a reagir em desproporção à necessidade do momento e até a empregar a força, quando não há nenhuma necessidade ou, mesmo, é inteiramente desaconselhável.

Quando assim acontece com o pessoal, verifica-se, dentro da prisão, como que dois campos opostos, inimigos — o dos presos e o do pessoal. Isso só pode aumentar as tensões, mais "carregar" a "atmosfera" da prisão. Numa semelhante prisão, o papel que o juiz desempenha, com a sua presença e o exercício das suas funções, não é inútil, mas é mais difícil e menos profícuo.

Não nos esqueçamos de que, na realidade prática, todos os fatores interagem e se interpenetram, de sorte que, na causalidade de um resultado, não é fácil e às vezes é impossível distinguir uns e outros. Chega a ser embaraçoso pretender distingui-los inclusive para fins tão somente metodológicos e expositivos.

De qualquer modo, uma coisa é certa: com o pessoal despreparado pode dar-se que, além de não saber diminuir as tensões e resolver os problemas, agrave a situação e crie novos problemas; pode ser que, com o intuito de manter ou restabelecer a disciplina e a ordem, cometa

verdadeiras atrocidades, e que, impellido pelo seu medo e a sua insegurança, facilmente pratica fatos de violência de gravidade diversa.

Por outro lado, o pessoal que tenha uma imagem *humanizada* do preso, isto é, o *preso* (provisório ou condenado) é *uma pessoa, sujeito de direitos, de deveres e de responsabilidade*, imagem essa que há de ter sido o ponto de partida da sua formação específica, dificilmente cometerá uma violência contra ele.

Na sua formação específica, ele tomará consciência de que, sendo qualquer preso uma pessoa, sujeito de direitos, de deveres e de responsabilidade, há particularidades a distinguir. Isto é, o *preso provisório se presume inocente*, enquanto não haja contra ele uma sentença condenatória passada em julgado, e *assim deve ser tratado*; o preso condenado deve ser "ajudado a ajudar-se", de modo que se disponha a, assumindo a responsabilidade do seu crime, bem como da sua conduta presente e futura, não venha a reincidir, mas ao contrário viva honestamente, integrado no convívio social.

No recrutamento do pessoal, desde o diretor, passando por todos os níveis, até o agente prisional, devem ser inteiramente rejeitados motivos ou considerações ou injunções de ordem político-partidária; deve-se levar em conta a aptidão, o pendor que tenham para a função. Deve-se ter presente que as funções do pessoal prisional não se confundem com as da Polícia nem com as do militar; são funções diversas, cada qual demandando a sua apropriada aptidão e específica formação, a sua específica, também, *forma mentis*, em razão das específicas respectivas finalidades. Não é de excluir que pessoas que tenham formação militar ou policial, possam ser admitidas para trabalhar em prisões; para isso, contudo, é preciso que reformulem a sua formação e a sua *forma mentis* e as ajustem às exigências da função do pessoal prisional.

Na formação do pessoal prisional, não podem faltar conhecimentos de Direito Penal, Processo Penal e Direito Penitenciário, em extensão e profundidade diversas, conforme se trate de pessoal administrativo, técnico ou científico, de níveis superiores, médios ou inferiores. São indispensáveis informações seguras a respeito das normas reguladoras da função. É necessário um conjunto de conhecimentos e de constituição ou aprimoramento de hábitos adequados para tratar qualquer pessoa, inclusive o preso, com a devida consideração, respeito, civilidade. É mister também (principalmente quanto aos funcionários que mais em contato estão com os presos) que tenham conhecimentos de higiene e socorros de urgência, para acudir em qualquer emergência.

Entretanto, há, ainda, algo muito importante que, de maneira alguma, pode ficar esquecido na formação do pessoal prisional. É o que se refere à aprendizagem e ao treinamento concernentes à própria força e à destreza, e ao uso delas. O funcionário que aprendeu também como usar a sua força e a sua destreza, quando usá-las e em que medida, assim havendo-se exercitado, está preparado para não ter medo

dos presos e ser seguro de si. Com essa auto-segurança, saberá evitar agressões que se anunciam, e saberá dominar, sem violência, as que já se tenham manifestado. Terá aprendido a manejar armas; entretanto, assim preparado, de modo a ter tal auto-segurança, dificilmente sentirá necessidade de usar qualquer arma — saberá reconhecer as raras ocasiões em que seu uso é lícito.

A auto-segurança do funcionário não passa despercebida. Ao contrário, ela transparece e inibe os presos de fazer provocações; já porque ela infunde neles confiança no funcionário e respeito para com ele.

Nesse quadro, já não há dois campos opostos, inimigos — o dos presos e o do pessoal da prisão. Se, por um lado, o funcionário bem recrutado, bem preparado e *bem remunerado* (friso, *bem remunerado*), vê no preso uma pessoa, sujeito de direitos, de deveres e de responsabilidade, que precisa de ser compreendida, apoiada — ajudada a ajudar-se, enfim — para se dispor a emendar-se e assim se esforçar, preparando-se para a futura reintegração no convívio social, por outro lado, o preso vê nos funcionários pessoas em quem pode confiar, e com quem pode contar quando e como precise.

Quando assim ocorre, com pessoal assim preparado, a presença do juiz configura, para os presos, um aumento de tranqüilidade, e para os funcionários deixa de ser mero alerta, para ser um apoio.

Se me perguntarem: “Mas isso não custa muito caro?” — eu retrucarei: se a preocupação é com o custo, quanto custam os erros do pessoal despreparado, incluindo as violências, ainda que não cometidas por eles, mas pelos presos, e que eles não souberam evitar? — quanto custam os processos-crimes que, com fundamento em dispositivos do Código Penal ou da lei especial (nº 4.898, de 5-12-1965), devem ser instaurados contra quem comete crime com abuso de autoridade?

Sem pretender esgotar a matéria, pois haveria ainda muito e muito que dizer, acredito que terei dado uma visão suficiente dos fatores de violência nas prisões, uns gerados internamente, outros provindos de fora, reflexo que são da violência que invade o mundo.

Quanto aos fatores internos, também disse algo a respeito do seu possível controle.

Posso acrescentar que, em uns e outros países, também no Brasil, têm sido feitos esforços para diminuir os agentes *stressantes* nas prisões e controlar os fatores que podem conduzir à violência.

No Brasil, a década de 1970 foi particularmente fecunda nesse sentido. Foram tomadas providências a respeito da arquitetura das prisões, da preparação do pessoal (desde os diretores até os agentes); foram editadas recomendações ministeriais; foi promulgada uma lei de reforma do sistema de penas; foi elaborada uma Política Penitenciária Nacional. A lei de reforma do sistema de penas (nº 6.416, de 24-5-1977) contém prescrições que, bem observadas, influem extraordinariamente

para diminuir fatores de violência; entre elas estão as concessões de saída a serem feitas pelo juiz, muito eficazes quanto a canalização como à prevenção de tensões, e as formas de cumprimento da pena na comunidade, que contribuem para, em certos casos, diminuir, em outros, prevenir a superlotação. A Política Penitenciária Nacional tem princípios, finalidades, instrumentos normativos e de realidade, e tem órgãos — tudo convergindo para uma visão *humanizada* do preso, e correspondente tratamento, em condições apropriadas, por um pessoal adequadamente preparado, com a devida *forma mentis*.

Sem embargo, em uns e outros países, também no Brasil, tem havido agressões, revoltas e motins nas prisões, com conseqüências às vezes de pequena monta, mas outras vezes de proporções enormes, como, parece, nunca se registraram na história das prisões. Em cada caso, se levantam vozes que, sem fazer qualquer indagação, atribuem a culpa ao pessoal das prisões, que teria, com a violência que lhe seria característica, provocado a agressão, a revolta ou o motim.

Pode-se notar que as agressões, as revoltas, os motins nas prisões têm seguido e evoluído paralelamente às agressões, violências, movimentos de protesto e de reivindicações, de greves (legítimas ou ilegítimas), que são estimulados e instigados por certas pessoas e entidades, como meios justos, autênticos e até exclusivos, para obter vantagens, sempre consideradas direitos, embora muitas vezes não passem de interesses espúrios, infundados.

Pelo que se sabe através dos noticiários transmitidos pelos meios de comunicação, é possível reconhecer, em motins e revoltas de presos, de uns e outros países, exigências, reivindicações e protestos análogos, *mutatis mutandis*, em conteúdo e modo de fazê-los, aos dos referidos movimentos e greves. Aliás, o próprio pessoal prisional, cá e lá, tem feito greve, protestando, reivindicando, exigindo — coisa de que, até um passado recente, nunca se tinha ouvido falar.

Tem sido surpreendente tomar conhecimento de agressões, violências, revoltas e motins em prisões onde os fatores internos de violência (relacionados com a arquitetura e a aparelhagem, com o funcionamento e o regime de execução/cumprimento da pena ou da medida de segurança, e os que se resumem na formação do pessoal) haviam sido senão eliminados, minimizados ou controlados. Em semelhantes prisões, onde os agentes *stressantes* tinham sido muito reduzidos e igualmente tinham sido as tensões, começaram a fermentar descontentamentos, irritações, exigências, malquerenças e desentendimentos entre os presos e entre eles e o pessoal, até explosão, em proporções menores ou maiores, envolvendo menor ou maior número de pessoas — de presos, de funcionários — em posição de ataque e em posição de defesa, nem sempre fácil de identificar.

As vezes, a explosão de agressões, violências, revoltas, motins, depredações, parece repentina, sem aquela fermentação.

Como podem acontecer semelhantes fenômenos? Por quê? Por que, se os fatores internos capazes de levar à violência, estavam minimizados e controlados?

Parece forçoso aceitar a explicação de que se trata de um reflexo da violência que assola e impregna o mundo, de maneira cada vez mais assustadora nos últimos decênios.

Em outras palavras: a violência que pode ocorrer como às vezes ocorre em prisões, se é que já foi um fenômeno isolado, independente, circunscrito nas suas causas e efeitos, ao recinto prisional, hoje não é mais assim.

Hoje, a violência que, por diversas formas e meios, pode vir a acontecer em prisões, dificilmente deixa de ter alguma contribuição (estímulo, incitação, emulação, inspiração) da violência que campeia pelo mundo e cujo espírito, pelos mais diversos meios, penetra nas prisões. As vezes, os acontecimentos nas prisões não passam de imitação, quase mimetismo, do que vai pelo mundo.

Isso torna o problema muito mais complexo e de difícil controle, já porque é tão complexa e de tão difícil controle a violência que vai pelo mundo, a qual se serve dos inauditos progressos da ciência e da técnica, e ao mesmo tempo com eles se emparelha, exaltando o poder e o egoísmo, iludindo a humanidade com vãs promessas de satisfações materiais e de felicidade à custa dos valores morais e espirituais.

Sem deixar de reconhecer, porém, que a violência nas prisões também recebe influências da violência de fora dela, e cuja penetração dificilmente pode ser controlada, é mister proceder *como se* assim não fosse, *como se* a violência que pode ocorrer nas prisões dependesse somente de fatores internos, e agir sobre eles.

Com efeito, em uns e outros países, no Brasil também, tem aumentado, nos últimos dois ou três decênios, as violências em prisões, ocorrendo mesmo em estabelecimentos em que, havendo sido tomadas providências, se diriam imunes delas.

Com efeito, outrossim, em uns e outros países, também no Brasil, há prisões que, tendo sido tomadas adequadas providências, quanto aos fatores internos, têm permanecido isentas de violências.

Seja como for, estando-se sempre prevenidos de que, apesar das providências adequadas que inibem ou controlam os fatores de violência relacionados com a própria prisão, pode haver desencadeamento de violências induzido por fatores de fora dela, devemos intensificar e aprimorar os esforços para, tanto quanto possível, estabelecer, nas prisões, condições e circunstâncias tais que, além de inibir e controlar os fatores internos, possam servir como anteparo amortecedor dos estímulos mandados pela violência e seu espírito, que andam soltos pelo mundo, desafiando governantes e administradores, cientistas e juristas, a religião e a justiça, as normas morais e a coercibilidade jurídica.

# Direito Agrário

## — novas dimensões

(A Lei n.º 6.739/79)

OTAVIO MENDONÇA

Professor da Universidade Federal  
do Pará

Ao se iniciar uma nova década, a penúltima do século e do milênio, não há ramo jurídico de interesse mais palpitante para a Amazônia que o Direito Agrário. Seus 5.000.000 de quilômetros quadrados constituem um dos maiores vazios aproveitáveis sobre a face da Terra. E a disciplina desse aproveitamento é um dos supremos desafios com que se defrontam os brasileiros — governantes e governados, homens da região e de fora dela, aqueles que se preocupam com o tema e aqueles que do mesmo se desapercebem. Sobre todos, inexoravelmente, repercutirão as conseqüências dos erros e acertos de cada qual.

II. Por outro lado, nunca se escreveu e falou tanto sobre a Amazônia. De qualquer modo, isso significa uma **tomada de consciência**, não local ou setorial, mas definitivamente nacional, da sua problemática, rebelde aos esquemas improvisados, às soluções miraculosas e às aventuras empresariais ou administrativas. Essa bibliografia tornou-se tão abundante que não é fácil sequer acompanhá-la e quase impossível manter-lhe o controle pela leitura, pelo coitejo, pelo comentário.

III. Ocorre, assim, uma espécie de encruzilhada, onde se defrontam, e frequentemente se confundem, os assuntos amazônicos e os temas agrários. Sucedem-se congressos, simpósios, conferências, comissões de inquérito, tratados internacionais, criação e reforma de órgãos especializados. Na esfera legislativa,

---

Palestra no I Ciclo de Estudos de Direito Imobiliário promovido pelos Conselhos Federal e Regional de Corretores de Imóveis — 10-4-1980.

as normas em vigor, ainda que recentes, revelam-se omissas ou inadequadas, e quando substituídas, as substitutas envelhecem com tamanha rapidez que, às vezes, mal conseguem ser experimentadas. Em conseqüência, o Direito Rural, tão jovem na sua autonomia quanto copioso na sua formulação, exige incessante reexame, sobretudo quando incide nos problemas amazônicos. Das alterações que o vêm atingindo, creio, pois, oportuno comentar algumas, atendendo à insistência com que generosos colegas, ex-alunos, clientes e amigos solicitam minha modesta, porém sincera, opinião. Não me arriscarei ao vaticínio dos efeitos. Eles dependem da execução, como esta, das pessoas. E as pessoas são imprevisíveis no raciocínio, no comportamento e até na continuidade. O tempo, somente o tempo, dirá se tais inovações vieram para perdurar ou serão ultrapassadas, no mesmo ritmo galopante com que apareceram.

IV. Escolhi a Lei n.º 6.739, de 5-12-79, para estas primeiras observações porque ela contém, senão a mudança mais profunda, decerto a mais polêmica entre todas as recentemente introduzidas no Direito Agrário. Em resumo, permite às pessoas jurídicas de direito público requererem aos Corregedores da Justiça a declaração de inexistência e o cancelamento da inscrição do imóvel rural vinculado a título nulo ou cujo registro tenha sido efetuado em desacordo com o artigo 221 da Lei nº 6.015/73. E somente quando o ato já estiver concluído serão notificados os titulares do domínio particular desfeito, quer os primitivos, quer os atuais, caso a cadeia sucessória já se haja prolongado, com ou sem desdobramento.

V. A inovação vem suscitando candentes comentários. De um lado, há os que defendem o imperativo de coibir, drasticamente, os abusos cada vez mais audaciosos ante os quais se demonstraram impotentes os meios clássicos de combate. A própria Exposição de Motivos do então Ministro da Justiça, PETRÔNIO PORTELLA, informa que o anteprojeto foi elaborado a pedido da Procuradoria-Geral da República, após diversas correções levadas a efeito no Pará, Amazonas e Acre. Visou-se “acudir às gravíssimas situações constatadas *in loco* concernentes a alienações de terras públicas feitas sob as mais variadas formas de fraude em detrimento do patrimônio da União e, mesmo, dos Estados”. Por sua vez, o Relator da Comissão Mista do Congresso Nacional — Senador BERNARDINO VIANA — salientou que, “com os instrumentos legais vigentes, uma ação anulatória de matrícula e registro tem-se estendido por até 5 anos, espaço de tempo bastante para que o falso adquirente parcele a gleba, aliene a terceiros parte dela e devaste a floresta com exploração predatória. Cita exemplos teratológicos, como o registro de três talões da taxa rural para exploração de seringais, que, na Comarca de Borba (AM), propiciou inclusão no domínio privado de 335.000 hectares, às margens da BR-319, sem que até agora se obtivesse decisão judicial.

VI. Mas, por outro lado, desde fevereiro último, quando se iniciou a vigência dessa lei, principiaram a surgir, com as suas primeiras aplicações, também os seus primeiros e ácidos opositores. Dentre eles, pela veemência da linguagem, destaca-se o advogado goiano REGINALDO FERREIRA CAMPOS, que apresentou ao Procurador-Geral da República, solicitando suscitasse, na forma do art. 119, I, 1, da Constituição, perante o Supremo Tribunal, a inconstitucionalidade da Lei n.º 6.739. Entende o requerente que a mesma, eliminando o

contraditório processual, cerceia a defesa dos interessados e gera desigualdade insanável entre as partes. Por outro lado, transferindo liminarmente para o domínio público o bem antes registrado como propriedade particular, inverte o instituto da desapropriação e viola os direitos adquiridos que a Carta Magna assegura no § 3.º do seu art. 153. Refere o representante aberração inversa da citada no debate legislativo, mencionando que o Instituto de Desenvolvimento Agrário de Goiás — IDAGO, pretende cancelar sumariamente os numerosos registros oriundos de escrituras públicas e sentenças judiciais que incidem sobre uma gleba cujas primeiras ocupações datam de 1846 e cuja transferência mais recente adveio de sentença prolatada em inventário concluído em 1964. Cópias desse petítório foram enviadas, com apelo de apoio, aos Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados no País inteiro.

VII. Sintetizadas, assim, as posições que se defrontam, parece-me inevitável que, ao longo de 1980, essa dura controvérsia suba aos tribunais, único poder competente, salvo mudança legislativa, para fixar uma exata interpretação. Tarefa difícil. Quem lida, na Amazônia, com os problemas fundiários bem sabe quanto são, em princípio, verdadeiros os motivos que inspiraram o projeto, ainda que possa temer algumas de suas conseqüências e divergir de algumas de suas colocações. O registro imobiliário, tornado obrigatório pelo Código Civil para transferir a propriedade e ao qual se concedeu a presunção de legitimidade, tornou-se, muitas vezes, vítima de sua própria força probante, transformando-se no alvo predileto das fraudes fundiárias. Diluídos na imensidão da Planície, sem instalações convenientes, sem livros adequados e sem quadros humanos quantitativa e qualitativamente capazes — nossos pobres Cartórios do interior jamais poderiam resistir à avalanche que sobre eles desabou, a partir de 1960. A abertura das grandes rodovias — a Belém—Brasília, a Transamazônica, a Cuiabá—Santarém, a Brasília—Acre, a Porto Velho—Manaus, a PA/70 — e a extensão dos incentivos fiscais, através da SUDAM, a partir de 66, aos empreendimentos rurais, deslocaram para a Amazônia a fronteira agropecuária do Brasil. Tome-se um Município típico, como Conceição do Araguaia. Em 10 anos — de 1960 a 1970 — sua população passou, em números redondos, de 11.000 para 40.000 habitantes, incluindo Santana do Araguaia, que ganhou autonomia no meio do período. Atualmente devem estar, os dois, em torno dos 70.000 residentes, dos quais menos de 1/3 são paraenses e menos de 1/5 nascidos em Conceição. Segundo o IBGE, em 1950 ali havia apenas 1 estabelecimento com terras tituladas. Em 1970 esse número subia para 98, em 72 para 140 e hoje para cerca de 300. Permanecem, todavia, milhares de lotes, desiguais no tamanho e no valor, de terras ocupadas, sem qualquer legalização. A estrutura fundiária alterou-se na mesma proporção. As 98 propriedades tituladas no início dos anos 70 absorviam 373.000 hectares, enquanto as 2.136 meras ocupações englobavam apenas 290.000 hectares. A transformação social é evidente. O antigo campesinato, que prevalecera após o declínio da borracha, em 1912, cedeu lugar, após 1960, a uma incipiente sociedade capitalista, com todas as suas decorrências. O processo de ocupação do solo, até então resumido na posse, desvinculada de qualquer apoio documental, daí em diante começaria pela legalização, em geral de grandes áreas capazes de justificar investimentos a nível empresarial. Tudo mais é conseqüência dessa mudança. Os antigos e pequenos criadores ou plantadores autônomos seriam substituídos por peões

ou vaqueiros assalariados; a agricultura ou a pecuária de subsistência, pela produção destinada à venda e revenda; a economia familiar, pela de mercado; o valor de uso da terra, pelo seu valor de troca; e o reconhecimento da simples e desordenada prioridade na ocupação, pelo respeito ao título registrado, à linha demarcatória e ao imposto pago. Tudo isso explica a inevitabilidade dos conflitos. De 66 a 76, desencadearam-se, somente em Conceição, mais de mil litígios agrários, o que significa média anual superior a 100, dois por semana, um de três em três dias, quase todos marcados pela violência, vários pela morte, muitos até hoje, e talvez para sempre, sem esperança de solução. Dentro desse panorama, é fácil imaginar como se tornou impraticável manter o controle da legalidade através de órgãos — repartições administrativas, juizados, cartórios — que não haviam sido previstos para a nova conjuntura nem a ela se poderiam, de repente, adaptar.

VIII. O levantamento detalhado das fraudes que se praticaram na Amazônia em matéria fundiária é um trabalho gigantesco que provavelmente nunca mais se completará. Ao exemplo de Borba, onde meros talões foram aceitos como títulos de propriedade para mais de 300.000 hectares, poder-se-ia crescer uma variedade enorme de golpes, ora sutis ora grosseiros, que apenas tento reunir para dar uma idéia dos gêneros principais:

A) **Fraudes nos títulos:** assinaturas, nomes, dizeres, datas e números falsificados, referência a livros de cadastro inexistentes, canhotos rasurados e descoincidentes.

B) **Fraudes nos processos:** Como os títulos são apenas a derradeira etapa de um processo aquisitivo, é óbvio que não podem ser válidos se inválidas forem as etapas essenciais anteriores. Aparecem, entretanto, títulos sem processo, ou processos sem formalidade insupríveis, como a identificação do comprador, o pagamento do preço, os editais regularmente publicados, as decisões concessivas.

C) **Fraudes na demarcação:** Houve época em que os mapas regionais eram precaríssimos, os técnicos de topografia escassos e, na maioria, desaparelhados para atender à sofreguidão dos compradores. A conseqüência é que muita demarcação se fez na prancheta, sem qualquer amarração no terreno, indicando linhas e azimutes imaginários que não correspondem a marcos nem a picadas de espécie alguma. Há "loteamentos" inteiros vendidos em São Paulo, entre 61 a 64, cujas glebas, quase sempre de 4.356 hectares, com perímetros, portanto, de 26 quilômetros e meio, aparecem percorridas no mesmo dia e com declinações magnéticas semelhantes em 10 ou 20 lotes contíguos. Inexistem cadernetas de campo, e as plantas, memoriais descritivos e resumos para os títulos foram mimeografados ou fotocopiados, preenchendo-se somente os claros para adaptá-los a cada processo. E, além dessas fraudes de gabinete, também as houve no campo, multiplicando-se léguas, alterando-se denominações de limites naturais, invadindo-se terras devolutas ou propriedades de confinantes, esticando-se ou encolhendo-se linhas ao livre arbítrio dos interessados.

D) **Fraudes na localização:** Muitas terras se venderam que ninguém sabe onde ficam e muitas outras que ficaram por cima de lotes anteriormente já

vendidos. São os famosos "títulos pluma" ou pena, que estão à procura de um lugar onde cair... Se embaixo não há ninguém, ali "repousam" até aparecer o dono; e se este não aparece, consolidam o domínio e a posse, embora sem correspondência alguma com a descrição de seus documentos. Antigamente, a titulação referia sempre a borda de um rio. Com as estradas, passaram elas a ser tomadas como base, através de um quilômetro determinado e por uma certa distância para a direita ou para a esquerda. Tais estradas, entretanto, muitas vezes, tiveram o seu traçado corrigido e a sua quilometragem renumerada. E como a demarcação não fora, de fato, feita, a única localização possível passou a ser pelos vizinhos ou pelas plantas dos loteamentos originários. Se aqueles não existem, ou também não sabem onde ficam e se estas são incorretas, a plotagem exata torna-se infactível. Daí os terríveis problemas de **superposição**, uma espécie bizarra de propriedade horizontal sem condomínio e sem solução...

E) **Fraudes no registro:** Infelizmente, e com louváveis exceções, registrou-se tudo quanto se quis nos Cartórios da Amazônia. O Decreto n.º 4.857/39, que disciplina os registros públicos até 76, quando entrou em vigor a Lei n.º 6.015/73, prescrevia que no Livro 3 apenas seriam inscritos os atos transmissivos da propriedade, enumerando a natureza e o objeto desses atos (arts. 237 e 239). Nesse aspecto, a legislação atual nada inovou, salvo transferir o registro das transmissões para o Livro 2 e criar para cada imóvel uma folha própria, com a matrícula inicial e as averbações posteriores (arts. 173 e segs.). É certo que tanto a lei antiga como a nova aceitam como documentos registráveis as **certidões extraídas de processos** (art. 237, d, do Dec. n.º 4.857, e 222, da Lei n.º 6.015). Tal expressão não parece, contudo, abranger as certidões **administrativas** que, fornecidas criminosamente, tantas vezes ensejaram transcrições fraudulentas. Porém, existem no Código Civil dois dispositivos que, combinados àqueles, não raro legitimaram, na aparência, a falsidade do registro. Trata-se dos arts. 137 e 138. O primeiro equipara as certidões judiciais aos documentos em original. O segundo confere força idêntica às certidões extraídas por **oficial público de instrumentos lançados em suas notas**. Explica-se, então, o jogo que permitiu tanto registro sem título hábil. Bastava que se obtivesse certidão administrativa de uma compra inexistente, majorada ou deslocada, registrando-a previamente no Cartório de Títulos e Documentos, para levar em seguida, a certidão deste registro a um serventuário do interior, desonesto ou ignorante, e dele conseguir a transcrição no Livro 3. Independente dessa manobra e sem qualquer astúcia, também se registraram no Livro 3 talões de impostos, títulos de posses não legitimadas, recibos de benfeitorias, documentos de pessoas falecidas sem forma de testamento nem de inventário, licenças estaduais ou municipais de exploração precária e transitória.

IX. Muito por alto, eis a síntese do que se deve considerar em um dos pratos da balança. Vejamos o que pôr no outro. Tanto a antiga como a vigente Lei dos Registros Públicos continham mecanismos de precaução e correção. Ambas conferiam aos oficiais dos Cartórios a prerrogativa de suscitar **dúvida**, a ser decidida pelo juiz, sempre que os títulos apresentados não lhes parecessem perfeitos (arts. 198 e segs.). Ambas previam a retificação do registro: voluntária, se concordassem todos os interessados; ou compulsória, através de pro-

cesso contencioso, se não houvesse consenso (art. 213). Uma e outra permitiam ao juiz invalidar a transcrição, independente de ação direta quando se demonstrasse nulidade de pleno direito do próprio registro (art. 214), ou determinar o cancelamento mediante requerimento unânime ou ação contraditória (art. 250). Porém, em todas essas hipóteses predominava sempre a mesma diretriz fundamental. Ou haveria **consenso** entre as partes ou o processo seria **contraditório**. E o artigo 252 da Lei n.º 6.015 proclamava que “o registro, enquanto não cancelado, produz todos os seus efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido”. Para compreender a importância desse dispositivo, basta referir um processo judicial que teve, no Pará, ampla repercussão. O Governo do Estado havia declarado, por decreto, a nulidade de vários títulos já inscritos no registro imobiliário de S. Miguel do Guamá. A Secretaria de Justiça oficiara ao juiz daquela Comarca solicitando que proibisse o Cartório de expedir certidões relativas àqueles títulos. O juiz atendeu. Os interessados reclamaram ao corregedor, que deferiu a reclamação. Apesar disso, a proibição se manteve. Daí o mandado de segurança, concedido nos termos do Ac. 1.375 (Diário Oficial de 26-8-72, Rel. Des. SYLVIO HALL DE MOURA).

X. A única hipótese de cancelamento sem processo e sem acordo era a do art. 214 da Lei n.º 6.015, correspondente ao art. 229 do Dec. n.º 4.857. Tais dispositivos foram objeto de acerbos divergências. Invocados raramente, acabou-se firmando a tese de que se limitavam às nulidades formais do **próprio registro**, isto é, àquelas em que não estava em jogo a **validade do título**, mas sim e apenas o mecanismo registrador. Seria, por exemplo, a omissão do **título anterior** quando não se tratasse de aquisição originária de terras antes devolutas; a transcrição, no Cartório, daquilo que o título não dizia ou de título não vinculado a direitos reais (art. 172 da Lei n.º 6.015); a adulteração, enfim, do **registro** independente de ser o título bom ou mau. Alargar, agora, essa hipótese, permitindo suprimir o registro sem dar oportunidade de defesa aos interessados, por melhores que sejam os intuitos, é colocar um instrumento demasiado perigoso ao alcance de autoridades, cujos critérios se presumem corretos, porém que podem estar mal informadas ou mal inspiradas e, mesmo de boa fé, causar prejuízos irreparáveis a pessoas completamente desprevenidas.

XI. O aplicador da Lei n.º 6.739 estará, pois, situado entre as duas pontas de um dilema quase insolúvel. Dar-lhe uma interpretação ampla talvez diminuísse a tal ponto o prestígio do registro que se esvaziaria a sua confiabilidade, imprescindível para um grande rol de operações imobiliárias. Como se baseariam, daí em diante, os projetos econômicos para incentivos fiscais, ou financiamentos bancários, as integralizações de capital social, os loteamentos ou colonizações particulares, as hipotecas e até mesmo as ações demarcatórias, discriminatórias e possessórias baseadas em títulos cujas transcrições pudessem ser canceladas sem que os proprietários e seus credores ou sucessores fossem previamente notificados? E as benfeitorias introduzidas por adquirentes de boa fé? E aqueles que já tivessem em seu favor alguma sentença transitada em julgado? E as nulidades ou anulabilidades já prescritas? Será que tudo isso poderia, de repente, perder o valor pelo requerimento de algum representante do Poder Público deferido pelo corregedor? E se o representante do Poder Pú-

blico fosse inidôneo, inepto ou faccioso? E se o corregedor fosse desatento, le-viano, apaixonado? As expressões — “título nulo de pleno direito” e “provas irrefutáveis” — sabemos nós, advogados, quanto são vagas e como dependem de convicções subjetivas e variáveis, de pessoa para pessoa, de um momento para outro, e de tantas circunstâncias impossíveis de esquematizar. Porém, se a interpretação da nova lei for demasiado restrita, ela perderá sua finalidade, muitas fraudes permanecerão impunes e a morosidade dos litígios judiciais desanimará qualquer iniciativa eficaz e moralizadora. Tudo isso sem falar nos complexos problemas da **responsabilidade civil do Estado** (Constituição, art. 107, e Código Civil, art. 15) por atos de seus prepostos, assim caracteriza-dos os funcionários e serventuários cujos atos, omissões e pronunciamentos in-duziram em erro os adquirentes de boa fé.

XII. Afinal, como sempre, tudo, ou quase tudo, dependerá das pessoas. Ofe-reço, entretanto, ao debate uma sugestão, que, sem contrariar a sua letra, su-ponho absolutamente dentro do espírito da lei. Seria retornar, por via inter-pretativa, à própria concepção original. O texto do projeto primitivo não falava sequer em cancelamento, usando uma nova expressão — o **desfazimento**. E li-mitava-o à matrícula ou averbação “com base em título não relacionado no artigo 221 da vigente Lei dos Registros Públicos” (art. 1.º). Esse artigo enumera quais os **documentos registráveis**: escrituras públicas ou particulares, atos autênticos passados no estrangeiro com força de instrumento público, senten-ças judiciais, certidões e mandados extraídos de autos do processo. Estavam, assim, eliminados os papéis espúrios. O único ainda duvidoso seriam as cer-tidões. Quanto a elas, bastaria a jurisprudência fixar que apenas valeriam para registros quando extraídas de processos judiciais, transcrevendo o inteiro teor da sentença concessiva ou translativa de direito real e consignando o seu trân-sito em julgado. Ficariam, assim, excluídas as **certidões administrativas**, sem prejuízo dos títulos alienatórios de terras devolutas, que não se equiparam às certidões, mas sim às escrituras, sendo, portanto, como estas, registráveis. Que foi exatamente tal orientação a inspiradora do novo instituto resulta nítido de sua justificativa:

“O anteprojeto cuida dos registros **inexistentes** e não dos registros imobiliários **nulos** já disciplinados pela vigente Lei dos Registros Pú-blicos e cujo cancelamento depende de decisão judicial... Levado, pois, a registro título **formalmente válido** — a conter direito inscritível e classificado, o título, por lei, como registrável —, o assunto concer-nente gerará a presunção **juris tantum** de domínio a favor de quem apontado, no título, como proprietário. E tal presunção deverá ser destruída por prova hábil, perante o juízo competente, o qual, reco-nhecida a nulidade do registro, ordenará se o cancele... Em contra-partida, levado a registro **documento que não configure a transferên-cia da propriedade imóvel**, ou, ainda, **título não tido como registrável** pela lei nacional, o registro dele não consubstanciará a aquisição do domínio nem dará lugar à presunção deste.”

XIII. Somente no Congresso é que se modificou a redação do art. 1º do pro-jeito. Antes da expressão “feito em desacordo com o art. 221 e seguintes da Lei

n.º 6.015", incluiu-se esta outra, muito mais abrangente: "vinculado a título nulo de pleno direito". Tudo indica, entretanto, que esse alargamento não foi intencional, tanto assim que o ilustre Relator não lhe fez qualquer referência expressa. Opinando pela rejeição das 5 emendas apresentadas, diz que o substitutivo proposto teve "o exclusivo propósito de aperfeiçoar a proposição governamental". Nesse caso, uma interpretação restritiva compatibilizaria o texto do projeto, e sua Mensagem, com o da lei e seu parecer. Assim sendo, e como perduram as hipóteses normais da Lei n.º 6.015 ao lado da excepcional criada pela Lei n.º 6.739, teríamos o seguinte esquema geral das dúvidas, retificações e cancelamentos nos registros imobiliários rurais:

A) Apresentando o título, o Cartório somente desde logo o registrará se lhe parecerem desnecessários quaisquer esclarecimentos. Caso contrário, deverá solicitá-los e, se o apresentante não o satisfizer, suscitará dúvida a ser decidida pelo juiz, sem prejuízo do processo contencioso competente (arts. 198 e segs. da Lei n.º 6.015). A lei prescreve responsabilidade civil dos Oficiais do Registro Público pelos prejuízos que causarem, por dolo ou culpa (art. 28), bem assim a dos Estados pelos atos de seus representantes ou servidores (Const., art. 107, e Código Civil, art. 15).

B) As retificações ou cancelamentos dos registros, quando requeridas pelos interessados, será feita, por ordem do juiz, de plano, se houver consenso e não acarretar danos a terceiros, ou pelas vias ordinárias, quando surgir alguma impugnação (arts. 212 e segs., e 250).

C) As nulidades de pleno direito do registro invalidam-no independente de ação direta (art. 214), devendo assim ser consideradas apenas aquelas em que não se debate defeito do título, mas tão-somente do registro. Estes casos e os do item seguinte (letra d) seriam os únicos capazes de justificar o cancelamento antes do processo e independente do consenso.

D) Os corregedores da justiça podem declarar a inexistência dos registros quando feitos com base em documento não constitutivo de direito real ou não enumerado entre os que a lei considera transcritíveis (arts. 172 e 221 da Lei n.º 6.015 combinados ao 1.º da Lei n.º 6.739). As certidões a que se refere o item IV do art. 221 são exclusivamente judiciais e deverão indicar o inteiro teor da decisão a registrar, bem assim o seu trânsito em julgado.

E) O registro, enquanto não cancelado, continua produzindo todos os seus efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título foi anulado (art. 252).

XIV. Finalmente, estes singelos comentários à Lei n.º 6.739 não podem omitir o louvor que merece o princípio aceito pelo seu art. 7.º. Aí se consigna, pela primeira vez, que os títulos de posse expedidos pelos Estados continuam a produzir os efeitos atribuídos pela legislação vigente à época de sua expedição, configurando situações jurídicas constituídas nos termos do art. 5.º, alínea b, do Decreto-Lei n.º 1.164/71. Tal dispositivo é particularmente importante no Pará, onde desde a nossa primeira Lei de Terras (Decreto n.º 410, de 8-10-1891) foi garantida a posse, transformável em domínio, daqueles que ocupavam al-

guma gleba quando se proclamou a República (15-11-1889). Esses títulos de posse constituem documento *sui generis* e apenas existem no Pará. Seus prazos de legitimação têm sido sucessivamente prorrogados e ainda há pouco o foram até 1985 (Lei estadual n.º 4.884, de 11-12-79). A partir de 1971, contudo, começaram a ser colocados em dúvida quando situados em áreas transferidas para o domínio da União pelo Decreto-Lei n.º 1.164. Vem agora o art. 7.º da Lei n.º 6.739 definir o problema, garantindo sua validade, onde quer que se encontrem. É uma vitória do nosso Estado, que tranqüiliza milhares de possuidores desses títulos. O que não significa que os possam registrar como propriedade antes de legitimá-los. Cairiam na hipótese de documento não constitutivo de direito real e, portanto, não inscritível. Já o título de legitimação equivale ao de venda, investe o beneficiário no domínio e torna cabível o registro como qualquer outro de alienação definitiva e originária de terras do Estado.

XV. O dispositivo merece ampla divulgação, dadas as divergências que esses documentos têm provocado. Também aqui convém estabelecer um claro meio termo entre posições extremadas e igualmente defeituosas. Há os que defendem o valor dos títulos de posse independente de qualquer formalidade. Estando muitos deles registrados no antigo Livro 3 e no atual Livro 2 dos Cartórios Imobiliários, havendo, não raro, sido aceitos como garantia de financiamentos bancários e possuindo cadeias sucessórias mais ou menos longas, embora geralmente imperfeitas, alegam tais defensores que nada mais é necessário para garanti-los. Entendem outros que, antes da legitimação, os títulos de posse não possuem qualquer valor sendo seus beneficiários meros ocupantes, com direito, quando muito, a serem indenizados pelas benfeitorias introduzidas ou a terem preferência nas respectivas licitações. Nem tanto ao mar, nem tanto à terra.

XVI. Os critérios fixados pelo art. 7º da Lei nº 6.739 combinados ao art. 29 da Lei estadual n.º 4.584/75, com as alterações da Lei n.º 4.884/79 e as tabelas resultantes da Resolução COVATE 09/79, homologada pelo Dec. n.º 500, de 26-12-79, eliminam as principais disparidades e permitem compor o seguinte esquema atual das legitimações dos títulos de posse expedidos pelo Estado do Pará:

A) tais títulos continuam a produzir os efeitos que lhes asseguram as leis vigentes à época de sua emissão quer se encontrem na faixa estadual quer na federal;

B) a legitimação é imprescindível para transformá-los de títulos de posse em títulos de propriedade, além de que somente pela demarcação é possível medi-los e localizá-los;

C) antes de legitimados, não são documentos registráveis no Livro 2 (antigo 3) dos Cartórios Imobiliários, embora constituam direitos potenciais que, até 31-12-1985, não poderão ser desprezados e, mesmo depois disso, representarão prova de posse com boa fé e justo título (Código Civil, arts. 489 e 490).

D) concluída a legitimação, o domínio será adquirido pelo regime imobiliário e o seu eventual cancelamento ficará sujeito às mesmas cautelas dos papéis semelhantes;

E) a cadeia sucessória dos atuais beneficiários não precisa mais remontar ao primitivo titular, bastando comprová-la nos últimos 20 anos, prazo máximo prescricional do Código Civil (art. 178 deste e 2.º da Lei estadual n.º 4.884/79);

F) as custas especiais nas legitimações de posse estão fixadas, no primeiro semestre de 1980, em 10% do preço básico (Cr\$ 7,50) para glebas até 500 hectares, podendo ascender até 40% do valor da terra nua (VTN = preço básico + acréscimos de extensão e localização + coeficientes de ancianidade e potencialidade aparente do solo). Essas custas poderão ser reduzidas ou dispensadas, tratando-se de requerentes necessitados;

G) o ITERPA está autorizado a vender, em regime de requerimento, dispensada a licitação, áreas ocupadas de boa fé com benfeitorias que, a seu critério, justifiquem esse tratamento excepcional.

#### BIBLIOGRAFIA

BATALHA, Wilson — **Comentários à Lei de Registros Públicos**. Forense, RJ, 1977.

BENCHIMOL, Samuel — **Amazônia**. Ed. Umberto Calderaro. Manaus, 1977.

CAMPOS, Antonio Macedo — **Comentários à Lei dos Registros Públicos**. Ed. Jalovi, Bauru — SP, 1977.

CARVALHO, Afranio de — **Registro de Imóveis**, Forense, RJ, 1976.

COSTA, José Marcelino e outros — **Amazônia/Desenvolvimento e Ocupação**. IPEA, RJ, 1979.

FUNDAÇÃO MILTON CAMPOS — **O Homem e o Campo**. Brasília, 1976.

GENEVIVA, Walter — **Lei dos Registros Públicos Comentada**. Saraiva, 1979.

IANNI, OCTAVIO — **A Luta pela Terra**. Ed. Vozes, Petrópolis, 1978.

LOPES, Serpa — **Tratado de Registros Públicos**. 4.ª ed., 1969, Freitas Bastos, RJ.

MAHAR, Dennis J. — **Desenvolvimento Econômico da Amazônia**. IPEA/INPES, Rio, 1978.

MOURA, Cleto — **A Nova Lei do Registro de Imóveis**. Imprensa Universitária, Belém, 1975.

MULLER, Fernando H. Cardoso G. — **Amazônia — Expansão do Capitalismo**. Ed. Brasillense, SP, 1977.

REBELO, Darino C. — **Transamazônica — Centro Documentação M. Transportes**. Brasília, 1973.

REBOUÇAS, Francisco — **Registros Públicos. Jurisprudência**. Revista dos Tribunais, SP, 1978.

SARMENTO, Eduardo Sócrates — **A Dúvida na Nova Lei dos Registros Públicos**. Ed. Rio, RJ, 1977.

# Notas sobre trabalho e trabalhador agrícola no Brasil

VILMA DE FIGUEIREDO

Doutora em Filosofia pela Faculdade de Artes e Ciências da Universidade de Washington — Graduada em Sociologia pela Universidade Católica de Louvain — Professora de Sociologia da UnB.

## SUMÁRIO

- I — Capital e trabalho no mundo capitalista.
- II — Proletarização e aburguesamento do trabalhador rural.
- III — Desmantelamento da organização familiar de produção.
- IV — Proletarização e pauperização.
- V — Modernização conservadora.
- VI — Onde aparecem as multinacionais.
- VII — Nem sempre o Estado está certo.
- VIII — Integração do pequeno produtor à empresa industrial.
- IX — Sobre o assalariado permanente.
- X — Em torno do assalariado temporário.
- XI — Trabalhador rural e política.
- XII — Reforma agrária.
- XIII — Conclusão.

As idéias e pontos de vista expressos neste ensaio têm origem na preocupação dita científica de buscar explicação “verdadeira” para os processos que ocorrem no mundo real. Especialmente no campo das ciências sociais, tais processos resultam não só das chamadas “leis da natureza”, mas também da ação humana sobre as mesmas, inspiradas, como são, por uma visão de mundo e por uma ideologia que, por sua vez, já espelham uma certa compreensão do fenômeno sobre o qual a ação incorre. E mais: a teoria não é desligada da prática. Ela determina a prática, explica-a, modifica-a ou anula-a. E é por que não partilho das concepções relativistas que aceitam quaisquer concepções sobre a realidade como explicações igualmente adequadas da mesma que acredito ser necessário, na busca do conhecimento da realidade social, que esta realidade não seja concebida fragmentariamente. É quando a totalidade social é percebida como tal que os fenômenos particulares assumem significação. Porém, essa mesma totalidade, se concebida como uma instância estática e harmônica, estará, necessariamente, refletindo um ponto de vista particular — individual ou grupal — em defesa do **status quo**. A totalidade social é dinâmica e contraditória e a sua compreensão exige a identificação das contradições que lhe dão, exatamente, o dinamismo. O perigo, nessa busca, é a saída mais fácil do nominalismo, do satisfazer-se com oposições puramente aparentes. Um desses equívocos, muito comum entre aqueles que estudam a natureza do trabalho agrícola, parece ser a explícita ou implicitamente postulada oposição entre trabalho familiar e organização capitalista da produção, um dos pontos centrais da discussão que, aqui, pretendo encaminhar. Essa discussão será situada nos quadros dos desenvolvimentos recentes do capitalismo na agricultura brasileira. Como traços desse desenvolvimento capitalista, no que diz respeito ao trabalho agrícola, serão focalizados:

- a) a subordinação do pequeno produtor ao capital, chegando ao ponto da total perda de controle da empresa doméstica e aproximando o pequeno produtor do proletariado;
- b) a diminuição do trabalho assalariado permanente;
- c) o aumento do trabalho assalariado temporário.

Isto se faz necessário para que possamos analisar as possibilidades de atuação política dos trabalhadores rurais, nos limites do sindicalismo rural brasileiro, o que tentarei na parte final desta exposição.

Os principais argumentos que agora desenvolvo foram objeto de debate com alguns colegas da universidade ou não, e com estudantes da pós-graduação em Sociologia da Universidade de Brasília, mas não é por isso que divido com eles a responsabilidade de minhas falhas. Com eles partilho os acertos, caso existam, que nesse nosso **métier** acertar jamais é produto exclusivo de faina individual.

## I — Capital e trabalho no mundo capitalista

No modo de produção capitalista a contradição básica é entre capital e trabalho e é daí que parte seu dinamismo. A separação do trabalhador dos meios de produção e a apropriação de seu pobre trabalho pelo capital realizam-se historicamente, portanto, diferenciadamente. O processo de reprodução ampliada do capital não homogeneizou e nem, necessariamente, vai homogeneizar as sociedades. Tal não se passou com a indústria propriamente dita e nem há por que esperá-lo para a agricultura brasileira atual. Já se disse que ao olhar-se muito de perto para as árvores corre-se o risco de não se ver a floresta. E essa miopia deve ser evitada por quem pretende captar os movimentos da sociedade e neles influir.

Assim como há diferenças entre o trabalhador da construção civil e o trabalhador metalúrgico no Brasil hoje, e não se duvida da condição operária de ambos, a grande maioria dos trabalhadores rurais brasileiros vive, hoje, um processo de purificação de sua condição operária que se impõe aos olhos de quem quer ver. Não se afirma que esse processo atinja a todos igualmente nem que todos tomem dele igual consciência.

## II — Proletarização e aburguesamento do trabalhador rural

Sendo a tendência à proletarização do trabalhador rural a que se generaliza, cabe também o contrário: em determinadas condições estruturais e conjunturais muito específicas é possível ocorrer seu aburguesamento. É o caso, por exemplo, de alguns poucos dos pequenos proprietários produtores de soja em Cruzeiro do Sul que, beneficiando-se de políticas de incentivo à soja, mudam a natureza de seu empreendimento passando a assalariar trabalhadores e a expandir a área que cultivam por compra e/ou arrendamento de novas terras (Peixoto, Chaloult, Figueiredo, 1979). Também é o caso dos "agricultores sulistas" que vieram para o Distrito Federal como arrendatários do governo dentro de um programa de assentamento dirigido e aí desenvolvem um empreendimento capitalista (Figueiredo et alii, 1979). Neste caso, os agricultores selecionados para o PAD-DF, além de serem proprietários de considerável parcela de terra no Sul, já haviam reunido um considerável volume de capital. Assim, a política do governo do DF apenas intensifica o processo de capitalização no qual já estavam inseridos esses agricultores. Em ambos os casos, a generalização do empreendimento agrícola capitalista, ao aburguesar uns poucos produtores, empurra a grande massa dos outros para a venda da força de trabalho. No caso do DF, os antigos ocupantes da área do PAD estão encurralados em parcelas de 2 hectares, onde não conseguem produzir sua subsistência, contando, para isso, com o emprego nos empreendimentos dos sulistas e enfrentando os preconceitos contra o trabalho dos goianos.

### III — Desmantelamento da organização familiar de produção

O importante a reter é que, com a generalização do empreendimento capitalista no campo, quer transformando os proprietários fundiários em capitalistas, quer ampliando o arrendamento ou quer através da organização das atividades pelo capital industrial — com investimento direto na agricultura ou via domínio do processo de comercialização, financiamento e assistência técnica —, o espaço do pequeno produtor autônomo se reduz, a economia familiar, enquanto tal, desmantela-se e, onde ainda sobrevive, “a aparência camponesa de vida passa a esconder uma forma operária de trabalhar” (Ianni, 1979: 143). Nesses casos, a aparente sobrevivência da organização familiar da produção deve-se menos a seu vigor e capacidade de resistência ao capitalismo do que à sua funcionalidade para a acumulação capitalista. “O que leva a empresa industrial a deixar de plantar a sua própria matéria-prima, passando a comprar de pequenos produtores, é a maior possibilidade de acumulação que a segunda opção acarreta” (CPDA, 1979: 114). E assim será enquanto tais condições se verificarem não ocorrendo, então, oposição entre trabalho familiar e organização capitalista da produção: na medida em que tanto a propriedade privada da terra como o caráter mercantil da produção agrícola descharacterizam-se diante da posição subordinada ao capital industrial, o trabalho familiar é apenas a roupagem circunstancial do trabalho operário. É esta a situação na lavoura de fumo da região fumicultora de Santa Cruz do Sul (Liedke, 1977), e de todos os pequenos produtores de produtos de alto valor comercial vinculados a empresas industriais como Souza Cruz, Sadia, Peixe e outras ou a cooperativas que acabam por funcionar analogamente às empresas.

### IV — Proletarização e pauperização

Na análise da purificação da condição operária do trabalhador rural, cabe lembrar que o processo de proletarização não significa, necessariamente, pauperização e sim perda de controle do processo produtivo — a atividade econômica possibilitando, apenas, a reprodução da força de trabalho e não acumulação de capital. A condição operária do trabalhador não é definida por seu nível de consumo. Esse vai depender da situação geral da economia, da maior ou menor distribuição de renda etc., no que, sem dúvida, a atuação política da classe operária terá fundamental importância. Acontece que o acesso a um pedaço de terra não garante ao agricultor sua não proletarização e nem, muitas vezes, tampouco melhores condições de reprodução da força de trabalho. Análises feitas de rendimentos de pequenos produtores mostram que esses se reduzem ao nível dos assalariados sem terra, como nos estudos feitos sobre a produção de cacau na Bahia (CPDA, 1979: 132). E, onde quer que ocorra um maior acesso do pequeno produtor a itens superiores de consumo — como no caso de Cruzeiro do Sul, por exemplo —, isto não deve tornar nebulosa a identificação do processo de proletarização que, no caso estudado, atinge a maioria dos agricultores da área que perdem, progressivamente,

o controle de seu empreendimento econômico (Peixoto, Chaloult, Figueiredo, 1979). Além disso são conhecidos os casos em que a pressão sobre o agricultor para o consumo de alguns itens industriais, paradoxalmente, vai contribuir para sua proletarianização: muitas vezes, por exemplo, a compra de um trator e/ou absorção de insumos modernos são condição necessária para o agricultor "integrar-se" a uma empresa capitalista nas condições mencionadas de subordinação ao capital industrial.

"Nas regiões Centro-Sul do País, à parte a modernização tecnológica que se verifica nas grandes propriedades produtoras de artigos voltados basicamente para a exportação, não podemos deixar de ressaltar o grande número de pequenos produtores que, com adubos, defensivos e tração animal, trabalham com recursos financeiros cedidos por cooperativas, indústrias e outros produtores.

Nesse sentido, a maior vinculação da agricultura com a produção capitalista, quando esse vínculo é mediado pela indústria que usa matéria-prima agrícola, leva a pequena produção a organizar-se em novas bases técnicas, ainda que o pequeno produtor não tenha autonomia da unidade de produção, no sentido da escolha ou decisão sobre que especificações técnicas usar" (CPDA, 1979: 152).

Sem tentar substituir o aprofundamento da questão pelo recurso mais fácil ao raciocínio analógico, mas apenas para acentuar o caráter heterogêneo e contraditório da forma capitalista de organizar a produção, assim como o operário carpinteiro da construção civil precisa, para realizar sua condição de trabalhador no estágio de desenvolvimento da indústria da construção civil no Brasil hoje, ser dono de sua caixa de ferramentas, setores da mão-de-obra agrícola integram-se como força de trabalho à produção capitalista enquanto possuem um pedaço de terra e/ou alguns instrumentos de produção. Neste caso a separação do trabalhador de seus meios de produção não se dá de forma genérica e absoluta, mas concreta e relativamente à maneira de trabalhar — a posse, aqui, não evita a separação do trabalhador de sua força de trabalho; é como se, pelo contrário, fosse condição para a venda da mesma. Na medida em que as especificações técnicas da produção são dadas pela empresa capitalista e o produto a ela se destina integralmente, o trabalho é apropriado pela empresa com a vantagem de esta se ver liberada dos custos organizacionais necessários ao emprego direto de assalariados.

## V — Modernização conservadora

O processo de proletarianização que atinge o pequeno agricultor brasileiro em tempos recentes deve ser entendido dentro dos quadros da chamada modernização da agricultura, que se manifesta mais intensamente a partir dos anos 60. Modernização essa já identificada como "moderniza-

ção conservadora" (CPDA, 1979: 144), pelo que mantém, reforçando, a estrutura da propriedade concentrada da terra e permitindo ao latifúndio modernizar-se e transformar-se numa grande empresa agrícola. Neste processo o Estado tem papel fundamental fornecendo incentivos e subsídios, especialmente através da violenta expansão do crédito altamente subsidiado principalmente a partir de 1967. A partir daí a agricultura, no seu processo produtivo, vai consumir cada vez mais insumos e implementos industriais, consumo que se inicia na agricultura de produtos dinâmicos de exportação e vai, progressivamente, atingindo os demais produtos de consumo interno. Na medida em que o crédito subsidiado favorece a grande propriedade, os pequenos produtores vão perdendo condições de tocar o seu negócio. Em 1970 os estabelecimentos de menos de 10 ha (51% do total de estabelecimentos no País) recebem apenas 5,5% do crédito total e, no que se refere estritamente ao crédito distribuído pelas entidades governamentais, a média e grande propriedades recebem 90% do total do crédito por elas distribuído (FIBGE, 1970; CPDA, 1979: 155).

## VI — Onde aparecem as multinacionais

O processo de modernização da agricultura, do qual o Estado é um dos principais agentes, vai favorecer muito a empresa multinacional que, nessas condições, dissemina o padrão de acumulação que lhe é próprio: por um lado emprego intensivo de capital e, por outro, absorção reduzida, em termos relativos, de mão-de-obra assalariada permanente combinada com a "integração" do pequeno produtor. Presentes na América Latina desde fins do século passado, as multinacionais, a partir do final dos anos 50, aparecem como firmas agroalimentares produzindo, localmente, bens alimentares diversos para os mercados urbanos de altas rendas. O controle oligopolítico do mercado consolida-se na medida em que a concorrência das empresas nacionais é fraca (Arroyo, Gomes de Almeida, Von Der Weid, 1979). Na verdade,

"... a agricultura e a produção alimentares tornam-se, direta ou indiretamente, dependentes do sistema agroalimentar mundial e de um grupo de firmas multinacionais produzindo insumos para a agricultura e/ou transformando matérias-primas para, em seguida, distribuí-las sob a forma de produtos alimentares beneficiados e diferenciados, nos mercados nacionais e estrangeiros (...) Isso traz conseqüências consideráveis sobre o emprego rural e agroindustrial dos países subdesenvolvidos..." (Arroyo, G. de Almeida, Von Der Weid, 1979: 8).

## VII — Nem sempre o Estado está certo

A atuação do Estado no processo de modernização e seus efeitos sobre a proletarianização no campo não se restringe a subsídios financeiros e outros à grande e média empresas. Muitas vezes é o próprio Estado

que, ao desapropriar terras e assentar pequenos produtores em áreas de projetos governamentais, corta-lhes a autonomia e obriga-os a trabalhar para empresas industriais, como ocorre em projetos de irrigação no Nordeste onde as técnicas de cultivo familiares do pequeno agricultor não mais servem no novo empreendimento na área irrigada, pois o produto é outro e plantar a sobrevivência é raramente possível (Bernardo, 1978). A produção destina-se toda ela à empresa industrial e os técnicos governamentais lá estão para garantir assistência técnica e o bom funcionamento do projeto para os fins a que se destina.

Assim é que as médias e grandes empresas apropriam-se, cada vez mais, do crédito, de maiores parcelas de terra e dos recursos tecnológicos. Uma idéia da concentração fundiária pode ser dada pela análise dos censos de 1960 e 1970. Em relação aos estabelecimentos de proprietários houve um decréscimo de 66,9% para 63,1% do total de estabelecimentos agrícolas, enquanto que sua área aumenta de 64,2% para 86,5% da área total dos estabelecimentos agrícolas no País. O maior aumento de área ocorreu nos estabelecimentos de mais de 500 ha, passando de 30,2% para 46,5% da área total.

“A diminuição no número de estabelecimentos e o aumento da área indicam concentração de terra entre proprietários no período, principalmente para as grandes propriedades, fenômeno este que aparece subestimado uma vez que os dados dos censos não revelam os casos de múltipla propriedade, tão freqüentes no Brasil.” (Peixoto, Chaloult, Figueiredo, 1977: 20).

Quanto à concentração de recursos tecnológicos, apenas como ilustração, o número de tratores cresceu 170 vezes entre 1960 e 1970 e, em 1970, as propriedades de mais de 50 ha concentravam 63% do total de tratores em uso nas lavouras (FIBGE, 1969 e 1970).

### **VIII — Integração do pequeno produtor à empresa industrial**

É a partir do bloqueio à pequena produção autônoma que se evidencia, a partir dos anos 60, com a modernização do processo produtivo agrícola nas condições em que se dá no Brasil, que o processo de proletarização no campo obviamente não iniciado aí, acentua-se e purifica-se. A recente acentuação da proletarização no campo se dá, principalmente, com a “integração” do pequeno produtor à empresa industrial mantendo-lhe a posse formal da terra e outros instrumentos de produção; é a generalização do operário a domicílio, como muitos autores já identificaram o fenômeno, comparando-o aos tempos do estabelecimento das primeiras manufaturas. Essa manifestação da proletarização, porém, se bem que fundamental nas condições atuais da economia brasileira, não é a única. As tradicionais formas de trabalho assalariado permanente e temporário são as outras.

É evidente que a mão-de-obra assalariada não surge na agricultura brasileira em tempos recentes; ela vem-se constituindo desde o século passado, quando da transição para o trabalho livre. O que ocorre, recentemente, é uma intensificação do uso do trabalho assalariado e sua purificação. Como já foi acentuado em outros estudos,

“As recentes transformações técnicas por que vêm passando, nos últimos 25 anos, parcelas consideráveis da agricultura nacional refletem-se basicamente na “purificação” do trabalho assalariado, ou seja, na transformação de antigos colonos, moradores e agregados (ou qualquer denominação regional do trabalho permanente) em assalariados puros, residentes ou volantes” (CPDA, 1979: 181).

O uso intensivo do capital na agricultura, pelas inovações técnicas que introduz no processo produtivo, aumenta a sazonalidade do emprego rural, contribui para a expulsão dos antigos moradores (parceiros, pequenos arrendatários etc.), intensifica a utilização do trabalho e amplia a absorção do trabalho temporário ou volante. Uma indicação, indireta mas significativa, da purificação do trabalho assalariado pode ser encontrada na redução da parceria entre 1960 e 1975. Se em 1960 os estabelecimentos de parceiros constituíam 7,6% do total de estabelecimentos no Brasil e ocupavam 2% da área total de estabelecimentos, em 1975 tais estabelecimentos representavam 6,3% do total, ocupando 1,4% da área total de estabelecimentos (FIBGE, 1960; **Sinopse Preliminar do Censo Agropecuário**. Censos Econômicos de 1975, 1977).

Acontece, porém, que, em relação às formas de utilização do trabalho na agricultura, os dados dos censos não são capazes de elucidar a questão contribuindo, muitas vezes, para encobrir a importância do trabalho assalariado. Uma crítica aprofundada dos dados dos censos no que se refere a esse ponto foi desenvolvida no já mencionado estudo “Evolução Recente e Situação Atual da Agricultura Brasileira” (CPDA, 1979: 170-174). Os principais problemas apontados dizem respeito, primeiro, à classificação da força de trabalho em familiar ou assalariada temporária que varia segundo a data de realização do censo, pois depende do calendário agrícola das diferentes regiões. Segundo, que as informações sobre trabalho temporário não incluem o contingente majoritário de volantes que é contratado pelo empresário agrícola através do empreiteiro subestimando grandemente, deste modo, o total dos trabalhadores temporários.

## IX — Sobre o assalariado permanente

No que diz respeito ao trabalho assalariado permanente, os dados dos censos indicam uma redução na participação relativa do trabalho assalariado permanente em relação ao total da população ocupada na agricultura da ordem de 12,7% em 1950 para 6,2% em 1970. O que essa redução revela é a expulsão de antigos moradores do interior de estabe-

lecimentos agrícolas, fenômeno perfeitamente compatível com o uso mais intensivo de capital na agricultura. A utilização de insumos modernos pode aumentar o emprego de mão-de-obra, mas a introdução de máquinas a libera. O importante a notar é que: a redução na participação relativa de assalariados permanentes não indica redução do trabalho assalariado na agricultura; os assalariados permanentes atualmente empregados pouco têm a ver com o antigo "morador" na medida em que são mais especializados, não lhes cabendo plantar a subsistência, têm seu trabalho potenciado pelos implementos modernos que põem a funcionar, estando sujeitos, também, ao aumento no número de horas trabalhadas. Infelizmente tais fenômenos não são registrados nos censos brasileiros. Porém, muitos estudos de caso atestam sua existência e, a respeito de alguns dos que foram acima mencionados, o seguinte texto é elucidativo:

"A mecanização, a utilização de insumos, de produtos fitosanitários, de sementes melhoradas, de alimentos compostos e de vacinas, de raças selecionadas etc. acarretaram uma substituição da mão-de-obra tradicional, que empregava instrumentos de trabalho mais primitivos, por uma força de trabalho mais especializada, de nível mais elevado de formação. Este movimento de "modernização" igualmente acarretou uma modificação nas relações de produção. As formas tradicionais como a parceria ou os trabalhadores residentes (moradores, no Brasil) das grandes fazendas foram rapidamente expulsas dos lotes que cultivavam. Um novo tipo de trabalhador permanente veio substituí-los, mas seu número, em virtude da maior produtividade dos meios postos em ação, é sensivelmente inferior. Os antigos trabalhadores permanentes acrescentaram-se a uma massa crescente de trabalhadores temporários, sem terra, obrigados a realizar trabalhos complementares cuja mecanização é difícil ou não rentável ou, ainda, a emigrar para as cidades" (Arroyo, G. de Almeida, Von Der Weid, 1979: 43-44).

#### X — Em torno do assalariado temporário

O aumento do trabalho assalariado temporário tem sido evidenciado em inúmeras pesquisas. Os censos, no entanto, pelas razões antes mencionadas e, especialmente, por não registrarem o trabalho volante arregimentado pelo "gato", não refletem esse aumento: de 1960 para 1970 os dados censais mostram tanto uma redução na participação relativa dos empregados em trabalho temporário em relação ao conjunto da população ocupada na agricultura como uma redução no número absoluto de trabalhadores temporários. Não é possível, deste modo, estabelecer, precisamente, em termos quantitativos e para todo o País, a importância do trabalho temporário, já que o trabalho volante não aparece nos censos. Porém sua relevância é reconhecida por todos os que se preocupam com a agricultura brasileira e atestada em diversas pesquisas (IPARDES, 1978; D'Incao Melo, 1977; FETAEG).

O trabalhador temporário volante não tem laços contratuais com seu empregador, sendo recrutado diariamente pelo "gato". Esse sistema, do ponto de vista do empregador, é vantajoso na medida em que lhe poupa os custos sociais do trabalho, bem como a manutenção do trabalhador em períodos vazios do ano. Do ponto de vista do empregado, o sistema obriga-o a uma migração permanente intra e inter-regional em busca de trabalho na agricultura propriamente dita, nas indústrias de transformação, na construção civil ou nos serviços, sempre arregimentado pelo "gato". Porém, se por um lado a maior fluidez da mão-de-obra rural e a aproximação dos empregos rurais e urbanos indicam uma maior integração do mercado de trabalho no Brasil, não se pode afirmar que tenha havido uma unificação do mercado de trabalho, pois não houve igualação de remunerações entre campo e cidade e setores da mão-de-obra agrícola têm sido "excluídos" do operariado nacional por aparecerem como empregadores de si mesmos ou como pequenos produtores familiares (1).

Assim como o pequeno produtor "integrado" pela empresa capitalista tem sua condição operária mistificada pela posse formal da terra e/ou alguns instrumentos de produção,

"(...) no trabalho volante, a relação assalariada, que constitui seu conteúdo essencial, é mistificada, ao nível formal, o que se traduz na ambigüidade deste tipo de assalariamento agrícola frente à legislação trabalhista. A empreitada faz com que o volante apareça, frente ao proprietário dos meios de produção, como um empregador de si mesmo. Do mesmo modo, a intermediação do "gato" esconde a verdadeira vinculação entre patrões e volantes. Como conseqüência, o volante aparece como não sendo empregado de ninguém" (Bastos, 1979: 3).

O desenvolvimento do capitalismo no Brasil, especialmente nas duas últimas décadas, acentua o processo de proletarização no campo e gera, no seio do operariado, duas frações que, por razões formais, não têm sido identificadas como tais: o volante e o operário a domicílio. A camuflagem do processo de proletarização no campo é de interesse daqueles que se beneficiam com a exploração da força de trabalho na agricultura e seus prepostos, encontrando apoio nos governos do período que fazem dela um instrumento político-ideológico de controle do conflito entre trabalho e capital. Assim estão juntas: a ênfase nas diferenças entre as diversas categorias de trabalhadores rurais, a exclusão do proletariado rural como um ator político e as dificuldades criadas para a união do proletariado rural e urbano.

## XI — Trabalhador rural e política

A análise da participação política dos diferentes segmentos de trabalhadores rurais, mesmo se restrita ao movimento sindical rural, é ta-

---

(1) A distinção entre integração e unificação do mercado de trabalho aparece sugerida em "Reflexões sobre a Agricultura Brasileira" (CPDA, 1979:196).

refa por demais extensa para ser empreendida de uma só vez. Questões como quais frações de trabalhadores rurais têm condições de articular e expressar politicamente seus interesses, quais as que têm chances de vê-los satisfeitos e quais são as excluídas do jogo político me parecem centrais mas, no entanto, só podem ser satisfatoriamente discutidas se abordadas de diferentes ângulos em diversas situações concretas. Por isso resolvi iniciar o estudo pela análise do 3º Congresso Nacional dos Trabalhadores Rurais e a ela me restrinjo aqui para tentar ver até que ponto aparece colocada a problemática da proletarianização e como o movimento sindical tenta enfrentá-la ao mesmo tempo que procura firmar um espaço político para os trabalhadores rurais.

O desenvolvimento do capitalismo no Brasil, levando à penetração direta do capital na agricultura e acentuando o processo de proletarianização no campo nas duas últimas décadas, ocorre em um momento de fechamento político em que as classes subalternas são alijadas do jogo político. A fórmula de desenvolvimento adotada depois de 1964, baseada no apoio ao capital externo e na expansão das empresas estatais, os esteios do "milagre brasileiro", começa a dar sinais de crise a partir de 1972/3 quando passam a transparecer contradições no seio mesmo do bloco dominante entre a fração internacionalizada da burguesia e a burguesia estatal em disputa pela hegemonia. É a partir dessa luta que surge a necessidade de busca de apoio nas classes dominadas e começam a tomar corpo os anseios de abertura política. É no contexto em que se inicia a chamada "abertura" que se realiza o 3º Congresso Nacional dos Trabalhadores Rurais.

De 21 a 25 de maio de 1979 estiveram reunidos em Brasília mais de 1.350 congressistas. Promovido pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG), do Congresso participaram as 21 federações existentes, 1.200 dos 2.275 sindicatos, além de técnicos e alguns observadores, tendo por finalidade

"o estudo e a avaliação das condições de vida e trabalho dos integrantes da categoria, o equacionamento dos problemas e a procura de soluções, para o fim de melhorar seu padrão de vida, através de reivindicações que venham a assegurar o acesso do homem à terra, o aperfeiçoamento e aplicação das normas de proteção ao trabalho e o pleno exercício da atividade sindical" (Relatório: Regimento Interno).

Antes de passar ao exame dos temas e propostas do congresso propriamente dito, abro parênteses para lembrar dois fatos. Primeiro, o passado de lutas sociais no campo e, segundo, os limites do sindicalismo no Brasil, sempre altamente controlado pelo Estado.

Embora não tendo condições de, aqui, fazer um levantamento histórico dos movimentos sociais no campo, de sua amplitude e significação nos diferentes períodos, gostaria de lembrar que a expropriação do tra-

balhador rural tem sido feita com violência e tem dado margem a conflitos rurais mais ou menos localizados, em torno de melhores condições de vida e trabalho e do acesso à terra. No final do período populista, próximo a 64, o aguçamento das contradições e a conjuntura política do momento possibilitaram a formação das ligas camponesas e o reconhecimento e ampliação dos sindicatos rurais em âmbito nacional. Foi um momento de organização de forças em luta pela reforma agrária, pela união de trabalhadores rurais e urbanos, pelo direito de associação e pela liberdade sindical. Após 1964, com a repressão física e ideológica das classes subalternas e especialmente depois do Ato Institucional nº 5 de 1968, ocorreu um grande esvaziamento nas organizações de trabalhadores rurais. Aos sindicatos passou a caber um papel predominantemente assistencial e, tanto quanto possível, mas nem sempre bem sucedidos, apoiavam os trabalhadores, especialmente dando-lhes assistência jurídica visando à justa aplicação da lei. Durante o período, entretanto, houve ampliação do número de sindicatos que passou de 500, em 1968, para 2.275 em 1979, e de federações, de 11 para 21.

Desde 1930 e especialmente depois de 1937, o sindicalismo brasileiro foi sendo atrelado à máquina estatal. A "Consolidação das Leis do Trabalho" (CLT), lei aprovada em 1º de maio de 1943, torna explícitos direitos e obrigações dos trabalhadores e continua em vigor até os dias atuais. A meta da CLT é organizar os trabalhadores em categorias profissionais e restringir ao máximo a jurisdição para qualquer sindicato particular. Estabelece as categorias de trabalhadores que podem se reunir para formar um sindicato, estabelece as qualificações de quem pode e quem não pode pertencer aos sindicatos bem como todo um grupo de proibições, inclusive a de propagação de doutrinas incompatíveis com os interesses da nação bem como a de candidatura a postos eletivos fora do sindicato. O imposto sindical, equivalendo ao recolhimento obrigatório do salário correspondente a um dia de trabalho por ano, depositado e controlado pelo Ministério do Trabalho, é, de um lado, o principal recurso financeiro dos sindicatos e, de outro, a base do controle político e ideológico sobre eles. O governo controla as eleições dos sindicatos de várias formas. A lei especifica quando devem ocorrer as eleições, como as listas de candidatos devem ser feitas e como as eleições propriamente ditas devem ser realizadas. O Ministro do Trabalho pode intervir no sindicato e, como último recurso, pode cancelar o reconhecimento legal do sindicato. A CLT instituiu um sindicalismo vertical que, ao dificultar uma maior integração do movimento sindical e uma maior participação do trabalhador na vida sindical, abriu caminho, em todos os níveis, para o controle das entidades classistas pelo Ministério do Trabalho. Sob essas condições, os sindicatos trabalhistas brasileiros são transformados em instrumentos da manipulação política dos trabalhadores pelo governo, forçando-os a manterem suas demandas dentro dos limites compatíveis com os interesses dominantes. São inegáveis, porém, as conquistas do movimento sindical no sentido em que, apesar de seus limites, os sindicatos são, no Brasil, a forma de organização que permite aos trabalhadores tomarem consciência de seus direitos e lutarem para torná-los rea-

lidade. O acesso aos direitos conferidos aos trabalhadores rurais pela legislação de 1963 (Estatuto dos Trabalhadores Rurais) tem sido, por exemplo, uma conquista do movimento sindical.

Assim é que a luta dos trabalhadores rurais no Brasil, quando ultrapassa limites locais e "espontâneos" e institucionaliza-se no movimento sindical de âmbito nacional, o faz por meio de organizações que são, em si, contraditórias pois que, sendo órgãos de representação dos trabalhadores, não deixam de ser, também, aparelhos do Estado. É neste contexto que o espaço criado por um congresso de trabalhadores pode ser visto como transcendendo os limites impostos à atividade político-sindical propriamente dita, como afirma o presidente da CONTAG em seu discurso de abertura do 3º Congresso Nacional de Trabalhadores Rurais:

"No Brasil, os congressos têm tido uma importância histórica decisiva no encaminhamento das lutas sindicais e na própria organização da classe trabalhadora (...) Os trabalhadores rurais não fogem à regra e a própria criação da CONTAG, em 1963, se deu em um congresso de trabalhadores (...) Os congressos têm funcionado como uma das janelas através das quais o movimento tem se afirmado, apesar dessas limitações" (Silva, 1979: 2,3).

Na intenção de garantir ao congresso tal possibilidade, seus organizadores promoveram diversas reuniões preparatórias visando a uma mobilização que desembocasse na formulação das questões centrais que dizem respeito aos trabalhadores rurais em geral e numa reflexão sobre como tratá-las, que não se esgotasse no período da realização do encontro nacional:

"(...) é preciso lembrar que o 3º Congresso Nacional dos Trabalhadores Rurais não está começando nesta abertura solene e não se encerrará em nossa reunião do dia 25. Esta semana é, por assim dizer, seu momento principal, mas não o único.

Preocupado em fazer de seu Congresso uma verdadeira assembléia da classe, o Movimento Sindical de Trabalhadores Rurais buscou os meios de suprir as suas limitações. Desde pelo menos outubro do ano passado, através de reuniões preparatórias a nível estadual e regional, e de discussões em assembléias de Sindicatos e até mesmo de delegacias sindicais, que este Congresso começou a existir. Há quatro meses que trabalhadores rurais e dirigentes sindicais de todos os níveis vêm discutindo, junto com os problemas concretos que enfrentam no seu dia-a-dia, os problemas da classe como um todo.

É preciso também lembrar que, além de uma discussão ampla das questões a serem tratadas nesta nossa reunião, os representantes dos Sindicatos de cada Estado foram escolhidos pelo conjunto dos dirigentes estaduais e é como delegados de

todos os Sindicatos e **representando** a totalidade dos trabalhadores rurais de seus Estados que eles estão aqui, embora com os olhos voltados para os problemas gerais da classe, sem a preocupação com fronteiras municipais, estaduais ou regionais". (Silva, 1979: 3,4).

Fica clara, nesta exposição, a intenção dos organizadores do congresso de ter nele representados os diferentes segmentos da força de trabalho do campo em suas variações regionais e fica clara, também, a preocupação de ver nele colocadas questões gerais mais do que especificidades de conjunturas locais. Neste sentido, as propostas tiradas do congresso indicarão um posicionamento mais geral do movimento sindical, ficando as estratégias específicas de luta na dependência das variações locais das quais fazem parte, inclusive, o caráter mais ou menos forte do sindicato, sua maior ou menor capacidade de defesa dos trabalhadores, o fato de estarem ou não sob intervenção do Ministério do Trabalho etc. o que vai depender, também, da maior ou menor abertura política em termos globais.

Por definição os sindicatos de trabalhadores rurais congregam diferentes categorias de trabalhadores como parceiros, meeiros, posseiros, pequenos proprietários, assalariados permanentes e temporários. À primeira vista tal diversidade tornaria impensável uma articulação de interesses comuns, mas se é verdadeira a análise que fiz na primeira parte desta exposição, é o processo de proletarianização que aproxima as diversas formas de trabalho no campo e em torno dele seria possível, portanto, uma aglutinação de interesses de trabalhadores rurais. A segmentação da força de trabalho que o capital vai provocando à medida que penetra no campo garante aos detentores do capital uma maior manipulação das condições de trabalho ainda mais porque os trabalhadores expulsos das propriedades que passam ao trabalho temporário volante tendem a se autoexcluir das organizações sindicais na crença de que o sindicato é dos associados e não de todos os trabalhadores rurais. Um estudo feito na zona da mata em Pernambuco conclui que

"O caso de Pernambuco permite pensar o "bóia-fria" não isoladamente, mas em relação aos trabalhadores residentes dentro das propriedades e perceber que a sua própria existência faz parte de uma estratégia do capital no sentido de segmentar a força de trabalho para assegurar um aumento da intensidade de trabalho e portanto aumento da taxa de mais-valia (...) qualquer forma de atuação que vise a um enquadramento trabalhista do "bóia-fria" deverá ter sempre presente que não se trata de uma luta isolada, mas de uma luta que deve se propor uma articulação dos interesses de todos aqueles que se encontram subordinados ao capital no campo mediante relações de assalariamento" (Sigaud, 1978: 88).

Considerando-se que também é uma estratégia do capital camuflar o assalariamento sob a capa formal da propriedade privada, como acen-

tuei anteriormente, qualquer atuação que vise à melhoria das condições de trabalho no campo deve se propor uma articulação de interesses de todos aqueles que vivem o processo de proletarização, sob qualquer forma.

O tema da união dos trabalhadores rurais foi claramente colocado no congresso já na sessão de abertura quando o presidente da CONTAG dizia que a única força da classe trabalhadora é a força da União. E não é à toa que o então Ministro da Agricultura, em suas falas no mesmo congresso, chamava a atenção para a variedade de categorias que nele estavam representadas, sugerindo a impossibilidade de tal união. Além do Ministro da Agricultura, estiveram também presentes, aceitando convite dos organizadores do congresso para palestras em sessões plenárias, os Ministros do Trabalho e da Previdência e Assistência Social.

Formaram-se comissões de estudo em torno de grandes temas cujas conclusões foram analisadas e aprovadas em sessões plenárias tendo tido direito a voto, seja nas comissões, seja no plenário, somente os participantes integrantes da categoria profissional rural. O temário que pautou a formação das comissões ou orientou os debates foi o seguinte:

#### I — Sindicalismo e Educação Sindical

- 1 — Organização Sindical
- 2 — Autonomia e Liberdade Sindical
- 3 — Educação Sindical
- 4 — Auto-sustentação
- 5 — Enquadramento Sindical

#### II — Legislação Trabalhista

- 1 — Política Salarial
- 2 — Contratação Coletiva
- 3 — Direito de Greve
- 4 — Contratação Individual
- 5 — Trabalho Assalariado Temporário
- 6 — Fiscalização do Trabalho
- 7 — Prescrição
- 8 — Estabilidade e Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
- 9 — Justiça do Trabalho

### III — Questões Agrárias

- 1 — Reforma Agrária
- 2 — Colonização
- 3 — Terras Públicas
- 4 — Grilagem
- 5 — Posse e Proteção Possessória
- 6 — Arrendamento e Parceria
- 7 — Funcionamento da Justiça
- 8 — Desapropriação por Utilidade Pública

### IV — Política Agrícola

- 1 — Exportação e Mercado Interno
- 2 — Crédito Agrícola
- 3 — Crédito Fundiário
- 4 — Seguro Agrícola
- 5 — Assistência Técnica e Insumos
- 6 — Comercialização e Preços Mínimos
- 7 — Cooperativismo

### V — Previdência Social Rural

- 1 — Benefícios Pecuniários
- 2 — Assistência Médico-Hospitalar
- 3 — Assistência Odontológica
- 4 — Serviço Social
- 5 — Acidentes do Trabalho
- 6 — Enquadramento Previdenciário
- 7 — Atuação do Movimento Sindical

Apesar da ampla gama de assuntos tratados e das especificações a que chegaram, e tendo em vista o que aqui interessa, é possível notar que as propostas e conclusões tiradas das comissões e aprovadas em plenário mostram que as preocupações dos trabalhadores rurais em maio de 1979 sintetizam-se nas questões da união de todos os trabalhadores rurais e dos trabalhadores rurais e urbanos; da organização, autonomia

e educação sindicais; da melhoria das condições de vida e de trabalho do trabalhador rural, quer pela melhoria das condições de trabalho assalariado permanente ou temporário, quer pela reforma agrária e por uma política agrícola voltada para o pequeno produtor.

Após constatar que “o movimento sindical sofre dois tipos de pressão, a dos proprietários e/ou empregadores e a do governo”, o congresso propõe que o movimento sindical “amplie as informações e reflexões a respeito das pressões e injustiças a que os trabalhadores rurais estão submetidos, acelere o processo de organização de trabalhadores rurais, inclusive dos trabalhadores parceiros e temporários, reorientando seus esforços e recursos financeiros para seus reais objetivos”, promovendo o “afastamento de todas as pessoas estranhas à classe e que estejam no sindicato quer como dirigentes quer como associados”, e a “conscientização do trabalhador rural de que sua libertação só acontecerá a partir de sua própria luta (...) mostrando ao trabalhador que o verdadeiro papel do sindicalismo é reivindicatório”. Inúmeras são as críticas à falta de autonomia e liberdade sindical no Brasil onde “essa liberdade está prejudicada pela interferência do Poder Público” e várias são as proposições a esse respeito destacando-se a luta “para revogar medidas legais injustas como a que determina a obrigação de votar nas eleições sindicais, pois fere a liberdade dos trabalhadores, pelo direito à participação política em todos os níveis, pelo direito à livre negociação entre empregados e empregadores, pela total revogação de toda a legislação antigreve existente e pela criação de uma entidade que congregue todos os trabalhadores brasileiros (Central Sindical dos Trabalhadores).” Definindo educação sindical como “o processo constante e crescente que conduz o trabalhador à transformação de sua realidade atual” o congresso propõe que “o trabalho educacional é atribuição do Movimento Sindical como um todo, de forma integrada, envolvendo Delegacias Sindicais, Sindicatos, Federações e Confederação, e exigindo o estudo constante de tudo aquilo que envolve a luta do trabalhador rural por melhores dias” (Relatório: Sindicalismo e Educação Sindical, 1979).

Criticando a política salarial do governo, o congresso propõe medidas que favoreçam não só os reajustes salariais segundo o aumento do custo de vida, mas também aumentos salariais, exigindo “que não haja limites e proibições governamentais nos aumentos de salários, que devem depender unicamente dos entendimentos entre empregados e empregadores”. Considerando “que o trabalhador isolado nada consegue e se sujeita à pressão do patrão, economicamente mais forte, enquanto através da contratação coletiva ele está unido aos outros trabalhadores e representado pela sua entidade de classe”, propõe que “o Movimento Sindical de Trabalhadores Rurais leve às suas bases a necessidade e a importância da contratação coletiva do trabalho, como um dos instrumentos de defesa do trabalhador rural”, além da efetivação de outros direitos como férias, 13º salário e acesso a uma área para lavoura de subsistência como forma de complementação salarial. Quanto ao direito de greve o congresso propõe que a greve seja reconhecida como forma legítima de atua-

ção sindical, que seja revogada a atual legislação sobre direito de greve, que a greve seja autorizada e que cesse por decisão da Assembléia Geral da entidade sindical que represente a categoria profissional. Especificamente quanto ao trabalho assalariado temporário, após considerar a expressão quantitativa do mesmo afirmando que há cerca de 7 milhões de trabalhadores nestas condições e que a lei os prejudica na medida em que define empregado como aquele que presta serviço de natureza não eventual (art. 2º da Lei 5.889/73), o congresso afirma ser o trabalhador temporário um assalariado e propõe "que o Movimento Sindical de Trabalhadores Rurais intensifique a sua atuação promovendo amplamente dissídios coletivos que contenham cláusulas que representem, além de melhorias salariais, outros benefícios para os trabalhadores rurais assalariados temporários" e que seja alterada a redação da lei para: "empregado rural é toda pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços a empregador rural". Critica, também, a criação de cooperativas de mão-de-obra volante na medida em que significariam institucionalização do "gato" (empreiteiro) e agravariam ainda mais a situação financeira do volante obrigado, assim, a custear a própria cooperativa. Propõe que "seja rejeitada pelo Movimento Sindical de Trabalhadores Rurais toda e qualquer tentativa de criação de cooperativas de trabalhadores rurais temporários", e insiste nas medidas que garantam maior segurança no transporte dos trabalhadores temporários para os locais de trabalho (Relatório: Legislação Trabalhista, 1979).

## XII — Em torno da reforma agrária

O tema da reforma agrária permeou todo o congresso e foi mesmo levantado como bandeira do mesmo. Entendendo que "reforma agrária não é pura e simplesmente a ocupação de espaços vazios das terras públicas, mediante o processo de colonização, mas, sim, o conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade", o congresso propõe que o movimento sindical exija do governo a imediata decisão política de implantação da "reforma agrária massiva e drástica". Criticando a atuação do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), propõe uma atuação permanente do Movimento Sindical como órgão de pressão junto ao governo, para tanto cabendo-lhe "levantar e indicar áreas críticas (áreas de tensão social, minifúndios e latifúndios improdutivos etc.); cadastrar todos aqueles que tenham competência para as atividades agrícolas, como é o caso de milhares de bóias-frias, exigindo prioridade para a sua ocupação de áreas desapropriadas; levantar e cadastrar toda a mão-de-obra ociosa, nas propriedades minifundiárias, e lutar por seu assentamento, mediante a desapropriação de áreas nas periferias dos centros urbanos e de áreas agricultáveis mas não utilizadas". É altamente criticada a política de colonização do governo por marginalizar os trabalhadores rurais do acesso à terra e por beneficiar as grandes empresas e

propõe-se que a colonização seja realizada somente por órgãos oficiais com a participação do movimento sindical e não por colonizadoras particulares. O congresso posiciona-se contra os "grandes projetos" e exige que os incentivos fiscais passem a ser aplicados em favor dos trabalhadores rurais de baixa renda (posseiros, parceiros, arrendatários, pequenos proprietários) e não mais contra eles como vem ocorrendo até o presente. Considerando que as desapropriações por utilidade pública têm sido causa de desagregação de comunidades rurais e de agravamento do êxodo rural, atingindo desde o pequeno proprietário até o assalariado rural, o congresso exige, nos casos de desapropriação por utilidade pública, "que todos os trabalhadores rurais atingidos sejam assentados em terras que ofereçam as mesmas condições e situadas de preferência nos mesmos municípios ou na mesma região", além de outras medidas que aumentem o campo de atuação de movimento sindical neste respeito. Sem chegar a especificar todas as etapas e mecanismos de uma reforma agrária, o congresso chega, porém, a tornar explícitas as bases sobre as quais acredita que um processo de reforma agrária deva se assentar.

Dentre elas não deve ser esquecido o elogio feito à propriedade familiar no que "respeita a dignidade humana" e "está baseada na lei natural e é capaz de atender às necessidades básicas do trabalhador rural na própria estrutura da empresa e atende aos princípios da justiça social" ao mesmo tempo em que também "sejam valorizadas as formas coletivas de exploração da terra, especialmente em cooperativas" (Relatório: Questões Agrárias, 1979).

Definindo pequenos produtores como "aqueles que trabalham a terra em regime de economia familiar com ou sem a sua propriedade" e considerando que a "política agrícola do governo vem beneficiando quase que exclusivamente os grandes proprietários rurais" e "se constitui em um dos fatores responsáveis pelo êxodo rural e pela diminuição do número de pequenas propriedades e aumento dos latifúndios", o congresso propõe diversas medidas visando a beneficiar o pequeno agricultor garantindo-lhe condições de maior autonomia na unidade produtiva. Assim, propõe-se que "sejam suprimidos os estímulos e incentivos fiscais às grandes empresas agropecuárias voltadas para a produção de exportação e que os mesmos venham a ser concedidos aos pequenos agricultores produtores de gêneros de alimentação, ou às suas cooperativas". Em relação ao crédito agrícola propõe-se a criação de um programa especial de crédito para atender as "reais necessidades dos autênticos pequenos agricultores", observando-se critérios de mínima burocracia, juros mais baixos e prazos mais dilatados; quanto ao crédito fundiário, que seja concedido exclusivamente a trabalhadores rurais com pouca ou sem nenhuma terra e que abranja 100% do valor da terra, estabelecido segundo o mercado local de terras. Várias são as proposições a respeito da assistência técnica e utilização de insumos, não tendo sido esquecidas medidas de proteção ecológica, destacando-se a proposta de "um serviço especial de assistência técnica, voltado para atender às necessidades dos pequenos agricultores", respeitando os costumes e a experiência por eles acumulados

e a reivindicação ao governo da celebração de convênios com as federações e sindicatos de trabalhadores rurais para a livre contratação de técnicos agrícolas. Identificando na intermediação a origem dos problemas da comercialização, o congresso propõe que a produção seja comercializada pelo produtor diretamente com o governo, através de cooperativas; propõe maior apoio e incentivo ao cooperativismo e que a política cooperativista se volte para o pequeno agricultor incentivando a criação de pequenas cooperativas locais que se integrem às cooperativas centrais com plena liberdade de organização, além de outras medidas. Após denunciar que grande parte das construções e melhoramentos de infra-estrutura não têm seus benefícios estendidos aos pequenos agricultores e que os grandes projetos para barragens, eletrificação e irrigação têm trazido modificações para a vida dos lavradores das regiões atingidas com expulsão de famílias, extinção de pequenas propriedades e transformação de pequenos produtores em assalariados, o congresso exige que na implantação destes grandes projetos sejam garantidos ao pequeno produtor a permanência ou reassentamento na terra, o que deve ser feito pelo INCRA e jamais por imobiliárias e colonizadoras particulares (Relatório: Política Agrícola, 1979).

São propostas várias medidas relativas à previdência social rural. O congresso admite que “os trabalhadores rurais, por suas atividades sindicais, têm assumido a responsabilidade de prestar assistência previdenciária aos seus representados, na intenção de colaborar com o Poder Público e de diminuir os enormes sofrimentos do homem do campo”, mas chama a atenção para o fato de que “o assistencialismo prejudica os objetivos principais do movimento e, por isso mesmo, deve ser utilizado para conscientizar o trabalhador rural, levando-o a despertar para os reais objetivos do sindicato, quais sejam, de representação, reivindicação, defesa e promoção social de seus representados” (Relatório: Previdência Social Rural, 1979).

Assim, apesar de o congresso ter-se realizado em um momento onde a abertura política apenas se inicia, em que é grande o temor de retorno à efervescência política característica do período anterior a 1964 e de o movimento sindical dos trabalhadores rurais ressentir-se do longo período de autoritarismo, foi possível denunciar os mecanismos de bloqueio à organização e participação política dos trabalhadores rurais, apontar para a necessidade de união de todos os trabalhadores, propor medidas que melhorem as condições do trabalhador rural assalariado permanente ou temporário, bem como outras de apoio ao pequeno produtor, quer pela implementação de medidas de política agrícola que os beneficiem, quer pela reforma agrária. Assim é que pelas considerações, proposições, recomendações e exigências do congresso, pode-se afirmar que ele refletiu uma visão abrangente da problemática que envolve o trabalhador rural brasileiro. Até que ponto ela é assim percebida por todos os trabalhadores rurais não é possível dizer aqui, mas talvez haja, no movimento sindical de trabalhadores rurais, posições mais radicais do que as que o congresso refletiu. Porém, sem dúvida, e como o próprio

congresso deixa transparecer, muito resta a ser feito em termos da mobilização política e conscientização dos trabalhadores rurais. Na medida em que haja condições para essa mobilização, é possível esperar-se reivindicações mais específicas no que diz respeito, por exemplo, ao trabalho temporário, aos problemas da 'integração' do pequeno produtor à grande empresa e à reforma agrária.

Se é verdade, como tudo leva a crer, que a crise política que atravessa o País é muito menos uma questão de regime e mais de natureza dos compromissos internos ao bloco no poder, é possível pensar que o padrão de acumulação que sustenta o regime se mantenha e, com ele, se acentue o processo de proletarianização no campo. Ao mesmo tempo a manifestação da crise na política de redemocratização abre espaço para a implementação de medidas que venham a beneficiar os trabalhadores rurais, estabelecendo quem será beneficiado e como vai depender do grau de abertura política e da força das organizações de trabalhadores e de sua capacidade de perceber as contradições em jogo.

### XIII — Conclusão

Sem dúvida que o congresso não propôs quebrar as bases do regime. Pelo contrário, as medidas sugeridas encaminham para transformações dentro do sistema, através de mudanças graduais. Nas proposições sobre reforma agrária, por exemplo, é preciso não se esquecer a ênfase que se deu à propriedade privada, afirmando que ela é capaz de atender às necessidades básicas do trabalhador, mesmo na estrutura da empresa. Como a propriedade, em si, não garante melhores condições de trabalho e de vida ao trabalhador rural no Brasil, afirmações desse tipo indicam ou a necessidade de maior reflexão do movimento sindical dos trabalhadores rurais sobre o tema ou o temor de colocações mais radicais, ou ambos. De qualquer modo o aprofundamento desta como das demais questões levantadas no congresso vai depender do estabelecimento de condições em que a voz dos trabalhadores se faça ouvir não só por seus companheiros, mas também pelos grupos dominantes. Até o momento do congresso a conversa é de surdos: enquanto os trabalhadores rurais preparam-se durante meses para a discussão da situação agrária, o governo solta, na semana mesma do congresso, um pacote de medidas para a agricultura sem que tenham sido consultados os trabalhadores rurais nem seus órgãos representativos. Esse conjunto de 20 medidas restringe-se a apoiar gastos de custeio e apenas uma refere-se a investimentos. Um estudo feito sobre as mesmas mostra que são medidas de curto prazo e que não permitem uma desconcentração na estrutura de concessão de crédito nem propiciam mecanismos que limitem a múltipla concessão de crédito com o mesmo fim à mesma pessoa (Ribeiro, 1979). Se a abertura vai ficar no nível de permitir que se fale em vão, vai depender, e muito, da própria capacidade de organização e de união dos trabalhadores.

## BIBLIOGRAFIA

ARROYO, Gonzalo — et alii — **L'Impact des Firmes Multinationales Agro-alimentaires sur l'Emploi en Amérique Latine**. Ed. Cetral, Paris, 1979.

BASTOS, Maria Inês — **Ação do Estado sobre o Trabalho Volante**. Trabalho apresentado na 2ª reunião do grupo "Estado e Agricultura", do Projeto de Intercâmbio de Pesquisa Social em Agricultura (mimeografado), 1979.

BERNARDO, Mari'Stela — **Os Projetos de Irrigação no Processo de Mudança da Agricultura Nordestina**. Dissertação de mestrado, Departamento de Ciências Sociais, Universidade de Brasília (mimeografado), 1978.

CPDA — Centro de Pós-Graduação em Desenvolvimento Agrícola. **Evolução Recente e Situação Atual da Agricultura Brasileira**. Estudos sobre o Desenvolvimento Agrícola, vol. 7, Ed. BINAGRI, DF, 1979.

D'INCAO MELO, Maria Conceição — **O "Bóia-Fria": Acumulação e Miséria**. Ed. Vozes, Petrópolis, 1977.

FETAEG — Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado de Goiás. **O Bóia-Fria no Estado de Goiás**. Goiânia (mimeografado), 1979.

FIGUEIREDO, Vilma et alii — "A Intensificação da Agroempresa no DF", in Wanderley, N. et alii **Reflexões sobre a Agricultura Brasileira**. Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1979.

IANNI, Octávio — **A Luta pela Terra (História Social da Terra e da Luta pela Terra numa Área da Amazônia)**. Ed. Vozes, Petrópolis, 1978.

IPARDES — Instituto Paranaense de Desenvolvimento. "O Trabalho Rural Volante na Agricultura Paranaense", in IPARDES, **Transformações no Setor Agrícola Paranaense no Período 60-75**. Curitiba (mimeografado), 1978.

LIEDKE, Elida Rubini — **Capitalismo e Camponeses (Relações entre indústria e agricultura na produção do fumo no RS)**. Dissertação de mestrado, Departamento de Ciências Sociais, Universidade de Brasília (mimeografado), 1977.

PEIXOTO, Heverton Rosa, et alii — **Estrutura da Produção Agrícola e Política Governamental: Reflexos de suas Inter-relações para os pequenos Agricultores**. SUPAN — MA (mimeografado), 1977.

**A Soja na Pequena Agricultura (um estudo de caso no Rio Grande do Sul)**. Estudos Sobre o Desenvolvimento Agrícola, vol. 9, Ed. BINAGRI, DF, 1979.

RIBEIRO, Ivan de Otero — **A Crise da Economia e o Pacote Agrícola**. Trabalho apresentado na 3ª reunião do grupo "Estado e Agricultura" do Projeto de Intercâmbio de Pesquisa Social em Agricultura, 1979.

SIGAUD, Lygia — "O Sindicato e a Estratégia do Capital" in **Mão-de-Obra Volante na Agricultura**. Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências Agrônomicas.

SILVA, José Francisco — Discurso proferido na sessão de abertura do 3º Congresso Nacional dos Trabalhadores Rurais (mimeografado), 1979.

FIBGE — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censos Agropecuários de 1960 e 1970. Sinopse preliminar do Censo Agropecuário. Censos Econômicos de 1975.

**RELATÓRIO DO 3º CONGRESSO DOS TRABALHADORES RURAIS**. CONTAG, Federações e Sindicatos, 1979.

# A nova lei do comércio exterior dos EUA

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

A 1º de janeiro de 1980, entraram em vigor, nos EUA, várias alterações na legislação reguladora do comércio exterior, com significativo impacto sobre as exportações para aquele país. Isto porque, em 26 de julho passado, o Presidente Carter sancionou a Lei dos Acordos Comerciais, com vigência para o próximo ano, colocando em vigor os acordos resultantes das Negociações Comerciais Multilaterais, assinados recentemente em Tóquio, com vistas à implementação dos arts. VI, XVI e XXIII do GATT (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio). Essa lei contém 11 seções, abrangendo matéria diversificada, sendo de destacar a primeira seção, versando disposições *antidumping* e direitos compensatórios.

Na verdade, o diploma em apreço, na parte assinalada, revoga a lei *antidumping* de 1921, e a substitui pelas seções 731 — 740 da Lei de Tarifas, de 1930, amoldadas aos acordos supracitados, vinculando os dispositivos *antidumping* à legislação relativa às sobretaxas compensatórias, num programa compósito.

A legislação *antidumping* parte da idéia de que pratica concorrência desleal o fabricante estrangeiro que vende as suas mercadorias nos EUA a preço inferior ao que cobra no seu próprio país (LTFV, "less than fair value"). Abaixo do custo ou não, pouco importa. A esse respeito assemelha-se às leis antitrustes (Robinson — Patman laws) na conceituação de "preços discriminatórios" lesivos à livre concorrência. Já a legislação relativa às taxas compensatórias tem como objetivo específico a instituição de um encargo equalizador sobre mercadorias importadas que tenham sido beneficiadas no país de origem com subsídios ou benefícios às exportações (bounty and grants).

Uma importante distinção, que havia entre a legislação *antidumping* e a legislação relativa aos encargos compensatórios, residia no fato de que, no primeiro caso, era necessário a ocorrência de "dano" (injury) à indústria americana; no segundo caso, não. Quer dizer, se o fabricante estrangeiro vende sua mercadoria nos EUA por US\$ 8, e no seu próprio país por US\$ 10, só ocorrerá *dumping* se as quantidades exportadas provocarem distorções graves no mercado norte-americano. Trata-se do chamado "injury test" que, em princípio, não existia na sistemática dos direitos compensatórios, *mas é a grande novidade da nova Lei de Comércio, que o adota, e que poderá beneficiar os exportadores estrangeiros.*

Os direitos compensatórios, na verdade, têm natureza diferente dos direitos *antidumping*. Como é sabido, os impostos sobre as transações de mercadorias são geralmente lançadas no país consumidor, revertendo-

do em benefício dos países nos quais são consumidos os bens sobre que incidem. Precisamente por isso, o *país de origem*, isto é o país no qual o bem foi produzido, procede normalmente à isenção (ou reembolso) dos impostos sobre mercadorias no momento da exportação, e, por razões simétricas, o *país do destino*, onde o bem irá ser consumido, poderá instituir tributos sobre as mercadorias importadas, tomando a cautela para que tais tributos não sejam mais gravosos do que os que incidem sobre os produtos nacionais. Ademais, além da instituição de tributos de importação, na forma assinalada, a lei faculta aos EUA a imposição de encargos compensatórios em todos os casos em que ocorrer subsídio ou subvenção às exportações, que falseiem as condições de livre concorrência, criando disparidades artificiais no comércio internacional.

A instituição, na espécie, de um encargo compensatório sobre mercadorias importadas não tem, porém, o caráter de “penalidade” (embora geralmente se fale nos EUA em “dumping penalty” ou “countervailing duty penalty”), mas significa um instrumento de equalização (donde falar-se em “equalizing duty”), que tem por finalidade colocar as mercadorias importadas em pé de igualdade com os produtos nacionais. Em princípio, não haveria falar no requisito da prova de dano para que o mecanismo da compensação se desencadeasse. A nova lei, no entanto, como novidade, impõe a prova de dano para que se permita a imposição de sobretaxas compensatórias.

Por um processo pendular, esses dispositivos legais, que visam a neutralizar os efeitos do *dumping* e dos prêmios e subvenções às exportações, se intensificam justamente nos momentos de recessão. O movimento reformulador das leis em tela nos EUA refletem as aflições por que passa a economia daquele país numa conjuntura mundial crítica. Assim, essa legislação vem experimentando, desde a década de 70, uma aplicação crescente naquele país. Na área *antidumping*, houve 11 processos em 74, 12 em 76, e 33 em 77. No ano de 78, mais de 40. Nos casos dos direitos compensatórios os números não são menos significativos.

A lei *antidumping* obteve grande repercussão com fatos relacionados com as indústrias siderúrgicas. Esse período difícil por que vem passando a siderurgia americana vem sendo acompanhado por uma elevação nas importações. De 14.2 milhões t. em 76, as importações cresceram para 19 milhões t. em 77, representando quase 18% do consumo nacional. A importação de ferro e aço, de 77 para cá, foi submetida a 17 diferentes processos, cobrindo um largo espectro de produtos, provenientes de uma série de países. Presentemente existem dois importantes processos, um contra embarques de produtos siderúrgicos provenientes da Polônia, outro proveniente de Formosa, e processos sobre ferros ligas e ferro gusa provenientes do Brasil.

O processo *antidumping* na área do ferro e do aço tem contornos específicos, com um mecanismo de investigação peculiar centrado no conceito de “trigger price”. Segundo esse sistema, o Departamento do Tesouro estima o preço de custo do produto pelo fabricante reputado o mais eficiente, o Japão (que, diga-se de passagem, é o principal for-

necedor dos EUA) e publica uma lista. Todos os importadores americanos são obrigados a preencher uma fatura aduaneira especial, a chamada "SSSI — Special Summary Steel Invoice", que acompanhará os embarques. A alfândega norte-americana compara os preços de importação e os "trigger prices". Se forem inferiores a estes, presume-se que a mercadoria foi vendida abaixo do "fair value", o que desencadeará um processo *antidumping*. Advirta-se que o mecanismo do "trigger price" não é um sistema de preço mínimo, abaixo do qual são vedadas todas as importações. Os fabricantes estrangeiros que demonstrarem que o preço doméstico e o preço de custo estão abaixo dos índices fixados pelo Tesouro poderão exportar livremente os seus produtos para os EUA abaixo dos "trigger price". Vários fabricantes canadenses já realizaram essa demonstração e obtiveram sinal verde para exportarem a preços inferiores aos vigentes no mercado interno americano.

A legislação relativa aos direitos compensatórios surgiu, nos EUA, em 1927, para enfrentar o problema das subvenções governamentais concedidas às exportações de açúcar pelos países fornecedores.

Caso célebre de aplicação dessa legislação, naquele país, se deu em processo instaurado contra a importação de televisão do Japão por reclamação feita pela Zenith Corporation, que acusava a existência de uma restituição de impostos (sales tax) por ocasião da exportação, por importância superior à cobrada no mercado interno japonês.

Pois não se considera *subsídio* a isenção ou o reembolso em favor do produto exportado, dos direitos aduaneiros e de outros impostos que gravam o produto, quando se destina ao consumo interno. Essa isenção (exemption) ou reembolso (rebate), é mera aplicação do princípio do *país de destino* por que se deve nortear a tributação relativa ao consumo de mercadorias, no campo internacional. Através dessa sistemática, sobre eliminar a dupla tributação, evitam-se perturbações nas condições de concorrência. Já as restituições ou prêmio à exportação, por quantias *superiores* aos encargos tributáveis que normalmente sofreriam no mercado interno, e outras subvenções e medidas de fomento a exportação, revestem-se da natureza de subsídios, que autorizam a exação compensatória. O termo "subsidy" é usado na nova lei com o mesmo significado da expressão "bounty or grant" (prêmios e subvenções), existente na lei revogada, compreendendo duas ordens de benefícios: o "export subsidy" e o "domestic subsidy", o primeiro compreendendo os estímulos fiscais e o segundo toda espécie de fomento à exportação, desde o seguro a exportação até taxas de juros privilegiadas. Na seção 771 (5) na nova lei, as hipóteses de "subsídios domésticos" são distribuídas em quatro categorias, que vão de benefícios financeiros a fornecimentos de insumos a preços privilegiados, hipóteses essas que são meramente exemplificativas e não exaustivas.

Cumprido, porém, novamente frisar que a imposição de taxas compensatórias, doravante, dependerá da *prova de dano*, que foi introduzida na nova legislação que adotou o código de subsídio e de direitos compensatórios (Subsidy/Countervailing Duty Code), e prova de dano substancial (material injury) à indústria norte-americana.

Principiado o processo no Departamento do Tesouro, a quem incumbe a investigação preliminar nos processos *antidumping* e de imposição de taxas compensatórias, a determinação do dano e a fixação dos direitos cabem à ITC (Comissão do Comércio Internacional). A nova lei veio permitir que, paralelamente, a ITC possa também desenvolver essas "investigações preliminares". Ademais, a lei nova reduziu os prazos processuais, de forma que uma investigação normal deverá levar, no máximo, 235 dias — 160 dias para a fase preliminar, e 75 para a fase final. Nos casos mais complicados, o processo poderá estender-se a um período de 345 dias.

No Brasil, não incidem o IPI e o ICM sobre as operações que destinem ao exterior produtos nacionais. A luz dos princípios que governam esses impostos (são impostos indiretos, não cumulativos, sobre o valor agregado), a não tributação das exportações deveria traduzir-se numa anulação, por estorno, dos créditos decorrentes do imposto pago nas operações anteriores. Todavia, tais créditos só têm sentido quando se está perante uma operação tributável, cujo valor acrescentado importa determinar. Ao invés de assim proceder, a lei, no entanto, em lugar do estorno, introduziu a *manutenção dos créditos*. E a par desse benefício a lei outorga, outrossim, créditos tributários sobre as vendas para o exterior (*créditos de exportação*), correspondentes ao valor do imposto que seria devido se a operação se destinasse ao mercado interno.

Ademais, as empresas exportadoras podem abater um percentual do imposto de renda correspondente à receita de exportação do seu lucro tributável.

Ademais, outros incentivos fiscais existem na nossa legislação: a) a isenção das empresas exportadoras do imposto sobre importação, IPI e ICM na importação de bens de produção; b) *drawback* com isenção de IPI e ICM; c) programas BEFIEIX e CIEIX. A par desses incentivos fiscais, existem os incentivos financeiros, que propiciam às empresas exportadoras o suprimento de crédito mais barato: a) Resolução BCB nº 398; b) adiantamento de contrato de câmbio; c) financiamento especial do Banco do Brasil de 180 dias, a juros de 15%; d) financiamento para a produção de bens de capital CONCEX; e) financiamento à exportação em consignação; f) financiamento de programas de promoção; g) financiamento a serviços no exterior (Resolução CONCEX 68/71) etc.

Em processo recente sobre a exportação de ferro gusa do Brasil para os EUA, foram detectados por reclamantes americanos 10 programas de ajuda do governo brasileiro ou subsídios, mas o Departamento do Tesouro, a quem incumbem as medidas preliminares nos processos *antidumping* e de imposição de sobretaxas compensatórias, aceitou apenas três como base da denúncia, sendo o maior deles o relativo à sistemática de crédito e prêmio de IPI. O processo foi enviado ao ITC para verificar se ocorre "material injury" para a imposição de direitos compensatórios.

# Da afronta ao sistema de incidência única na tributação de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos

CARLOS WALBERTO CHAVES ROSAS  
Assessor do Senado Federal

## SUMÁRIO

- I — Esboço histórico dos impostos especiais no Brasil
- II — O imposto único sobre lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e sua configuração no sistema tributário nacional
- III — A inconstitucionalidade de parcelas previstas na Lei n.º 4.452, de 5 de novembro de 1964
- IV — Conclusões

### I — Esboço histórico dos impostos especiais no Brasil

A história dos impostos especiais no ordenamento jurídico brasileiro data da Emenda nº 4 à Constituição de 1937, que passou a adotar sistema semelhante de tributação praticado pelos Estados Unidos da América, primeiro incidente sobre os minerais e, posteriormente, sobre combustíveis e energia elétrica.

A consolidação da tributação especial mediante o critério de incidência única deu-se com a Constituição Federal de 1946, que conferiu à União a decretação de impostos sobre a produção, comércio, distribuição e consumo e bem assim importação e exportação de lubrificantes e de combustíveis líquidos ou gasosos de qualquer origem ou natureza, estendendo-se o regime, no que aplicável, aos minerais do País e à energia elétrica (art. 15, III).

Explicitando a forma da incidência, estabelecia o § 2º do referido artigo, em sua primeira parte:

“A tributação de que trata o nº III terá a forma de imposto único, que incidirá sobre cada espécie de produto.”

Se, sob a égide da Constituição de 1934, competia aos Estados-Membros a exigência do imposto sobre combustíveis, a Carta de 1937 transferiu-o para a esfera federal e a supracitada Emenda Constitucional nº 4, de 1937, passou a adotar o regime de imposto único.

O sistema da incidência única deveu-se, segundo o testemunho de Aliomar Baleeiro, à conveniência de se disciplinar de maneira uniforme tais produtos e sua conseqüente comercialização no território pátrio. Respondendo à indagação do “porquê” da regra do § 2º do item III do art. 15 da Lei Fundamental de 1946, afirmava com veemência o saudoso mestre:

“Por quê? Porque os combustíveis e eletricidade (até que a atômica se difunda fora das aplicações estratégicas) são as grandes fontes de energia e com os minérios representam basicamente a possibilidade do desenvolvimento do País, que não pode ficar à mercê da incompreensão, da obstinação ou do primarismo de qualquer bisonho legislador local. Porque, nos países federais, dos EUA ao Canadá e ao Brasil — tende a reforçar-se o poder nacional, inclusive pelos meios financeiros, através da multiplicação dos **grants in-aid**, ou subsídios, mercê dos quais os governos locais colaboram na realização das grandes políticas nacionais, coordenando a competência do “peculiar interesse local” com os objetivos nacionais, como a de racional rede ou plano de viação. Bem pouco serviriam os vastos troncos ferroviários e rodoviários, destinados à unidade, desenvolvimento e defesa do País, se Estados e Municípios entendessem de construir as estradas locais e os caminhos distritais ou vicinais sem coordenação com o sistema nacional ou se esmagassem de tributos e obrigações fiscais outras os combustíveis, lubrificantes, a energia elétrica e os minerais.

Em lugar da autonomia estadual e municipal para tributar vendas, exportações, a licença de localização, todas as indústrias e profissões, que consistem na produção, comércio, distribuição, exportação e importação de combustíveis, lubrificantes, minerais e energia elétrica, a Constituição enfeixou no poder federal essas competências, fundindo todos esses impostos num só e partilhando a receita entre todos os governos, segundo a superfície, população, produção e consumo de cada unidade política.

Nenhuma perdeu o proveito. Todos participam desse imposto que enfeixa os demais e para cuja decretação votam os representantes de todos os Estados e Municípios, evitando-se apenas que os governantes de uma pequena parcela comprometam os interesses do todo” (**Clínica Fiscal**, págs. 42-43).

Explicando a impossibilidade de dupla tributação por parte da União, assinalava o Constituinte de 1946, **verbis**:

“Imposto único para cada espécie de produto: logo, com exclusão de qualquer outro, ainda que federal, ainda que da competência concorrente. Em regra, o poder competente para impor, pode atingir a matéria tributável uma, duas ou mais vezes. Já Rui Barbosa assim ensinava. Por isso mesmo, a Constituição abre exceção para esse imposto, que percutirá cada espécie de produto uma vez e nunca mais, para que ela chegue ao consumo final sem outras alterações de preço, a salvo da corrida fiscalista das três competências” (op. cit., págs. 33-4).

O texto do art. 15, III, da Constituição de 1946, todavia, sofreu alterações com o advento da Emenda Constitucional nº 18, de 1965, que, além de excluir o “comércio” dentre as operações sujeitas à incidência, cindiu-o em três incisos, segundo o produto objeto das referidas operações, seguidos de parágrafo único destinado a estabelecer o regime de imposição exclusiva.

A Constituição de 1967 reservou aos chamados impostos especiais os itens VIII e IX do art. 22, o qual conferia a competência impositiva da União, acrescidos do § 5º que previa a incidência única.

A Emenda Constitucional nº 1, ora em vigor, manteve a previsão dos mencionados tributos no art. 21, que discrimina o poder de atuação tributária federal, englobando nos incisos VIII e IX as áreas de incidência dos impostos únicos sobre lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos, energia elétrica e minerais do País.

Verifica-se, ainda, o desaparecimento da exportação como operação cuja incidência previa a Carta Constitucional de 1946.

## **II — O Imposto Único sobre Lubrificantes e Combustíveis Líquidos e Gasosos e sua configuração no Sistema Tributário Nacional**

O exame do desenho constitucional que prevê a instituição do imposto sobre lubrificantes e combustíveis (art. 21, VIII) fixa o aspecto material da hipótese de incidência nas seguintes operações: produção, importação, circulação, distribuição e consumo, cabendo ao legislador ordinário escolher dentre elas aquela que melhor lhe aprouver para elegê-la como núcleo da descrição normativa.

Visando escoimar possíveis dificuldades quando da exegese do texto constitucional, o Código Tributário Nacional, que surgiu ainda sob a égide da Emenda Constitucional nº 18, de 1965, consolidou em seu art. 74 o

tratamento a ser conferido ao mencionado tributo pelo legislador ordinário, ao exigir a hipótese impositiva, dispondo:

“Art. 74 — O imposto, de competência da União, sobre operações relativas a combustíveis, lubrificantes, energia elétrica e minerais do País, tem como fato gerador:

I — a produção, como definida no art. 46 e seu parágrafo único;

II — a importação, como definida no art. 19;

III — a circulação, como definida no art. 52;

IV — a distribuição, assim entendida a colocação do produto no estabelecimento consumidor ou em local de venda ao público;

V — o consumo, assim entendida a venda do produto ao público;

§ 1º — Para os efeitos deste imposto a energia elétrica considera-se produto industrializado.

§ 2º — O imposto incide, uma só vez sobre uma das operações previstas em cada inciso deste artigo, como dispuser a lei, e exclui quaisquer outros tributos, sejam quais forem sua natureza ou competência, incidente sobre aquelas operações.”

Em certa fase da vida nacional, orientou-se a jurisprudência, talvez levada pela autoridade de Castro Nunes, no sentido de admitir a incidência do imposto de indústrias e profissões sobre a produção ou o comércio de combustíveis. Assim é que tal entendimento chegou a ser sumulado pelo Supremo Tribunal, nos seguintes termos:

“A incidência do imposto único não isenta o comerciante de combustíveis do imposto de indústrias e profissões” (Verbete nº 91).

A época defendia-se tal incidência sob a argumentação de que o imposto único tinha em mira uma tributação sobre as mercadorias (seria real e indireto) enquanto que o imposto sobre indústrias e profissões alcançava o movimento econômico, ou seja, a atividade lucrativa.

Semelhante discussão desenvolveu-se em torno da exigibilidade de taxas incidentes sobre hipóteses circunvizinhas ao fato gerador em abstrato do imposto único.

Afinal, refutou a jurisprudência a cobrança da chamada “taxa de previdência social” e limitou a abrangência da taxa sobre a exportação de cristais de rocha.

Combativo defensor da exclusividade da tributação sobre combustíveis e lubrificantes, energia elétrica e minerais, Baleeiro dedicou valiosa

parte de sua obra a criticar a inteligência então atribuída ao § 2º do art. 15 da Constituição Federal de 1946.

Nos dias atuais, cumpre ressaltar, dúvida alguma paira sobre a incidência única relativamente à imposição tributária que venha a abranger os combustíveis e lubrificantes líquidos e gasosos.

Exceção isolada a essa regra continha-se na redação do § 6º do art. 22 da Constituição de 1967, o qual autorizava a incidência do imposto sobre a circulação de mercadorias na operação de distribuição, ao consumidor final, dos lubrificantes e combustíveis líquidos utilizados por veículos rodoviários, e cuja receita fosse aplicada exclusivamente em investimentos rodoviários.

Tal preceito, entretanto, resultou revogado pelo art. 2º do Ato Complementar nº 40, de 30 de dezembro de 1968.

Consoante determinação do Código Tributário Nacional, as hipóteses de incidência dos denominados "impostos únicos" deverão atender às definições previstas no art. 74 do referido diploma legal, preceituando, ainda, o art. 75 que a incidência sobre a produção e o consumo rege-se-á pelas normas disciplinadoras do imposto sobre produtos industrializados, sobre a importação pelas regras pertinentes ao imposto de importação e sobre a distribuição pelos dispositivos aplicáveis ao imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias.

Conferindo a Lei Fundamental ao legislador ordinário federal a escolha da operação a ser tributada, optou esse pela importação, no caso de produto de procedência estrangeira e pelo início da distribuição, em se tratando de produto originário do País.

Verifica-se, pois, que a sistemática adotada pelo ordenamento positivo inclina-se pelos momentos iniciais da comercialização.

O recolhimento, então, há de ocorrer aos cofres públicos pelas refinarias, que transferem aos distribuidores dos derivados o encargo fiscal e estes, por sua vez, ao consumidor final, na hipótese de petróleo extraído no território nacional; ou, quando se tratar de óleo oriundo do exterior, por ocasião do desembaraço aduaneiro, ocorrendo, também aí, a repercussão tributária.

### III — A inconstitucionalidade de parcelas previstas na Lei nº 4.452, de 5 de novembro de 1964

O imposto sobre lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos tem como base impositiva o custo CIF do petróleo importado, consoante as determinações previstas no art. 1º e seu § 1º do Decreto-Lei nº 61, de 21 de novembro de 1966.

Assim, o preço de realização do respectivo derivado de petróleo, que corresponde, sinteticamente, aos custos de processamento, de refino, e lucro capaz de assegurar o êxito econômico e a expansão do setor, acresci-

do do valor do imposto único, leva-nos à concepção de preço unitário ex-refinaria, nos termos do § 2º do art. 2º do mencionado Decreto-Lei nº 61, de 1966, que dispõe:

“O preço ex-refinaria, conforme definido na Lei nº 4.452, de 5 de novembro de 1964, será formado pela soma do preço de realização e do imposto único.”

A fixação do preço de realização cabe ao Conselho Nacional do Petróleo, nos limites e segundo as diretrizes legais pertinentes à matéria.

Estabelecido o referido preço de realização e, após a inclusão do imposto, obtido o preço ex-refinaria, estabelece o art. 13 da supracitada Lei nº 4.452, de 1964, os critérios a serem seguidos para a determinação dos preços de venda ao consumidor dos derivados de petróleo.

Conforme a redação atribuída àquele dispositivo pelo Decreto-Lei nº 1.296, de 26 de novembro de 1973, os preços de venda ao consumidor serão calculados e fixados pelo Conselho Nacional do Petróleo mediante o acréscimo de parcelas contidas em incisos que compõem o dispositivo em questão.

A redação original do art. 13 detinha-se na previsão de acréscimos que, sem sombra de dúvida, representavam verdadeiros custos ou ressarcimentos inerentes à atividade desenvolvida na produção de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados do petróleo.

Assim é que eram levados em consideração, apenas, os custos de distribuição e revenda, de transporte em geral, do álcool anidro adicionado, os ressarcimentos pelas diferenças cambiais tratando-se de petróleo importado, despesas de fiscalização e administração, as perdas nos combustíveis de baixo ponto de fluidez e o pagamento de **royalties** aos Estados produtores de petróleo bruto.

A alínea **h** do mencionado item II do art. 13 da Lei nº 4.452, de 1964, todavia, já autorizava a adição de outras parcelas que viessem a se tornar necessárias, nos termos da legislação vigente e nos limites da competência do Conselho Nacional do Petróleo.

Tal regra, portanto, respeitando — como não poderia deixar de fazer — os limites contidos no ordenamento jurídico, autoriza a adição de novos valores que, por via de consequência, irão alterar o preço final do produto.

A partir de 1972, através do Decreto-Lei nº 1.091, novas parcelas foram inseridas no critério estabelecido pela Lei nº 4.452.

Assim, o art. 4º do diploma supracitado determinou o acréscimo da alínea **i**, correspondendo à majoração de 5% (cinco por cento) sobre o preço de realização dos combustíveis automotivos, do querosene iluminante e do gás liquefeito de petróleo, destinando tais recursos à PETROBRAS, a título de contribuição especial de reserva, para atender a amortização de investimentos em pesquisas de novas reservas nacionais de petróleo bruto.

Pelo art. 2º do Decreto-Lei nº 1.221, de 1972, alterou-se o percentual fixado na referida letra **i** do item II do art. 13 da Lei nº 4.452, para apenas

2% (dois por cento), destinando-se o produto de sua arrecadação para fazer face a investimentos em pesquisas pioneiras na plataforma continental brasileira e na extração do óleo de xisto.

Desde 1973, em obediência a preceito contido no art. 3º do Decreto-Lei nº 1.221, passou-se a considerar os valores recolhidos, em razão da alínea i, na distribuição da receita proveniente da arrecadação do imposto único sobre lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e na fixação dos preços de venda ao consumidor dos derivados tabelados.

O Decreto-Lei nº 1.599, de 30 de dezembro de 1977, revigorou o percentual de 5% (cinco por cento) fixado em 1972, mantendo a destinação dos recursos à PETROBRÁS.

A mesma parcela, com o advento do Decreto-Lei nº 1.681, de 7 de maio de 1979, passou a ter destino diverso, cabendo às pesquisas da Petróleo Brasileiro S.A., apenas 25% (vinte e cinco por cento); alocando-se à ELETROBRÁS, para aplicação em novas tecnologias do setor da energia elétrica 28% (vinte e oito por cento); à NUCLEBRÁS, para aplicação em atividades de pesquisa e desenvolvimento de tecnologia nuclear, de minérios nucleares e de implantação de unidades do ciclo do combustível nuclear 44% (quarenta e quatro por cento); e, finalmente, ao Conselho Nacional de Energia Nuclear — CNEN, para atividades de pesquisa nuclear básica 3% (três por cento).

Verifica-se, aí, a inclusão de destinações absolutamente alheias à atividade de prospecção, extração ou importação, refino e distribuição de derivados de petróleo. Transferências autorizadas por decretos-leis a setores diversos daquele que deve receber a contraprestação pela comercialização e consumo dos produtos originários do petróleo bruto.

Inegavelmente, a fixação do preço final do derivado somente deve levar em consideração custos operacionais ou de previsão de expansão da produção dos mesmos, descabendo a inclusão de parcelas destinadas a investimentos em outros setores tais como energia elétrica e nuclear. Tais parcelas, no caso, deixam de se constituir em custo do produto final.

De forma análoga, o Decreto-Lei nº 1.297, de 26 de dezembro de 1973, acrescentou a alínea j ao dispositivo supracitado, da Lei nº 4.452, de 1964, que instituiu nova parcela sobre o preço de realização de combustíveis automotivos do querosene iluminante e do gás liquefeito do petróleo, correspondente a 1% (um por cento) daquele preço, endereçado ao custeio de pesquisas geológicas e tecnológicas de carvão mineral e de xisto pirotuminoso à conta do Fundo Nacional de Mineração e ao financiamento de risco às empresas de mineração através da Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais, parcela essa a ser convertida em capital da União na referida empresa pública.

Em 7 de janeiro de 1975, expediu o Poder Executivo o Decreto-Lei nº 1.387, que deu nova redação à alínea j, em questão, dispondo:

“Art. 1º — A alínea j do item II, do art. 13, da Lei nº 4.452, de 5 de novembro de 1964, acrescida pelo art. 1º do Decreto-Lei

nº 1.297, de 26 de dezembro de 1973, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 13 — .....

II — .....

j) uma parcela sobre o preço de realização dos combustíveis automotivos, do querosene iluminante, e do gás liquefeito de petróleo, equivalente a 1% (um por cento), destinada a atribuir recursos para pesquisas geológicas e tecnológicas de substâncias minerais, especialmente carvão mineral e xisto pirobetuminoso, que será aplicada, metade através do Fundo Nacional de Mineração e metade através da Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais, em pesquisas próprias, e financiamento às empresas de mineração, devendo esta metade ser creditada a um Fundo Financeiro de Pesquisa, segundo dispõe o art. 25, do Decreto-Lei nº 764, de 15 de agosto de 1969, e, no caso de sucesso das pesquisas, convertida em participação acionária da União na CPRM.”

Por outro lado, o recente Decreto-Lei nº 1.696 veio dispor sobre a aplicação dos recursos transferidos à Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais, determinando que nos exercícios de 1979 e 1980, aquela empresa utilize 30% (trinta por cento) e 40% (quarenta por cento), respectivamente, dos valores em tela, para a execução de programas de pesquisas e de apoio técnico ao Departamento Nacional da Produção Mineral.

Ainda, na mesma linha, criou-se nova parcela incidente sobre o preço de realização dos combustíveis automotivos, do querosene iluminante e dos óleos combustíveis visando-se ao subsídio da energia de origem nacional, a cargo do Conselho Nacional do Petróleo, mediante o Decreto-Lei nº 1.420, de 9 de outubro de 1975, que, em seu art. 3º, acrescentou a alínea l ao item II do art. 13 da Lei nº 4.452.

Causa espécie o fato de não estabelecer o referido dispositivo o percentual correspondente à parcela criada, outorgando-se ao Conselho Nacional do Petróleo a sua fixação.

Para abranger, também, outros derivados ainda não alcançados pelos encargos instituídos a partir de 1970, estabeleceu o Decreto-Lei nº 1.490, de 30 de novembro de 1976, o acréscimo da alínea m à norma jurídica de 1964, sem, contudo, estimar o valor da parcela, destinando-a, porém, ao Fundo Aeroviário.

O mesmo diploma, além de excluir da incidência do encargo os lubrificantes e combustíveis de aviação destinados ao consumo das Forças Armadas, isentou os mencionados produtos do Imposto Único sobre Lubrificantes e Combustíveis Líquidos e Gasosos.

Por derradeiro, com o advento do Decreto-Lei nº 1.691, de 2 de agosto de 1979, que além de alterar as alíquotas do Imposto Único ora referido e de modificar a legislação pertinente à exigência da Taxa Rodoviária Única,

veio a adicionar a alínea n ao art. 13, inciso II, da Lei nº 4.452, mais uma parcela foi instituída, correspondente a 12,5% (doze e meio por cento) sobre o custo CIF do petróleo bruto importado e destinada ao financiamento de programas de mobilização energética.

O exame do Imposto Único sobre Lubrificantes e Combustíveis Líquidos e Gasosos, especialmente no que diz respeito a determinação constitucional da incidência única e exclusiva, obrigou-nos a tão longa e exaustiva descrição legislativa.

Cabe-nos, agora, o esforço exegético no sentido de estabelecer, com o rigor científico que requer a questão, a verdadeira natureza jurídica das parcelas antes referidas e a sua legitimidade em face às disposições constantes da Constituição da República.

A fim de facilitar o entendimento do raciocínio a ser utilizado e bem assim das conclusões a que devemos chegar, passamos à análise, sob o aspecto jurídico-constitucional, das parcelas instituídas, desde 1972, por decretos-leis, e que são adicionadas ao preço final ao consumidor dos derivados do petróleo.

A apreciação da matéria e as críticas, que porventura venha a merecer a criação dos citados encargos, não se dirigem aos motivos de natureza meramente financeira ou econômica que os determinaram, mas ao aspecto jurídico-constitucional das normas expedidas que serviram de instrumento para a ação do Poder Público.

A esse respeito cabe ressaltar que, embora refutemos a legitimidade da utilização do decreto-lei como norma hábil para instituir ou alterar aspectos essenciais dos tributos, não nos deteremos sobre esse ponto, para nos fixarmos na validade das figuras acima descritas em confronto com a sistemática constitucional-tributária dos impostos especiais.

Ora, como ficou esclarecido alhures, o imposto incidente sobre lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos, além de monofásico, é exclusivo, ou seja, afasta, necessariamente, a incidência de outro imposto sobre as operações previstas na Lei Fundamental, que tenham por objeto aqueles bens.

Relativamente à cota erigida pela inclusão da letra i, com a redação ora vigente, ao inciso II do art. 13 da Lei nº 4.452, é de considerar que, segundo as disposições contidas no Decreto-Lei nº 1.681, de 7 de maio de 1979, não se pode admitir como custo a ser incluído no preço de venda dos derivados parcela que, na realidade, diga respeito a investimentos ou financiamentos estranhos à produção dos respectivos derivados.

Assim, parece-nos que as partes destinadas à ELETROBRÁS, CNEN e NUCLEBRÁS desfiguram a própria noção de preço de realização contida no Decreto-Lei nº 61, de 1966.

Ora, se chegarmos à conclusão de que de custo não se trata, há de se indagar sobre a natureza da parcela, a qual repercute sobre o preço a ser exigido do consumidor.

De forma idêntica há de se concluir, tendo em vista os valores previstos na alínea *j*, com o texto que lhe atribuiu o Decreto-Lei nº 1.387, de 1975; na alínea *l* inserida pelo Decreto-Lei nº 1.420, de 1975, e que, de maneira pouco esclarecedora, destina uma parcela não quantificada a subsidiar a energia de origem nacional, sem definir qual a fonte de energia a ser abrangida; na alínea *m*, prevista no Decreto-Lei nº 1.490, de 1976, que destina ao Fundo Aeroviário uma parcela não especificada; e, por derradeiro, na alínea *n*, recentemente incluída no ordenamento jurídico pelo Decreto-Lei nº 1.691, a qual criou o acréscimo de 12,5% sobre o preço CIF do petróleo importado, destinando tais recursos a programas de mobilização energética a serem recolhidos pelas refinarias, à conta do Tesouro Nacional.

Verifica-se, pois, que as supracitadas parcelas, não se constituindo em fatores que envolvem encargos inerentes ao custo dos derivados de petróleo, mas quantias destinadas, tão-somente, a financiar o desenvolvimento de áreas energéticas distintas daquela pertinente ao petróleo bruto, estão a merecer análise detida tendo-se como enfoque o sistema tributário.

Para responder à indagação anteriormente proposta, valemo-nos da lição do emérito tributarista Geraldo Ataliba, ao sustentar que a primeira tarefa que compete ao jurista quando se depara com a exigência imposta a alguém de recolher certa quantia aos cofres do Estado é a de verificar a que título está sendo cobrada aquela importância, ou seja, será multa, obrigação de caráter convencional, tributo ou indenização por dano causado ao patrimônio público?

A multa se identifica com a repercussão sancionadora de ato ilícito; as obrigações convencionais, por seu turno, caracterizam-se como consequências de negócios jurídicos de natureza contratual, onde se destaca a vontade das partes.

A indenização possui natureza eminentemente reparatória, que visa a compensar o dano causado, repondo o patrimônio no *statu quo ante*.

O tributo, entretanto, difere das figuras ora mencionadas pela índole obrigacional de natureza legal.

Afastando-se, *a priori*, as hipóteses de penalidade pecuniária por não se tratar de previsão normativa que configure qualquer ilicitude de recolhimento devido para fazer face à reparação de dano a patrimônio público, nem se podendo caracterizar as parcelas ora apreciadas como objeto de um ato negocial entabulado segundo a vontade dos participantes (os acréscimos são devidos por força de lei), remanesce a vinculação existente que coincide com a obrigação imanente ao conceito de tributo.

De fato, as contribuições previstas na Lei nº 4.452 devem merecer atento exame, a fim de que se possa concluir com a certeza científica desejada sobre a sua natureza jurídica.

É de se ressaltar, *prima facie*, que o nome conferido a uma figura jurídica e, no caso, a uma exigência estatal, não possui o condão de determinar a sua natureza jurídica específica.

O fato de se denominar “parcela” ou “cota” à contribuição prevista em texto de lei não autoriza, por si só, a configuração daquela exigência; apenas o detido estudo dos elementos que compõem a entidade é que pode levar o jurista a definir o seu conteúdo jurídico.

Baseado em disposição expressa do Código Tributário Nacional, pode-se asseverar que a denominação, as características formais e a destinação do produto da arrecadação de um tributo são irrelevantes para a determinação de sua natureza jurídica específica.

É chegado, pois, o momento de dissecar, mediante instrumental jurídico próprio, as “parcelas” em foco.

Já ficou sobejamente demonstrado que as cotas arroladas não podem ser consideradas como “custos” sob pena de se subverter, de maneira grosseira, a noção de custo de produção aceita sem maiores divergências, qual seja, o dispêndio para a geração ou produção de um determinado bem.

Os valores referidos, desde que exigidos compulsoriamente, segundo determinação legal e recolhidos anteriormente ao consumo dos derivados de petróleo, são adicionados ao preço dos mesmos, constituindo-se em verdadeiros tributos indiretos.

Estando a sua exigência desvinculada de qualquer atividade do Poder Público em favor do consumidor, evidencia-se o caráter impositivo da cota.

Trata-se, pois, de verdadeira cobrança de natureza tributária que coincide com o conceito de imposto, eis que de taxa ou contribuição de melhoria não se pode cogitar.

O imposto sobre lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos possui adicional de 12% (doze por cento) criado pela Lei nº 6.261, de 14 de novembro de 1975, arrecadado simultaneamente sobre o referido tributo, destinando-se da parcela a cargo da União ao Fundo Nacional de Apoio ao Desenvolvimento Urbano.

A conclusão a que se chega quanto à natureza jurídica tributária das cotas em questão implica em grave consequência de ordem constitucional.

De fato, desde que se concebe cunho impositivo àquelas parcelas, resulta inquestionável a sua inconstitucionalidade face ao preceito contido na Lei Maior, que disciplina a incidência do imposto sobre os lubrificantes e combustíveis.

O adicional acima referido não constitui dupla imposição, senão mero acréscimo do aspecto quantitativo da hipótese de incidência ou, no dizer de Geraldo Ataliba:

“O adicional nada mais é do que majoração do tributo adicionado. Isto nada tem de repugnante. É, pelo contrário, comum suceder. É verdade que a pessoa exigente há de ser a mesma. É que não há hipótese, no sistema constitucional tributário brasileiro, de duas pessoas públicas serem concomitantemente competentes para exigir um mesmo tributo (**Estudos e Pareceres de Direito Tributário**, vol. II, pág. 128).

As parcelas tratadas, entretanto, não podem sequer ser consideradas como adicionais do imposto único, eis que diversa a hipótese de incidência das mesmas com relação àquele.

Os gravames instituídos pelas alíneas *i*, *j*, *l*, *m* e *n* do inciso II do art. 13 da Lei nº 4.452, de 1964, têm como base impositiva o preço de realização dos combustíveis automotivos, do querosene iluminante e do gás liquefeito ou o preço CIF do petróleo importado, enquanto que a base de cálculo do Imposto Único, segundo o Decreto-Lei nº 61, de 1966, é o custo CIF, expresso em moeda nacional.

Verifica-se que apenas o percentual de 12,5% (doze e meio por cento) criado pelo Decreto-Lei nº 1.691, de 1979, possui a mesma base de cálculo do imposto e, portanto, pode ser considerado como novo adicional. As demais cobranças não se confundem com o Imposto Único, eis que diversos os aspectos essenciais do fato tributável descrito na lei.

A esse respeito pode-se afirmar, sem medo de errar, que, onde estiver a base de cálculo, aí estará a essência do tributo.

Com o presente estudo visa-se suscitar certas questões relacionadas com o imposto especial incidente sobre lubrificantes e combustíveis, sem a pretensão de esgotar a matéria.

Assim, parece insustentável a cobrança das parcelas *i* (excluída a parte endereçada à PETROBRÁS por constituir "custo"), *j*, *l* e *m* inseridas no inciso II do art. 13 da Lei nº 4.452, por consistirem elas em novos impostos incidentes sobre os bens já referidos, em flagrante ofensa à imposição única e exclusiva determinada pela Constituição Federal (art. 21, VIII).

Por outro lado, descabe qualquer alusão ao exercício da competência residual por parte da União, porquanto se trata de sistemática especial adotada pela Lei Fundamental no que tange à tributação sobre lubrificantes e combustíveis.

#### IV — Conclusões

As considerações tecidas levam-nos às seguintes conclusões:

a) as parcelas criadas pelos Decretos-Leis nº 1.091/72 (alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 1.221/72, 1.599/77 e 1.681/79); 1.297/73 (alterado pelo Decreto-Lei nº 1.387/75); 1.420/75 e 1.490/76 constituem verdadeiros impostos incidentes sobre a produção dos derivados de petróleo;

b) a parcela de 12,5% instituída pelo Decreto-Lei nº 1.691/79 consiste em novo adicional do Imposto Único sobre Lubrificantes e Combustíveis Líquidos e Gasosos;

c) as parcelas referidas, além de terem sido criadas por instrumento inidôneo aos seus fins, ou seja, o decreto-lei, afrontaram o princípio da anterioridade, insculpido no § 29 do art. 153 da Constituição Federal vigente;

d) é ilegítima a cobrança das parcelas tendo em vista a imposição única que caracteriza os bens a ela sujeitos, nos termos do item VIII do art. 21 da Constituição.

## Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas (\*)

À venda na SSETEC (Senado Federal — 22.º andar) ou pelo  
Reembolso Postal

### “REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

	Cr\$
— nº 1 (março/1964) .....	10,00
— nº 10 (junho/1969) (reimpressão) .....	30,00
— nº 12 (outubro a dezembro/1966) (reimpressão) ....	25,00
— n.ºs 13/14 (janeiro a junho/1967) .....	15,00
— nº 17 (janeiro a março/1968) (reimpressão) .....	20,00
— nº 18 (abril a junho/1968) (reimpressão) .....	30,00
— nº 19 (julho a setembro/1968) .....	10,00
— nº 20 (outubro a dezembro/1968) .....	10,00
— nº 21 (janeiro a março/1969) .....	10,00
— nº 23 (julho a setembro/1969) .....	10,00
— nº 26 (abril a junho/1970) (reimpressão) .....	20,00
— nº 30 (abril a junho/1971) .....	15,00
— nº 31 (julho a setembro/1971) .....	15,00
— nº 32 (outubro a dezembro/1971) .....	15,00
— nº 33 (janeiro a março/1972) .....	15,00
— nº 34 (abril a junho/1972) .....	15,00
— nº 35 (julho a setembro/1972) .....	15,00
— nº 36 (outubro a dezembro/1972) .....	15,00
— nº 37 (janeiro a março/1973) .....	20,00
— nº 38 (abril a junho/1973) .....	25,00
— nº 39 (julho a setembro/1973) .....	25,00
— nº 40 (outubro a dezembro/1973) .....	20,00

(\*) Não estão relacionadas as obras esgotadas.

	Cr\$
— nº 41 (janeiro a março/1974) .....	15,00
— nº 42 (abril a junho/1974) .....	25,00
— nº 43 (julho a setembro/1974) .....	35,00
— nº 44 (outubro a dezembro/1974) .....	20,00
— nº 45 (janeiro a março/1975) .....	30,00
— nº 46 (abril a junho/1975) .....	30,00
— nº 47 (julho a setembro/1975) .....	30,00
— nº 48 (outubro a dezembro/1975) .....	30,00
— nº 49 (janeiro a março/1976) .....	30,00
— nº 50 (abril a junho/1976) .....	30,00
— nº 51 (julho a setembro/1976) .....	30,00
— nº 52 (outubro a dezembro/1976) .....	30,00
— nº 53 (janeiro a março/1977) .....	30,00
— nº 55 (julho a setembro/1977) .....	30,00
— nº 56 (outubro a dezembro/1977) .....	30,00
— nº 57 (janeiro a março/1978) .....	30,00
— nº 58 (abril a junho/1978) .....	30,00
— nº 59 (julho a setembro/1978) .....	30,00
— nº 60 (outubro a dezembro/1978) .....	30,00
— nº 61 (janeiro a março/1979) .....	30,00
— nº 62 (abril a junho/1979) .....	30,00
— nº 63 (julho a setembro/1979) .....	60,00
— nº 64 (outubro a dezembro/1979) .....	60,00
— nº 65 (janeiro a março/1980) .....	60,00

**“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”**

(NÚMEROS 1 a 60)

Distribuição gratuita

**“COLEÇÃO DE ATOS INSTITUCIONAIS, ATOS COMPLEMENTARES E DECRETOS-LEIS”**

- 5º volume, contendo 336 páginas
  - Ato Institucional nº 10
  - Atos Complementares n.ºs 52 a 56
  - Decretos-Leis n.ºs 564 a 664 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto ..... 15,00
- 6º volume, contendo 488 páginas
  - Ato Institucional nº 11
  - Atos Complementares n.ºs 57 a 62
  - Decretos-Leis n.ºs 665 a 804 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto ..... 25,00

	Cr\$
– 7º volume, contendo 290 páginas	
Emenda Constitucional nº 1	
Atos Institucionais n.ºs 12 a 17	
Atos Complementares n.ºs 63 a 77	
Decretos-Leis n.ºs 805 a 851 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	15,00
– 8º volume, contendo 318 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 852 a 941 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	15,00
– 9º volume, contendo 364 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 942 a 1.000 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	25,00
– 10º volume, contendo 386 páginas	
Decreto-Lei nº 1.001, de 21-10-1969	
Código Penal Militar, com índices remissivo e por assunto .....	30,00
– 11º volume, contendo 503 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 1.002 e 1.003	
Código de Processo Penal Militar e Lei de Organização Judiciária Militar, com índices remissivo e por assunto .....	35,00
– 12º volume, contendo 309 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 1.004 a 1.068 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	25,00
– 13º volume, contendo 406 páginas	
Atos Complementares n.ºs 78 a 94	
Decretos-Leis n.ºs 1.069 a 1.153 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	30,00
– 14º volume, contendo 487 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 1.154 a 1.187 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	30,00
– 15º volume, contendo 247 páginas	
Atos Complementares n.ºs 95 a 97	
Decretos-Leis n.ºs 1.188 a 1.271 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	20,00

	Cr\$
<ul style="list-style-type: none"> <li>- 16º volume, contendo 424 páginas (último da coleção) Atos Complementares n.ºs 98 e 99 Decretos-Leis n.ºs 1.272 a 1.322 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto. Obs.: este volume contém um índice geral das duas coleções, a partir do Decreto-Lei n.º 1/65 .....</li> </ul>	40,00
<p><b>"DIRETRIZES E BASES PARA O ENSINO DE 1º e 2º GRAUS"</b> (Edição de 1971)</p>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Histórico da Lei n.º 5.692, de 11 de agosto de 1971 (2 tomos) .....</li> </ul>	45,00
<p><b>"PARTIDOS POLÍTICOS"</b> (2 tomos) (Edição de 1974)</p>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Histórico da Lei n.º 5.682, de 21 de julho de 1971 - "Lei Orgânica dos Partidos Políticos", e Lei n.º 5.697, de 27 de agosto de 1971 - "Dá nova redação aos artigos que menciona da Lei n.º 5.682, de 21-7-71 - Lei Orgânica dos Partidos Políticos" .....</li> </ul>	70,00
<p><b>"CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL"</b> (Edição de 1974) - Histórico (3 volumes)</p>	
<p>- 1º volume (3 tomos)</p>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Histórico da Lei n.º 5.869, de 11-1-73, que "insti- tuiu o Código de Processo Civil" (Projeto do Executivo, Mensagem, Exposição de Motivos, tra- mitação completa na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, discursos)</li> </ul>	
<p>- 2º volume (2 tomos)</p>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Quadro Comparativo (Lei n.º 5.869/73 - Projeto do Executivo que deu origem à Lei n.º 5.869/73 - Emendas aprovadas pelo Congresso Nacional)</li> <li>- Quadro Comparativo (Lei n.º 5.925/73 - Projeto do Executivo que deu origem à Lei n.º 5.925/73 - Emendas aprovadas pelo Congresso Nacional)</li> </ul>	
<p>- 3º volume</p>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Histórico da Lei n.º 5.925, de 1º-10-73, que "reti- fica dispositivos da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil"</li> <li>- Histórico da Lei n.º 6.014, de 27-12-73, que "adap- ta ao novo Código de Processo Civil as leis que menciona"</li> <li>- Histórico da Lei n.º 6.071, de 3-7-74, que "adapta ao novo Código de Processo Civil as leis que men- ciona"</li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>Preço da coleção .....</li> </ul>	180,00

	Cr\$
"PREVIDÊNCIA SOCIAL" (Edição de 1974)	
– Histórico da Lei nº 5.890, de 8-6-73, que "altera a legislação da Previdência Social, e dá outras providências" (2 tomos) .....	70,00
"REPRESENTAÇÕES POR INCONSTITUCIONALIDADE – Dispositivos de Constituições Estaduais"	
– Acórdãos do STF (íntegras) em Representações por inconstitucionalidade de dispositivos de Constituições estaduais. Resoluções do Senado Federal, suspendendo a execução de dispositivos julgados inconstitucionais pelo STF (2 tomos) .....	150,00
"O PODER LEGISLATIVO E A CRIAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS"	
– Obra comemorativa do sesquicentenário da Lei de 11 de agosto de 1827, que criou os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda .....	70,00
"SOCIEDADES ANÔNIMAS E MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS" .....	80,00
– Quadros comparativos anotados	
– 1ª parte: Lei nº 6.404, de 15-12-76 Decreto-Lei nº 2.627, de 26-9-40	
– 2ª parte: Lei nº 6.385, de 7-12-76 Lei nº 4.728, de 14-7-65	
"CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL" (atualizado) (edição 1978)	50,00
"LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA"	
(3ª edição – agosto de 1978) .....	55,00
– Código Eleitoral, Lei das Inelegibilidades, Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei de Transporte e Alimentação e Lei das Sublegendas – textos vigentes consolidados (redações anteriores de dispositivos alterados, em notas).	
– Índices alfabéticos e remissivos.	
– Legislação alteradora, citada e correlata.	
– SUPLEMENTO (agosto de 1978) – Instruções do Tribunal Superior Eleitoral para as eleições de 1978 .....	25,00
"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – QUADRO COMPARATIVO" (3ª edição – 1979) .....	100,00
– Texto constitucional vigente comparado, dispositivo por dispositivo, às Constituições de 1967 e de 1946	
– Notas das alterações (Emendas Constitucionais e Atos Institucionais)	
– Índice analítico-remissivo do texto constitucional vigente.	

	Cr\$
“LEI ORGANICA DA MAGISTRATURA NACIONAL” (2ª ed.) ...	100,00
– Lei Complementar nº 35, de 14-3-79 (alterada pela Lei Complementar nº 37, de 13-11-79) – <i>anotada</i>	
– Histórico das Leis (tramitação legislativa)	
– Regimento Interno do Conselho Nacional da Magistratura	
“CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO” (edição novembro de 1979) .....	250,00
– Quadro Comparativo = Anteprojeto da CLT – Legislação trabalhista vigente	
– Exposição de Motivos do Anteprojeto	
“INQUILINATO” (edição de 1980) .....	150,00
– Lei nº 6.649, de 16-5-79, alterada pela Lei nº 6.698, de 15-10-79.	
– Quadro comparativo anotado da legislação vigente com a legislação anterior	
– Glossário	
– Histórico (tramitação legislativa) da legislação vigente	
“PARTIDOS POLÍTICOS” (edição 1980) .....	100,00
– Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 5.682, de 21-7-71) texto atualizado e anotado	
– Índice temático	
– Resoluções do TSE	
“CÓDIGO PENAL” (edição 1980) .....	250,00
– Decreto-Lei nº 2.848, de 7-12-40 – texto atualizado e anotado	
– Índice temático	
“SEGURANÇA NACIONAL” (edição 1980) .....	250,00
– Lei nº 6.620, de 17-12-78	
– Índice temático	
– Ementário da Legislação	
– Comparações e anotações	
– Histórico da Lei nº 6.620/78 (tramitação legislativa)	
“REFORMA ADMINISTRATIVA” – Organização da Administração Federal (edição 1980) .....	(no prelo)
– Decreto-Lei nº 200, de 25-2-67 – texto atualizado e anotado	
– Índice temático	
– Legislação alteradora e correlata	

**Rede de Bibliotecas depositárias  
das publicações da  
Subsecretaria de Edições Técnicas**

**Biblioteca Nacional  
Instituto Nacional do Livro  
Senado Federal  
Câmara dos Deputados  
Supremo Tribunal Federal  
Tribunal Federal de Recursos  
Superior Tribunal Militar  
Tribunal Superior Eleitoral  
Tribunal Superior do Trabalho  
Assembléias Legislativas  
Tribunais de Justiça  
Faculdades de Direito**

## ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Faça a sua inscrição como assinante da **Revista de Informação Legislativa** e receba, pelo sistema de reembolso postal, cada número editado.

Dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília — DF — 70160

## REEMBOLSO POSTAL

Escolha as publicações de seu interesse e dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília — DF — 70160

Seu pedido será atendido pelo reembolso postal.