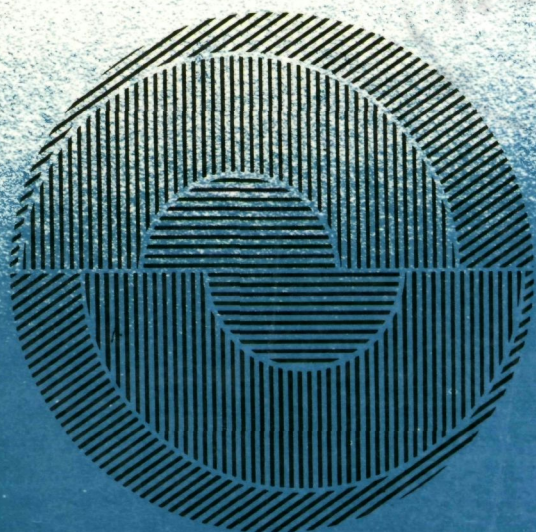


# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1986

ANO 23 • NÚMERO 89

**REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA**

a. 23 n. 89 — Janeiro/março 1986

Publicação trimestral da  
Subsecretaria de Edições Técnicas  
do Senado Federal

---

---

**Fundadores:**

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

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

---

---

**Direção:**

**LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL**

---

---

**Chefe de Redação:**

**PEDRO HELVÉCIO BOMTEMPO**

---

---

**Chefe de Diagramação e Revisão:**

**SANTYNO MENDES DOS SANTOS**

---

---

**Capa de GAETANO RÉ**

**Composição e Impressão:**

**Centro Gráfico do Senado Federal**

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

R. Inf. legisl.	Brasília	a. 23	n. 89	Jan./mar. 1986
-----------------	----------	-------	-------	----------------

---

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

---

Preço deste exemplar: Cz\$ 40,00

Encomendas à Subsecretaria de Edições Técnicas

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

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

v. trimestral

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

Diretores: 1964- Leyla Castello Branco Rangel

ISSN 0034-835X

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



CDD 340.05

CDU 34(05)

## SUMÁRIO

	Pág.
<b>COLABORAÇÃO</b>	
Reflexões sobre a Constituinte — <i>Raul Machado Horta</i> .....	5
Poder Constituinte e ordem jurídico-econômica — <i>Washington Peluso Albino de Souza</i> .....	33
Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte — <i>Anna Cândida da Cunha Ferraz</i> .....	49
A Constituição de 1934 — <i>Ronaldo Poletti</i> .....	63
Garantias constitucionais aos bens imateriais — <i>Newton Silveira</i> .....	103
Constitución Política del Perú — <i>Gustavo Bacacorzo</i> .....	111
El Vicepresidente de la Nación (República Argentina) — <i>Jesús L. Abad Hernando</i> .....	123
Processo legislativo — mudanças necessárias — <i>Rubem Nogueira</i> .....	129
O veto nos Estados presidencialistas (algumas reflexões sobre o veto no Brasil e nos Estados Unidos) — <i>Mauro Andrade Rosa</i> .....	139
Técnica legislativa como a arte de redigir leis — <i>Pinto Ferreira</i> .....	169
Os serviços públicos no Estado moderno — <i>Arnold Wald</i> .....	199
A avocação de causas pelo STF: a advocatória — <i>Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz</i> .....	219
Recurso extraordinário — <i>José Guilherme Villela</i> .....	235
A Universidade como órgão do Estado — <i>Paulo de Figueiredo</i> .....	253
Ministério público, ambiente e patrimônio cultural — <i>Paulo Affonso Leme Machado</i> .....	293
As cláusulas de “privilégio”, nos contratos administrativos — <i>J. Cretella Júnior</i> .....	303
Da Consolidação das Leis Cíveis à teoria das consolidações: problemas histórico-dogmáticos — <i>João Baptista Villela</i> .....	323
O Código Civil peruano de 1984 (alguns aspectos) — <i>Sílvio A. B. Meira</i> .....	339
Divórcio romano versus divórcio canônico — <i>Domingos Sávio Brandão Lima</i> .....	351
O esgotamento dos recursos internos e a evolução da noção de “vítima” no direito internacional (com atenção especial à prática referente aos Estados da América Latina) — <i>A. A. Cançado Trindade</i> .....	377
<b>INFORMÁTICA JURÍDICA</b>	
Proteção jurídica do <i>software</i> — <i>Adriana Camargo Rodrigues</i> .....	449
<b>PUBLICAÇÕES</b>	
Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas .....	469

# Reflexões sobre a Constituinte

RAUL MACHADO HORTA

Catedrático de Direito Constitucional da  
Faculdade de Direito da Universidade  
Federal de Minas Gerais

## SUMARIO

1. *Limiar da Constituinte*
2. *Natureza do Poder Constituinte*
3. *Limitações ao Poder Constituinte originário*
4. *Elaboração de documentos prévios*
5. *Elaboração constitucional na área de Constituições marxistas*
6. *Função da Assembléia Constituinte*
7. *Convocação da Assembléia Nacional Constituinte*
8. *Constituição e modelos constitucionais*
9. *Constituição e estabilidade*
10. *Singularidade do processo constituinte brasileiro*

### 1. *Limiar da Constituinte*

Estamos ingressando na fase histórica do Poder Constituinte originário e é natural a curiosidade geral em conhecer e analisar as linhas mestras desse acontecimento. Percebe-se que o conhecimento da função e da competência do Poder Constituinte é ainda nebuloso e informe para grande número de pessoas. Essa desinfor-

mação me faz lembrar uma *boutade* que circulou na Rússia czarista nos primórdios de seu movimento de constitucionalização. Conta-se que oficiais russos, no período do Czar Nicolau I, regressando da França, voltaram seduzidos pela idéia de Constituição. E se puseram a aliciar solidariedade, em reuniões clandestinas, pregando a necessidade de uma Constituição para a Rússia, dentro do figurino francês do final do século XVIII. Em uma dessas reuniões, assistente entusiasmado, mas ignorante do assunto, ouvindo falar em Constituição, supôs tratar-se da mulher do Grão-Duque Constantino, e prorrompeu no aplauso: "Sim, viva a Constituição, a mulher do Grão-Duque Constantino."

## 2. *Natureza do Poder Constituinte*

O que se torna necessário é esclarecer dúvidas, para afastar equívocos sobre a natureza da Assembléia Constituinte, forma de manifestação política do Poder Constituinte originário.

Historicamente, o Poder Constituinte originário representa a irrupção de fato anormal no funcionamento das instituições estatais. Esse aparecimento está associado a um processo mais violento, de natureza revolucionária, ou a uma decisão do alto, geralmente materializada no "golpe de Estado". A revolução como fenômeno que subverte a estrutura estatal e social. O golpe de Estado como transformação do ordenamento estatal por atividade inconstitucional de órgão do próprio Estado (1). O Poder Constituinte originário, na sua versão clássica de origem francesa, está vinculado às manifestações revolucionárias, visando consagrar no texto constitucional novo as alterações mais profundas que a Revolução produziu na estrutura social e econômica e na relação de poder dentro do Estado e da Nação. As revoluções possuem inspirações variáveis no tempo e no espaço. As do século XIX, diz estudioso do fenômeno revolucionário, se fizeram em nome da liberdade, da fraternidade e da igualdade, enquanto muitas revoluções do século XX invocaram a autoridade, a disciplina, a ordem, o poder (2). Há revoluções liberais e revoluções autoritárias. Revoluções conservadoras e revoluções sociais. Revoluções radicais e revoluções termidorianas. O Poder Constituinte originário emana do fato revolucionário. Daí sua virulência e imprevisibilidade, que publicista espanhol condensou na seguinte imagem:

"O Poder Constituinte não pode ser localizado pelo legislador, nem formulado pelo filósofo, porque não cabe

---

(1) CONSTANTINO MORTATI. *Instituzioni di Diritto Pubblico* — I. 8ª edição, Cedam, 1969, pp. 65 e 73.

(2) CRANE BRINTON. *Anatomia de la Revolución*. México, Fondo de Cultura Económica, 1942, p. 8.

nos livros e rompe o quadro das Constituições. Surge como o raio que atravessa a nuvem, inflama a atmosfera, fere a vítima e desaparece" (3).

A crise revolucionária deflagra a contradição entre o vigente direito estatal, que tem na Constituição o seu mais alto documento, cuja legitimidade é contestada, e a nova legitimidade que o Poder Constituinte originário vai conferir ao direito estatal, a partir da nova Constituição. Portador de aspirações emergentes, o Poder Constituinte originário busca apoiar-se diretamente na Nação e na vontade popular. É a lição que se recolhe em MAURICE HAURIU (4):

"Os representantes que exercem o Poder Constituinte agem como representantes da Nação e os que exercem o Poder Legislativo ordinário atuam como representantes do Estado."

Nessa relação entre o Poder Constituinte originário e a Nação, como fundamento de sua legitimidade, a doutrina francesa, a partir de seu formulador inicial, SIEYÈS, extraiu a lógica conseqüência de que esse poder reclamava órgão especial, inconfundível com o Poder Legislativo, que passou a ser chamado de *Convenção* ou *Assembléia Nacional Constituinte* (5). Não se trata de mera estrutura formal. O nome mágico — *Assembléia Nacional Constituinte* ou *Convenção Nacional* — revela a magnitude da competência de seu titular, como expressão do Poder Constituinte originário. No final do século XVIII, quando se concebeu a clássica doutrina desse poder, SIEYÈS já oferecia as características do criador da nova Constituição:

"O Poder Constituinte pode tudo. Ele não está submetido a uma determinada Constituição. A Nação que exerce o maior e o mais importante dos poderes deve ficar, no exercício dessa função, livre de qualquer constrangimento e de outra qualquer forma, salvo a que lhe aprouver adotar" (6).

Em magistral análise dedicada à natureza e aos fundamentos do Poder Constituinte, GEORGES BURDEAU (7) aponta a dificuldade

(3) LUIS SANCHEZ AGESTA. *Principios de Teoría Política*. 6ª edição, Madrid, Editora Nacional, 1976, p. 363.

(4) MAURICE HAURIU. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. 2ª edição, Madrid, Editorial Reus, p. 318.

(5) A. ESMEIN. *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*. Vol. I, 7ª edição, Recueil Sirey, 1921, p. 581.

(6) GEORGES BURDEAU. *Traité de Science Politique*. Volume IV, 2ª edição, Paris, LGDJ, 1969, p. 206.

(7) GEORGES BURDEAU. *Obra citada*, pp. 181, 182.

excepcional que a natureza híbrida desse poder oferece ao exame jurídico. É que, para o jurista, o poder pressupõe um quadro de competências: a natureza, a extensão, as modalidades de seu exercício são determinadas por regra anterior, de modo que o poder passa a ser domesticado pelo direito e, por consequência, dócil à análise jurídica. Com o Poder Constituinte, diz BURDEAU, acontece o contrário, pois ele é rebelde a uma integração em sistema hierarquizado de normas e competências. É que ele é o poder criador da ordem jurídica, fixando-lhe os princípios e oferecendo-lhe os seus instrumentos. BURDEAU localiza o Poder Constituinte originário no ponto de conexão entre a política e o direito, entre a turbulência das forças sociais e a serenidade dos procedimentos, entre a desordem revolucionária e a ordem dos regimes estabelecidos. A insubordinação é inerente a esse poder rebelde ao preordenamento jurídico e político. Não se submete a uma Constituição anterior, pois está acima da Constituição, como o criador em face da criatura. É superior a tudo que ele vai estabelecer na Constituição: órgãos, poderes, competências, escapando ao ordenamento constitucional por ele criado. Dentro dessa perspectiva de rigorosa análise factual do Poder Constituinte, BURDEAU (8) o concebe como *poder inicial, autônomo e incondicionado*, mas disso não se deve inferir, afirma o consagrado mestre da Faculdade de Direito de Paris, que o Poder Constituinte não seja um poder de direito. É erro supor que o poder de direito seja unicamente aquele cuja existência e exercício se acham condicionados por estatuto jurídico anterior. Seria paradoxal recusar qualificação jurídica ao poder portador da idéia de direito que se imporá ao ordenamento jurídico no seu conjunto. A verdade, conclui BURDEAU, é que esse singular poder não é comandado pelo direito positivo estatal. Admitindo que o direito preceda ao Estado, o Poder Constituinte converte-se na mais evidente prova dessa anterioridade. A brilhante tese da jurisdicização do Poder Constituinte originário não é a tese do positivismo jurídico, que expelle o poder revolucionário e criador da nova Constituição para fora do ordenamento jurídico. Na doutrina constitucional contemporânea, CARRÉ DE MALBERG (9) formulou com cerrada lógica jurídica as impugnações que o positivismo jurídico oferece ao tratamento jurídico do Poder Constituinte originário. Segundo CARRÉ DE MALBERG, a Constituição é o canal de comunicação do poder aos diversos órgãos do Estado, para o seu exercício. Todo poder tem sua origem na devolução feita pela Constituição. O órgão pressupõe a Constituição e ele não pode ser o autor, o criador da Constituição. Contorna-se a questão quando se pretende configurar toda *Constituição nova* como uma renovação do contrato social. Na sua formu-

(8) GEORGES BURDEAU. Obra citada, pp. 184 e 185.

(9) R. CARRÉ DE MALBERG. *Contribution à la Théorie Générale de l'Etat*. Tomo II, Paris Réimpression du Centre National de la Recherche Scientifique, 1962, pp. 484/486.



lação rousseauiana esse pacto é impraticável, pois reclama na sua formação o consentimento unânime, como escreveu *Rousseau* no Livro II, capítulo II, do *Contrat Social*:

“Il n’y a qu’une seule loi qui, par sa nature, exige un consentement unanime; c’est le pact social.”

A soberania constituinte do povo, que SIEYÈS pregou nas assembléias revolucionárias francesas dos fins do século XVIII, presuppõe a delegação do Poder Constituinte aos representantes do povo e, segundo CARRÉ DE MALBERG (10), essa transferência de poder conduz ao império do regime representativo, incompatível com o ato fundamental de criação da Constituição, pois a representação política decorre da Constituição. Retomando a crítica à concepção jusnaturalística do pacto social, CARRÉ argumenta que, se for verdadeira a idéia de que uma Constituição nova requer uma renovação do *contrato social*, uma razão decisiva exclui qualquer possibilidade de representação do povo neste contrato: é que o povo, no momento de conceber esse pacto, se encontra em *estado inorgânico*, ele não possui representantes e ninguém dispõe da qualidade para representá-lo. A teoria de que o Poder Constituinte reside originariamente no povo repousa, para CARRÉ (11), na presunção errônea de que é possível oferecer uma construção jurídica aos fatos e atos que podem determinar a fundação do Estado e sua primeira organização. A possibilidade dessa construção implica o reconhecimento de que o direito seja anterior ao Estado. Esta crença na anterioridade do direito constitui o ponto central das concepções sobre a organização do Estado, formuladas pelos juristas e filósofos da Escola do Direito Natural, em curso nos séculos XVI, XVII e XVIII. Reconhecendo a existência de preceitos morais superiores às leis positivas, o Professor de Strasbourg não lhes confere a coerção das regras jurídicas, não obstante sua transcendência. E conclui sua cerrada crítica, enunciando a afirmação dogmática do positivismo jurídico: não se pode conceber o direito fora do Estado e, por isso, é inútil investigar o fundamento ou a gênese jurídica do Estado. O Estado, sendo a fonte do direito, não pode ter ao mesmo tempo sua fonte no direito (12). Com base nestas premissas da concepção positivista do Estado e do direito, CARRÉ DE MALBERG vai extrair duas conclusões essenciais:

*Primeira* — A Constituição nova não será confeccionada segundo o processo, o modo constituinte e as formas que foram prescritas na Constituição anterior. Destruída por efeito do golpe de Estado ou da Revolução, nada mais restou da Constituição anterior. Entre a Constituição anti-

(10) CARRÉ DE MALBERG. Obra citada, p. 489.

(11) CARRÉ DE MALBERG. Obra citada, p. 490.

(12) CARRÉ DE MALBERG. Obra citada, pp. 497/498.

ga, da qual se fez tábua rasa, e a Constituição nova, que está sendo criada, não há relação jurídica. O que passa a existir entre ambas é o *interregno constitucional*, uma solução de continuidade, durante o qual o Poder Constituinte da nação se exprimirá através das pessoas ou corporações que empolgaram o poder. A questão do Poder Constituinte se coloca nos mesmos termos da formação originária do Estado: é uma questão de fato e não de direito. Por isso, o Poder Constituinte não é tema jurídico. E sendo fato puro e revolucionário, o positivismo jurídico rejeita o seu exame, pois não há espaço na Ciência do Direito Público para um capítulo consagrado à teoria dos golpes de Estado ou das revoluções e de seus efeitos.

*Segunda* — O jurista deve concentrar-se no estudo de outra forma de Poder Constituinte, que é a da reforma pacífica, regular, jurídica, da Constituição em vigor. A reforma pode ser mais ou menos extensa, tendo por objeto a revisão da Constituição, em determinados pontos, ou a ab-rogação e a substituição de uma Constituição por outra. A mudança constitucional, seja ela *total* ou *parcial*, se fará de acordo com as regras fixadas pela Constituição, de tal modo que a Constituição nova, quando for o caso da *revisão total*, nascerá da antiga, sem solução de continuidade. A Nação, uma vez exercido o Poder Constituinte revolucionário e extrajurídico, poderá mudar de Constituição, observando as regras jurídicas da Constituição anterior. A Constituição francesa de 1791, confiando na perenidade do documento de origem revolucionária, declarava que a Nação tem o direito imprescritível de mudar sua Constituição, mas considerava, ao mesmo tempo, que melhor se conformava ao interesse nacional exercer esse direito com os meios e procedimentos da própria Constituição.

A tentativa de enquadrar o Constituinte da Constituição total nas regras da Constituição anterior se frustrou rapidamente. A sucessão de Constituições e de Constituintes, desde os fins do século XVIII até os nossos dias, demonstra que a criação da Constituição nova não se desgarrou ainda, pelo menos no constitucionalismo ocidental, da prestigiosa idéia do *pacto* ou *contrato social*, que coloca na origem da Constituição nova a manifestação constituinte, e quase sempre turbulenta, da vontade popular.

### 3. *Limitações ao Poder Constituinte originário*

Sendo o Poder Constituinte originário de natureza incondicionada e historicamente rebelde aos condicionamentos jurídicos de Constituição anterior, cumpre verificar se a atuação desse poder se

conduz dentro dessa concepção pura, no domínio da idealidade, ou se ela conhece limitações oponíveis ao exercício de sua competência. Embora as limitações se dirijam normalmente ao Poder Constituinte de revisão, de reforma ou de emenda, o chamado Poder Constituinte derivado, a elas não está imune o Poder Constituinte originário. Essas limitações são geralmente de menor volume material e formal, emanando da mesma fonte que, pelo ato anormal ou revolucionário, desencadeou o processo da Constituinte. Vejamos os precedentes nacionais e estrangeiros, para localizar a natureza e a extensão dessas limitações.

No caso do Brasil, o decreto que instituiu o Governo Provisório, em consequência da deposição do Presidente Washington Luiz pela vitoriosa Revolução de outubro de 1930, já previa, em seu artigo inicial, a eleição de Assembléia Constituinte, para estabelecer a "reorganização constitucional do País". Fez-se a relação causal entre Revolução e Assembléia Constituinte, dentro do figurino francês do século XVIII. Todavia, o Governo Provisório, também originário da Revolução, endereçou três limitações materiais à atividade criadora da Assembléia Constituinte, órgão do Poder Constituinte originário: manutenção da forma republicana federativa, não restrição aos direitos dos Municípios, não restrição das garantias individuais constantes da Constituição de 24 de fevereiro de 1891. É que dispunha o Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, em seu art. 12, *verbis*:

"A nova Constituição federal manterá a forma republicana federativa e não poderá restringir os direitos dos Municípios e dos cidadãos brasileiros e as garantias individuais constantes da Constituição de 24 de fevereiro de 1891."

A Constituição federal de 1934, elaborada pela Constituinte de 1933/34, não só manteve a forma republicana federativa, como ampliou os "direitos dos Municípios", definindo o conteúdo da autonomia municipal, que o texto de 1891 não precisou, reconhecendo a competência tributária do Município, igualmente desconhecida na Constituição de 1891, e inovou as garantias individuais, consagrando instrumentos de defesa inexistentes na Constituição anterior. Sob tal aspecto, o constituinte de 1933/34 não sofreu os efeitos de limitações, eis que se identificou perfeitamente com a matéria das limitações e a elas conferiu tratamento mais desenvolvido que o dado pela Constituição de 1891. Na transição entre o regime autoritário de 1937 e a restauração democrática de 1946, verificou-se o conflito de tendências sobre a natureza e a extensão do Poder Constituinte. Em primeira manifestação, quando o Governo federal se viu pressionado pela opinião pública, buscou-

se contemporizar, para apenas conceber a eleição de um Parlamento dotado de poderes especiais para, no curso de uma Legislatura, promover a reforma da Carta de 1937, que recebeu, desde logo, várias modificações, visando afeioá-la às exigências mínimas do sistema representativo. É a versão da Lei Constitucional nº 9, de 28 de fevereiro de 1945, ainda vinculada à concepção da outorga constitucional pelo Chefe de Governo. Verificada a deposição do Presidente Getúlio Vargas, em 29 de outubro de 1945, em pronunciamento das Forças Armadas, com notório apoio na opinião liberal do País, transmudou-se a concepção do Poder Constituinte, que, de poder de reforma para objetivos limitados, tornou-se *Assembléia Constituinte*, para votar, com *poderes ilimitados*, a Constituição do Brasil, segundo se dispôs na Lei Constitucional nº 13, de 12 de novembro de 1945, editada pelo Governo federal, para definir os poderes constituintes do Parlamento eleito a 2 de dezembro daquele ano. Os poderes *ilimitados* da Assembléia Constituinte, a ser eleita em 2 de dezembro, foram confirmados na Lei Constitucional nº 15, de 26 de novembro de 1945, expedida pelo Governo federal, então sob a Presidência do Ministro José Linhares, Presidente do Supremo Tribunal Federal, mas nesse documento se fez a única limitação material aos poderes *ilimitados* da Assembléia: a legitimidade da eleição do Presidente da República não poderia ser alcançada pela Assembléia Constituinte.

No direito estrangeiro, a Itália e Portugal ilustram casos de limitações ao Poder Constituinte originário. Na Itália, o Decreto Legislativo Luogotenenziale nº 98, de 16 de março de 1946, explicitando o conteúdo do Decreto Legge Luogotenenziale nº 151, de 25 de junho de 1944, estabeleceu que “contemporaneamente à eleição para a Assembléia Constituinte o povo seria chamado a decidir mediante *referendum* sobre a forma institucional do Estado (República ou Monarquia)”. A decisão sobre a forma de governo, observou MORTATI<sup>(13)</sup>, foi subtraída à Constituinte e deferida ao povo. O *referendum* institucional revogou o Statuto Albertino de 1848, no seu fundamento monárquico, antecipando-se e impondo à Constituinte a decisão fundamental da forma de governo republicana, com todas as conseqüências deste ato. O tipo latino da Constituinte, o tipo que descende do contrato social e do radicalismo clássico, assim qualificado por V. E. ORLANDO, ficava atingido por essa limitação, que lhe retirava a competência de dispor sobre a estrutura concreta da forma institucional já escolhida e estabelecida anteriormente<sup>(14)</sup>. Maiores foram as limitações que

(13) COSTANTINO MORTATI. *Istituzioni*, obra citada, vol. I, p. 83.

(14) PIERO CALAMANDREI e ALLESSANDRO LEVI. *Commentario Sistematico alla Costituzione Italiana*. Vol. I, Firenze, Barbera Editore, 1960 p. CXI.

recaíram sobre a Assembléa Constituinte portuguesa de 1975/1976. Limitações explícitas, exteriorizadas em textos escritos, e limitações difusas, que provinham da efervescência revolucionária, sob o comando de militares impregnados pela ação ideológica de correntes políticas. JORGE MIRANDA<sup>(15)</sup>, em sua Dissertação de Doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa, analisa com profundidade essa ação de forças que convergiram para o campo de atividade da Constituinte portuguesa, procurando condicioná-la, exprimindo “circunstâncias particulares, sem paralelo em épocas anteriores”, como “o conflito de projetos de revolução que se verificou no país e que, a dada altura, se centrou em saber quem tinha mais legitimidade, se a Assembléa Constituinte, se o Conselho da Revolução”. Um dos documentos firmados na fase que precedeu a Constituinte, a *Plataforma de Acordo Constitucional*, entre outras normas de limitação do futuro constituinte, chegou a dispor, recorda JORGE MIRANDA, que, uma vez elaborada e aprovada pela Assembléa Constituinte, a nova Constituição deveria ser promulgada pelo Presidente da República, depois de ouvido o Conselho da Revolução, o que poderia traduzir-se numa espécie de homologação da Constituição. Houve em Portugal uma concorrência de poderes constituintes em função de situações criadas pela legislação revolucionária que antecedeu à Constituinte e à Constituição. A Lei nº 3, de 1974, previa uma sucessão de poderes constituintes — poderes constituintes para o período transitório até à eleição da Assembléa Constituinte atribuídos ao Conselho de Estado, que a Lei nº 5/1975, transferiu ao Conselho da Revolução, e poderes constituintes com vistas à Constituição atribuídos à Assembléa Constituinte<sup>(16)</sup>. Decisões constituintes emanadas de órgãos da vontade revolucionária — o Conselho da Revolução ou o Conselho de Estado — foram projetar-se na Constituinte, para, por adesão desta última, converterem-se em normas da Constituição. Em face desses múltiplos condicionamentos, JORGE MIRANDA relata que, em Portugal, passou-se a duvidar sobre a Assembléa Constituinte como órgão soberano<sup>(16)</sup>. As duas *Plataformas de Acordo Constitucional*, celebradas entre o Conselho da Revolução e os Partidos Políticos, diz JORGE MIRANDA<sup>(17)</sup>, converteram a Constituição de 1976 em um *Pacto* das forças dominantes. E os condicionamentos sofridos pela Constituinte portuguesa de 1975/1976 não foram apenas de natureza programática ou ideológica. Os constituintes experimentaram condicionamentos físicos impostos por grupos radicais. “No mais agudo da crise político-militar,

---

(15) JORGE MIRANDA. *A Constituição de 1976*. Lisboa, Livraria Petrony, 1978, pp. 20/22.

(16) JORGE MIRANDA. *A Constituição de 1976*, citada, pp. 89/90.

(17) JORGE MIRANDA. *A Constituição de 1976*, citada, p. 97.

lembra o Professor JORGE MIRANDA<sup>(18)</sup>, em 12 e 13 de novembro de 1975, os Deputados ficaram seqüestrados no Palácio de São Bento por uma manifestação cerca de 24 horas, sem que o Exército interviesse; e, levantado o seqüestro, a maioria seguiu para o Porto, disposta a encabeçar a resistência, se a situação se tornasse insustentável em Lisboa". Os modelos brasileiro, italiano e português contêm limitações de natureza diversa à atividade do Poder Constituinte originário, reduzindo a intensidade dos poderes ilimitados da Constituinte. O caso português demonstra que a permanência do processo revolucionário no tempo tende a condicionar com maior profundidade a atividade constituinte, desencadeando o fluxo da concorrência de poderes constituintes localizados em órgãos distintos. Não tem o caráter de limitação ao Poder Constituinte originário a elaboração prévia de *Anteprojeto de Constituição*, estranha à atividade da Assembléia Constituinte, como simples oferecimento de subsídios, sem caráter vinculatório. A propagação dessa atividade de colaboração merece uma referência destacada, para fixar suas características, e estabelecer uma distinção entre trabalhos preparatórios no constitucionalismo ocidental e no constitucionalismo marxista, neste último com efeito vinculatório desconhecido no primeiro.

#### 4. *Elaboração de documentos prévios*

No Brasil, a Assembléia Geral Constituinte e Legislativa, que o Príncipe Regente convocou em Decreto de 3 de junho de 1822, não contou com o subsídio de Anteprojeto de Constituição. "Ajuntamo-nos sem plano", disse Antônio Carlos<sup>(19)</sup>, falando na Câmara dos Deputados, em 1840. E acrescenta ter sido ele membro da Comissão que a Assembléia encarregou de elaborar um Projeto de Constituição, da qual foi Presidente e depois "redator" da nova Constituição no seio da Assembléia Constituinte, dissolvida pelo Imperador D. Pedro I, em 12 de novembro de 1823. Com a proclamação da República, o Governo Provisório cuidou, desde logo, da formação de uma Comissão Especial, que recebeu a incumbência de elaborar o Anteprojeto de Constituição, a "Comissão dos Cinco", integrada por Américo Brasiliense, Magalhães Castro, Rangel Pestana, Saldanha Marinho e Santos Werneck. O Projeto da Comissão foi revisto pelos Ministros do Governo Provisório, sob a liderança de Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda. Rui reivindicou a primazia, declarando-se o "autor da Constituição

(18) JORGE MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, 2ª edição, revista, Coimbra Editora, 1982, p. 305.

(19) AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Vol. II, Rio, Forense, 1960, p. 68.

republicana” e nos deixou relatado o método de trabalho dessa elaboração:

“Comecei, então, desde logo, a redigir a Constituição; à tarde, os meus colegas de Ministério jantavam comigo, ouviam o que eu havia escrito, concorriam com as suas idéias e emendas, discutíamos, e, depois, íamos ao Itamaraty ler os artigos ao Marechal. Assentaram os colegas em que eu fosse o único a defender e explicar ao Chefe de Governo as disposições do futuro Estatuto”<sup>(20)</sup>.

Com sua letra inconfundível, anotou Rui<sup>(21)</sup> nas *Emendas ao Projeto de Constituição*, documento existente no Arquivo da Casa de Rui Barbosa, que as discussões do Projeto começaram “às 8 horas menos vinte minutos da noite de 10 de junho de 1890” e terminaram “às 8h e 45 da noite do dia 18 de junho, no Palácio do Chefe do Estado, presentes os Ministros”. Pelo Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, o Governo Provisório, “constituído pelo Exército e a Armada, em nome e com o assenso da Nação”, convocou a eleição do Congresso Constituinte, o qual traria “poderes especiais do eleitorado para julgar a Constituição”, que se publicava, na redação do Projeto do Governo Provisório, texto em vigor desde logo, nas suas partes relativas à dualidade das Câmaras do Congresso, à sua composição, eleição e função. O Decreto nº 510, que convocava o Congresso com poderes constituintes, oferecia o Projeto já denominado de *Constituição*, e estabelecia a vigência imediata de partes da Constituição publicada. Posteriormente, o Decreto nº 914-A, de 23 de outubro de 1890, que veio a lume após a eleição do Congresso Constituinte, ocorrida em 15 de setembro, abrandava o comando do Decreto nº 510. Acolhia “algumas alterações” ao texto da *Constituição* publicada, para “atender imediatamente ao sentimento nacional”. Esclarecia que o texto dependia da aprovação do futuro Congresso e omitia a cláusula da vigência parcial imediata, que constou do Decreto nº 510. A influência do Projeto do Governo Provisório foi considerável. PEDRO CALMON<sup>(22)</sup>, no confronto que estabeleceu entre o Projeto do Governo Provisório e o texto definitivo da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, concluiu que “74 artigos do Projeto se incluíram, intactos, ou apenas ligeiramente alterados, nos 90 da Constituição”. Permaneceram idênticos 38 artigos. E são semelhantes, isto é, “incorporados com breve acréscimo, ou modificação”, 36

(20) *Obras Completas de Rui Barbosa*, Vol. XVII — 1890 — Tomo I — *A Constituição de 1891* — Rio de Janeiro — Ministério da Educação, 1946, p. XI.

(21) *Obras Completas de Rui Barbosa* — *Idem, idem*, pp. 219/306.

(22) *Obras Completas de Rui Barbosa*. Vol. XVII — 1890 — citado — Prefácio de Pedro Calmon, pp. XXIV/XXV.

artigos. O desejo generalizado de aprovar rapidamente a nova Constituição deve ter concorrido para esta identificação entre o Projeto do Governo e o texto final da Constituição. Recorda AGENOR DE ROURE<sup>(23)</sup> que os constituintes, para abreviar a discussão, concentraram-se nos “pontos principais do Projeto”, tendo havido não poucos requerimentos de *rolha* para o encerramento do debate.

O Decreto nº 21.402, de 14 de maio de 1932, que convocava a Assembléa Constituinte, para encerrar o período ditatorial do Governo Provisório de 1930, também dispunha sobre a nomeação de Comissão Especial, encarregada de elaborar o *Anteprojeto de Constituição*. É a denominada *Comissão do Itamaraty*, sob a presidência do Sr. Antunes Maciel, Ministro da Justiça, mas que sempre funcionou sob a presidência do Embaixador Afrânio de Melo Franco, Vice-Presidente da Comissão Geral, como se lê em esclarecimento do próprio Ministro Antunes Maciel, que figura na Ata da 1ª sessão da *Subcomissão Constitucional*, realizada em 11 de novembro de 1932, na residência do Embaixador Afrânio de Melo Franco, então Ministro das Relações Exteriores. A Comissão se compunha de 14 membros: Melo Franco, Antônio Carlos, Carlos Maximiliano, Artur Ribeiro, Assis Brasil, João Mangabeira, Agenor de Roure, Antunes Maciel, José Américo, Osvaldo Aranha, Oliveira Viana, Prudente de Moraes Filho, Góis Monteiro e Temístocles Cavalcanti. O *Anteprojeto do Governo*<sup>(24)</sup> foi apresentado na 1ª sessão da Assembléa Nacional Constituinte, em 16 de novembro de 1933, quando também se formou a *Comissão Constitucional da Assembléa*, com os seguintes membros de direção: Carlos Maximiliano, Presidente, Levi Carneiro, Vice-Presidente, Raul Fernandes, Relator Geral. Os vinte e seis membros da Comissão Constitucional prepararam o *Projeto de Constituição da Comissão*, afastando-se da tendência centralizante do *Anteprojeto*<sup>(25)</sup>.

A Carta de 10 de novembro de 1937 não dispôs de elaboração ostensiva, como é da natureza de documentos outorgados, e sua preparação se desenvolveu nos bastidores e nos gabinetes fechados. HÉLIO SILVA<sup>(26)</sup>, o historiador do *Ciclo de Vargas*, reconstituiu os bastidores do Golpe de Estado de 10 de novembro. “Em 24 de outubro de 1937, relata HÉLIO SILVA, Getúlio chamou Dutra ao Palácio. Da conversa que tiveram, ficou deliberado que numa data próxima

(23) AGENOR DE ROURE. *A Constituinte Republicana*. Volume 1, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1920, pp. 12/13.

(24) *Anais da Assembléa Nacional Constituinte*. Volume I, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1934, p. 132.

(25) *Idem*, vol. X — Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, p. 548.

(26) HÉLIO SILVA. *1937 — Todos os Golpes se Parecem*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1970, pp. 456/457.



reunir-se-ia o Conselho de Segurança Nacional, ao qual seria apresentada a nova Constituição. Aceita esta, o Presidente lançaria um manifesto à Nação, seguindo-se o Golpe de Estado." Francisco Campos, o novo Ministro da Justiça, ficara incumbido de preparar a nova Constituição. O texto não era inteiramente novo, diz HÉLIO SILVA, que esclarece: "tinha sido preparado, como um dos substitutivos a serem apresentados à Assembléia Nacional Constituinte, reunida em 1934. Naquela ocasião, não fora possível, sequer, apresentá-lo. Em novembro de 37, Francisco Campos ultimava a redação final que apresentou aos chefes militares, para fazerem as últimas sugestões nos capítulos dedicados às Forças Armadas". O dramático apelo de Armando Salles Oliveira (27), que se encerrava com estas eloqüentes palavras: "A Nação está voltada para os seus chefes militares: suspensa, espera o gesto que mata ou a palavra que salva", não fora ouvido, e o País mergulhou na ditadura do *Estado Novo*. A *Carta* outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas à Nação, em 10 de novembro, obteve a referenda dos Ministros de Estado, exceto o da Agricultura, Odilon Braga, que se exonerou, por discordância com o golpe de Estado.

Ao contrário das Constituições federais de 1891 e 1934, a Constituição de 1946 não foi precedida de Anteprojeto preparado por Comissão Especial designada pelo Governo federal. O trabalho ficou entregue a uma *Comissão Constitucional* de 37 membros, sendo dela Presidente o Senador Nereu Ramos, Vice-Presidente o Deputado Prado Kelly, e Relator Geral o Deputado Cirilo Junior, este último mais tarde substituído pelo Deputado Costa Neto. Tomou-se por referência a Constituição federal de 1934 e dez Subcomissões ficaram incumbidas de preparar projetos parciais sobre os temas distribuídos a cada uma. Com base nesses Projetos parciais, a Comissão Constitucional organizou o Projeto de Constituição, que serviu para as discussões iniciais do plenário da Constituinte, posteriormente seguido do Projeto Revisto, que resultara do exame de 4.092 emendas ao Projeto primitivo (28). O Projeto de Constituição foi submetido ao Professor SÁ NUNES, para o polimento vernáculo.

Quando se cuidou da elaboração de nova Constituição federal, em abril de 1966, para consolidar as emendas e outras disposições que fragmentaram a Constituição de 1946, o Presidente Castello Branco designou uma Comissão formada pelos Srs. Orozimbo Nonato, ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, Levi Carneiro, constituinte de 1933/34, então Vice-Presidente da Comissão Constitucional daquela Assembléia Constituinte, Miguel Seabra Fagun-

---

(27) HÉLIO SILVA, *idem*, p. 462.

(28) JOSÉ DUARTE. *A Constituição Brasileira de 1946*. 1.º volume, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1948, p. 136.

des, ex-Ministro da Justiça, e Temístocles Brandão Cavalcanti, ex-Consultor-Geral da República, que integrou a *Comissão do Itamaraty*, em 1932/33, incumbindo a estes eminentes juristas a elaboração de *Anteprojeto de Constituição*, retomando a iniciativa que prevalecera em 1890 e 1932/33, nos pródromos das Constituições federais de 1891 e 1934. A Comissão de Juristas, desincumbindo-se da missão, entregou o Anteprojeto, em 19 de agosto de 1966. Levi Carneiro, em entrevista ao *O Estado de S. Paulo* <sup>(29)</sup>, não ocultou o seu desencanto em face do abandono a que se relegou o *Anteprojeto*. "Inútil terá sido o esforço, dizia o decepcionado Levi Carneiro, com que alguns cidadãos, incumbidos pelo Governo federal de elaborar um Anteprojeto de Constituição federal, se afainaram, durante quatro meses contínuos, em tão árdua tarefa, ao final de tudo ridiculamente improficua". É que havia prevalecido o Anteprojeto elaborado pelo Sr. Carlos Medeiros Silva, então Ministro da Justiça, encaminhado com mensagem do Presidente da República ao Congresso Nacional, em 12 de dezembro de 1966, para discussão, votação e promulgação <sup>(30)</sup>. O projeto do Governo Federal, submetido à Comissão Mista de 11 Deputados e 11 Senadores, sob a presidência do Deputado Pedro Aleixo, foi, afinal, aprovado e promulgado, aos 24 de janeiro de 1967, dentro da rigorosa tramitação fixada no Ato Institucional n.º 4, de 6 de dezembro de 1966.

A Itália, a França, Portugal e Espanha oferecem soluções contemporâneas que também devem ser analisadas, refletindo experiências típicas na fase da elaboração de novas Constituições naquelas nações.

A convocação da Assembléia Constituinte italiana de 1946/1947 justificou a criação do Ministério para a Constituinte (Ministero per la Costituzione) e a nomeação de Pietro Nenni para o cargo de Ministro para a Constituinte (Ministro per la Costituzione). O Ministério organizou uma *Comissão para Estudos Atinentes à Reorganização do Estado* (Commissione per Studi Attinenti alla Riorganizzazione dello Stato), que recebeu a atribuição de recolher elementos necessários à elaboração da nova Constituição. A Comissão funcionaria como Comissão de Estudo e Comissão de Pesquisa, subdividida internamente em 4 Subcomissões — a cada uma correspondendo os seguintes assuntos: 1) problemas constitucionais; 2) organização do Estado; 3) autonomia local; 4) entes públicos não-territoriais. A finalidade da Comissão seria a de recolher amplo material de informação e de estudo para os membros da Assembléia Constituinte. Abriu-se debate preliminar no seio da Comissão para fixar se as conclusões poderiam também abranger um Projeto de Constituição, além do amplo material de natureza informativa.

(29) *O Estado de S. Paulo*, de 18 de dezembro de 1966.

(30) *Diário do Congresso Nacional*, de 13 de dezembro de 1966, pp. 1.045/1.068.

O Ministro Nenni <sup>(31)</sup> esclareceu prontamente que a finalidade da Comissão nada tinha a ver com a preparação de um esquema de Constituição. A escolha de institutos constitucionais, dizia o Ministro Nenni, pressupõe a adoção de critérios políticos, que não cabe à Comissão, pois essa escolha está reservada exclusivamente à Constituinte. A composição de cada Subcomissão <sup>(32)</sup> refletia a predominância de especialistas em Direito Público, geralmente professores universitários — como Calamandrei, Vezio Crisafulli, Mortati, Giannini, Gueli, Fanfani, dentre outros —, de advogados, magistrados ou membros da Corte de Contas e do Conselho de Estado. A Comissão limitou-se a preparar extensos *relatórios* sobre os temas confiados a cada uma. Na ausência de Anteprojeto de Constituição, a Assembléia Constituinte, como anotou CALAMANDREI <sup>(33)</sup>, deveria começar do nada, situação que se lhe afigurava adequada ao órgão soberano, pois, *in questa materia non poteva ammettere nè ingerenze nè collaborazioni*. A Assembléia Constituinte deliberou confiar a uma Comissão Constitucional integrada por 75 deputados, a chamada *Commissione dei 75*, a elaboração da nova Constituição, sendo os seus membros escolhidos pelo Presidente da Assembléia Constituinte. Durante seis meses a Comissão dos 75 dedicou-se integralmente à preparação do Projeto de Constituição e nesse período a Assembléia Constituinte exerceu ampla atividade de legislador ordinário <sup>(34)</sup>. O *Projeto de Constituição* elaborado pela *Commissione dei 75* foi apresentado à Constituinte em 31 de janeiro de 1947. A comparação entre o projeto e o texto definitivo da Constituição da Itália, de 27 de dezembro de 1947, demonstra a notável influência que o primeiro exerceu no texto da Constituição, a qual reproduziu literalmente a distribuição da matéria constitucional adotada pelo projeto e a maioria de suas disposições.

A elaboração da Constituição de Portugal de 2 de abril de 1976 e da Constituição da Espanha de 27 de dezembro de 1978 se processou sem a apresentação de Anteprojeto, ao contrário do que se fez nos antecedentes brasileiros de 1890, 1933 e 1966, ou de estudos prévios sobre temas constitucionais, conforme a solução italiana de 1946. Em Portugal, recorda JORGE MIRANDA <sup>(35)</sup>, os seis partidos políticos que participaram da Assembléia Constituinte ofereceram os respectivos *Projetos de Constituição*, que refletiram os programas e os compromissos ideológicos do Centro Democrático Social, do Movimento Democrático Português, do Partido Socialista,

(31) *Relazione all'Assemblea Costituente*. Volume I, Ministero per la Costituente, Roma, 1946, p. XIV.

(32) *Relazione all'Assemblea Costituente*, obra citada, pp. XXVII — XXXII.

(33) *Commentario Sistematico*, obra citada, p. CXXV.

(34) *Commentario Sistematico*, *idem*, p. CXXV.

(35) JORGE MIRANDA. *A Constituição de 1946*, obra citada, p. 25.

do Partido Comunista, do Partido Popular e da União Democrática Popular. A Constituinte organizou oito Comissões, para sistematizar os projetos apresentados, e coube à Comissão de Redação preparar o projeto submetido à aprovação final do plenário. O Centro Democrático Social rejeitou o projeto, denunciando nele as impregnações ideológicas que contrariavam a "identidade coletiva de todos os portugueses" (36). As Cortes Constituintes da Espanha, eleitas em junho de 1977, também não contaram com estudos prévios ou Anteprojeto de Constituição. OSCAR ALZAGA (37) lamentou essa circunstância, aduzindo que o Anteprojeto redigido por especialistas abreviaria, pelo menos, a duração dos trabalhos constituintes, pois, na Espanha, o Anteprojeto da Constituinte consumiu seis meses de preparação. Os partidos políticos apresentaram projetos de Constituição à Comissão Constitucional, que se repartiu em *Ponencia Constitucional do Congresso* e *Ponencia Constitucional do Senado*, as duas Câmaras das Cortes Constituintes. Os projetos aprovados separadamente no Congresso e no Senado foram posteriormente encaminhados à *Comissão Mista do Congresso* e do *Senado*, para elaborar o texto final do Projeto de Constituição, o qual foi submetido ao *referendum* do povo espanhol, em 6 de dezembro de 1978, quando 87,8% dos votantes ratificaram na via da manifestação popular o texto constitucional aprovado anteriormente pela Constituinte. A Constituição francesa de 1958 resultou de singular processo de elaboração, que dispensou a atividade de uma Assembleia Constituinte. A Constituição da França é o Projeto Constitucional de Charles de Gaulle, então escolhido Presidente do Conselho de Ministros, no bojo de grave crise política nacional. De Gaulle obteve da Assembleia Nacional e do Conselho da República a aprovação de lei constitucional modificativa do processo de revisão da Constituição de 1946. A Lei Constitucional de 3 de junho de 1958, alterando o processo de revisão, diz o Professor JACQUES CADART (38), "estabeleceu nova forma de Poder Constituinte que permitiu substituir a Constituição de 1946", tecnicamente sujeita à revisão, por outra e nova Constituição. A Lei Constitucional, fixando alguns princípios prévios de organização constitucional, deferiu ao Governo da República a competência de elaborar um Projeto Constitucional. O Projeto de Lei Constitucional do Governo seria submetido a um Comitê Consultivo formado de membros do Parlamento (Assembleia Nacional e Conselho da República). O projeto aprovado pelo Conselho de Ministros, depois de recolhido o parecer do Conselho de Estado, seria submetido ao *referendum* popular e, finalmente, promulgado pelo Presidente da República.

(36) JORGE MIRANDA. *A Constituição de 1946*, *idem*, p. 31.

(37) OSCAR ALZAGA. *La Constitución Española de 1978*. Comentario Sistemático Madrid, Ediciones del Foro, 1978, pp. 49/50.

(38) JACQUES CADART. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. Tomo I. 2ª edição, Paris, LGDJ, 1979, p. 131.

O Parlamento concedeu ao Governo da República autorização para elaborar um Projeto de Lei Constitucional e para isso alterou e simplificou o processo de revisão da Constituição francesa de 1946. Investido dos poderes de elaboração de projeto de lei constitucional, o Governo De Gaulle transformou e dilatou esses poderes, elaborando, com a ajuda de Comissão Consultiva e do Conselho de Estado, um projeto integral de nova Constituição que, submetido ao *referendum* popular, converteu-se na Constituição francesa de 4 de outubro de 1958. Não foi diversa a técnica cesarista que adotou Napoleão Bonaparte, quando recolheu a aprovação do povo francês para o seu projeto que também se tornou, com a sagração popular na Constituição do Ano VIII (13 de dezembro de 1799).

##### 5. *Elaboração constitucional na área de Constituições marxistas*

Ao contrário das democracias ocidentais em que a elaboração de documentos prévios, a nível de Anteprojeto ou de estudos prévios, não dispõe de caráter vinculador para a atividade soberana do Poder Constituinte originário, nas chamadas *democracias marxistas* a confecção prévia de textos dessa natureza vincula o constituinte às normas neles lançadas, pois elas receberam anteriormente a aprovação consagradora do Partido oficial — o Partido Comunista ou que outro nome tenha — que impulsiona, dirige controla e monopoliza os órgãos do Estado. A Assembléia, o Congresso ou o “Soviete Supremo”, que vota e aprova a nova Constituição, não requer sua transformação em Assembléia Constituinte, para operar aquela criação. Vencida a fase da primeira Constituição, assinalada pela ruptura revolucionária do poder, que desencadeou no universo comunista a aparição transformadora da Assembléia Constituinte Revolucionária, as demais Constituições são elaboradas e votadas dentro do procedimento normal da revisão constitucional. As Assembléias e os Congressos das *monocracias populares* detêm o Poder Constituinte permanente, sem a necessidade de sua instalação aparatosa e espetacular, tão ao gosto da constituinte de filiação latina, radical e extremada, a que se referiu V. E. ORLANDO, em passagem citada nesta exposição. Dir-se-ia que as Constituições marxistas, superando a solução revolucionária da Constituinte originária, realizam presentemente a solução que CARRÉ DE MALBERG concebeu da revisão pacífica e regular, seja ela revisão parcial, através de emendas, ou revisão total, por substituição integral da Constituição anterior, cujo processo de reforma se observou nessa criação da nova Constituição. Analisando o processo da revisão total da Constituição, adotado contemporaneamente nos Estados socialistas e marxistas, os professores PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA<sup>(39)</sup>, da Universidade de Milão, e STEFAN

(39) PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA e STEFAN ROZMARYN. *La Constitution comme Loi Fondamentale dans les États de l'Europe Occidentale et dans les États Socialistes*. Paris, LGDJ, 1966, pp. 90-92.

ROZMARYN, da Universidade de Varsóvia, assim descrevem as fases desse processo constitucional:

1) A iniciativa de nova Constituição e sua concepção essencial pertencem ao Partido Comunista, força dirigente da sociedade.

2) A elaboração de *Anteprojeto* da nova Constituição é geralmente confiada a um organismo especial — *Comissão Constitucional* —, instituída ou eleita pelo Parlamento, podendo essa designação também provir isoladamente do Partido Comunista.

3) Abre-se, em seguida, a etapa da discussão ampla, visando levar o Anteprojeto ao conhecimento do povo. Trata-se de sondagem não formal da opinião pública.

4) Os resultados dessa discussão popular são classificados, analisados sob os aspectos político e jurídico, e depois selecionados. Este trabalho constitui geralmente tarefa da Comissão incumbida de elaborar o Projeto de Constituição.

5) Após a análise dos resultados, classificação e seleção, prepara-se o *Projeto definitivo*.

6) O *Projeto definitivo* é submetido ao exame da Assembléia, do Congresso ou do Soviete Supremo, que decidirá na forma de normas regimentais ou de leis especiais.

7) O Parlamento vota a Constituição, observando as regras fixadas pela Constituição anterior.

É desta forma, dizem os Professores BISCARETTI e ROZMARYN <sup>(40)</sup>, respeitando rigorosamente as regras previstas para a *revisão constitucional*, que uma nova Constituição pode ser adotada.

As recentes Constituições da União Soviética, de 7 de outubro de 1977, e da República Popular da China, de 4 de dezembro de 1982, reproduziram na sua elaboração as etapas desse procedimento de revisão *total*, disciplinado por normas e órgãos constitucionais anteriores ao seu advento.

O processo de elaboração da Constituição Soviética de 1977 teve início em março de 1962, quando Khrouchtchev, então Primeiro-Secretário do Comitê Central do Partido Comunista e Presidente do Conselho de Ministros, apresentou ao Soviete Supremo

(40) PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA — STEFAN ROZMARYN, obra citada, p. 92.

relatório sobre a elaboração de Projeto de nova Constituição para a União Soviética. Na reconstituição procedida em trabalho do Professor MICHEL LESAGE <sup>(1)</sup> editado pela prestigiosa publicação do Governo Francês — *La Documentation Française* —, seguiu-se a designação de *Comissão Constitucional* de 96 membros, presidida por Khrouchtchev, para preparar o Projeto. A queda do Presidente do Conselho de Ministros, em 1964, retarda a preparação do documento constitucional, que é retomada em 1966. A Comissão é recomposta, abrangendo 33 membros, incluindo novos componentes em substituição aos membros do *Soviete Supremo*, que não se elegeram ou que deixaram a Comissão. Nova alteração sofre a Comissão Constitucional, em 1977, que é ampliada na sua composição, passando a 75 membros. Abre-se a discussão em nível popular do Projeto que a Comissão preparou, para recolher as manifestações que o Partido Comunista coordena e dirige. Os resultados dessa discussão são apresentados ao *Soviete Supremo* e no Relatório a respeito existe a indicação de que a Comissão Constitucional aceitou 150 emendas e redigiu artigo novo. São consideradas inaceitáveis as emendas que se afastam das concepções políticas do Partido ou que contenham matéria de natureza legislativa e regulamentar. Adotado pela Comissão Constitucional, o Projeto emendado foi submetido ao *Soviete Supremo*. Ampliou-se nesta fase a composição da Comissão Constitucional, que recebeu a designação de “Comissão de Redação para a preparação do texto definitivo da Constituição”, constituída de 162 membros do *Soviete Supremo*. São designadas quatro sessões, em cada Câmara do *Soviete Supremo*, para a discussão do Projeto de Constituição, que se encerra com a aprovação do texto definitivo da Constituição da URSS, ora em vigor.

No caso da Constituição da República Popular da China, de 1982, o procedimento adotado foi substancialmente idêntico. Relata TSIEN TCHE-HAO <sup>(2)</sup>, pesquisador do Centro Nacional de Pesquisa Científica da França, em trabalho também publicado em reputada coleção do Secretariado Geral do Governo Francês — *Notes et Études Documentaires* —, que a terceira sessão plenária da 5ª Assembléia Popular Nacional designou, em 10 de setembro de 1980, uma Comissão encarregada da revisão da Constituição. O Projeto elaborado pela referida Comissão, publicado em abril de 1982, foi submetido a uma larga discussão popular. Cumprida essa fase, o Projeto recebeu ligeiras modificações, para ser apro-

---

(1) MICHEL LESAGE. *La Constitution de l'URSS 7 octobre 1977* — *La Documentation Française* — n.os 4.493 — 4.494 — 12 décembre 1978, pp. 8/13.

(2) TSIEN TCHE-HAO. *La Chine — Constitution de 1982 et Institutions* — *Notes et Études Documentaires* — n.os 4.741 — 4.742 — 22 novembre 1982, pp. 7/8.

vado na 5ª sessão da Assembléia Popular Nacional, em 4 de dezembro de 1982, tornando-se a 4ª Constituição da República Popular da China.

O procedimento de elaboração constitucional adotado na União Soviética e na China Popular, que é representativo do procedimento da área marxista na fase de consolidação das instituições, em período já distante da tomada do poder e da ruptura revolucionária da ordem social e política anterior, consagrou a técnica da revisão total, quando se impuser a adoção de nova Constituição. E quem faz essa *revisão total* é o órgão legislativo ordinário, detentor de competência constituinte permanente, sem a necessidade de desencadear a convocação espetacular de uma Assembléia Nacional Constituinte.

## 6. *Função da Assembléia Constituinte*

O funcionamento de Assembléia Constituinte, à luz de seu modelo clássico, reclama a solução de problema prévio, para saber se a Assembléia Constituinte exercerá exclusivamente a função de elaborar a nova Constituição, que justificou o seu aparecimento, concentrando-se, assim, no exercício da função constituinte, deixando a função legislativa ordinária para o Poder Executivo, ou se deverá a Assembléia Constituinte desincumbir-se de dupla função, a função constituinte e a função legislativa ordinária. Paralelamente, outra questão se acrescenta a esta primeira, que é a relativa à especialização da Constituinte, não apenas quanto à sua matéria, mas também como órgão: o mandato dos membros da Constituinte deve ser extinto com o encerramento de sua função, ou os membros da Constituinte permanecerão, investindo-se em seguida à elaboração da Constituição na função legislativa ordinária? A concepção revolucionária francesa preferiu a primeira solução, de modo que os membros da Constituinte dispusessem de mandato limitado à duração da Assembléia Constituinte. Na França, as Constituições oriundas da Revolução de 1789 consagravam a especialização da função constituinte, inclusive para o Poder Constituinte de revisão ou de reforma. Com efeito, dispunha a Constituição Francesa, de 3 de setembro de 1791, que os 249 membros eleitos para comporem a *Assembléia de Revisão* teriam os mandatos extintos com o encerramento da atividade de revisão (Título VII, artigo 8). A Constituição de 22 de agosto de 1795 (Ano III), além de consagrar a regra da dissolução da Assembléia de Revisão (art. 346), chegou ao extremo de designar lugar distante da sede do Corpo Legislativo para reunião da Assembléia de Revisão (art. 340). De nada valeram às Constituições da Revolução francesa as minuciosas regras da revisão de cada uma delas. Sucumbiram rapidamente



na sucessão da voragem revolucionária, que os complexos mecanismos constitucionais da época não puderam conter.

É oportuno, todavia, recordar os precedentes brasileiros e do direito comparado, a respeito do funcionamento da Constituinte, nesta hora em que se anuncia a convocação de Assembléia Nacional Constituinte, para elaborar a nova Constituição da República.

No alvorecer do Brasil Imperial, o Príncipe Regente, em decreto de 3 de junho de 1822, convocou uma Assembléia Geral Constituinte e Legislativa, prefigurando a dupla atividade a ser exercida pelo órgão constituinte. A Assembléia Constituinte de 1823 exerceu atividade legislativa cumulada com a atividade constituinte, preparando legislação significativa, como a lei de 20 de outubro de 1823, que deu nova forma aos Governos das Províncias. A dissolução monárquica de 12 de novembro de 1823 interrompeu e frustrou a atividade da Constituinte de 1823, que, se elaborou algumas leis, não pôde concluir a tarefa constituinte de aprovação da Constituição. A Assembléia Constituinte de 1890/1891 não ultrapassou a função constituinte, para a qual fora convocada, embora assim pudesse proceder, pois o Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, dizia ser a Constituição "o primeiro objeto de suas deliberações", deixando-lhe, assim, a possibilidade de fixar outros objetos de deliberação. Com a Constituição federal de 1891, inaugurou-se a solução de transformar o Constituinte em legislador ordinário, contemplando que, terminada a missão constituinte, o Congresso, separando-se em Câmara e Senado, encetará o exercício de suas funções (*Constituição federal de 1891 — Disposições Transitórias*, art. 1º, § 4º). A Assembléia Constituinte de 1933/34 não exerceu função legislativa e o mandato de seus membros, uma vez encerrada a atividade da Constituinte, prolongou-se no Poder Legislativo ordinário, com a circunstância de que, não tendo havido eleições para o Senado Federal, quando se elegeu a Assembléia Nacional Constituinte, a transformação desta última em Câmara dos Deputados absorveu na Câmara, transitoriamente, as funções do Senado Federal, até que as Assembléias Constituintes estaduais egresses os representantes dos Estados no Senado Federal (*Constituição federal de 1934 — Disposições Transitórias*, arts. 2º e 3º). Convocando a Assembléia Constituinte de 1946, a Lei Constitucional nº 13, de 12 de novembro de 1945, previu a eleição de Deputados e de Senadores (art. 1º), que se reuniram em Assembléia Constituinte, e dispôs que, promulgada a Constituição, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal passariam a funcionar como Poder Legislativo ordinário (art. 2º). Posteriormente, a Lei Constitucional nº 15, de 26 de novembro de 1945, tornou explícito que, enquanto não promulgada a Constituição, o Presidente da República exerceria todos os poderes da Legisla-

tura ordinária (art. 2º). As Assembléias Constituintes brasileiras, com exceção da Constituinte imperial de 1823, no breve período de seu funcionamento, não exerceram função legislativa, para se concentrarem na função constituinte de elaborar a nova Constituição, deixando ao Poder Executivo as tarefas excepcionais de legislador ordinário, sem prejuízo de suas atividades administrativas normais. A outra constante que se extrai do comportamento adotado no período republicano é a da transformação da Assembléia Constituinte em Poder Legislativo ordinário, comunicando aos seus membros mandato da mesma natureza, sem a necessidade de eleições destacadas para a Constituinte, primeiro, e o Poder Legislativo ordinário depois. Não se pode conferir a qualificação de Assembléia Constituinte ao Congresso Nacional que se reuniu, extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 até 24 de janeiro de 1967, para deliberar e promulgar o Projeto de Constituição de iniciativa do Presidente da República, que se converteu na Constituição federal de 1967. Naquela ocasião, obediente ao processo de elaboração constitucional fixado previamente, o Congresso Nacional promoveu a revisão total da Constituição federal de 1946, aprovando nova Constituição.

A preordenação jurídica da Assembléia Constituinte italiana de 1946/1947 estabeleceu solução mista e intermediária, de modo a não excluir da Constituinte o eventual exercício de atividade legislativa. O Decreto Legislativo *Luogotenenziale* nº 98, de 16 de março de 1946, dispondo que o Poder Legislativo ficava delegado ao Governo, durante o período da Constituinte, ressalvou dessa delegação as leis eleitorais e de aprovação dos tratados internacionais, que seriam objeto de deliberação pela Assembléia Constituinte (art. 3º). Ampliando o volume da matéria extraconstituinte, o mencionado decreto legislativo previu que o "Governo poderia submeter ao exame da Assembléia qualquer outro assunto em que considere oportuna a deliberação da Assembléia". A regra fundamental do regime parlamentar também se inseriu no decreto legislativo, para determinar que "o Governo é responsável perante a Assembléia Constituinte" (art. 3º). Com a vigência da Constituição da Itália de 1947, dissolveu-se a Assembléia Constituinte, conforme comando do Decreto Legislativo nº 98 (art. 4º), e novas eleições se processaram, em 1948, para a composição do Parlamento. Os membros da Constituinte tiveram seu mandato limitado à duração da Assembléia Constituinte.

Em Portugal, a Lei Constitucional nº 3, de 14 de maio de 1974 (43), que contém normas constitucionais e a organização provisória do Poder Político, determinou a dissolução automática da Assembléia Constituinte, uma vez aprovada a Constituição, e orde-

(43) JORGE MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I, citad., p. 294.

nou a eleição da Assembléa Nacional, para o exercício das funções legislativas ordinárias, circunscrevendo, como na Itália, o mandato constituinte ao período da Assembléa Constituinte.

A Constituição espanhola de 1978, em disposição transitória, afastou-se das soluções italiana e portuguesa, para dispor que “as Câmaras que aprovaram a Constituição assumirão, após sua vigência, as funções e competências atribuídas ao Congresso e ao Senado, com a ressalva de que o mandato não ultrapassaria a 15 de junho de 1981” (Disposición Transitoria Octava — 1).

## 7. *Convocação da Assembléa Nacional Constituinte*

Estamos nos aproximando da Assembléa Nacional Constituinte. O povo será chamado a elegê-la e a configurá-la. A História demonstra que a Assembléa Constituinte é sempre um marco na vida de uma Nação. Na verdade, apesar das limitações de natureza jurídica, sociológica, religiosa, ética e política, que também condicionam o clima constituinte, o poder da Assembléa Constituinte é extraordinário, pois lhe cabe edificar o ordenamento jurídico-político fundamental do Estado. Pertencem à Assembléa Constituinte as grandes decisões sobre a forma de governo e de Estado, a organização e a competência dos poderes estatais, a fixação dos direitos e garantias individuais, a formulação de novas instituições ou o aprimoramento das instituições que a precederam. Sendo o poder inicial, a Constituinte se coloca acima dos demais Poderes e órgãos do Estado, e o dinamismo do processo constituinte poderá assumir as projeções da *Convenção*, a *Assembléa sem freios*, que passa a comandar o Estado e a Sociedade, a exemplo do famoso precedente da Convenção francesa de 1792/93, que a História constitucional registra. A próxima Assembléa Constituinte possuirá uma característica que a singulariza na galeria das Constituintes brasileiras. Não é a Revolução a sua deflagradora, afastando-se, desde logo, do modelo latino da Constituinte revolucionária. A convocação da Constituinte não veio de Governo Provisório ou de Junta de Governo constituídos no coroamento de revolução vitoriosa pelas armas ou pela insurreição. A convocação processou-se na via pacífica de órgãos estatais consolidados e estáveis, como o Presidente da República, no exercício de iniciativa deferida pela própria Constituição vigente, e o Congresso Nacional, que se elegeu em decorrência de atos eleitorais previstos na Constituição e na legislação ordinária anterior à Constituinte. Na Mensagem que encaminhou ao Congresso Nacional, justificando a convocação da Assembléa Nacional Constituinte, para se instalar no início de 1987, o Presidente da República registrou a singularidade dessa iniciativa “pelo fato de estar em plena vigência uma ordem jurídica e suas instituições políticas e civis, cujo império se estenderá até o momento em que for promulgada a nova Constitui-

ção" (44). Sob o ângulo da racionalidade jurídico-política, não se pode negar a solução encontrada. Inexistindo o fato revolucionário, que faria a Constituinte decorrer de decreto ou de ato de Governo Provisório, de Junta Governamental ou de decisão do titular do poder revolucionário, preferiu-se adotar a forma da Emenda à Constituição, que é ato normativo superior à decisão fática, para deflagrar o processo de convocação da Assembléia Constituinte. A Emenda Constitucional, no caso, é o produto de vontade complexa, de um lado o Presidente da República, que teve a iniciativa de propô-la, e, de outro, o Congresso Nacional, que discutiu e votou a Emenda, introduzindo substanciais alterações na proposta originária da Presidência da República. As correntes políticas tiveram oportunidade de influir nesse processo convocatório, fazendo desaguar no Congresso Nacional as aspirações e as tendências da opinião pública. Treze emendas foram apresentadas à Comissão Mista do Congresso Nacional, incumbida de examinar a proposta presidencial que convocou a Assembléia Nacional Constituinte (45). Quatro substitutivos alteraram substancialmente a Proposta presidencial, e nove emendas introduziram modificações na Proposta encaminhada ao Congresso Nacional. Alguns dos substitutivos pretendiam instaurar a Constituinte exclusiva, com a finalidade única de elaborar e votar o texto da nova Constituição (Emendas n.os 2, 3, 4 e 11). Outras emendas preconizaram, de forma explícita, a adoção de candidaturas extrapartidárias (Emendas n.os 3 e 7). Houve emendas estabelecendo a consulta popular, para decidir sobre a duração do mandato do Presidente da República, a organização do Poder Legislativo, o regime parlamentar ou o regime presidencial (Emenda nº 1); o *referendum* da Constituição (Emenda nº 3); o plebiscito sobre as questões que obtivessem o voto favorável de um terço dos membros da Assembléia Constituinte, pelo menos (Emenda nº 8). e a aprovação ou a rejeição do regime parlamentar de Governo (Emenda nº 9).

O Relator da Comissão Mista — Deputado Flávio Bierrenbach — apresentou desenvolvido substitutivo (46) à Proposta de Emenda nº 43, de 1985, originária da iniciativa do Presidente da República, que convocava a Assembléia Nacional Constituinte. O texto previa consulta plebiscitária (art. 1º), para esclarecer a natureza do Poder Constituinte, seu caráter exclusivo ou não (arts. 2º e 3º); dispunha sobre o *referendum* popular, para disposições rejeitadas pela Assembléia Constituinte (art. 6º, parágrafo único); o foro criminal para julgamento dos Constituintes (art. 8º, § 3º); os casos de inelegibilidades à Assembléia Nacional Constituinte (art.

(44) O Estado de S. Paulo, de 29 de junho de 1985.

(45) Diário do Congresso Nacional, de 22 de agosto de 1985, fls. 1.475/1.486.

(46) Gazeta Mercantil, de 17 de outubro de 1985, p. 6.

9º); o funcionamento de Comissão Representativa, para exercer as atribuições ordinárias do Congresso Nacional (art. 10); revogava os arts. 154, 155, 158, 159 e 181 da vigente Constituição, que disciplinam o abuso do direito individual e político, as medidas de emergência, o estado de emergência, o Conselho Constitucional e a exclusão de apreciação judiciária para os atos do Comando Supremo da Revolução, respectivamente (art. 11); revogava a atribuição do Procurador-Geral da República, para suspender o exercício do mandato parlamentar, até decisão final do Supremo Tribunal Federal, nos casos de crimes contra a segurança nacional, conforme autorizado nos arts. 32, § 5º e 119, I, letra j, da Constituição emendada de 1969, que sofreu recente modificação pela Emenda Constitucional nº 25, de 15 de maio de 1985, apenas para declarar que, no caso do § 5º do art. 32, “a perda ou suspensão será automática e declarada pela respectiva Câmara”, sem, todavia, eliminar, expressamente, a controvertida competência do Procurador-Geral da República, como pretendia o Substitutivo do Deputado Flávio Bierrenbach (art. 12); alterava a redação dos arts. 81 e 156 da Constituição (arts. 13 e 14); deferia às Câmaras Municipais a promoção de reuniões semanais para recebimento de sugestões dirigidas à Assembléia Nacional Constituinte (art. 15, §§ 1º e 2º); concedia anistia ampla, geral e irrestrita, nas condições que o substitutivo amplamente regulava (art. 16, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º); mandava aplicar à eleição para a Assembléia Nacional Constituinte e às consultas plebiscitárias as normas da legislação eleitoral em vigor e as instruções do Tribunal Superior Eleitoral (art. 17); e determinava a dissolução da Assembléia Nacional Constituinte, salvo se o texto constitucional dispusesse de forma contrária (art. 18).

Rejeitado o substitutivo do Deputado Flávio Bierrenbach, a Comissão Mista aprovou o substitutivo (47) do novo Relator, Deputado Walmor Giavarina, nele introduzindo breve alteração, para suprimir a ressalva do exercício das atribuições constitucionais dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que o substitutivo originariamente preservava (art. 1º). O novo substitutivo era mais condensado e a matéria nele se distribuía por cinco artigos (48). O substitutivo qualificou de livre e soberana a Assembléia Nacional Constituinte, como é da natureza deste órgão supremo do Poder, e fixou a data de 1º de fevereiro de 1987, para sua reunião unicameral, na sede do Congresso Nacional (art. 1º). Manteve o Presidente do Supremo Tribunal Federal na direção da sessão de instalação da Assembléia Constituinte (art. 2º). Dispôs que a Constituição será promulgada, depois de aprovado o seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos

(47) *Diário do Congresso Nacional*, de 19 de outubro de 1985, pp. 1.970/71.

(48) *O Estado de S. Paulo*, de 23 de novembro de 1985, p. 5.

membros da Assembléia Constituinte (art. 3º), acolhendo, nesta passagem, uma limitação relevante ao processo deliberativo da futura Assembléia, que, sendo livre e soberana, poderá rever a matéria, para dispor diversamente sobre a tramitação e o *quorum* de aprovação. Omitiu-se no substitutivo, e essa omissão perdura na Emenda Constitucional nº 26, a referência ao órgão de promulgação, que deverá coincidir com a Mesa da Assembléia Constituinte, como se consagrou nos antecedentes constitucionais brasileiros da promulgação democrática da Constituição. O substitutivo concedeu "anistia a todos os servidores públicos civis da Administração Direta e Indireta e militares, punidos por ato de exceção, institucionais ou complementares", regulando amplamente o alcance e os efeitos da anistia (art. 4º, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º). O substitutivo do Deputado Walmor Giavarina deu nova redação à alínea c, § 1º, do art. 151 da Constituição federal emendada, para disciplinar os casos e os prazos da inelegibilidade dos titulares efetivo ou interino de cargo ou função (art. 5º). Aprovado o substitutivo da Comissão Mista, por dois terços dos votos dos membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional, em dois turnos de votações, apuradas em sessão conjunta, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgaram a Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985 (49), que convoca a Assembléia Nacional Constituinte, e dá outras providências.

## 8. *Constituição e modelos constitucionais*

A Constituinte se reunirá quando a Nação se avizinha do centenário de sua experiência constitucional republicana. Trata-se de experiência diversificada e durante a qual a estrutura constitucional brasileira também refletiu influências que conformaram as nossas instituições. No início, a influência norte-americana, modelando o presidencialismo, o federalismo, o estadualismo e o judiciarismo da Constituição republicana de 1891. A queda da Primeira República, em 1930, conduziu a uma mudança do roteiro constitucional, para alimentar as instituições constitucionais nas fontes renovadoras do constitucionalismo europeu do primeiro pós-guerra, e dessa alteração de curso emergiu a Constituição de 1934, que não escapou ao contágio do corporativismo, na forma da representação das profissões na Câmara dos Deputados. Em data mais próxima, a Constituinte de 1946, que exprimiu o amadurecimento da experiência constitucional brasileira, incorporou à Constituição de 1946, dentro das linhas fundamentais da organização republicana, federal e presidencial, a preocupação com a defesa do regime democrático fundado na pluralidade dos Partidos Políticos e na garantia dos direitos fundamentais. A experiência das Constituintes republicanas de

(49) *Diário Oficial da União* (Seção I) — Ato do Congresso Nacional, de 28 de novembro de 1985, p. 17.422.

1890/1891, 1933/1934 e 1946 certamente repercutirá nos trabalhos e na atuação da próxima Constituinte. Ao lado dessa influência interna, que trará o concurso da criação constitucional brasileira, a Constituinte receberá presumíveis influências externas de outros modelos constitucionais. Essas influências exógenas ficarão na dependência da composição político-partidária da próxima Constituinte. Não se incorrerá em agravo à soberania da Constituinte admitir-se que essas influências externas virão, sobretudo, do constitucionalismo europeu, através da Lei Fundamental da Alemanha de 1949 e das Constituições da Itália de 1947, da França de 1958, de Portugal de 1976 e da Espanha de 1978. Cada uma delas contém formulações adequadas à Constituição moderna, no tocante aos temas da organização federal, da organização de Governo, dos direitos fundamentais, da organização econômica e social.

### 9. *Constituição e estabilidade*

A futura Constituição conseguirá ultrapassar a instabilidade que tem caracterizado o funcionamento e a duração das Constituições brasileiras? A estabilidade é o que aspiram as Constituições. O exame do quadro mundial das Constituições demonstra que esse ideal é privilégio de poucas Nações. Dentre elas, a Inglaterra, que não dispõe de documento constitucional unificado, mas oferece o exemplo singular da Constituição dispersa e fragmentária. Os ingleses, disse E. BOUTMY<sup>(50)</sup>, "deixaram os fragmentos de sua Constituição no sítio em que a onda da história os havia depositado; evitaram aproximá-los, classificá-los, completá-los, fazer deles um todo consistente e apreensível". Outro caso de Constituição duradoura e estável é a norte-americana, que se aproxima do bi-centenário, em 1987, exibindo vinte e sete emendas nesse longo período, sendo dez dessas emendas votadas no início da vigência da Constituição norte-americana, em 1791, para consagrar os direitos individuais. A matéria esparsa da chamada Constituição da Inglaterra e as matérias da sintética Constituição norte-americana tratam, predominantemente, de temas localizados nas áreas da organização dos poderes, da declaração e garantia de direitos individuais e da competência de órgãos do Estado. É claro que essa limitação da matéria constitucional ao conteúdo clássico da Constituição não explica, isoladamente, a duração e a estabilidade das instituições inglesas e norte-americanas, mas contém aspecto que deve ser objeto de reflexão pelos que vierem a receber do povo o mandato de elaborar a nova Constituição brasileira. Não se podendo recusar os acréscimos da matéria constitucional, que decorrem das novas exigências do Estado e da Sociedade, é conveniente evitar que esse alongamento converta a Constituição em texto regulamentar e minucioso, com sacri-

(50) E. BOUTMY. *Estudos de Direito Constitucional*. Tradução de Lucio Mendonça. 2ª edição, p. 4.

fício da atividade legislativa de complementação das normas constitucionais. A legislação ordinária é por sua natureza flexível e mutável, enquanto as normas constitucionais estão submetidas a um processo de mudança mais complexo. A Constituição é feita para durar e permanecer. A freqüente mudança de Constituição, já observou KARL LOEWENSTEIN<sup>(51)</sup>, é responsável pela erosão da consciência constitucional e pelo estado de indiferença popular em relação à Constituição. Para sedimentar no povo a noção de Constituição é indispensável explicar ao povo qual é o objeto, o fim e o conteúdo da Constituição. Essa obra pedagógica de esclarecimento é necessária para conquistar o apoio popular à Constituição e impedir a difusão da ilusão constitucional, pois a Constituição, como lembra o realismo pragmático de KARL LOEWENSTEIN<sup>(52)</sup>, "não dá comida, nem casa, nem educação ou lazer". E a ilusão constitucional, fundada na concepção providencialista de que a Constituição tudo pode, abrirá o caminho da instabilidade e solapará o prestígio do documento jurídico fundamental do Estado. E esse caminho da instabilidade, gerado na insatisfação popular, não será bloqueado pela cláusula jurídica da inviolabilidade da Constituição, concebida pela Constituição do México de 1917, para deter a rebelião inconstitucional. Ao lado das normas jurídicas e políticas, que estruturam e preservam o funcionamento da Constituição, impõe-se difundir e pregar a lealdade à Constituição e às instituições que ela consagrou. O difundido conhecimento e a prática leal da Constituição poderão contribuir para que o nosso País venha finalmente alcançar a indispensável estabilidade social e política do Governo Democrático.

#### 10. *Singularidade do processo constituinte brasileiro*

O quadro que vivemos é singular: as instituições da Constituição que vai ser substituída, comandando o processo convocatório da Constituição nova. Como conviverão a futura Assembléia Nacional Constituinte e os órgãos que têm sua competência fixada na Constituição federal que será rompida e destruída pela Constituinte? Por entre as brumas da hora presente, transparece uma certeza inquestionável: o povo decidirá o destino da República e da Nação, elegendo a Assembléia Nacional Constituinte. A Constituição futura será o reflexo e o instrumento da vontade popular. Povo, Constituinte e Constituição jogam o seu destino, suas esperanças, suas concepções e seus ideais na eleição da Assembléia Nacional Constituinte. A Constituinte é um desafio lançado a todos nós. Esperamos que ela se transforme no estuário pacífico e fecundo, permitindo a construção de instituições estáveis, a serviço do desenvolvimento da Nação brasileira e do bem-estar de nosso povo.

(51) KARL LOEWENSTEIN. *Political Power and the Government Process*. The University of Chicago Press. 2ª edição, 1962, p. 158.

(52) KARL LOEWENSTEIN, obra citada, p. 160.



# Poder Constituinte e ordem jurídico-econômica

WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA

Professor Titular da Faculdade de Direito  
da UFMG

1. Poucos temas conseguirão apresentar-se tão sedutores e desafiantes ao jurista e ao cientista social interessados na tarefa de institucionalizar a vida de uma nação, como o de incorporar ao texto constitucional a realidade econômica e social de nossa época, marcada pela sua dinâmica, suas permanentes mutações e, sobretudo, pelo amplo espectro de suas "valorações". Estas, se de um lado apresentam-se profundamente distantes do tradicional, de outro, insistem em conservar princípios sacralizados como permanentes.

Não se trata apenas de discutir a técnica de sua inclusão no discurso constitucional que, para tanto, deverá assumir nova sintaxe, novos contornos semânticos, novo conteúdo comunicativo e adotar nova estrutura. Também não se limita a ampliar ou a reduzir o elenco de temas, optando entre os modelos teóricos das Constituições mais simples ou mais complexas, rígidas ou flexíveis, formais ou materiais. Todos estes são aportes que a teoria vem oferecendo no decorrer da história do constitucionalismo, porém já não conseguem atender satisfatoriamente às atuais exigências da realidade social. É que insistimos em tratar os fatos novos pelos velhos e cômodos moldes estereotipados das Cartas liberais, mesmo quando procuramos adaptá-las às transformações decorrentes das guerras, das descobertas científicas, dos avanços tecnológicos ou da modificação dos costumes. Resiste-se a abandonar os velhos valores culturais e a substituí-los por outros, muitas vezes gerados no ventre da violência das lutas ideológicas ou da selvageria das relações humanas, das técnicas armamentistas, dos ódios raciais, do imperialismo econômico, da penetração dos meios de comunicação. Não menos angustiante se afigura o problema para as Constituições instituidoras de regimes políticos não liberais, que devam libertar-se dos estereótipos por estes adotados, porque a essência da questão não está apenas em relacionar assuntos, porém em situá-los num sistema orgânico que lhes garanta solução.

2. Em verdade, nota-se que as Constituições assumiram, durante longo período, a posição mais ou menos decorativa de "cartas de princípios" dadas como referências indicativas da ordem jurídica, praticamente desconhecidas do seu próprio povo e ocupando menor atenção e respeito efetivo no cotidiano judiciário. Talvez tenha sido este

um efeito do enraizamento privatista da formação dos profissionais do direito, pois o fato é que só modernamente elas assumem o seu devido lugar e prestígio em face da importância crescente dos problemas sociais, envolvendo os próprios interesses individuais. Especialmente nos países de culturas de imitação e importadas, onde sempre chegam com grande atraso as conquistas do conhecimento, acontece tomar-se para referência de decisão o texto de um Código vazado em princípios constitucionais ultrapassados e ignorar-se o dispositivo constitucional vigente. Quanto ao cidadão em geral, sujeito de direitos e deveres, certamente pelo próprio desvio destas informações, longe lhe passam os direitos e as garantias fundamentais de caráter econômico e social que a Constituição lhe assegura.

3. Obviamente aí reside uma falha fundamental do direito aplicado, pois que são desvios à regra de alicerçar corretamente, no texto fundamental, os princípios definidores da ordem jurídica, como a única forma de se garantir à sociedade, mais estabilidade, e ao cidadão, mais garantias. A tomada de consciência neste sentido leva-nos a indagar quanto ao modo pelo qual os dados da realidade se fazem presentes ou o grau em que o texto constitucional deles se aliena.

De nossa parte, ousamos dizer que a atual e crescente preocupação para com os dispositivos constitucionais decorre em grande parte da intensidade com que os problemas econômicos passaram a definir os valores da vida e se impuseram tanto aos cidadãos como à sociedade encarnada na figura do Estado moderno.

As fronteiras da ordem jurídica elaborada para a manutenção dos direitos individuais foram rompidas, com a conquista de novos tipos de direitos e de novas espécies de obrigações. O campo do direito restrito aos "conflitos" de interesses privados tornou-se por demais pequeno, diante do direito à qualidade de vida, às conquistas sociais de toda ordem, à participação mais justa e equitativa do conforto, do lazer, do aperfeiçoamento pessoal, das oportunidades econômicas, da igualdade sem preconceito e sem barreiras. O fundamento econômico das reivindicações ligadas à própria felicidade humana ampliou-se de uma visão puramente material, para atingir o nível de garantia também da possibilidade de participação das formas espirituais, tais sejam, a cultura nas suas mais diversas manifestações, a tranqüilidade diante dos imprevistos da sorte, da idade ou das responsabilidades para com a formação das gerações futuras.

Foi diante destas mutações da própria realidade social, progressivamente absorvidas pelos textos constitucionais, que uma valorização e um respeito mais objetivos lhes vêm sendo dedicados. O sentido meramente programático de suas normas vai cedendo lugar a uma efetividade e uma eficácia mais intensas, afirmando o verdadeiro valor da Lei Maior no contexto da ordem jurídica. Por outro lado, e na mesma proporção, a temática econômica aí se insere como presença

indispensável, sem a qual a realidade social estaria profundamente desfigurada.

4. A colocação adequada de todo este problema, em verdade pode e deve ser iniciada pela análise das responsabilidades do Poder Constituinte encarregado de captá-lo e de assimilá-lo.

Passando pela experiência da elaboração das Constituições nos diversos países, em diferentes épocas, e chegando-se até às brasileiras, torna-se justo indagar até que ponto este objetivo tenha sido satisfatoriamente alcançado, ou, ao contrário, até quando somente se registram frustrações, engodos e distorções.

Deixando de lado provisoriamente os aspectos jurídicos e nos fixando, de início, nos prismas sócio-econômicos das transformações sociais, encontraremos um primeiro e decisivo elemento de observação quando nos colocamos diante das Constituições elaboradas nos períodos de predominância das estruturas rurais sobre as urbanas, das atividades agropecuárias sobre as industriais, das tranqüilas e acomodadas sociedades estabilizadas e conformadas com as suas estáticas condições, para as sociedades conscientes de sua evolução e reivindicantes de transformações. Eis o quadro que se configura nas áreas desenvolvidas e subdesenvolvidas do mundo atual. Estas, localizadas no chamado Terceiro Mundo, oferecem uma visão homogeneizada de seu estágio colonial, sopesadas pelos grilhões de dominação imposta pelas sociedades do "centro", em torno das quais giram como "periféricas". Sofrem especialmente o impacto do "colonialismo jurídico", pela via de um direito que lhes é culturalmente imposto. Subjugam-se por força de uma "ordem jurídica" falsamente soberana e, na realidade, dependente, porque ditada por culturas e interesses alienígenas.

5. Diante deste quadro realista, surge inevitavelmente o desafio à consideração dos aspectos políticos dessa mesma ordem jurídica. E o primeiro dado que se nos impõe é o que se refere à própria **soberania**. A trágica indagação fixa-se em saber-se, com sinceridade, até que ponto a nação tem garantida como real esta soberania, além de sua simples consignação no texto constitucional. Por certo, não bastará o registro do termo, pois que, ainda mesmo quando toda a tessitura constitucional proponha a sua consolidação, resta penetrar-lhe os mínimos meandros para vedar as frestas pelas quais seja comprometida. O jurista é, então, desafiado em sua técnica, para garantir esta impermeabilidade. Mas, resta a condição fundamental que a Constituição, em sendo um diploma formalmente jurídico, na verdade é, por natureza, essencialmente político. E, precisamente por esta circunstância é que, ao se inserirem nos textos constitucionais os elementos **econômicos** e os habitualmente chamados **sociais**, em decorrência desta própria inserção passam a funcionar como dados referentes à "política econômica" e à "política social" autorizada e, portanto, consagrada pela Lei Magna. Assim é que nos espaços reservados à

“competência para legislar”, quando são nomeadas disciplinas jurídicas cujas normas abordam os fatos econômicos e sociais por este prisma, não se pode cometer a falha, provocada pelo pecado tradicionalista, de insistir em que fora dos ramos tradicionais tudo fica bem na legislação esparsa, sem que haja necessidade de sistematização e organicidade. Procurando reagir contra este obscurantismo jurídico é que as Constituições modernas compõem a ordem jurídica pela nomeação explícita da competência para legislar sobre “fatos jurídicos” típicos da sociedade atual, nomeando os direitos trabalhista, financeiro, agrário, especial, ambiental, assistencial, minerário e tantos outros, ao lado dos quais se impõe com presença ainda mais marcante o direito econômico, pois que referente à regulamentação da política econômica. Esta dinâmica da concepção da ordem jurídica, na busca de traduzir a evolução social, impõe a obsorção do sempre crescente elenco de novos ramos do direito e a própria atualização dos tradicionais, como o constitucional, o civil, o comercial, o penal, o internacional e assim por diante.

6. Percebe-se, desde logo, que, para chegar a este ponto, requer-se a análise de outro tema, tal seja, a função e a composição do próprio Poder Constituinte encarregado de elaborar as Constituições. Por ele é que se deflagra todo o sentido político que nelas se consubstancia. Nele se encarna o próprio ideal de **soberania**, exigindo, por isto, como condição primacial, a **legitimidade** na escolha daqueles que irão exercê-lo.

Da **legitimidade à representatividade** dos segmentos sociais, aos quais destina-se a Constituição, teríamos aparentemente uma simples questão de técnica, que ao direito competiria regulamentar. Entretanto, a questão não se esgota apenas em seu aspecto formal. Muito pelo contrário, se a legitimidade se refere à origem e à justificativa desse Poder, a representatividade traduz a sua própria fisionomia e a autenticidade para os fins a que se destina. A questão de sua **legitimidade**, ou de sua adequada presença e origem, segue caminho que os teóricos parece terem revelado claramente, passando das monarquias alicerçadas na idéia de direito divino, transmitido aos príncipes e imposto aos súditos, para chegar à Nação, quando esta toma as feições concebidas pelo racionalismo do século XVIII, com a configuração da soberania nacional e da soberania popular. Assim, partindo da simples idéia de legitimidade, a teoria do Poder Constituinte vai encontrá-lo em qualquer estágio da sociedade. Porém, a partir da sua racionalização, decorrente do pensamento iluminista, das contribuições rousseauianas do conceito de “contrato social”, da reação contra as formas autoritárias antes historicamente predominantes, foi que este Poder surgiu como concepção realmente revolucionária na organização social moderna (1). Para FRIEDRICH, como se sabe, ele tem “uma

(1) BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. Forense, 1980, pp. 133 e ss.

relação íntima com a revolução”, embora nem todas as revoluções sejam obra de um grupo constituinte (2). Por outro lado, é clássica a distinção entre “Poder Constituinte” e “Poder Constituído”, pela qual se procura medir a autenticidade das Constituições elaboradas a partir dos próprios grupos políticos no poder, das emendas e adaptações, quando não ao engodo de se elaborar nova Carta que tão-somente repete os mesmos princípios das anteriores. Nesta mesma linha de pensamento convida-se à reflexão a respeito das concessões feitas nas Cartas “modificadas” e da própria técnica de consigná-las nos textos, sem que se lhes garanta a execução, como expediente usual do Poder Constituído evitar avanços e conquistas reais que não lhe interessam.

De qualquer modo, é sempre bom lembrar o pensamento de CARL SCHMITT para quem o Poder Constituinte encarrega-se de garantir a unidade política da Nação “como um todo” (3). Parece-nos que justamente neste detalhe deve ser fixada a análise dos eleitos para a função constituinte. Esta análise importa nas posições ideológicas e sua projeção sobre a realidade social.

A composição do Poder Constituinte, portanto, tem a ver com os autênticos anseios da sociedade à qual se destina a Constituição. Esta, nem pode reduzir-se à acomodação do Poder Constituído excluindo os dados mais avançados das conquistas sociais, nem afastar-se do núcleo ideológico que comanda a sua absorção. Neste ponto, por outro lado, ainda se vai deparar com o fato novo das “informações” chegadas mais ou menos completas à opinião pública, e às limitações sempre justificadas por motivos “políticos” a respeito da institucionalização daquelas próprias conquistas. Daí os expedientes menos recomendáveis, porém habituais, a que nos referimos, de se introduzir nos textos constitucionais avanços desejáveis, embora não imediatamente desejados pelos interesses dominantes, conferindo à norma constitucional o caráter “programático” e comprometendo-lhe o sentido de norma jurídica impositiva.

Os autores chegam, neste particular, como se sabe, a falar de um Poder Constituinte a ser definido pelo Direito, e um outro considerado na Ciência Política (4). O primeiro seria referido aos preceitos

- (2) FRIEDRICH, Carl J. *Teoría y Realidad de la Organización Constitucional Democrática*. México, Fondo de Cultura Económica, pp. 134 e ss.
- (3) SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 86 e ss.: “Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política determinando así la existencia de la unidad política como um todo”. Daí decorre a sua afirmativa de que uma Constituição não se apóia em uma norma que tenha como validade a justiça, mas, sim, tem como apoio uma decisão política, surgida de um ser político e referente ao modo e forma desse próprio ser (*idem*, p. 87).
- (4) BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 3.ª edição, Rio, Forense, 1978, pp. 144 e ss. e 130 e ss.

jurídicos vigentes e o segundo exercitado sobre "as ruínas de uma ordem jurídica esmagada".

De qualquer modo, percebe-se que a questão não se esgota apenas na existência ou na instalação do Poder Constituinte para elaborar Constituição nova ou rever e modificar Constituição existente. Ao contrário, desloca-se para a **legitimidade** dos componentes desse Poder e para a sua representatividade. Desta forma, no modelo democrático clássico o seu fulcro transfere-se para a "lei eleitoral", enquanto que, nas formas mitigadas ou desvirtuadas, aproxima-se em graus diferentes das manifestações do autoritarismo, com a designação de "sábios" individuais ou agrupados em corpos de composição variada, que se encarregam de elaborar a Constituição ou de apresentar projetos depois submetidos à aprovação dos parlamentos por "negociação" de interesses, ou a **referendum**, sendo este último expediente mais a gosto dos governos declaradamente ditatoriais (5).

No Brasil, somente podem ser reconhecidas como portadoras de legitimidade constituinte as Constituições de 1891 e 1946, estando praticamente comprometidas nesse particular todas as demais (6), o que levou BONAVIDES a caracterizar entre nós o "Poder Constituinte legítimo" e o "Poder Constituinte usurpado". Perdura a indagação, porém, sobre ser realmente legítimo o Poder Constituinte decorrente da legislação eleitoral vigente, mesmo que nela se incluam, como recentemente, os analfabetos, porém franqueada, como é, a todas as formas de influências e corrupções, especialmente aquelas vinculadas ao poder econômico e aos "lobbies" de toda espécie, ao domínio da informação, dos transportes, ao despreparo político e da própria pobreza ou miséria, a sua vulnerabilidade compromete a legitimidade do resultado eleitoral. Refletidos estes fatores na eleição dos representantes, inevitavelmente multiplicam-se os seus efeitos em dispositivos constitucionais comprometedores da soberania em geral e consagradores da dependência econômica, do colonialismo e do atraso em todas as suas manifestações. Completa-se este efeito quando os enunciados de política econômica e de conquistas sociais incutidos no texto constitucional são esvaziados na prática e anulados pelos expedientes da regulamentação restritiva das leis ordinárias elaboradas pelo Poder Legislativo composto do mesmo modo, pela ação autoritária do Poder Executivo, pelas facilidades à desídia e prevaricação de legisladores e administradores, assim como pelo despreparo e falta de sensibilidade dos julgadores.

8. Realmente, este é um dos pontos capitais que tem faltado à sensibilidade dos legisladores constituintes, quando afeitos ao tratamento meramente decorativo dos grandes temas atuais e à permanência ferrenha nos mesmos e ultrapassados pontos de vista tradicionais. Assim, não introduzem nos textos constitucionais os instrumentos

(5) FRIEDRICH, Carl J. Op. cit., p. 135.

(6) BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. Op. cit., p. 158.

capazes de atender às exigências da atual sociedade de massas, não motivam o Poder Judiciário para a grande e real abertura da Justiça aos pleitos pelos mais modernos e legítimos direitos, não cria os freios à exorbitância do Executivo sobre o Legislativo e ao seu domínio efetivo sobre o Judiciário. Falseia-se a estrutura dos três Poderes autônomos e que, na prática, reduzem-se a um só poder verdadeiro, o Executivo. A não ser alguns instrumentos de expressão discutível como a “ação popular” e as “desapropriações”, os textos constitucionais brasileiros primam pela mediocridade, pela falta de atualização e pela preferência por posições retrógradas, inutilizando praticamente tudo quanto oferece em termos de ordem econômica e social neles inseridos. Estas limitações encontram a inevitável correspondência na pobreza teorizadora do nosso processualismo e na timidez e no conservadorismo, tanto do Legislativo como do Judiciário. O resultado são as leis processuais igualmente arcaicas, mal elaboradas e distanciadas das exigências da sociedade atual no que tange aos aspectos jurídicos da ordem econômica e social. Debalde se incluem referências a abusos do poder econômico, a direitos do consumidor, à intervenção estatal, ao seguro desemprego, à cogestão da empresa, ao direito de greve, à função social da propriedade, ao planejamento econômico, às conquistas previdenciárias, pois na prática dos tribunais quase sempre figuram como letras mortas.

9. De tudo isto, identificamos inevitavelmente as questões sobre que “corpo constituinte” será capaz de atender aos ditames da ordem econômica e social com a necessária fidelidade à realidade atual e que corpo constituinte a legislação eleitoral permite formar-se, comprometendo a fidelidade às exigências econômicas e sociais e repetindo apenas as mesmas distorções e o mesmo engodo de sempre. Mais grave se torna o questionamento, quando verificamos que os avanços e as conquistas nesse sentido foram registrados em maior e mais importante quantidade nas Constituições brasileiras elaboradas pelo Poder Constituinte considerado “usurpado” do que naqueles tomados por “legítimos”. Assim, foi no texto da Constituição de 1934 que se incluiu o Título “Da Ordem Econômica e Social” (Tít. IV, arts. 115 a 143), embora se possa alegar que as Cartas de 1824 e 1891 se inspirassem na ideologia liberal, onde tal iniciativa seria inadmissível. Do mesmo modo, a Constituição de 1946 praticamente não inovou neste particular, embora tenha modificado radicalmente o tratamento dado a alguns institutos como o do direito de greve, em face do que dispunha a Carta autoritária de 1937.

Profundamente delicada é a questão, como se vê, especialmente em um país como o Brasil, onde boa parte da população não chega a formular uma opinião sobre os temas econômicos e sociais, faltando-lhe as informações necessárias e onde, por isto mesmo, na ausência de costumes e tradições a “opinião pública” apenas representa uma faixa da sociedade, justamente a mais diretamente influenciada pelos

meios de comunicação e a mais beneficiada pelas condições econômicas oferecidas pelo Poder Constituído. Só na medida em que as classes médias se vão empobrecendo e em que as camadas operárias ascendem na escala social, a partir do salário mínimo, é que um certo alargamento se vai verificando nesta faixa de "opinião", sendo imprevisível, de qualquer modo, e no presente momento eleitoral, se o próprio analfabeto contribuirá em sentido positivo ou negativo na escolha dos representantes constituintes, de tal modo se torna fácil a influência pela propaganda e o efeito de dominação sobre o mesmo, com o desvirtuamento das finalidades verdadeiras do voto enquanto instrumento democrático.

Sendo eminentemente político, o Poder Constituinte, e fundamentalmente política, a Constituição, é indispensável que se atente para os aspectos da política econômica a ser definida em relação à própria soberania, pois a alienação que recebeu e se consolidou na tradição constitucionalista liberal tem sido a mais utilizada válvula pela qual a dependência econômica aos países politicamente soberanos se traduz nas atuais formas de "neocolonialismo". Ora, nem sempre se conseguirá atender a tais peculiaridades mantendo-se os processos eleitorais tradicionais para um eleitorado dificilmente informado dos meandros e dos expedientes do Poder Econômico. Em verdade, a temática desloca-se para o campo da **ideologia** a ser definida constitucionalmente. É quando se percebe mais claramente o significado do Poder Constituinte convocado em seguida às revoluções ou às grandes transformações políticas de uma nação, pois aí se configura o correto momento histórico de sua atuação a partir da ruptura fundamental, e visto como lhe compete institucionalizar os novos princípios ideológicos tornados vitoriosos.

10. Não é tranqüilo o resultado da pesquisa para esclarecer este ponto, na própria comparação entre os textos constitucionais de diferentes países, em épocas e circunstâncias diversas. Entretanto, alguns dados podem ser detectados por este processo. A rigor, os princípios fundamentais adotados no texto constitucional deveriam estar configurados nos preâmbulos das Cartas, mas, se algumas os adotam, grande parte das Constituições modernas não os consignam, deixando ao corpo de artigos a missão de configurá-los. Por outro lado, quando saída de uma revolução modificadora de princípios, embora de modo mais ou menos profundo, sempre se revela o cuidado em defini-los claramente.

Neste particular, ainda uma vez se faz atual a lição de FRIEDRICH em relação à importância dos preâmbulos e os conflitos de princípios nas Cartas Magnas. Quanto aos primeiros, afirma que "têm importância considerável como indicio de qual seja a opinião pública à qual deve sua força uma determinada Constituição", exaltando desta forma o significado da identificação entre a ideologia a ser consagrada e os



autênticos anseios do povo que a adota. Ainda mais perceptível é a relação entre os motivos predominantes em cada momento da elaboração constitucional, como expressão do que se costuma denominar por “espírito da época”, e o que se registra nos preâmbulos. O referido autor destaca os dados consignados na Constituição dos Estados Unidos da América e referidos à intenção de “formar uma união perfeita, estabelecer a justiça, assegurar a tranquilidade interna, prover a defesa comum, fomentar o bem-estar geral e assegurar a liberdade para a atual e as gerações futuras”. As características históricas de uma colônia que se libertava e se transformava em nação soberana, que constituía uma Federação de Estados, aí estavam na mais antiga das Cartas modernas. No mesmo sentido, embora visando objetivos diversos, a *Constituição de Weimar, de uma Alemanha saída da Primeira Guerra Mundial*, expunha o desejo de renovar-se e de consolidar-se “na liberdade e na justiça, servir à paz interna e externa e fomentar o progresso social”. Bem conhecido é o resultado atingido por esta Carta, a partir da expressão “progresso social”, pois que grande parte dos avanços no sentido da incorporação de conquistas desta natureza, nas Constituições do mundo capitalista, nela buscam inspiração e exemplo. Quanto às Constituições francesas, FRIEDRICH registra o fato de não apresentar preâmbulo a da Terceira República, o que teria levado DUGUIT a afirmar que os *Princípios dos Direitos do Homem* redigidos em 1789 nela já estariam incorporados e com isto teria procurado garantir um sentido constitucional aos interesses daqueles que se opunham a uma ordem socialista. Para FRIEDRICH, porém, este expediente seria desnecessário, desde que “a oposição ao socialismo fosse parte da Constituição *real* da França”. Verificamos, porém, que a Constituição francesa de 4 de outubro de 1958, com emenda de 28 de outubro de 1962, adota o “preâmbulo”, no qual afirma que “o povo francês proclama solenemente sua adesão aos *Direitos do Homem* e aos princípios da soberania nacional tal como foram definidos pela Declaração de 1789, completada e confirmada pelo preâmbulo da Constituição de 1946”.

FRIEDRICH trata laconicamente do preâmbulo da Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, afirmando que “expõe idéias que são até o momento rechaçadas com bastante generalidade nos Estados Unidos”, não sem ter afirmado que, por seu turno, a “Constituição *real* do povo norte americano já não encontra plena expressão no documento escrito”. Em verdade, a Constituição da URSS é uma daquelas que decorrem de uma revolução política fundamental, instituindo regime político inteiramente oposto ao existente antes, sendo destituída de qualquer razão a comparação com a norte-americana, a não ser que aquele autor pretendesse salientar a oposição entre os respectivos regimes políticos nelas definidos. Daí o preâmbulo de sua Constituição de 1977, a quarta do regime, já afir-

mar que “o povo soviético, guiando-se pelas idéias do comunismo científico e fiel às suas tradições revolucionárias” e apoiado nas conquistas sócio-econômicas e políticas do socialismo, aspirando o desenvolvimento da democracia socialista, considerando a posição do país em face do “sistema socialista mundial” e “mantendo a seqüência de ideais e dos princípios da primeira Constituição soviética de 1918, da Constituição da URSS de 1936, fixa os fundamentos do regime social e da política da URSS. . .”

Como se vê, estamos diante de três Constituições de países que fizeram as suas revoluções ideológicas rompendo com situações anteriores e que definem os seus princípios nos respectivos preâmbulos, mantendo o texto inicial no caso dos Estados Unidos e reafirmando os textos anteriores; desde as respectivas modificações fundamentais, nas duas outras. Outros preâmbulos merecem atenção, entretanto, pela diversidade de suas condições.

A Constituição suíça de 1874, com as modificações de 1975, diz que “em nome de Deus Todo-Poderoso, querendo reforçar a aliança dos confederados, manter a unidade, a força e a honra da Nação suíça, adotou” aquela Constituição.

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, saída da II Guerra e com o território alemão dividido, afirma estar “consciente da sua representação perante Deus e os homens, animada pela vontade de manter a sua unidade como Nação e como Estado e de servir à paz mundial como membro de direitos iguais numa Europa unida”, e que agia “também em nome daqueles alemães aos quais foi vedada a colaboração” e afirmava que “o povo alemão no seu conjunto continua empenhado em concretizar a unidade e a liberdade da Alemanha em autodeterminação livre”.

Igualmente a Carta do Japão, egresso, como vencido, da II Guerra, afirma-se decidida a assegurar à geração atual e aos seus descendentes, “os frutos da cooperação pacífica com todas as nações e as bênçãos da liberdade em todo este país, e resolvidos a não permitir jamais a visita dos horrores da guerra através da ação do governo”, proclama que “o poder soberano reside no povo e é firmemente estabelecido pela Constituição”.

A Constituição espanhola de 1978, saída do longo regime ditatorial, deseja “estabelecer a justiça, a liberdade e a segurança e promove o bem de quantos a integram”, “garantir a convivência democrática dentro da Constituição e das leis de acordo com uma **ordem econômica e social justa**, proteger os direitos humanos, consolidar o Estado de direito”, “promover o progresso da cultura e da **economia** para assegurar a todos uma digna qualidade de vida”, e assim por diante.

A Constituição portuguesa de 2 de abril de 1976, igualmente saída de longo período ditatorial, afirma “libertar Portugal da ditadura,

da opressão e do colonialismo, representando uma transformação revolucionária e o início de uma viragem histórica”, restituindo aos portugueses as liberdades fundamentais, defendendo a independência nacional, os direitos fundamentais do cidadão, os princípios basilares da democracia, imprimindo o Estado de Direito democrático, e abrir caminho para uma sociedade socialista “no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno.”

A Tchecoslováquia deve ser tomada em diferentes tempos. O primeiro, logo após a libertação do jugo nazista. O mesmo na Carta de 1969, quando agradecia a libertação pelo Exército soviético, e quando passou a uma democracia popular, depois da experiência da República burguesa, tendo como inadiável a transição pacífica para o comunismo, de vez que o socialismo ali já havia triunfado. A segunda, está na Lei Constitucional de 1970, que consolida a união das nações tcheca e eslovaca, após cinquenta anos de vida do Estado comum, criando o Estado federativo “no espírito dos ideais humanitários do socialismo e do internacionalismo proletário”.

As Constituições dos países africanos recentemente considerados soberanos, embora sem “preâmbulo”, definem nos seus respectivos primeiros artigos o sentido orientador de sua vida política. Assim, a Constituição de Guiné-Bissau afirma-se como “uma República soberana, democrática, anticolonialista e antiimperialista, que luta pela libertação total, pela unidade, assim como pelo progresso social do seu povo”. O mesmo se encontra na Constituição de Angola “cujo primeiro objetivo é a total libertação do povo angolano dos vestígios do colonialismo e da dominação e agressão do imperialismo e a construção de um país próspero e democrático, completamente livre de qualquer forma de exploração do homem pelo homem, materializando as aspirações das massas populares”.

Esta simples amostragem parece-nos suficiente para afirmar o sentido e a importância da “ideologia” cujo instrumento correto de institucionalização é a Constituição, e, em decorrência, o significado do Poder Constituinte ao elaborá-la. Tanto que em sua apreensão geralmente temos que trabalhar com os difíceis e dispersos elementos da “opinião pública”, com os dados ainda mais profundos do sentido e dos anseios dos diferentes segmentos sociais, na chamada **Constituição natural**, e com os próprios “conflitos de princípios”, revelados não somente quando “mudam as idéias dominantes” acerca das relações desejáveis entre os governos e os cidadãos, na análise de FRIEDRICH, ou mesmo quando ideologicamente se chocam, como tivemos a oportunidade de verificar em diversas ocasiões, ao trabalhar o tema econômico inserido como “ideologia constitucionalmente adotada” (7).

(7) WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA. *Direito Econômico*. Saraiva, 1980, pp. 32 e ss.

11. Ora, em se tratando da “ordem econômica e social nas Constituições”, a questão assume novas nuances, visto como, **sem** jamais se afastar das condições históricas em que tenha funcionado o Poder Constituinte, por certo que o dado econômico e as reivindicações sociais mais amplas são relegadas ou exaltadas. Em mais aprofundada pesquisa, ao trabalharmos as Constituições promulgadas até o período seguinte à Segunda Guerra Mundial, procuramos classificá-las em três categorias: aquelas que tratam o assunto econômico em Título ou em Capítulo especial; as que o inserem em artigos esparsos; as que dele não cogitam. Verificou-se que aquelas promulgadas em pleno liberalismo, obviamente se enquadravam nesta terceira categoria. As que se seguiram à Segunda Guerra, praticamente todas, o consignavam, sendo que a grande maioria, em Título ou em Capítulo especial<sup>(8)</sup>.

12. Encontramo-nos, portanto, diante da necessidade de situar ideologicamente o elemento econômico. E vamos concluir, da análise, que elementos fundamentais de uma definição a respeito, como a **propriedade** e a **liberdade**, rompem as rígidas barreiras das ideologias puras e estão consignadas nas diversas Constituições, ainda quando correspondentes a diferentes e, mesmo, antagônicos regimes políticos.

Diríamos que, se tomarmos o dado “econômico” pelo prisma da “ideologia”, veremos que o próprio conceito do “político” se amplia de modo imprevisível. Resta, diante dele, de vez que os princípios da **propriedade** e da **liberdade** deixaram de ser elementos decisivos de referência, o princípio da **soberania**, que além de “político”, por natureza, tem a conotação restritiva e personalizadora da “noção” à qual corresponde, em todos os sentidos, a idéia de Constituição.

Neste ponto, os próprios princípios ideológicos dos diferentes regimes políticos entram em conflito, como por exemplo, os que configuram o “liberalismo” e os que definem o “nacionalismo econômico”. A evolução dos conceitos, porém, não se extingue num simples exemplo, por mais abrangente que ele possa ser. Assim, a natureza puramente “econômica” do **capital** foi aprisionada nos princípios limitativos, “políticos” das nações, configurando capitais “nacionais” e estrangeiros” e sugerindo normas jurídicas a respeito. A **empresa**, como figura moderna da vida econômica, incluiu-se nesse mesmo espaço. Mas a concepção moderna da “empresa transnacional” rompeu com ambas as barreiras e comprometeu toda a estrutura política e jurídica do conceito de nação.

Do mesmo modo, na composição política dos corpos eleitorais, a figura genérica do “cidadão”, expressa no amplo aspecto do “cidadão eleitor”, está composta de partes cujos interesses se afirmam em

(8) WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA. *Do Econômico nas Constituições Vigentes*. Ed. Revista Brasileira de Estudos Políticos, 2 vols., 1961, Segundo Volume, pp. 14 e ss.

conflito estrutural. Assim se colocam “produtor e consumidor”, “empregador e empregado”, “emprestador e tomador”, “vendedor e comprador”, movimentando toda a parafernália da estrutura e da conjuntura político-econômico-jurídica, com os preços, os custos, o funcionamento dos mercados de bens, de serviços e de valores e uma infinidade de instrumentos correspondentes que a tradição abstenceísta liberal procurou ignorar, porém que a realidade atual não o permitiu. Em decorrência, chamou-se o Estado para atuar economicamente.

Estes são alguns dos dados que a ordem jurídica modernamente considerada se vê obrigada a incorporar sob a forma sistemática e organicamente arranjada de “ordem econômica e social” inserida nas Constituições, independentemente dos regimes políticos aos quais correspondem.

Textos mais recentes, subentendendo experiências de um constitucionalismo mais atualizado, não oferecem mudanças profundas de forma e procuram situar dentro de um Título ou de um Capítulo toda esta problemática, apesar de sua enorme expansão. Desdobram-no, tal como acontece com a Constituição portuguesa de 2 de abril de 1976, que incluindo em Título (Tít. III) os “direitos e deveres econômicos, sociais e culturais”, dividiu-os em Capítulos. Um primeiro foi dedicado às “garantias e condições de sua efetivação”, onde, segundo a promessa de marchar para o socialismo, são assegurados a apropriação coletiva dos principais meios de produção, a planificação do desenvolvimento econômico e a democratização das instituições. No Cap. II, define os “direitos e deveres econômicos”. No Cap. III, os “direitos e deveres sociais”.

Maior destaque é dado, entretanto, à “Organização Econômica”, propriamente dita, que merece a categoria de uma **Parte**, por sua vez dividida em Títulos. Aí estão situados os “Princípios Gerais” (Tít. I) com o “Fundamento da Organização Econômico-Social”, as “Incumbências prioritárias do Estado”, a “Intervenção, Nacionalização e Socialização”, o “Cooperativismo”, a “Iniciativa Privada”, “A Atividade Econômica e Investimentos Estrangeiros”, “Os Meios de Produção em Abandono”, “As Atividades Delituosas contra a Economia Nacional”, a *Estrutura da Propriedade dos Meios de Produção* (Tít. II), o Plano (Tít. III), a Reforma Agrária (Tít. IV), o Sistema Financeiro e Fiscal (Tít. V), os Circuitos Comerciais (Tít. VI).

Como se vê, o problema ideológico envolvendo o dado econômico não permite o alheamento da Constituição aos seus aspectos fundamentais, ao mesmo tempo em que oferece ao Constituinte o permanente perigo das enumerações exaustivas e incompletas. O fato é que a inclusão de certos temas específicos sempre confere um sentido circunstancial ao texto constitucional, que por natureza não deveria absorvê-lo. Porém, neste ponto volta à tona a questão da **Constituição natural** diante da **Constituição escrita**. Em se tratando do tema econô-

mico, os autores marcham para a consideração de ambas na configuração do que se vem denominando por "Constituição Econômica" (9).

13. Em termos de comparação, o constitucionalismo brasileiro se preocupa em situar a problemática econômica nas Cartas Magnas, desde o texto de 1891, sendo que especialmente a emenda de 1926, à Carta de 1891, já concretizara esta orientação. As próprias "dobras" daquele texto original já haviam permitido a intervenção do Estado no domínio econômico, pelo instrumento do Convênio de Taubaté, bem como por leis ordinárias, especialmente as referentes aos recursos minerais. De qualquer modo, consolidou-se em nosso constitucionalismo o tratamento do tema ao nível do "Título", sendo que especialmente os seus primeiros artigos assumem o sentido amplo de "caput" do conjunto, ou, se quisermos, de "preâmbulo" definidor dos princípios que regem os demais.

Assim foi no texto de 1934 (10), no de 1937 (11), no de 1946 (12), na emenda constitucional de 17 de outubro de 1969 (13).

Infelizmente, nota-se que esta experiência constitucional em termos de tratamento do dado econômico, em verdade, não tem sido suficientemente conduzida em sentido de verdadeira sinceridade de propósitos. A mais simples tentativa de aproximação entre os dispositivos constitucionais e a condução da vida econômica do país revelam o alheamento que os separam e muitas são as lições a se tirar deste fato, se efetivamente pretender-se tratar com seriedade a elaboração constitucional que ora se anuncia no país. O hábito das Cartas, declarada ou disfarçadamente outorgadas, não permitiu à opinião pública, e nem mesmo à consciência jurídica brasileira, desenvolver o respeito e a confiança que as Constituições devem inspirar.

- (9) *Wirtschaftsverfassung* — D. Ignácio Maria de Lojendio, in *Constitución y Economía*. Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid, p. 81 e ss.; *Economia e Constituição*. Vital Moreira, Portugal, Coimbra Editora, pp. 19 e ss.
- (10) Tit. IV, art. 115: "A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica".
- (11) Art. 135 — "Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercidos nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta."
- (12) Art. 145 — "A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios de justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano."
- (13) Art. 160 — "A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional, com base nos seguintes princípios..."

Para se corrigir os efeitos de tais vícios um primeiro ponto a ser considerado, por certo, é o de se evitar a evasiva posta em moda nas Constituições dos países que tudo fizeram para tratar como “regra” o abstenceísmo liberal, e apenas como “exceção” as conquistas inevitáveis à realidade da atuação do Estado e da presença da problemática econômica e social nos seus textos. Os expedientes neste sentido vão do desenvolvimento da teoria de que a “norma constitucional” deva manter caráter meramente programático, sendo transferida ao legislador ordinário a elaboração dos textos regulamentadores dos princípios e dos enunciados gerais, até às contradições de princípios ali registrados. Com este expediente, a maioria dos problemas oferecidos pela realidade social e alçados à condição de “valores constitucionais” teve a sua prática postergada indefinidamente, à falta de serem promulgadas as leis regulamentadoras correspondentes. Outras vezes elabora-se uma legislação regulamentadora restritiva que, em lugar da consagração do princípio consignado, tem a função de desvirtuá-lo. Correndo os artigos do Título da “Ordem Econômica e Social” nas diversas Constituições brasileiras, a identificação de tais casos praticamente atinge quase à sua totalidade, o que significa ter-se delegado o Poder Constituinte ao legislador ordinário e se haver condicionado a eficácia da Constituição à dependência de diploma de menor competência hierárquica. Os efeitos destes vícios e subversões teriam de conduzir inevitavelmente ao aviltamento dos mais comezinhos princípios jurídicos, quando dispositivos constitucionais são “revogados”, na prática, por leis, portarias, circulares, avisos e outros instrumentos menores.

As lições a serem tiradas não se restringem a tais vícios. O tratamento impreciso de temas fundamentais, como o **planejamento econômico**, acabou por exigir legislação complementar eivada de outros tantos defeitos. Com isto, garantiu-se o autoritarismo e criou-se a ilusão de se cumprir um planejamento econômico legalmente democrático, embora as leis referentes à elaboração dos planos comprometessem este sentido.

Não bastassem contrafações desta natureza, encontradas em cada artigo incluído por simples efeito decorativo, como os referentes aos objetivos do salário mínimo, jamais atendido nos atos legislativos encarregados de fixá-lo, ainda temos todas as malícias de dispositivos subreptícios da legislação ordinária. Basta lembrar a necessidade de aprovação pelo Procurador da República na denúncia de crimes das altas autoridades econômicas e financeiras, sendo que o preenchimento de tal cargo se faz por indicação do próprio Governo que estaria em causa, como se verificou no episódio da iniciativa tomada pela OAB em relação às negociações das autoridades econômicas com bancos estrangeiros e com o FMI, quando ficara sobejamente provado o comprometimento da soberania nacional.

Questões ainda mais diretamente relacionadas com a realidade nacional e de plena consciência da opinião pública, insistentemente presentes ao que se entende por **Constituição natural**, como a dos capitais e empréstimos estrangeiros, das empresas multinacionais, da abdicação de nossa soberania a respeito da política de recessão, da corrupção sem punição de funcionários e autoridades, não encontram tratamento explícito, claro e transparente como se há de exigir.

Legisladores constituintes de outras nações não se têm comportado deste modo, como vimos. Embora signatários de tratados e convênios internacionais como os referentes a interesses econômicos comuns, tais sejam os capitais estrangeiros, estes não chegam até à nossa Constituição, ao passo que comparecem à da Venezuela, por exemplo, quando explicita em seu artigo 107, que "a lei estabelecerá normas relativas à participação dos capitais estrangeiros no desenvolvimento da economia nacional". Do mesmo modo, depois de tantas celeumas sobre o problema da lei de informática, entre nós, sem que se destacasse o seu principal ponto, que é o perigo de reduzi-la a um instrumento ao serviço dos órgãos de controle governamental sobre a privacidade individual, veja-se o que dispôs a respeito a Carta de Portugal em seu art. 35, que garante a todos os cidadãos o direito de tomar conhecimento do que constar dos registros a seu respeito e do fim a que se destinam as informações, a proibição do uso desses dados com respeito a convicções políticas, religiosas ou de vida privada, bem como a de atribuir um número nacional único aos cidadãos.

Por certo, as questões a serem incluídas na "ordem econômica e social" em uma Constituição brasileira multiplicam-se e se ampliam de acordo com a nossa própria complexidade social. Mas, do ponto de vista de sua elaboração, o jurista encontra obstáculos cuja remoção parece estar longe de ser obtida. Decorrem, especialmente, do fato de se chegar à decisão de elaborá-la a partir de um movimento de forças reunidas sob a convergência de depor o regime militar, sem, entretanto, aprofundar-se em questões ideológicas, o que arrefece a necessidade de mudanças constitucionais significativas. Além disto, a legislação eleitoral continua a mesma que elegeu os legisladores do Poder Constituído, sendo vulnerável à corrupção e aos processos capazes de formar um Poder Constituinte comprometido com interesses em desacordo com a realidade nacional. O quadro atual do nosso Legislativo é que autoriza tais afirmativas, embora o necessário otimismo possa conduzir a não transformá-las em vaticínio.

Em verdade, no momento atual, a mudança da lei eleitoral, o estabelecimento de rígidos obstáculos à corrupção pelo poder econômico e o trabalho de efetiva conscientização do povo no sentido de fortalecer os dados de convicção que se traduzem em preceitos da **Constituição natural** a serem traduzidos pelos Constituintes, na Constituição escrita, são as medidas indispensáveis para que se chegue ao estabelecimento de uma "ordem econômica e social" justa e eficaz.



# Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte

ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ

Professora Assistente Doutora da Faculdade de Direito da USP e da UNESP

## SUMARIO

- I — *Introdução*
- II — *A missão constitucional dos poderes constituídos*
- III — *O descumprimento, pelos poderes constituídos, de dever constitucional*
- IV — *A configuração da omissão dos poderes constituídos como "inconstitucionalidade"*
- V — *Os meios de controle da "inconstitucionalidade por omissão"*
- VI — *Conclusão*

## I — *Introdução*

Há questões que, não obstante sua inegável importância para a normalidade constitucional de um Estado, são pouco cuidadas pela doutrina e raramente logram tratamento no direito constitucional legislado.

Dentre essas cabe acentuar uma que, recentemente, tem suscitado maior atenção dos constitucionalistas. Trata-se da chamada "omissão" ou "inércia" dos poderes estatais. A Constituição, Lei Maior, não é efetivamente cumprida e aplicada; por vezes é mesmo esquecida gerando, salienta KARL LOEWENSTEIN, "a desvalorização da Constituição escrita na democracia ocidental" (1).

---

Comunicação à "I Semana do Direito", UNESP, campus de Franca.

(1) Cf. "Teoría de la Constitución", Ariel, Barcelona, trad. p. 222.

A necessária correção desse fenômeno exsurge, de modo evidente e até intuitivo, para quantos se detêm a pensar sobre a matéria, seja o estudioso dos problemas constitucionais, seja o cidadão comum que, na realidade, é o principal interessado e beneficiário das normas constitucionais.

Em que pese, todavia, a clara percepção do fenômeno, não há respostas prontas e simples para superá-lo.

O esquema institucional de estruturação de poder, particularmente no presidencialismo, rejeita a idéia de órgão supraestatal, acima dos poderes e encarregado de controlar sua ação. Órgão dessa natureza afetaria, sem dúvida, o delicado jogo de harmonia e independência entre os poderes, pressuposto de tal estruturação, pois cada poder desenvolve suas atribuições constitucionais sem a interferência de outro poder e, nessa atuação, é "insindicável".

Não obstante, contudo, as dificuldades que se reconhecem profundas, não se deve, a nosso ver, afastar o exame da problemática. Impõe-se encontrar soluções que, sem quebra do equilíbrio institucional entre os poderes, evitem ou impeçam as "omissões" dos poderes constituídos, até porque, de outra forma, de nada valerá a Lei Maior, ainda que legítima e solenemente promulgada. A eficiência da ação governamental — impõe-se reconhecer — é condição necessária para a efetiva aplicação das normas constitucionais.

Essa comunicação pretende, pois, levantar a questão para uma análise mais aprofundada da Constituinte, que, em vias de se instalar no Brasil, visa à elaboração de novo ordenamento institucional para o País.

Não se esgotará o exame do tema no cenário dos debates constituintes. Complexo e difícil, rico em seus desdobramentos e de profunda importância teórica e prática, merece ele figurar no temário de futuras "Semanas do Direito", quando, talvez, se possa examiná-lo de modo mais aprofundado, já a nível de direito comparado, mediante a participação de representantes de outros sistemas constitucionais, que poderiam aqui trazer a experiência de seus países.

Dispensável salientar que esta Comunicação, por sua própria natureza, resume alguns dos aspectos principais do tema, conforme segue.

## II — A missão constitucional dos poderes constituídos

1. A Constituição, obra de um Poder mais alto, solenemente promulgada, destina-se a ser efetivamente observada, cumprida e aplicada. Não basta, observa JOSÉ AFONSO DA SILVA, "ter uma Constituição promulgada e formalmente vigente", impende atuá-la, completando-lhe a eficácia para que seja totalmente cumprida" (2).

(2) Cf. "Aplicabilidade das Normas Constitucionais", RT, São Paulo, 1985, p. 212.

2. Ora, a Constituição é, em si, obra incompleta, inacabada. Não esgota, e nem pode pretender esgotar toda a matéria que encerra. O seu conteúdo fundamental, por mais minucioso e abrangente que seja, é sempre forçosamente genérico e sintético. Em verdade, não pode o Constituinte regular tudo diretamente e nem é oportuno que o faça.

De resto, recomendam a teoria e a prática que “o estatuto supremo deve condensar princípios e normas asseguradores do progresso, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade, a fim de se não tornar demasiado rígido, de permanecer dúctil, flexível, adaptável à época e circunstâncias diversas, destinado, como é, à longevidade excepcional” (3).

3. É inevitável, portanto, que a Constituição deixe um enorme espaço aberto a exigir seu preenchimento pela atuação dos poderes constituídos. Somente com a efetiva ação desses poderes será a Carta Magna plenamente aplicada.

4. Várias e diferentes categorias de normas constitucionais exigem ulterior atuação dos poderes constituídos. Basta, para exemplificar, lembrar a chamada categoria das “normas programáticas”, tão freqüentes nos textos constitucionais e que desempenham relevante papel na ordem jurídico-constitucional do País. (4).

São programáticas aquelas normas constitucionais que, indicando fins a serem perseguidos, valores a serem atingidos, exigem e impõem a atuação dos poderes estatais. Postulam elas uma ulterior legislação ou atos dos Poderes Públicos para sua efetiva aplicação.

Dessa categoria, por exemplo, as normas constantes dos artigos 153, § 32, 163 e 178 etc., da Constituição em vigor.

Veja-se, para clarear bem o assunto, o texto das normas referidas — “Art. 153, § 32 — Será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei”; “Art. 178 — Parágrafo único — O Poder Público incentivará a pesquisa e o ensino científico e tecnológico.”

5. Vê-se, pois que os poderes constituídos — e, note-se, qualquer deles — Legislativo, Executivo ou Judiciário — são freqüentemente incumbidos, pela própria Constituição, de dar efetiva aplicação ao seu comando impositivo. A norma constitucional traça fins, aponta metas, adota valores, institui órgãos etc., e deixa aos poderes constituídos a tarefa de, desdobrando seus preceitos, aplicá-la efetivamente.

6. Em resumo, a Carta Magna de um Estado contém um conjunto de normas positivas que exigem do Estado e dos seus órgãos uma ação

(3) Cf. MAXIMILIANO, Carlos. “Comentários à Constituição Brasileira”, 5ª ed., RJ, Jacinto Ribeiro dos Santos, 1981, p. 99.

(4) Para exame dessa classificação das normas constitucionais v. JOSÉ AFONSO DA SILVA, ob. cit.

que tanto pode traduzir-se na edição de uma lei, na prática de um ato, como em outra medida qualquer. Trata-se, pois, de missão constitucional que se reveste das características de “poder-dever”, com todas as consequências decorrentes dessa conotação.

### III — O descumprimento, pelos poderes constituídos, de dever constitucional

7. Nem sempre, todavia, um poder ou órgão governamental exercita a competência que lhe é constitucionalmente atribuída. Descumpre, pois, seu dever constitucional.

Caracteriza tal descumprimento uma “omissão” no plano constitucional quando um poder ou órgão recebe competência diretamente da Constituição para agir e não o faz. Permanece inerte e, em consequência, resta inaplicada a disposição constitucional que exigia sua atuação.

Configura-se, assim, a inércia constitucional quando há inatividade consciente na aplicação da Constituição, ou seja, quando uma disposição constitucional deixa de ser plenamente eficaz por falta de atuação do poder competente para esse fim.

É o que sucede, v. g., quando o Poder Legislativo recebe competência para integrar ou complementar uma norma constitucional e, todavia, não legisla; ou quando o Poder Executivo recebe, diretamente da Constituição, competência para expedir regulamentos visando à execução das leis integrativas e não os expede. Nesse caso, por via reflexa, a ausência do regulamento impede a execução da lei que, não aplicada, torna letra morta o texto constitucional.

Observe-se que a “omissão” não “revoga” o dever e o direito do Congresso à elaboração de tais leis, nem revoga o direito e o dever do Executivo de expedir sua regulamentação; constitui, apenas, uma lamentável falha, e caracteriza a ausência de senso de responsabilidade e lealdade para com os cidadãos e os eleitores que confiaram, pelo voto, aos exercentes dos Poderes Legislativo e Executivo, a missão de cumprir e fazer cumprir a lei consagrada como “fundamental” para reger os destinos do País.

### IV — A configuração da “omissão” dos poderes constituídos como “inconstitucionalidade”

8. A “omissão” (ou a “inércia”) dos poderes constituídos contraria a Constituição, tanto como a contrariam atos praticados afrontando seus preceitos e normas.

Com efeito, uma Constituição nasce para ser aplicada, para ser cumprida, já vimos. Toda ação ou omissão que obstaculize a aplicação da norma constitucional são com ela incompatíveis.

Assim, o princípio da constitucionalidade não diz respeito apenas às ações contrárias à Constituição; abrange, também, as “omissões” ou a “inércia” dos poderes constituídos.

Impõe-se, portanto, a nível de direito constitucional legislado, caracterizar tal “omissão” como “inconstitucionalidade” para que nenhuma dúvida subsista a respeito dessa conotação.

Tão importante quanto fulminar, no texto constitucional, por inconstitucionais, as ações contrárias à Constituição, é fulminar, igualmente, as “omissões” dos poderes constituídos que a tornam letra morta. Cumpre, pois, ao Constituinte, não apenas impedir seja a Constituição violada, como, também, exigir seja ela efetivamente aplicada.

9. Assim, e como primeiro passo para superar o fenômeno, a Constituição, ao lado dos sistemas de defesa e controle de constitucionalidade de atos que contrariam suas normas e preceitos — o chamado “sistema positivo de controle” — deve prever o controle de constitucionalidade “negativo”, isto é, o controle de constitucionalidade das “omissões constitucionais”, abrigo em seu texto a figura da “inconstitucionalidade por omissão”.

É oportuno lembrar que a idéia não é nova. A Constituição de Portugal cuidou de introduzir a figura da “inconstitucionalidade por omissão” em seu art. 279 (redação original), ainda que só cuidando, nesse dispositivo, do descumprimento da Lei Maior por “omissão” de medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais (5).

#### *V — Os meios de controle da “inconstitucionalidade por omissão”*

10. A configuração da “omissão” dos poderes constituídos como “inconstitucionalidade” a nível de princípio constitucional não será, contudo, suficiente para superar a inaplicação da Constituição. Torna-se necessário criar o sistema de controle, isto é, indicar os meios para efetivar o controle da constitucionalidade por “omissão” e nisso, sem dúvida, residem as dificuldades.

De vários modos e em diferentes situações é possível constatar quando um poder ou órgão governamental deixa de cumprir dever constitucional, omite-se.

Analisaremos, a título de exemplo, três dos casos de “inconstitucionalidade por omissão” mais facilmente identificáveis: a omissão do legislador que não elabora as medidas legislativas requeridas ou previstas em dispositivos constitucionais; a omissão dos poderes constituídos na

(5) Cf. a propósito, a atual situação da fiscalização desse tipo de inconstitucionalidade na obra de JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 2ª ed., Revista Coimbra Editora Ltda., 1983. O Autor comenta os arts. 283 e 122 da Constituição de Portugal, após a revisão constitucional de 1982, que extinguiu o Conselho da Revolução.

prática de atos impostos pela Constituição e a omissão do Poder Executivo caracterizada pela não expedição de regulamentos de execução das leis.

11. Desses casos, o de mais difícil controle é, inegavelmente, a "omissão" ou "inércia" do legislador.

As Constituições, como vimos, demandam em regra uma profunda e intensa atividade do Poder Legislativo para sua aplicação efetiva. A prática constitucional revela, lamentavelmente, constantes omissões do legislador.

KARL LOEWENSTEIN aponta um grande número de disposições constitucionais que restaram inertes, sem aplicação, em razão de omissão ou inatividade do legislador, nas Constituições da Itália, da Alemanha e nos Estados Unidos (6).

A inatividade legislativa é particularmente notada na Itália. BISCARETTI DI RUFFIA investe vigorosamente contra o fato, mencionando os graves problemas decorrentes da omissão ou retardamento do legislador em disciplinar órgãos previstos na Constituição e cita: a Corte Constitucional somente foi regulamentada em 1955, o Conselho Nacional de Economia e do Trabalho e o Conselho Superior da Magistratura em 1958 e, em 1966, várias instituições ainda não haviam sido reguladas, tais como a "Região de Estatuto Especial". De outro lado, inúmeros dispositivos constitucionais permaneciam, em 1966, inertes: assim, o art. 30 (registro de sindicatos), o art. 40 (disciplina do direito de greve etc.) (7).

Também a Suíça revela exemplos marcantes de inércia do legislador (8).

QUIROGA LAVIÉ analisando as mudanças constitucionais na América Latina acentua o sentido democrático da *ação popular*, adotada em vários países, porém de pouco uso efetivo e observa que, no Peru, ação foi criada em 1933 e ficou sem aplicação até 1963, por falta de regulamentação legal (9).

Não foge ao fenômeno a experiência constitucional brasileira.

A Constituição de 1946 permaneceu, em grande parte, sem aplicação porque o Poder Legislativo não editou as normas complementares neces-

(6) Cf. ob. cit., p. 226. Observe-se que a obra de LOEWENSTEIN, na edição consultada, é de 1970 e a Lei Fundamental de Bonn é de 1949.

(7) Cf. do Autor, *La Constitution comme Loi Fondamentale dans les Etats de l'Europe Occidentale et dans les Etats Socialistes*. Turim, Institut Universitaire d'Etudes Européennes, 1966, pp. 40-41. A obra do Autor é de 1966 e a Constituição italiana é de 1947.

(8) Cf. AUBERT, Jean-François. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris, Dalloz, v. 1, p. 123; v. também BRIDEL, Marcel. *Précis de Droit Constitutionnel et Public Suisse*. Lausanne, Payot, 1965. Observe-se que a obra de MARCEL BRIDEL data de 1965.

(9) Cf. *Los Cambios Constitucionales*. México, UNAMAN, 1977, p. 132.

sárias à plena eficácia de várias de suas disposições. Por outro lado, leis de importância fundamental, tal como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, tiveram sua aprovação retardada durante longos anos (10).

A Constituição em vigor, prestes a ser substituída, editada há quase 20 anos, contém inúmeros dispositivos ainda dependentes de medida legislativa. Exemplifique-se com o art. 142, § 1º

Por outro lado, várias disposições tiveram suas leis complementares ou integrativas retardadas por tempo prolongado, produzindo conseqüências danosas à boa gestão dos negócios públicos.

Veja-se, por exemplo, o art. 45, que dispõe sobre a fiscalização, pelo Poder Legislativo, dos atos do Poder Executivo, que só recentemente foi regulamentado.

O fenômeno atinge, por igual, aos Estados-Membros.

Para exemplificar, basta lembrar os efeitos perniciosos causados pela expedição, longamente retardada no Estado de São Paulo, da lei de que trata o art. 106 da Constituição federal. A não definição do regime especial de servidores públicos, aí prevista, levou à admissão dos famigerados "servidores a título precário".

No campo do ensino, especialmente, essa situação gerou problemas quase insanáveis para a educação. Inexistindo a lei referida, não exercitando o Executivo, conforme lhe competia, a iniciativa para criar cargos públicos, inúmeros docentes do ensino de 1º e 2º graus foram admitidos "a título precário". Perderam, com isso, os alunos, que não tiveram professores adequadamente selecionados; perderam os docentes admitidos, porque desprovidos de garantias mínimas no trabalho; perderam os diplomados, de modo geral, porque não puderam concorrer a cargos públicos de professor, inexistentes.

Nesse exemplo, vêem-se as conseqüências do retardamento da disciplina de um dispositivo constitucional e da inércia do Poder Executivo em propor projeto de lei de sua exclusiva iniciativa, em que pese fosse evidente, à época, a necessidade da criação de cargos já que inúmeros *eram os docentes admitidos "a título precário"*.

Observe-se que, nesses casos, o Poder Judiciário nada poderia fazer, pois não lhe era dado constringer o legislador a legislar.

Inúmeros exemplos de inatividade ou retardamento da ação legislativa são encontrados na prática constitucional brasileira, quer a nível federal, quer a nível estadual.

## 12. Como constringer o legislador a legislar?

(10) A Lei de Diretrizes e Bases, no Brasil, foi aprovada em 1961, quinze anos após a promulgação da Constituição de 1946.

Nos sistemas constitucionais contemporâneos não há, na realidade, fórmulas adequadas para tanto. Nem sequer a fixação de prazos, na Constituição, produz resultados. Isto porque, a par da fixação de prazos, as Constituições em regra não legitimam ninguém para o exercício de uma pretensão jurídica, objetivando o adimplemento dessa prestação positiva por parte dos órgãos legislativos. É, aliás, o que afirma José AFFONSO DA SILVA:

“Não é possível constringer o legislador a cumprir prazos. Se o comando impositivo não for cumprido, a omissão do legislador poderá constituir um comportamento inconstitucional, mas este é insindicável e incontrolável jurídica e jurisdicionalmente”, acrescentando “primeiro, porque, como adverte LEVI, ninguém é legitimado para o exercício de uma pretensão jurídica objetivando o adimplemento de tal prestação por parte dos órgãos legislativos, isto é, ninguém tem o direito subjetivo à aprovação de qualquer lei, ainda que determinada no texto da Constituição; segundo, e conseqüentemente, porque a omissão se revela uma *questão política*, que escapa à apreciação jurídica” (11).

A própria Constituição de Portugal, de 1976, precitada, embora tenha instituído a figura da “inconstitucionalidade por omissão” do legislador, não criou, contudo, meio eficiente para controlar tal inconstitucionalidade, na medida em que atribuiu ao Conselho da Revolução (órgão já extinto) mera competência, para “emitir recomendações aos órgãos legislativos” visando a sanar a omissão. O Conselho da Revolução não substituiu, pois, os órgãos legislativos competentes, isto é, não lhe foi dada a função de “legislar”, nem de tomar qualquer iniciativa legislativa mediante a apresentação de propostas de lei; igualmente, as “recomendações” não podiam conter diretivas materiais, isto é, indicar o sentido da legislação, limitando-se, portanto, a verificar a omissão e a reclamar uma ação legislativa para cumprimento de determinadas normas da Constituição. Percebe-se, pois, que o cumprimento das “recomendações” do Conselho da Revolução estava diretamente ligado à força política ou suasória deste órgão; ora, não havendo sanção jurídica para a inércia legislativa, percebe-se a ineficácia do dispositivo constitucional (12).

13. Nada obstaculária, contudo, que o Constituinte sujeitasse a prazo a legislação complementar ou integrativa da Constituição e cominasse a inobservância desse prazo com sanções políticas ou de outra natureza.

Assim, por exemplo, nos casos de iniciativa legislativa do Executivo, poder-se-ia tipificar a inércia deste como “crime de responsabilidade”.

Por outro lado, nada impede se adotem os mecanismos existentes em diversos sistemas constitucionais, tais como, a iniciativa popular. a

(11) Cf. “Aplicabilidade das normas constitucionais”, ob. cit., p. 118.

(12) Ver nota 5.



iniciativa legislativa dos Estados-Membros (nos Estados federais, para casos em que a norma constitucional lhes interesse diretamente), a iniciativa legislativa de entidades e associações, como meio de suprir a omissão do legislador.

Impõe-se, portanto, ao Constituinte, atuar de modo criativo, no sentido de encontrar os meios adequados para sanar a "inconstitucionalidade por omissão" do legislador.

14. A "inconstitucionalidade por omissão" de prática de ato atribuído a qualquer dos poderes parece ser de solução mais simples.

Omite-se o Poder Legislativo, por exemplo, quando, cabendo-lhe aprovar ou negar aprovação para preenchimento de certos cargos previstos na Constituição, não o faz, utilizando-se de manobras políticas que logram evitar o exame ou a discussão da matéria.

A Constituição federal brasileira exige a aprovação do Senado Federal nos casos de nomeação de membros do Supremo Tribunal Federal, de Ministros do Tribunal de Contas, do Governador do Distrito Federal e outros, mas não fixa prazo para o exercício desta atividade (art. 42, III). Por igual, a Constituição paulista condicionava a nomeação do Prefeito da Capital à aprovação da Assembléia Legislativa, sem fixar prazo; e assim também disciplinava no tocante à aprovação da nomeação dos dirigentes de autarquias estaduais. A experiência revelou exemplos de inércia ou omissão relativamente à prática desses atos.

Em passado não muito remoto, a Assembléia Legislativa do Estado, por motivos políticos, omitiu-se, isto é, não incluiu na pauta, não aprovou e não rejeitou, por um período prolongado de mais de dois anos, todas as nomeações de dirigentes de autarquia estadual que lhe foram encaminhadas pelo Governo do Estado (13).

A omissão do Executivo, no tocante à prática de atos previstos na Constituição, é também frequente.

Relativamente a essa modalidade de inércia, o modo mais utilizado para impedir o descumprimento de dever constitucional, nos sistemas

---

(13) Veja-se notícia em *O Estado de S. Paulo*, de 18-11-1981, sob o título "STF decide: nomeação para autarquia é livre". Graças a manobras políticas, garantidas por uma oposição majoritária, o assunto não entrou em pauta e não foi submetido à aprovação ou rejeição durante longo tempo, permanecendo acéfalas várias autarquias, o que provocou graves perturbações na continuidade administrativa dos órgãos. Esse foi um dos fatores que levaram o Governo do Estado a solicitar ao Procurador-Geral da República arguição de inconstitucionalidade do artigo da Constituição que previa tal exigência (art. 17, X) e que acabou sendo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (Rp. nº 1.089-1/SP, 26-10-81). Observe-se que o preceito, ora declarado inconstitucional, figura nas Constituições paulistas desde a Constituição de 1947.

presidencialistas, é, ainda, a tipificação do ato ou omissão como *crime de responsabilidade*. Nos sistemas parlamentaristas, a responsabilidade do governo apura-se mediante mecanismos tais como o voto de desconfiança, que acarreta a destituição do Primeiro-Ministro ou do Gabinete de Ministros.

Ora, a inércia, nesses casos, poderá ser corrigida mediante o estabelecimento de sanções específicas, como, por exemplo, a edição do ato *ad referendum* do poder competente para revê-lo, a aprovação do ato pelo razoável decurso de prazo sem deliberação do poder competente para homologá-lo etc.

16. A inércia do Poder Executivo no exercício do poder regulamentar, sumamente perniciosa à vida constitucional dos Estados, tem suscitado polêmicas e, não raro, é submetida a soluções, nem sempre eficazes.

Não é a doutrina uniforme quanto à amplitude da discricionariedade do exercício do poder regulamentar. Discute-se, por exemplo, se o Poder Executivo é *obrigado* a expedir regulamentos, se é possível a lei fixar prazo, isto é, determinar o momento ou o período para a expedição do regulamento etc. A resposta à primeira indagação deve ser afirmativa. Sempre que a lei tiver que ser regulamentada, para ser aplicada, existe poder-dever do órgão competente para lhe dar execução, regulamentá-la. No tocante à fixação de prazos para regulamentar, posicionam-se, de um lado os que entendem inconstitucional o estabelecimento de qualquer prazo para regulamentação de leis<sup>(14)</sup>; de outro lado, posicionam-se os que consideram constitucional a fixação de prazo para expedição de regulamentos<sup>(15)</sup>.

Qualquer que seja a posição adotada, o fato é que a questão da "inércia" do exercício da atividade constitucional administrativa há de ser contornada por mecanismos constitucionais próprios, que não apenas a fixação constitucional de prazo, em especial quanto à expedição de decretos de regulamentação. É imperioso que se cogite desses tipos de mecanismos para evitar prejuízos graves à ordem constitucional e aos administrados.

(14) Cf. VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoria Constitucional*. Buenos Aires, Depalma, 1976, v. 2, p. 7. O Autor menciona decisão da Corte Suprema argentina, considerando incabível fixar prazo para cumprimento de leis, por força do princípio de Separação de Poderes. Nessa posição, também DIOGENES GASPARINI, ob. cit., p. 219, que analisa a matéria em face da Constituição brasileira. Considera o Autor que a Constituição arrolou, de forma exaustiva e expressa, todos os possíveis casos de fixação de prazo, não incluindo, entre esses, dispositivos admitindo prazos para regulamentação de lei pelo Executivo; acrescenta, ainda, como argumento em defesa de sua tese, que a previsão desse tipo de prazo seria uma imposição indevida de encargo ao Executivo.

(15) Cf. favorável a essa posição, MILTON GONÇALVES FERREIRA. *Do Regulamento e do Poder Regulamentar*. Maceló, Casa Ramalho, 1957.

Observe-se, por exemplo, a instituição do "Ombudsman", adotada inicialmente na Suécia e irradiada para outros países, com a nítida atribuição de controlar a execução das leis e proteger os administrados diante de sua inexecução que pode, inclusive, consistir na ausência dos competentes regulamentos.

Por igual, deve ser mencionado, no sistema francês, a figura do "médiateur", introduzida em 1973, com funções análogas (16), ou do Provedor da Justiça, em Portugal, cuja função, nos termos do art. 24 da Constituição de 1976, é a de receber "queixas por ações ou omissões dos Poderes Públicos" (17).

Não se propõe, para o Brasil, transplante, puro e simples, dessas instituições, mesmo porque elas não são plenamente eficazes para coibir a ausência ou o retardamento abusivo do Poder Executivo na expedição dos regulamentos de execução das leis. São meros exemplos que servem, apenas, para ressaltar o dever do Constituinte de encontrar meios adequados à nossa realidade, para evitar ou corrigir a "inconstitucionalidade por omissão" do Executivo, nesses casos.

## VI — Conclusão

Os males advindos da "omissão" dos poderes constituídos frente às disposições constitucionais são evidentes e não podem ser ignorados. Justifica-se, portanto, a nosso ver, afirmar que o tema aqui versado não pode deixar de constar da pauta de discussão dos trabalhos constituintes a serem desenvolvidos no próximo ano.

Sob dois ângulos, parece-nos, deve a problemática ser considerada:

a) de um lado, cabe elevar à categoria de princípio constitucional a figura da "inconstitucionalidade por omissão". Isto porque a inércia no plano constitucional configura procedimento pernicioso à normalidade constitucional, acarretando conseqüências desastrosas à vida constitucional dos Estados e arrastando, consigo, a descrença na Constituição. A consa-

---

(16) Cf. Lei nº 73/76. BERNAR MALIGNIER. *Les Fonctions du Médiateur*. Paris, Presses Universitaires, 1979.

(17) Cf. "Constituição da República Portuguesa", anotada por J. GOMES CANTILHO e VITAL MOREIRA, Coimbra Editor Ltda., 1978, pp. 89/90. Trata-se de uma versão do Ombudsman; ao Provedor da Justiça cabe dirigir "recomendações aos órgãos competentes para prevenir e reparar injustiças". Nomeado pela Assembléia da República, com independência assegurada pela Constituição, sua função se volta principalmente para a fiscalização da administração pública em seu todo.

gração do princípio, embora não suficiente em si, já terá o condão de abrir caminhos para que se possa exigir a efetiva aplicação constitucional, permitindo maior elasticidade de atuação do Judiciário inclusive no tocante à “construção jurisprudencial da Constituição”;

b) de outro, impõe-se criar meios de controle eficaz dessa modalidade de “inconstitucionalidade”.

A concretização do exercício desse controle, reconhecemos, é difícil e complexa, o que, todavia, não justifica, a nosso ver, descarte o Constituinte a tentativa de procurar soluções adequadas.

Dentre os possíveis meios a serem utilizados para o exercício de um controle efetivo, permitimo-nos sugerir, a par daqueles utilizados em outros sistemas constitucionais e possíveis de adoção por compatíveis com a realidade brasileira (18), os seguintes:

I) A fixação de prazos em matérias de maior relevância, de natureza legislativa ou não, com o estabelecimento de sanções específicas pelo descumprimento do prazo. Em se tratando, por exemplo, de atos dependentes de outro poder, a fórmula adotada poderá ser a edição do ato *ad referendum* do poder competente para revê-lo, atribuindo-se à rejeição efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, conforme a hipótese. Nesses casos, tanto a fixação de prazos como a atribuição de competência para editar atos referendáveis devem ser cercadas de cautelas, para evitar que o instrumento se torne veículo propício à predominância de um poder sobre outro, deturpando-se, desse modo, a finalidade objetivada.

II) Nos casos de omissão de iniciativa legislativa reservada — caso se mantenha tal reserva — poder-se-ia fixar, na Constituição, prazo razoável para o exercício dessa iniciativa (por exemplo, uma sessão legislativa anual). Após o decurso desse prazo, *in albis*, reverter-se-ia a competência da iniciativa, que poderia ser atribuída a outro poder. Assim, exemplificando, a iniciativa reservada ao Executivo, não exercitada, no curso da sessão legislativa seguinte poderia ser assumida pelo Poder Legislativo.

III) Por outro lado, poder-se-ia fixar, na Constituição, prazo razoável para expedição de leis complementares, integrativas etc. (por exemplo, a duração de uma Legislatura). Decorrido *in albis* esse prazo, atribuir-se-ia ao Executivo competência para expedir “regulamento de execução

---

(18) Cf. nosso *Processos Informais de Mudança da Constituição*. Tese de Doutorado, FADUSP, 1982. No Capítulo I do Título III tratamos especificamente da questão da “inércia no plano constitucional” e alinhamos algumas das sugestões ora propostas.

da norma constitucional” que teria força de lei até que o Poder Legislativo disciplinasse, por lei formal, a matéria.

IV) Ainda no tocante a inércia dos poderes constituídos, relativamente ao exercício da função legislativa, poder-se-ia cogitar da:

a) ampliação da participação direta do povo, especialmente a nível local, com as cautelas necessárias, mediante os instrumentos da iniciativa popular, do plebiscito e do referendo, e incentivo à participação dos órgãos da comunidade;

b) participação dos poderes estaduais, mediante a iniciativa legislativa, no tocante às leis de aplicação constitucional especialmente voltadas para os interesses peculiares do Estado-Membro.

V) A omissão do Poder Executivo, consubstanciada na ausência da *expedição dos regulamentos de execução das leis*, poderia ser juridicamente sancionada de vários modos:

a) pela tipificação da “omissão” como “crime de responsabilidade”, solução de relativa eficácia, pela conotação política desse instituto e seu procedimento;

b) pela fixação, na Constituição, de prazo razoável para o Executivo expedir o regulamento ou buscar a declaração da “inconstitucionalidade da lei”, nos casos em que esse for o fundamento para o descumprimento da norma;

c) para os casos em que a discordância do Executivo, quanto ao cumprimento da lei, decorre de fundamentação de mérito, poder-se-ia, dentro do mesmo prazo anterior, facultar ao Executivo que solicitasse nova manifestação do Legislativo ou submetesse a lei a referendo popular.

VI) Para corrigir a “inércia” dos poderes constituídos poder-se-ia cogitar, ainda, da ampliação do alcance dos remédios constitucionais:

a) para abranger os casos de omissão ou inércia dos poderes constituídos — qualquer deles — nas hipóteses que, presentemente, não são neles abrigadas e que, especificamente, envolvam direitos fundamentais e direitos dos administrados;

b) para permitir maior atuação do Poder Judiciário, com vistas à efetiva proteção desses mesmos direitos, eliminando-se algumas das limitações que se lhe impõem e que limitam sua ação na prestação jurisdicional em favor dos titulares de direitos impossibilitados de exercê-los pela inércia dos poderes estatais.

VII) As sugestões constantes particularmente dos itens II, III e V, para produzirem efeitos com vistas à efetiva responsabilidade dos detentores do poder diante da inobservância de dever constitucional, implicarão na atribuição, a órgãos específicos, da fiscalização e controle do cumprimento das disposições constitucionais. Para tanto, poder-se-ia incumbir, expressamente, órgãos — tais como o Procurador-Geral da República e os Procuradores-Gerais dos Estados — do exame periódico do desenvolvimento efetivo da atividade legislativa com vistas à aplicação das normas constitucionais e o conseqüente cometimento de competência a órgãos especiais para levantamento e proposição, junto aos poderes competentes, de medidas que visem a:

a) edição da norma legal de aplicação da Constituição;

b) reforma do texto constitucional por inoportuno, inviável ou irrealizável, ou no caso de texto transitório, por ter-se esgotado pelo cumprimento;

c) inexecução das leis por ausência do competente regulamento. (No tocante às normas programáticas, caberá, como é óbvio, distinguir aquelas cujo conteúdo é inesgotável e que, portanto, por sua própria natureza, demandarão constantemente a atuação do legislador. Veja-se, por exemplo, a norma do art. 180: "O amparo à cultura é dever do Estado").

O relatório resultante desse exame, além de ser encaminhado aos órgãos competentes omissos, deveria ter ampla publicidade, de modo a se informar a opinião pública relativamente à matéria, permitindo-lhe posicionar-se a respeito.

VIII) Nos casos em que couber, ou em que as medidas sugeridas acima não forem, por si, suficientes à fiscalização da omissão, deverá a verificação da existência da "inconstitucionalidade por omissão" ser atribuída a um órgão com função de controle constitucional, de preferência uma Corte Constitucional, que, de resto, em nosso entender, deverá ser criada. Esta, presentes os pressupostos fixados pela Constituição, particularmente no tocante à omissão do legislador — mediante provocação ou não do Procurador da República, dos Procuradores-Gerais dos Estados, de Comissões, Associações, da iniciativa popular ou do poder interessado — tomará conhecimento da inconstitucionalidade e dela dará ciência aos poderes envolvidos, além de dar à sua decisão a publicidade necessária para que se produzam os efeitos e se desencadeiem os procedimentos previstos na Constituição.

Combinam-se nestas sugestões, como se vê, meios de controle político e jurisdicional, com vistas à efetiva aplicação da Constituição.

# A Constituição de 1934

RONALDO POLETTI

Procurador de Justiça do Estado de São Paulo. Professor da UnB. Ex-Consultor Jurídico do Ministério da Justiça. Ex-Consultor-Geral da República. Assessor Especial do Ministro da Educação

## SUMÁRIO

1. A oportunidade do tema
2. A Comissão do Itamaraty
3. O anteprojeto
4. A Constituinte
5. A Constituição de 1934
  - 5.1 O Executivo
  - 5.2 A reação clerical
  - 5.3 A matéria não constitucional
  - 5.4 A questão eleitoral
  - 5.5 A segurança nacional
  - 5.6 O Senado
  - 5.7 O controle da constitucionalidade das leis
  - 5.8 A representação classista
  - 5.9 O Judiciário
  - 5.10 Revisão e emenda da Constituição
  - 5.11 Avaliação final
- Bibliografia

1. Não bastasse a importância histórica da Constituição de 1934, fruto de nossa terceira Constituinte, a justificar a atenção da Ciência do Direito Constitucional, o cotejo da sua situação histórica com a dos nossos dias, é suficiente para demonstrar a oportunidade de seu estudo.

A semelhança repousa em vários pontos. Antes, como agora, se fala em Constituinte, desaguadouro natural dos anseios gerais e necessidade impostergável. Assim foi no início dos anos 30. A Constituinte e a nova Carta nasceram de duas revoluções, a de 30 e a de 32<sup>(1)</sup>. A primeira tinha um ideário liberal em política, embora os acontecimentos posteriores a transformassem num projeto social democrático e, em seguida, na causa eficiente de uma ditadura bajuladora do fascismo europeu. Já o heroísmo paulista de 32 pode ter tido causas econômicas, não identificadas na época (reação política dos fazendeiros de café contra a ameaça de sua hegemonia pelas novas forças da economia, situadas na cidade e na indústria), ou motivos políticos sediados no regionalismo (a política do café com leite), desalojado do Poder pela revolução vitoriosa, mas, inobstante isso, o movimento de São Paulo foi cunhado de revolução constitucionalista, e as multidões, que nas ruas carregavam entusiasmadas as suas bandeiras, não sabiam das discutíveis conclusões fornecidas pelas futuras análises históricas. Na verdade, imbuído de ideais pela Constituição, o povo paulista ergueu-se em armas e ofereceu o sangue de sua mocidade em holocausto à Pátria. Debalde foi o esforço da propaganda governamental em acoirar o movimento da terra de Piratininga como separatista<sup>(2)</sup>. Improcedente o argumento de que a revolução paulista atrasou a constitucionalização, porque posterior ao ato do Governo que fixava a data para a realização das eleições à Assembléia Constituinte e criava

- 
- (1) Cf. WALDEMAR FERREIRA, *História do Direito Constitucional Brasileiro*, Max Limonad, 1954; sobre a Revolução de 30 e seus reflexos constitucionais, cf. também ARAÚJO CASTRO, *A Nova Constituição Brasileira*, Freitas Bastos, 1935, pp. 27 e segs., onde se faz menção, ainda, aos documentos do Governo Provisório, preparatórios da Constituinte.
- (2) Cf. HAMILTON LEAL, *História das Instituições Políticas do Brasil*, Rio de Janeiro, Estado da Guanabara, 1962, onde, à página 487, está escrito: "Não cabe aqui fazer-se a história desse glorioso movimento — o que um dia certamente será feito —, mas, apenas, dizer que São Paulo deu tudo quanto tinha e podia pelo bem do Brasil: o ouro do seu povo; a conversão e improvisação de sua indústria de guerra; o esforço heróico de suas mulheres; o sangue generoso de sua mocidade. Tudo; tudo num gesto inédito na nossa vida! Estava, porém, escrito que teria de lutar só e, pior, sofrer o insulto daqueles que lhe faziam guerra, principalmente do comandante-em-chefe das forças ditatoriais, General Pedro Aurélio de Góis Monteiro, que, num esforço ridículo de propaganda, dizia tratar-se o movimento constitucionalista de São Paulo de uma revolução separatista. Durante quase três meses o povo de São Paulo e as suas forças militares lutaram brava e heroicamente pela conquista do ideal da reconstitucionalização, resistindo a um cerco de ferro e fogo. Para vencê-lo, teve a ditadura que mobilizar todos os seus elementos armados de terra, mar e ar, inclusive tropas de reserva e forças irregulares. Não fosse o colapso e a apcstasia do comando da força pública do Estado — que negociou armistício em separado com o inimigo — e a guerra teria continuado por muito tempo ainda."



a Comissão para elaborar anteprojeto da futura Constituição (3). O decreto do Governo Provisório foi de maio de 32, quando os sucessos de São Paulo já ocorriam há meses. Foram eles que forçaram o Governo a criar a Comissão e a anunciar as eleições. A rigor, desde a vitória em 1930, foi colocada a questão da necessidade quase imediata da convocação de uma Constituinte. Um ilustre alagoano, Sampaio Dória, Professor da Faculdade de Direito de São Paulo, que tão importante papel iria desempenhar na luta de 32, assinalara, já em 1930, que realizada a tarefa preparatória de estabelecer as condições da nova legalidade, a Constituinte haveria de ser convocada como solenemente prometido, não sendo razoável prolongar-se, além do estritamente indispensável, o regime dos poderes discricionários (4).

EDUARDO ESPÍNOLA faz análise objetiva do episódio:

“Se há uma idéia, se há um sentimento, que a parte esclarecida de nossa população cultua com acendrado vigor, é o da liberdade do indivíduo em face do Estado, assegurada por uma Constituição democrática.

O despotismo e a ditadura, os regimes totalitários, a despeito dos desvios de imitadores irrefletidos e da propaganda deletéria de elementos estranhos, são repelidos e condenados intransigentemente pela opinião nacional.

O movimento revolucionário de São Paulo em 1932 é uma bem significativa demonstração dessa convicção democrática.

Julgando-se retardada a promessa de se estabelecer no País o regime constitucional, pois mais de um ano decorrerá, sem qualquer empreendimento para tal fim, agitou-se a classe culta do grande Estado, apoiada por elementos políticos, conquistando e apaixonando profundamente a grande massa popular, com extensa repercussão em outros Estados.

É verdade que o Código Eleitoral da República fora já decretado (a 24 de fevereiro de 1932) e que um decreto de maio de 1932 fixara o dia 3 de maio de 1933 para as eleições à Assembléia Constituinte. Mas a impaciência dos que reclamavam a imediata restauração do regime constitucional do País, e a desconfiança de uma dilatação indeterminada

---

(3) Cf. AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, *Um Estadista da República (Afrânio de Melo Franco e seu Tempo)*, Rio, Nova Aguilar, 1976.

(4) Cf. SAMPAIO DÓRIA, *A Revolução de 30*, preleção, São Paulo, 1930, apud PEDRO CALMON, *História do Brasil, Século XX. A República e o Desenvolvimento Nacional*, vol. VI, 2.<sup>a</sup> ed., Rio, J. Olympio, p. 2.279.

dos poderes discricionários do Governo Provisório, tornaram irrefreável a reação que empolgara todas as camadas sociais do Estado, determinando a grande revolução de 9 para 10 de julho, em que não faltaram inequívocas demonstrações de sinceridade cívica e heróicos sacrifícios" (5).

O próprio AFONSO ARINOS, defensor da idéia de que São Paulo retardou o processo de integração do País no regime constitucional, considera a relatividade dessa assertiva, para admitir a possibilidade de a rebelião paulista haver "contribuído dramaticamente para apressar o movimento legalista, tirando força moral ao Governo vitorioso, para contra o mesmo movimento resistir" (6).

Assim sendo, as idéias mestras, que governaram os espíritos dos homens com influência nos trabalhos constituintes, eram, de um lado, o binômio da propaganda da Revolução de 30: justiça e representação; de outro, a constitucionalização do País, cobrada por uma revolução derrotada pelas armas, mas cuja força espiritual iria marcar de forma indelével a política nacional.

Falava-se, na época, em República Velha e República Nova. Para que a Nova República se efetivasse, era preciso uma Constituição fiel aos novos tempos, capaz de ser a síntese das aspirações nacionais.

O mundo vinha de grandes transformações. O século XX nascera em meio ao otimismo da técnica e da ciência. Colocados de lado os valores da cultura e da filosofia, não tardou que a Primeira Grande Guerra, e suas terríveis conseqüências, deitassem por terra as esperanças do cientificismo. O mundo do Estado liberal começara a ruir. A Constituição de Weimar institucionalizara a social-democracia, procurando conciliar a liberdade individual com a necessidade de um Estado, cuja função não ficaria restrita à produção das normas jurídicas, mas estenderia a sua atuação de maneira que se transformasse num Estado não meramente de direito, mas também um Estado político e administrativo. A Revolução soviética, por sua vez, impusera a presença organizada da massa de trabalhadores no poder, através de um partido disciplinado e coeso na sua doutrina ideológica, o qual, tomando posse da máquina estatal, seria fiel aos desígnios de planejamento total em matéria de economia e aos de vivenciar, a seu favor, os defeitos que apontava no mesmo Estado, quando em poder da burguesia e dócil às determinações da estrutura capitalista de produção. De repente, o mundo tomara consciência de situações dramáticas que iriam pôr em risco a felicidade imaginada por abstrações liberais.

(5) Cf. EDUARDO ESPINOLA, *A Nova Constituição do Brasil. Direito Político e Constitucional Brasileiro*, Rio, Freitas Bastos, 1948, pp. 69 e 70.

(6) Cf. AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, vol. II, "Formação Constitucional do Brasil", Rio, Forense, 1960, p. 176.

Não! O mundo não vai por si só! Não é possível deixar fazer e assistir a passagem da vida. O Estado precisa intervir. Impõe-se ao homem a direção da História. A fome representa um fantasma, também, para as sociedades capitalistas mais prósperas. O direito não há de apenas garantir a liberdade, porque esta gera quase sempre a escravidão em face das desigualdades naturais. "Entre o rico e o pobre, o patrão e o operário, o forte e o fraco, é a liberdade que escraviza e é o direito que liberta" (LACORDAIRE). Para contrabalançar os ideais de uma democracia voltada para os aspectos sociais, as idéias do fascismo progrediam e iriam precipitar o maior de todos os conflitos.

A Velha República, no entanto, era dominada pelo bacharelismo do direito privado. Eram todos civilistas e comercialistas. Este era o direito que importava. Nada de direito público, o qual, não tendo o prestígio das academias jurídicas, também não merecia o respeito devido pelos governantes. Havia RUI BARBOSA, com o gigantismo de sua palavra e de sua vida política, mas ele era também desiludido com a República e apontava os desvios da política em relação ao ideário dos republicanos históricos. RUI estaria, também, na oposição à Velha República. O direito público nas mãos da oligarquia era mais um instrumento para a utilização do poder, do que a condição necessária para o seu exercício (7). Essa é a explicação do fato de como, em uma República dominada pelos bacharéis, havia tanta fraude nas eleições, tanto desvirtuamento das instituições, o clima, enfim, que levou ao ciclo revolucionário, cujo epílogo está em 1930. Ou prosseguiu e, talvez, ainda prossiga.

Embora não tenhamos qualquer perspectiva histórica para uma avaliação de nossa contemporaneidade, parece fora de dúvida que também estamos diante de grandes transformações mundiais. A automação altera sobremaneira as relações de produção e indica uma revolução mais aguda do que a decorrente da invenção da máquina a vapor e do corolário na industrialização. A cibernética e a informática subvertem todos os planos do conhecimento. O fantasma da guerra atômica atemoriza o mundo inteiro e a Segunda Guerra Mundial fez aflorar a desgraça dos preconceitos e o vazio de um direito meramente formal. O Estado parece, mais uma vez, tudo açambarcar. O comunismo soviético matou o mito do Estado evanescente. A idéia de planejamento total esboroou na catástrofe da diminuição da produtividade. O problema dos conflitos entre países, ou entre grupos deles, vem passando a ser equacionado não mais em função das posições ideológicas e políticas, mas em razão ou da posição estratégica e geopolítica ou, como decorrência do grau de desenvolvimento que une as

---

(7) Sobre uma influência do Direito Privado e o menosprezo do Direito Público, cf. AFONSO ARINOS, *Um Estadista...*, cit.

Nações, pela semelhança de suas dificuldades. A questão social adquiriu uma dimensão incomensurável. Já não é suficiente o Estado político-administrativo, como não o era o Estado de direito; agora se espera um Estado de justiça que sirva ao homem, incluindo a proteção de sua liberdade e de mínima intervenção estatal. É o grande paradoxo: um Estado forte e eficiente, mas que intervenha pouco. As idéias socialistas se fortaleceram dentro de um esquema democrático e postergaram o regime de igualdade fundado na ausência de liberdade. Querem o planejamento e a liberdade.

É lógico que as situações pré-constituintes são sempre semelhantes, mas mudando o que deve ser mudado, a nossa contemporaneidade tem um sabor comum ao do clima da Constituição de 1934. Reclama-se da falta de justiça, não apenas a social; pede-se por participação e questiona-se a legitimidade da representação; deseja-se a Constituição, como apanágio de um Estado de direito democrático, tido como ausente nos últimos anos. E, no entanto, tal como os homens da Primeira República, também os responsáveis pelos governos revolucionários pós 64 julgam haver feito o melhor e não ter-se distanciado dos valores jurídicos e políticos democráticos, tanto quanto as circunstâncias lhes possibilitaram. Se na Primeira República, o direito público não era forte na formação dos governantes, sobretudo quanto à forma escurreita e ética na sua aplicação, os anos recentes representaram notável concessão ao materialismo econômico, fazendo tudo depender do fato econômico que se desejava controlar com categorias econômicas, sem qualquer consideração com as de caráter jurídico e mesmo cultural.

A grande diferença, porém, reside que em 1930 estávamos prontos para o debate, enquanto agora a discussão sobre a Constituinte sobrepujou em muito a temática da própria Constituição. Tanto a Comissão que elaborou o anteprojeto, como a Constituinte promulgadora do novo texto constitucional, refletem alto nível das idéias em jogo. Nível não somente intelectual e cultural, como também patriótico. Os temas abordados indicavam fórmulas novas e colocações não ortodoxas. Naquele momento não se poderia dizer, como nos últimos anos, que nossos constitucionalistas estão abraçados com cadáveres de idéias mortas. Em relação a essas novidades da Lei Maior, originária da nossa terceira Constituinte, considerando que elas ainda estão em pauta, é que se pode afirmar, ainda uma vez, a oportunidade do estudo da Constituição de 1934. AFONSO ARINOS, referindo-se aos trabalhos da Comissão, chega a afirmar que "muito do bom e muito do mau da organização política brasileira, desde então até à lei vigente, tem a sua origem nos debates daquela Comissão" (8).

---

(8) *Idem*, *ibidem*, p. 1.045.

Do ponto de vista formal, inspiraram-se os estadistas de então na Constituição de Weimar, de 1919 e na Constituição Republicana espanhola, de 1931. A lei de 1934 foi elaborada de acordo com o pensamento jurídico da época, o qual, nascido depois da Primeira Grande Guerra, buscava a racionalização do poder (9). Tal era a tônica de um livro muito divulgado no Brasil, de então: **As Novas Tendências do Direito Constitucional**, de autoria de MIRKINE GUETZÉVITCH, tradução de CÂNDIDO MOTTA FILHO e apresentação de VICENTE RÃO. A então nova Constituição espanhola vem traduzida no volume (10).

Sobre essa obra, há trecho de discurso de CARLOS MAXIMILIANO que, além de Constituinte, foi membro da Comissão elaboradora do anteprojeto. A passagem merece transcrição, pois revela o clima da época e, ainda, se reveste de atualidade:

“Há um escritor que, hoje, está em voga. No Brasil tudo é moda, até mesmo a celebridade científica. Aqui a moda domina, desde os lugares em que se faz **footing** na cidade, até as idéias e livros que se procuram e preferem.

Quando se reuniu a Comissão de 91, um livro de título impressionante, **La Politique Expérimentale**, de LÉON DOMAT, dominava as ruas e o recinto das Assembléias. Era um livro bom, medíocre entretanto, em que apenas se vulgarizavam idéias que não eram de seu autor; mas produzia sempre, porém, a vantagem de dar um tom um pouco mais prático ao excesso de romantismo dominante no momento. Agora, é MIRKINE GUETZÉVITCH, para a direita e para a esquerda. Esse senhor, como todos os indivíduos de sua raça, tem uma grande facilidade para línguas, maneja vários idiomas. Traduziu ele, pois, as Constituições, realizou trabalho que, naturalmente, lhe dá grande renda, mas no qual dele existe somente um pequeno prefácio, em geral bem feito. Traduziu obras notáveis de HANS KELSEN e outros. É, enfim, um vulgarizador inteligente, e mais nada.

Ora, exatamente como ele publicou os textos das Constituições do mundo, vejo nos bondes, nos hotéis, nos ônibus, os livros dele em todas as mãos e as Constituições alemã e austríaca, e que sei, reboam nos ouvidos da gente de manhã até a noite.

(9) Cf. AFONSO ARINOS, **Algumas Instituições Políticas no Brasil e nos Estados Unidos**. Rio, Forense, 1975, pp. 58 e segs.

(10) Cf. B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, **As Novas Tendências do Direito Constitucional**, São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1933.

Sr. Presidente, o Brasil é talvez o único País do mundo, em que os homens cultos ainda sustentam a velha e erradíssima parêmia *in claris cessat interpretatio*. Por isso mesmo, um texto desta natureza, correndo entre todas as mãos, se serve, para alguns, de um guia útil, de momento para outro, ao contrário, faz tomar o caminho errado.

Se saber direito fosse simplesmente colecionar textos, felizes de nós, estudiosos dessa ciência. Toda a nossa biblioteca caberia numa mala inglesa de viagem, porque os códigos, em geral, são impressos em pequenos volumes de papel China, de maneira que se traria a legislação dos povos cultos em pequeno espaço. Uma economia enorme de dinheiro e tempo; um saber fácil de impressionar e baratíssimo de adquirir. O erro vem de longe. Há alguns anos, quando se começou a ver o valor extraordinário do direito comparado, como meio, como auxiliar para interpretação construtora das leis, no Brasil se criaram nas Academias aulas de Legislação Comparada, com que se cansava a memória dos rapazes com a obrigação de, depois de um texto, declarar qual o número correspondente do Código francês, espanhol etc. Caíram logo em si, verificando que isso era um erro: o auxiliar não é a legislação; porém o direito comparado. A inovação não tinha fundamento nem na própria ciência jurídica tradicional, porque *scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*.

Não bastava conhecer os textos: o principal era conhecer a sua força, o seu poder, o seu alcance, a sua história, a sua aplicabilidade. Essas aulas felizmente desapareceram. Vai-se, como se devia ir, à proporção que se expõe uma doutrina, um capítulo, acompanhando com o direito comparado: não com a legislação comparada; e nesse terreno, MIRKINE GUETZÉVITCH nos servirá muito pouco. Será necessário procurar os comentadores das Constituições hodiernas, o que é mais penoso, porque as mais novas nem comentários têm. Não são traduzidas do alemão, uma língua de que quase ninguém gosta e pela qual tive a ingenuidade de me apaixonar muito cedo. Dessas consultas apressadas, simplesmente aos textos, resulta um mal formidável, que já tenho apurado nos numerosos projetos de Constituições integrais ou parciais, que me chegaram e estão chegando às mãos todos os dias.

O Brasil é o País em que todo mundo sabe direito, todo mundo discute direito, todo mundo fala sobre direito. Eu recebi projetos integrais de Constituições, escritos por militares, engenheiros, médicos, farmacêuticos e advogados. Ontem, ainda, recebi dois. Todos os dias me chegam às mãos.

Vejo que são exatamente outras tantas vítimas de MIRKINE GUETZÉVITCH" (11).

2. O Decreto nº 21.402, de 14 de maio de 1932, do Governo Provisório, fixou o dia 3 de maio de 1933 para a realização das eleições à Assembléia Constituinte e criou a Comissão para elaborar o anteprojeto da futura Constituição. O ato foi assinado por Getúlio Vargas, Francisco Campos, José Fernandes, Leite de Castro, Oswaldo Aranha, Protógenes P. Guimarães, Afrânio de Melo Franco, Joaquim Pedro Salgado Filho, Mário Barbosa Carneiro (como encarregado do expediente do Ministério da Agricultura, na ausência do Ministro), Fernando Augusto d'Almeida Brandão (encarregado do expediente, na ausência do Ministro da Viação e Obras Públicas). Seus *consideranda* referiam-se, em face da constituição dos Tribunais Eleitorais, ao início da fase de alistamento dos cidadãos para a escolha de seus representantes à Assembléia Constituinte; à conveniência em prefixar-se prazo para que se habilitem os cidadãos ao direito de voto; à utilidade de abrir-se um *debate nacional em torno das questões fundamentais da organização política do País*. A Comissão, sob a presidência do Ministro da Justiça, seria composta de tantos membros quantos fossem necessários à elaboração do texto e de maneira tal que estivessem nela "representadas as correntes organizadas de opinião e de classe, a juízo do Chefe do Governo" (12).

Em 1º de novembro de 1932, editou o Governo o Decreto nº 22.040, que regulava os trabalhos da Comissão, confessando a necessidade de apressar o seu funcionamento. O diploma fixava o **quorum** de 1/3 de seus membros para a instalação de suas reuniões e de maioria absoluta para as deliberações; estabelecia as atribuições do seu Presidente, o Ministro da Justiça, dentre elas a de "designar um segundo presidente, que terá, quando em exercício, todas as funções e direitos do efetivo" e a de "nomear, para formar um projeto de Constituição, que sirva de base às deliberações do plenário, uma subcomissão, composta de um terço dos membros da comissão, compreendidos obrigatoriamente neste número os Ministros de Estado a ela presentes". Nomeada a subcomissão deveria receber ela, no prazo de quinze dias, *sugestões dos membros da Comissão*, "bem como de quaisquer instituições culturais, sindicatos, associações científicas, academias, tribunais judiciários e órgãos representativos de correntes de opinião". O decreto, em tela, disciplinava ainda o trâmite dos trabalhos até o envio de sua conclusão ao Chefe do Governo Provisório (13).

(11) In HÉLIO SILVA, 1934. *A Constituinte*, Rio, Civilização Brasileira, 1969, pp. 62/64.

(12) Verificar conteúdo do cit. decreto in JOSÉ AFFONSO MENDONÇA DE AZEVEDO, *Elaborando a Constituição Nacional*, Belo Horizonte, 1933, p. 257.

(13) Cf. *idem*, *ibidem*, pp. 258/259.

A subcomissão reuniu-se, pela primeira vez, no dia 11 de novembro de 1932, na residência do presidente, de fato, dos trabalhos, que foi Afrânio de Melo Franco, Ministro das Relações Exteriores. Antunes Maciel, o Ministro da Justiça, transferiu-lhe, na prática, o encargo<sup>(14)</sup>. Integraram a subcomissão: Melo Franco (presidente), Assis Brasil, Antônio Carlos, Prudente de Moraes Filho, João Mangabeira, Carlos Maximiliano, Arthur Ribeiro, Agenor de Roure, José Américo, Oswaldo Aranha, Oliveira Vianna, Góes Monteiro e Themístocles Cavalcante (secretário da comissão geral).

Reuniu-se a subcomissão cinqüenta e uma vezes, encerrando-se seu trabalho a 5 de maio do ano seguinte. Dela se retiraram antes do término, Arthur Ribeiro, José Américo e Oliveira Vianna e outros, posteriormente a seu início, prestaram a sua colaboração: Castro Nunes e Solano Cunha. As atas das sessões foram coligidas por José Affonso Mendonça de Azevedo em um volume, onde constam também outros documentos interessantes<sup>(15)</sup>.

A primeira questão colocada foi sobre qual o documento a servir de base para os trabalhos. Embora reconhecidos alguns pontos altamente benéficos da Constituição de 1891, foi ela afastada. Carlos Maximiliano, eleito Relator Geral, teria como primeira tarefa a de apresentar um esquema com as linhas gerais da futura Carta a discutir-se. Foi o que ele apresentou, na forma de um índice e dos primeiros vinte e dois artigos, na segunda sessão, no dia 15 de novembro. Nessa reunião, foi feita uma distribuição de temas: **Conselho Nacional** — Melo Franco, José Américo e Prudente de Moraes; **Família, Educação, Ordem Econômica e Social** — José Américo, João Mangabeira e Oliveira Vianna; **Defesa Nacional, Organização das Forças Armadas e Policiais dos Estados** — Góes Monteiro; **Poder Judiciário** — Arthur Ribeiro e Antônio Carlos; **Política Econômica e Financeira** — Antônio Carlos, Agenor de Roure e Oswaldo Aranha; **Direitos e Deveres Fundamentais e Cidadania** — Melo Franco e Themístocles Cavalcante.

A Comissão reuniu-se, no início de seus trabalhos, na residência, em Copacabana, do seu presidente Melo Franco. Mais tarde, deslocou-se para o Palácio do Itamaraty, donde o nome que lhe foi consagrado: **Comissão do Itamaraty**.

Uma primeira intervenção de João Mangabeira, na segunda sessão, logo após a apresentação do documento elaborado por Carlos Maximiliano, marca bem o tom dos debates e a preocupação, até aquele momento, inédita na condução histórica dos nosos assuntos de governo. Está registrado na ata:

(14) Cf. *idem*, *ibidem*, ata da 1.<sup>a</sup> sessão, p. 263, e AFONSO ARINOS, *Um Estadista da República*, cit.

(15) Cf. *op. cit.*, de JOSÉ AFFONSO MENDONÇA DE AZEVEDO.



“O Sr. João Mangabeira salienta que todas as Constituições modernas têm como orientação acabar com as desigualdades sociais. Se a Constituição brasileira não marchar na mesma direção, deixará de ser revolucionária para se tornar reacionária” (16).

Não será difícil, a partir dos nomes da Comissão, desenhar o conteúdo ideológico dos debates, que poderiam ir desde uma inclinação fascista, presente nos espíritos revolucionários mais jovens, até uma postura fortemente esquerdista, mas de feição democrática, na presença de João Mangabeira, jurista, orador brilhante e cultor de Rui Barbosa. Góes Monteiro exprimia um nacionalismo militarista, desconfiado das tradições liberais e da técnica da democracia clássica. Oliveira Vianna, discípulo de Alberto Torres, vinha impregnado de concepções sociológicas de cunho aristocrático e autoritário e revelava a grande crítica à República, cuja Constituição lhe parecera distante da realidade nacional (17). Como Alberto Torres, era também um desiludido com a forma adotada pela República. José Américo e Oswaldo Aranha tinham aspirações a uma justiça social fundada num Estado forte, à moda européia. Antônio Carlos indicava o equilíbrio, que de forma candente iria manifestar-se na presidência da Constituinte. Themístocles Cavalcante estava no início de sua brilhante carreira, como cultor do direito público. Arthur Ribeiro era magistrado, membro do Supremo Tribunal Federal. Carlos Maximiliano, nome que dispensa qualquer comentário, já havia sido Consultor-Geral da República e era uma grande expressão da Ciência do Direito no Brasil. Mais tarde, à Comissão vieram integrar-se Castro Nunes, Agenor de Roure e Oto Prazeres.

3. O anteprojeto, elaborado pela Comissão do Itamaraty, conteve linhas revolucionárias, muitas não aproveitadas na futura Constituição que, apesar de rotulada de progressista, acabou por prender-se aos princípios republicanos tradicionais (18). É verdade que a Constituição introduziu matérias, seguindo o modelo de Weimar, até então consideradas estranhas ao direito constitucional, mas as grandes inovações vieram do anteprojeto, além daquelas que, presentes nesse, não integrariam aquela.

O anteprojeto adotava o unicameralismo, a eleição indireta do Presidente da República, um Conselho Supremo, a unidade no processo judiciário e, em parte, da magistratura; estabelecia amplas garan-

(16) *Idem, ibidem*, p. 274.

(17) Cf. OLIVEIRA VIANNA, *O Idealismo na Constituição*, in coletânea de VICENTE LICÍNIO CARDOZO. *A margem da História da República*, Brasília, Ed. UnB, 1981.

(18) Cf. PEDRO CALMON, *op. cit.*, pp. 2.294 e segs.

tias sociais e preconizava a socialização de empresas; possibilitava a adjudicação aos posseiros da terra produtiva que, por cinco anos, ocupassem; tornava impenhorável a propriedade domiciliar; restringia o direito de herança à linha direta ou entre cônjuges; tratava da liberdade sindical e da expropriação do latifúndio, da assistência aos pobres e do salário mínimo; criava o mandado de segurança. Além disso, obrigava os Estados a usarem os símbolos nacionais e proibia-lhes de tê-los; integrava na legislação brasileira as normas de direito internacional universalmente aceitas; criava uma Comissão Permanente para representar a Assembléia Nacional nos intervalos de suas sessões; instituía uma Justiça Eleitoral; traçava normas sobre o orçamento e a administração financeira; cuidava da defesa nacional e criava territórios nacionais nas regiões fronteiriças, quando não possuíssem elas determinada densidade demográfica; fixava a capacidade eleitoral em 18 anos para ambos os sexos, tornando obrigatório o voto para os homens; permitia o serviço religioso nas expedições militares, hospitais, penitenciárias ou "outros estabelecimentos públicos"; punha a família sob a proteção do Estado e declarava a indissolubilidade do vínculo matrimonial; prescrevia normas para o ensino e cultura e tratava com ênfase da ordem econômica e social (19).

A defesa do anteprojeto que, sem dúvida, era bastante inovador, foi feita por João Mangabeira, através de artigos publicados na imprensa e que, posteriormente, se transformaram em livro muito interessante e valioso repositório de idéias novas para a época e ainda hoje suscetíveis de apreciação (20).

Mangabeira começa por refutar a crítica de que o anteprojeto, pelas diferentes tendências que o influenciaram e pelos interesses nele confluentes, não guardava a unidade necessária para uma Carta Política. Para ele, as Constituições espelham invariavelmente um ecletismo decorrente das transigências e da conciliação, feitas pelas pessoas que a elaboraram. Foi assim na Constituição americana, como na de Weimar, onde o autor do seu projeto, Preuss, fez muitas concessões, como o fizeram os sociais-democratas. Constituição sem ecletismo, somente ocorre através de fortes revoluções sociais, como aconteceu na Revolução comunista de 1917. No movimento de 1930, no Brasil, havia uma variação grande de tendências, "em cujo leito desaguavam correntes partidas de pontos opostos, em cujo bojo se abrigavam os interesses mais antagônicos, em cujas fileiras se atropelavam idéias mais adversas numa escala cromática, que se distendia do vermelho das reivindicações marxistas ao negro da reação clerical" (21).

(19) Sobre as novidades do anteprojeto. cf. PEDRO CALMON, *ibidem*, e HAMILTON LEAL, *op. cit.*, p. 478.

(20) Cf. JOÃO MANGABEIRA, *Em Torno da Constituição*, São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1934.

(21) *Idem*, *ibidem*, p. 13.

Um dos pontos cruciais da discussão constitucional, que viria a refletir no anteprojeto e na futura Constituição, era o da **Federação**. O tema era antigo. Desde os primórdios da República, quando os seus propagandistas a tornaram inseparável dos ideais federalistas, discutia-se, no País, o grau, a forma, a substância que deveria ter a nossa Federação.

Desde o início da era republicana procurou-se evitar o ultra-federalismo. Na verdade, as transformações econômicas e sociais do mundo, com implicações nas funções do Estado, acarretavam o distanciamento do federalismo dualista para o menor rigor de um cooperativismo federal. Até nos Estados Unidos da América ocorriam essas transformações, que a jurisprudência da Suprema Corte refletia e provocava.

No Brasil, a República padecia do mal de um federalismo que não se ajustava à realidade nacional. Como consequência, tínhamos uma espécie de falta de solidariedade constitucional para uma ajuda aos Estados pobres e padecíamos de uma política dos governadores, contra a qual, enfim, se fizera a Revolução.

A Reforma Constitucional de 1926 não resolvera o problema. Muito do anteprojeto se explica por essa preocupação em alterar a Federação.

O anteprojeto aumentava consideravelmente os casos de intervenção federal (art. 13), incluindo entre eles a hipótese de a intervenção visar a garantir o respeito a determinados princípios constitucionais, que os Estados deveriam observar na sua organização (art. 81).

Proclamava incumbir a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu governo e administração; estabelecia, no entanto, a possibilidade de o Estado receber da União suprimento financeiro, se por insuficiência de renda não provesse, de maneira efetiva, aquelas necessidades. Em tal caso, a União interviria na administração estadual, fiscalizando ou avocando o serviço a que o auxílio se destinasse, ou suspendendo a autonomia do Estado (art. 12).

Procurou, também, o anteprojeto dar força às sentenças, conferindo ao Supremo Tribunal e ao Superior Tribunal Eleitoral a competência de requisitarem a intervenção para cumprimento das decisões e ordens da Justiça (art. 13, e, § 3º).

O anteprojeto considerava nacionais certos interesses locais, como a instrução primária, a saúde pública e a viação férrea, bem como a radiotelegrafia, a navegação aérea, a circulação de automóveis, assuntos logo regulados por convenções internacionais<sup>(22)</sup>.

(22) *Idem, ibidem*, p. 17.

Golpeava de morte, ainda, os impostos interestaduais e os intermunicipais, vedando-os (art. 17).

Sintomático, ainda, o dispositivo projetado que determinava de uso obrigatório nos Estados o uso da bandeira, do hino e das armas nacionais, vedando-lhes ter símbolos ou hinos próprios (art. 6º).

Enfim, o anteprojeto procurava coibir os excessos do ultrafederalismo e buscava fortalecer a União, submetendo-lhe as polícias militares, que se constituíam em famosos exércitos policiais, organizados pelos Estados à revelia do Poder Central, que sobre elas nenhuma autoridade exercia (23).

Enfim, o anteprojeto era fruto do ideário da Revolução, que reagia contra a Carta de 91, de inspiração individualista e, por isso, na expressão de Mangabeira, código "tão amado por todos os inimigos, descobertos ou mascarados, das reivindicações do trabalho e dos direitos da pobreza" (24).

Outro ponto notável do anteprojeto residia na proposta de **unidade da magistratura**.

Na Comissão, Mangabeira e Themístocles Cavalcante defenderam a idéia da unidade.

O anteprojeto terminava com o sistema dualista da Constituição de 91, estabelecendo que "o Poder Judiciário será exercido por tribunais e juizes distribuídos pelo País; e o seu órgão supremo terá por missão principal manter, pela jurisprudência, a unidade do direito, e interpretar conclusivamente a Constituição em todo o território brasileiro" (art. 47). Proclamava como órgãos do Poder Judiciário, além do Supremo, o Tribunal de Reclamações, com sede na Capital da União, e os Tribunais de Relação, nas Capitais dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal. A justiça reger-se-ia por uma lei orgânica, votada pela Assembléia Nacional (art. 49) e os Estados fariam sua divisão judiciária, cabendo-lhes nomear os juizes que neles tiverem jurisdição, mas deveriam os Estados observar as prescrições ditadas pela Lei Maior. Esta era a novidade, além da criação da Justiça Eleitoral.

Prevalecera, na Comissão, a tese da unidade, que cairia na Constituinte.

Não era uma unidade radical, mas mitigada pela subordinação dos Estados a preceitos constitucionais.

Caberia a Mangabeira, mais uma vez, fazer a defesa do projeto. Sustenta que todo o mundo jurídico do País, pelas suas instituições,

(23) *Idem*, *ibidem*, pp. 18 e 19.

(24) *Cf. idem*, *ibidem*, p. 20.

se manifestava pela unidade, com exceção dos Tribunais estaduais dos Estados fortes, São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais. Rui a defendera na campanha civilista e no programa do Partido Liberal. A lógica parece, de fato, indicar que a unidade de magistratura decorre da unidade do direito; em sentido contrário, apenas a dualidade do direito material, como nos Estados Unidos da América, justificaria haja uma magistratura em cada Estado-Membro. Além de Rui, outros grandes nomes do direito brasileiro defendiam a unidade, dentre eles, Clóvis Beviláqua e João Monteiro.

A unidade não implicava em ferir a Federação. A própria Constituição austríaca, aliás, federal, elaborada pelo gênio de Kelsen, traduzia uma unidade: "toda jurisdição emana da Federação"; "a legislação federal fixará a organização e a competência dos Tribunais". Logo, não era impossível a unidade da magistratura em um Estado federal. A resistência à idéia da unificação parecia ouvir das oligarquias estaduais, que buscavam no federalismo absoluto a justificativa doutrinária para a dualidade. Mas a Revolução era em parte contra os exageros do ultrafederalismo, como o de Campos Salles, defensor da soberania dos Estados-Membros.

Tese sofisticada na defesa da dualidade era a de João Mendes, que sustentava a unidade de jurisdição, na dualidade da justiça.

O anteprojeto, em relação ao Judiciário, trazia ainda novidades expressivas quanto ao controle da constitucionalidade das leis. Deixava claro competir ao Supremo "interpretar conclusivamente a Constituição, em todo o território brasileiro", com o que se evitaria qualquer resistência nesse sentido, como se ensaiara no Brasil e houvera nos Estados Unidos da América. O anteprojeto estabelecia, também, que a inconstitucionalidade somente poderia ser decretada por votos de dois terços dos Ministros do Supremo. Aliás, trazia algumas interessantes inovações sobre o tema da inconstitucionalidade, valorizando a presunção em favor do Legislativo e dos atos das autoridades. Assim, proclamava que a declaração definitiva de inconstitucionalidade caberia ao Supremo e haveria recurso *ex officio* da decisão de qualquer Tribunal ou juiz que não aplicasse uma lei federal ou anulasse um ato do Presidente da República (art. 57, § 2º). Julgados inconstitucionais qualquer lei ou ato do Poder Executivo, as pessoas que estiverem nas condições do litigante vitorioso estariam amparadas pelo mandado de segurança (art. 57, § 3º), também objeto de proposta de criação pelo anteprojeto.

Paralelamente à questão da constitucionalidade, o problema da aplicação e da interpretação da lei, que não podiam contraditar o interesse coletivo (art. 58).

A grande inovação do anteprojeto, com reflexo no Judiciário, e atinente aos direitos individuais, consolidava o que já era uma evolu-

ção jurisprudencial, extremado a garantia do **habeas corpus** para somente o direito de ir e vir, e criando o mandado de segurança. Dizia o art. 102, § 21:

“Quem tiver um direito certo e incontestável ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal do Poder Executivo — poderá requerer ao juiz competente um mandado de segurança. A lei estabelecerá processo sumaríssimo que permita ao juiz, dentro de cinco dias, ouvida neste prazo, por 72 horas, a autoridade coatora, resolver o caso, negando o mandado ou, se o expedir, proibindo-a de praticar o ato, ou ordenando-lhe restabelecer integralmente a situação anterior, até que, em última instância, se pronuncie o Poder Judiciário. Não será concedido o mandado, se o requerente tiver, há mais de 30 dias, conhecimento do ato ilegal, ou se a questão for sobre impostos, taxas ou multas fiscais. Nestes casos, caberá ao lesado recorrer aos meios normais.”

Prosseguindo na demonstração de criatividade, pouco comum no pensamento constitucional brasileiro, o anteprojeto, além de dispensar os Tribunais regionais, criava, como já foi referido, o Tribunal das Reclamações, visando a diminuir o trabalho do Supremo Tribunal Federal. São temas e objetivos, passado meio século, ainda atuais.

Estabelecia o júri, com a organização e as atribuições que a lei ordinária lhe desse, atribuindo-lhe, porém, desde logo, o julgamento dos crimes de imprensa e os políticos, exceto os eleitorais (art. 62). Esse tema, também, é muito atual. Antes dos crimes dolosos contra a vida, os de imprensa e os crimes políticos, com muito maior razão, merecem ser julgados pelos cidadãos. O júri popular é que pode dar a medida da antijuridicidade dos fatos, quando se trata de violação perpetrada através da imprensa; ou tem condições de avaliar a real motivação política de atos delituosos. Por outro lado, atribuindo à lei ordinária a organização do júri, permitia o júri técnico.

No tocante ao Ministério Público, o anteprojeto reagia contra a República Velha, onde o Chefe do **parquet** era designado pelo Presidente da República, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal. Ainda é atual a projeção do anteprojeto:

“O Procurador-Geral será nomeado pela mesma forma e com os mesmos requisitos dos Ministros do Supremo Tribunal e terá os mesmos vencimentos; só perderá o cargo por sentença, ou mediante decreto fundamentado do Presidente da República, aprovado por dois terços da Assembléia Nacional; . . .” (art. 63, § 3º).

Por último, sempre voltado para a questão social, o anteprojeto assegurava aos pobres a gratuidade da justiça (art. 64).

A Comissão elaboradora do anteprojeto optou pelo **sistema unicameral**: “O Poder Legislativo será exercido pela Assembléa Nacional, com a sanção do Presidente da República” (art. 20). Era a tese vitoriosa de Mangabeira. Contra ela, apenas se manifestou a voz de Arthur Ribeiro, que aliás também se opusera à unificação da magistratura e que se retirara da Comissão em face da aprovação da emenda instituidora da federalização da organização judiciária<sup>(25)</sup>. O Senado seria suprimido. Em seu lugar seria criado o Conselho Supremo:

“O Conselho Supremo será órgão técnico consultivo e deliberativo, com funções políticas e administrativas; manterá a continuidade administrativa nacional; auxiliará, com o seu saber e experiência, os órgãos do Governo e os Poderes Públicos, por meio de pareceres, mediante consulta; deliberará e resolverá sobre os assuntos de sua competência fixada nesta Constituição” (art. 68).

O Conselho Supremo já havia sido objeto de proposta de Arnolfo Azevedo em 1912. Com a supressão do Senado, a idéia adquiria extraordinário relevo. Suas funções, como se vê, seriam amplas, diversificadas e complexas. Reminiscência tardia, talvez, do Conselho do Império, o grande órgão constitucional do antigo regime, suprimido em 1834 pelo Ato Adicional e restaurado em 1843, cujas atas são repositório de saber e de espírito público.

Seria o Conselho Supremo composto de 35 Conselheiros mais os ex-Presidentes da República, que houvessem exercido o cargo durante pelo menos três anos. Deveriam eles ser brasileiros natos, maiores de 35 anos, estar no exercício dos direitos políticos, com reconhecida idoneidade moral, reputação de notável saber ou ter exercido cargos superiores da administração ou da magistratura ou se salientado no Poder Legislativo Nacional, ou, de outro modo, por sua capacidade técnica ou científica (art. 67, § 1º). Os Conselheiros gozariam das imunidades asseguradas aos Deputados à Assembléa Nacional (art. 67, § 5º) e exerceriam o múnus por sete anos, podendo ser reeleitos ou nomeados para um novo setênio (§ 4º). Seriam escolhidos por critérios variados e algo sofisticados, embora de evidente sentido representativo: **a)** vinte e um, sendo um por Estado e um pelo Distrito Federal, mediante eleição pela Assembléa Legislativa local; **b)** três, por eleição de segundo grau, pelos delegados das Universidades da República, oficiais ou reconhecidas pela União; **c)** cinco representantes dos interesses sociais de ordem administrativa, moral e econômica, por eleição em segundo grau — designando a lei as entidades a que incumbe tal representação e o modo de escolha; **d)** seis nomeados pelo Presidente da República em lista de 20 nomes, organizada por uma comissão composta de sete Deputados, eleitos pela Assembléa Nacional, por voto secreto, e sete

(25) Cf. AFONSO ARINOS, *Um Estadista da República*, cit.

Ministros do Supremo Tribunal, eleitos por este, pela mesma forma" (§ 3º).

Verifica-se, por aí, embora mitigada, a questão da representação corporativa. O anteprojeto fazia a Assembléia Nacional composta por Deputados eleitos mediante sistema proporcional e sufrágio direto, igual e secreto, dos maiores de 18 anos, alistados na forma da lei (art. 22). Mas abria, embora de forma tênue, a perspectiva da representação corporativa no Conselho Supremo, com os representantes de interesses sociais de ordem econômica, moral e administrativa.

Interessante anotar, ainda, que o Conselho se reuniria em sessão plena, sob convocação do Presidente da República, em graves emergências da vida nacional, tomando assento na reunião, e votando os membros do Conselho Superior da Defesa Nacional, o Presidente da Assembléia Nacional, o do Supremo Tribunal e o Procurador-Geral da República (art. 68, § 2º).

Poderia, também, o Presidente da República convocar o Conselho Supremo para ouvi-lo diretamente acerca de assuntos relevantes de natureza política ou administrativa (art. 68, § 3º). As consultas, por sua vez, poderiam ser formuladas pelo Presidente da República; pela Mesa da Assembléia ou pela Comissão Permanente (outra inovação do anteprojeto); pelos Presidentes dos Estados; pelas Mesas das Assembléias dos Estados ou dos Conselhos Municipais (art. 68, § 3º).

Algumas das atribuições do Conselho Supremo são, de fato, notáveis: autorizar a intervenção nos Estados, quando esta é da competência exclusiva do Presidente da República; aprovar, ou não, a nomeação dos Ministros de Estado e do Prefeito do Distrito Federal; elaborar, quinquenalmente, projeto de lei, "destinado a conciliar os respectivos interesses econômicos e tributários, impedindo a dupla tributação; propor, à Assembléia Nacional, modificar a uniformidade dos impostos federais; resolver sobre a conveniência de manter-se a detenção política, por mais de 30 dias, ordenada na vigência do estado de sítio; decidir dos recursos interpostos nos casos de censura; propor à Assembléia projetos de lei; convocar extraordinariamente a Assembléia Nacional; representar perante a Assembléia contra o Presidente da República e os Ministros de Estado, no sentido de lhes ser instaurado o processo de responsabilidade, reunindo para esse fim os elementos úteis à acusação" (art. 69).

Assim, do ponto de vista do Legislativo, o anteprojeto suscitava duas novidades básicas: o unicameralismo e a revivência de um Conselho Supremo.

Mangabeira faz a defesa, mais uma vez, do anteprojeto<sup>(26)</sup>. O anteprojeto seguira o modelo de inúmeras Constituições do após-

(26) Cf. JOÃO MANGABEIRA, *op. cit.*, pp. 52 e segs.



guerra. Nos países bicamerais, a tendência sempre foi para o predomínio de uma das Câmaras, sendo que a Câmara Alta indicava, de forma invariável, um resquício da aristocracia do patriciado. Nos Estados Unidos da América, até, o predomínio do Senado não parece representar um bem, antes um mal, sintoma de uma oligarquia. Afinal, qual a razão de uma segunda Câmara? Revisora? Qual o fundamento disto? Na verdade, o Senado é desnecessário. Mais ainda: é prejudicial. Aos que argumentam com a Federação, Mangabeira opõe que o precedente americano tem mais autoridade do que razão. O sistema bicameral não é peculiar à Federação. Em inúmeros países de Estado federal, as Unidades federativas se representam desigualmente: o Império alemão, o Canadá, a República Alemã, a Áustria. Há, em contrapartida, Estados unitários com duas Câmaras. "O que caracteriza o Estado federal é sua coexistência com Estados constitucionalmente autônomos, dentro das raíais que a Constituição federal lhes traça, e a impossibilidade de modificação desta por lei ordinária da Assembléia Nacional"<sup>(27)</sup>. A época da votação por Estados passou. Isto era o que ocorria entre nós. As bancadas votavam de acordo com a opinião política ou econômica das regiões. As leis, no entanto, interessam à Nação. Não há razão para o Senado interferir no processo legislativo. Quanto aos direitos dos Estados, como os da União, "quem os assegura contra possíveis usurpações é o Supremo Tribunal, como guarda e intérprete máximo da Constituição"<sup>(28)</sup>.

O Senado seria substituído, com vantagens, pelo Conselho Supremo, o qual, de certa maneira, repercutia a idéia de Poder Coordenador, projetada por Alberto Torres <sup>(29)</sup>.

Na parte do Legislativo inovava o anteprojeto quanto à **iniciativa das leis**, que pertenceria: **a)** à Assembléia Nacional, por qualquer de seus membros ou de Comissões; **b)** ao Presidente da República; **c)** ao Conselho Supremo; **d)** às associações culturais e às profissionais devidamente reconhecidas (art. 34).

Na última parte, verifica-se, mais uma vez, a influência corporativista, desta vez salutar. Os representantes das corporações, profissionais e culturais, não integram uma Câmara, mas têm eles a iniciativa da lei.

Um dos pontos polêmicos do anteprojeto consistia na **eleição presidencial**. Far-se-ia ela por escrutínio secreto e maioria de votos da Assembléia Nacional, presente a maioria absoluta de seus membros. Não haveria Vice-Presidente. Os substitutos eventuais seriam o Presi-

(27) *Idem, ibidem*, p. 61.

(28) *Idem, ibidem*, p. 63.

(29) Cf. ALBERTO TORRES, *A Organização Nacional*, Brasília, Cia. Editora Nacional e UnB, 1982.

dente da Assembléa e o do Supremo Tribunal. Havendo vaga, proceder-se-ia sempre a nova eleição (art. 37).

Nesse ponto, como se vê, também o anteprojeto, além de moderno, apresenta questões à nossa contemporaneidade!

O interessante está em que a temática da eleição direta foi colocada perante a Comissão. Em um extremo, o sufrágio popular, com as críticas de sempre, agravadas há cinquenta anos pelas nossas deficiências em comunicação, e, no outro lado, a eleição pela Assembléa. No meio dessas posições, a idéia de Mangabeira: um colégio eleitoral, composto da Assembléa 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; dos Governadores, dos Presidentes das Assembléas 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<sup>(30)</sup>. Verificou-se, portanto, o tema da eleição direta, o da indireta e, curiosamente, o daquela feita por um Colégio Eleitoral, a qual Mangabeira, crítico das duas primeiras, não qualificava como indireta.

Onde, todavia, o anteprojeto anunciava marcantes novidades era na parte **social**. Trazia, como já foi referido, matérias até então consideradas não-constitucionais (p. ex. funcionários públicos, religião, família, cultura e ensino, ordem econômica e social). Deve decorrer daí a tendência nacional de inserir na Carta Política dispositivos materialmente não compreendidos pelo direito constitucional. Por isso, o texto projetado era mais extenso que o normal (135 artigos mais as disposições transitórias), embora não chegasse a ser uma enciclopédia. Afinal, perderia para as nossas futuras Cartas (a atual tem 217 artigos).

Alguns mandamentos do anteprojeto merecem destaque:

“A União poderá expulsar do território nacional os estrangeiros perigosos à ordem pública ou nocivos aos interesses do país, salvo se forem casados há mais de três anos com brasileiras ou tiverem filhos menores brasileiros” (art. 102, § 31 — a novidade estava na restrição humanitária ao instituto da expulsão).

“A União exige de brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil o cumprimento de deveres, expressos nos seguintes termos:

(30) Cf. JOÃO MANGABEIRA, *op. cit.*, p. 130.

§ 1º — Todo indivíduo tem o dever de defender esta Constituição e de se opor às ordens evidentemente ilegais (art. 103).

§ 2º — Todo indivíduo tem o dever de prestar os serviços que, em benefício da coletividade, a lei determinar, sob pena de perda dos direitos políticos, além de outras que ela prescrever.”

O anteprojeto cuidava da família, que merecia a proteção especial do Estado, repousando sobre o casamento e a igualdade jurídica dos sexos. O matrimônio seria indissolúvel (arts. 107 e 108).

Incumbiria ao Estado, nos termos da lei:

“a) velar pela pureza, sanidade e melhoramento da família; b) facilitar aos pais o cumprimento de seus deveres de educação e instrução dos filhos; c) fiscalizar os modos pelos quais os pais cumprem os seus deveres para com a prole e cumpri-los subsidiariamente; d) amparar a maternidade e a infância; e) socorrer as famílias de prole numerosa; f) proteger a juventude contra toda a exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual” (art. 110).

A proteção das leis quanto ao desenvolvimento físico e espiritual dos filhos ilegítimos não poderia ser diferente da instituída para os legítimos. Faculta-se ao filho ilegítimo a investigação da paternidade ou da maternidade (art. 109).

No Título **Da cultura e do ensino**, o anteprojeto era pródigo em normas programáticas de grande alcance social:

“O ensino primário é obrigatório, podendo ser ministrado no lar doméstico e em escolas oficiais ou particulares” (art. 111, § 2º).

“É gratuito o ensino nas escolas públicas primárias. Nelas será fornecido gratuitamente aos pobres o material escolar” (*idem*, § 3º).

Acenava com bolsas de estudo para os estudantes pobres. Proclamava-se que a admissão de estudantes nas escolas públicas, de todos os níveis, levaria em conta somente o merecimento, nada influyendo a condição dos pais (*idem*, § 5º). Garantia a liberdade da cátedra, mas proibia ao professor ferir os sentimentos dos que pensassem de forma diversa (§ 6º). Tornava obrigatórios nas escolas primárias, secundárias, profissionais ou normais, o ensino cívico, a educação e o trabalho manual (§ 7º)! Fazia da religião uma matéria facultativa de ensino nas escolas públicas, primárias, secundárias, profissionais ou normais, subordinado à confissão religiosa dos alunos (§ 8º)! Vê-se que não era absoluta a vitória da reação clerical.

Assim, o anteprojeto era revolucionário e notável, sobretudo no cotejo com a primeira Carta Republicana de 1891. Tais qualidades afluíam nas projeções da **ordem econômica e social**.

“A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que assegure a todos uma existência digna do homem. Dentro desses limites é garantida a liberdade econômica” (art. 113).

O direito de propriedade tem o limite na lei e a propriedade tem uma função social, não podendo ser exercida contra o interesse coletivo (art. 114, § 1º). Prevê-se a desapropriação por utilidade pública ou interesse social, “mediante prévia e justa indenização paga em dinheiro, ou por outra forma estabelecida em lei especial aprovada por maioria absoluta dos membros da Assembléia”.

**Nacionalismo:** as concessões para a exploração de minas e quedas de água seriam possíveis, mas somente a brasileiros ou empresas organizadas no Brasil e com capital nele integralizado (art. 115).

Usucapião **pro labore:** “aquele que, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, sem reconhecimento de domínio alheio, possui um trecho de terra que tornou produtiva pelo trabalho, adquire por isto mesmo a plena propriedade do solo, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença” (art. 116).

Admite a prescrição aquisitiva de terras públicas devolutas: “Ficarão proprietários gratuitos das terras devolutas, onde têm benfeitorias, seus atuais posseiros, se forem nacionais” (art. 116, § 1º).

Proíbe a usura e a define (art. 117).

Humaniza as execuções e as falências, desde que não fraudulentas, não se podendo reduzir à miséria o devedor. “A lei, ou na sua falta o juiz, providenciará a tal respeito” (art. 118, **caput**). “Será impenhorável a casa de pequena valia que servir de morada ao devedor e sua família, se ele não tiver outros haveres” (§ 1º). Em iguais termos, a propriedade rural, destinada a prover a subsistência do devedor e sua família (§ 2º).

Permite a socialização de empresas econômicas, mediante condições que estipula (art. 120). Faculta à União e aos Estados, através de lei federal, intervir na administração das empresas econômicas, inclusive para coordená-las, quando assim o exigir o interesse público (§ 1º).

Reconhece a herança exclusivamente na linha reta ou entre cônjuges. O imposto de transmissão seria progressivo (art. 122). Garante a liberdade de associação para a defesa das condições do trabalho e da vida econômica.

Proclama, ainda: “A lei estabelecerá as condições do trabalho na cidade e nos campos, e intervirá nas relações entre o capital e o trabalho para os colocar no mesmo pé de igualdade, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País” (art. 124).

Estabelece os princípios a serem observados na legislação sobre o trabalho: “a trabalho igual corresponderá igual salário, sem distinção de idade ou de sexo”; “a lei assegurará nas cidades e nos campos um **salário mínimo** capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais da vida de um trabalhador chefe de família”; a jornada de trabalho será de oito horas, e nas indústrias insalubres de seis horas, salvo o pagamento de horas extras; garantia ao trabalhador da necessária assistência em caso de enfermidade, bem como à gestante operária, podendo a lei instituir o seguro obrigatório contra a velhice, a doença, o desemprego, os riscos e acidentes do trabalho e em favor da maternidade; criação pelas empresas de um fundo de reserva do trabalho, capaz de assegurar aos operários, ou empregados, o ordenado ou salário de um ano, se por qualquer motivo a empresa desaparecer: obrigação de as empresas industriais ou agrícolas, com mais de cinquenta empregados, manterem, pelo menos, uma escola primária para o ensino gratuito de seus empregados, trabalhadores e seus filhos (origem do salário educação); obrigação de aquelas empresas providenciarem a assistência médica; “a legislação agrária favorecerá a pequena propriedade, facultando ao Poder Público expropriar os latifúndios, se houver conveniência de os parcelar em benefício do cultivador, ou de os explorar sob forma cooperativa”.

Prescrevia o anteprojeto que o Ministério Público velaria pela aplicação das normas protetoras do trabalhador urbano ou rural, bem como prestar-lhes-ia assistência gratuita.

Assegurava a assistência aos pobres (art. 125).

Criava uma espécie de contribuição de melhoria e de forma drástica: “A valorização resultante dos serviços públicos ou do progresso social, sem que o proprietário do imóvel para isso tenha concorrido, pertencerá, pelo menos em metade, à Fazenda Pública” (art. 127).

Programava a política agrária “no sentido da fixação do homem nos campos, a bem do desenvolvimento das forças econômicas do País. Para isto, a lei federal estabelecerá um plano geral de colonização e aproveitamento das terras públicas, sem prejuízo das iniciativas locais, coordenadas com as diretrizes da União. Na colonização dessas terras serão preferidos os trabalhadores nacionais” (art. 128).

Finalmente, um dispositivo interessante sobre a reforma constitucional:

“Art. 135. A Constituição poderá ser reformada mediante proposta de uma quarta parte, pelo menos, dos mem-

bro da Assembléa Nacional, ou de dois terços dos Estados, no decurso de um ano, representado cada um deles pela maioria de sua Assembléa. No primeiro caso, a reforma considerar-se-á aprovada, se aceita, mediante três discussões, por dois terços de votos dos membros presentes da Assembléa e do Conselho Supremo, em dois anos consecutivos. No segundo caso, se aceita, mediante três discussões, por dois terços de votos dos membros presentes da Assembléa, no ano seguinte à proposta dos Estados.

Parágrafo único — A reforma aprovada incorporar-se-á no texto da Constituição, que será, sob a nova forma, publicada com a assinatura dos membros da Mesa da Assembléa.”

Esse breve repassar pelo anteprojeto parece ser suficiente para demonstrar a sua importância na história do direito constitucional brasileiro, sobretudo na alta criatividade nela resultante. Um dos problemas da Constituição de 1934 foi, sem dúvida, o fato de os Constituintes não haverem absorvido bem a proposta, no fundo, bastante revolucionária. A Constituição, ao contrário do anteprojeto, pautou-se por uma desconfiança diante do Executivo. Condicionando tudo ao Legislativo, que daria a última palavra, a Carta de 34, por motivos transversos, preparou o golpe de Estado de 37.

Houve, na relação do anteprojeto e Constituição, idas e vindas. Exemplo disso foi questão da representação classista, de que eram partidários, na Comissão do Itamaraty, João Mangabeira, Góes Monteiro, Oswaldo Aranha, José Américo, Oliveira Vianna, Themístocles Cavalcanti. E contra, os vitoriosos no debate: Prudente de Moraes, Carlos Maximiliano, Antonio Carlos e Melo Franco.

Estávamos no auge da discussão da representação política, até hoje o nó górdio de qualquer teoria constitucional democrática, e era natural que a legislação, consideradas as circunstâncias do avanço dos trabalhadores e suas corporações, tratasse do problema.

A representação classista caiu na Comissão do Itamaraty, mas foi reintroduzida pela Constituinte (31).

Mangabeira era partidário da representação profissional. Indagado sobre ela, em entrevista à imprensa, responde:

“As Assembléas não se podem compor exclusivamente de representantes do povo, escolhidos por um eleitorado formado segundo o critério demográfico. Não, porque o Estado não se compõe somente de indivíduos, mas de indivíduos e corporações. Estas devem ter voz, nas questões que lhes

(31) Cf. AFONSO ARINOS, *Um Estadista...*, cit.; sobre os prós e contra a representação profissional, no plano doutrinário, Cf. ARAÚJO COSTA, op. cit., pp. 155 e segs.

interessam, e dizem, sobretudo, respeito à produção. O ponto delicado é ver como se representam. As Assembléias políticas devem exercer sobretudo a função política. Na minha opinião, deveríamos ter apenas uma Câmara, não muito grande para não enfraquecer, nem muito pequena para não se corromper. As Assembléias muito numerosas dificilmente se organizam e resistem; as muito reduzidas facilmente se corrompem e cedem.

Acho que nos bastaria uma Assembléia de mais ou menos a metade da Câmara dos Deputados dissolvida. Seria mais econômico para o Tesouro e mais útil e eficiente para o país. Mas uma Assembléia que funcionasse, salvo deliberação própria, o ano inteiro. Porque, sendo sua grande função a política, deveria sempre estar presente para controlar o Executivo. Dizia-se o diabo do antigo Congresso, comentava-se, em todos os tons, a sua subserviência; mas todos, todos os Presidentes, só desejavam vê-lo pelas costas, e todos os grandes golpes de arbítrio se guardavam para o intervalo das sessões. Porque o grande papel da assembléia política é o de fiscalização e de propaganda, é o de pulmões — por onde respiram os partidos políticos. A voz de um Deputado de oposição basta, muita vez, para evitar um abuso, impedir uma violência, ou fulminar um atentado. Mas a lei exige uma técnica, para a qual uma Assembléia não tem, nem pode ter o preparo especializado e indispensável. A função da Câmara deveria ser discutir, e aceitar ou rejeitar as leis que as comissões técnicas fizessem. Competiria à Assembléia política votar, por exemplo, pró ou contra o divórcio, porque não se trataria aí de um problema técnico-jurídico, mas social, político, religioso, se o quiserem, que qualquer homem decidirá de acordo com as suas convicções, seus sentimentos ou sua religião. Mas uma lei de divórcio exige uma técnica, na qual um engenheiro, um militar ou um padre geralmente não podem ser peritos. Em resumo, uma Assembléia política delibera e vota questões políticas ou sociais; mas não resolve, acertadamente, problemas de especialização ou de técnica” (32).

4. A Constituinte reuniu-se em Assembléia no dia 15 de novembro de 1933, no Palácio Tiradentes.

Para entendê-la, é mister remontar não apenas às Revoluções de 30 e 32, como ao ordenamento jurídico eleitoral que a precedeu.

Na verdade, não somente o ideário de 30 estava impregnado do tema eleitoral, como a Constituinte seria marcada pela presença emocionante da bancada paulista (33).

(32) Cf. JOÃO MANGABEIRA, *op. cit.*, p. 278.

(33) Cf. HÉLIO SILVA, *op. cit.*

Tais eram as condicionantes dos trabalhos: a revolução e sua legislação; e o espírito de desconfiança contra o governo provisório. Eram esses, também, o seu limite ou suas limitações.

O Código Eleitoral havia sido baixado pelo Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Afonso Arinos o qualifica de notável<sup>(34)</sup>. Criava ele o voto secreto, a Justiça Eleitoral, a representação proporcional, o sufrágio feminino e buscava a verdade da representação. Editado pelo Governo Provisório, ensejava a exclamação de Pedro Calmon: "representação (quando houvesse!)"<sup>(35)</sup>.

O antepenúltimo artigo do diploma decretal estabelecia:

"Art. 142 — No decreto em que convocar os eleitores para a eleição de representantes à Constituinte, o Governo determinará o número de representantes nacionais que a cada Estado caiba eleger, bem como o modo e as condições de representação das associações profissionais.

Parágrafo único — Cada Estado, o Distrito Federal e o Território do Acre constituirá uma região eleitoral."

Assim, bem antes do início dos trabalhos da Comissão do anteprojecto, já se decidira da representação profissional para a Constituinte. As categorias profissionais deveriam estar presentes na Assembléa Constituinte, não necessariamente na representação política determinada pela futura Constituição, embora ela, mitigada, prevalecesse também na futura Carta.

Veio o Decreto nº 22.653, de 20 de abril de 1933, que fixou o número e estabeleceu o modo de escolha dos representantes de associações profissionais que participariam da Assembléa Constituinte. De fato, dela fariam parte 40 deputados classistas, ao lado de 214 representantes eleitos.

Somados o Código Eleitoral e o Decreto Eleitoral da participação classista, o Governo avançava no condicionamento da futura Constituinte.

Mas as limitações impostas pelo Governo Provisório à Assembléa Constituinte não ficaram por ali. Do ponto de vista político, é lógico, os revolucionários paulistas não puderam participar da Constituinte<sup>(35)</sup>. Do prisma jurídico, o Decreto n.º 22.621, de 7 de abril de 1933, editou o Regimento Interno da Assembléa Nacional Constituinte (?). E este era, de fato, uma limitação à Constituinte, a par de ser uma intromissão injustificada nos trabalhos da Assembléa. Determinava o Decreto até os pormenores da instalação e a leitura do projecto de Constituição remetido pelo Governo Provisório (art. 15); tratava das emendas (art. 17); dispunha sobre a Comissão Constitucional incumbida

(34) Cf. AFONSO ARINOS, *Curso...*, cit., vol. II, p. 187.

(35) Cf. PEDRO CALMON, *op. cit.*



de dar parecer sobre o projeto (art. 19). O Presidente da Assembléa podia recusar o recebimento de emendas ao projeto constitucional (art. 33). Os Ministros de Estado poderiam ser convocados, mas tinham o direito de comparecer e de participar dos debates, sempre que o entendessem necessário ou quando fossem destacados pelo Chefe do Governo (art. 53).

A competência da Assembléa Constituinte se restringia à Constituição, à eleição do Presidente da República e à aprovação dos atos do Governo Provisório. Não detinha, portanto, qualquer poder legislativo.

O Chefe do Governo Provisório compareceu à sessão inaugural.

Antonio Carlos Ribeiro de Andrada foi o Presidente da Assembléa, nela desempenhando um grande papel.

O líder do Governo na Constituinte foi Oswaldo Aranha, que era Ministro e por isso tinha assento nos trabalhos. Era mais uma intromissão, porque não era Deputado, mas homem do Governo Revolucionário. Renunciou, todavia, logo à função e foi substituído por Medeiros Neto.

Na Comissão Constitucional, os estadistas tinham representação e seu presidente foi Carlos Maximiliano, o Vice, Levy Carneiro, e o Relator-Geral, Raul Fernandes.

Havia na Constituinte grandes nomes da política e do constitucionalismo, alguns deles se destacariam muito no desdobramento dos acontecimentos nacionais <sup>(36)</sup>.

Uma novidade era a presença dos socialistas, uns na qualidade de representantes classistas, outros eleitos pelo Partido Socialista de São Paulo.

Outro aspecto relevante foi a existência, até então inédita, de certo pluripartidarismo, refletindo correntes nacionais de opinião, independentemente das bancadas dos Estados.

Afonso Arinos anota que o parecer do Relator-Geral Raul Fernandes veio a indicar as principais diferenças entre o substitutivo e o Projeto do Itamaraty:

“Em primeiro lugar, o substitutivo atenua consideravelmente, no capítulo da Organização Federal, a centralização considerada excessiva que marcava o projeto, e restaura, em setores importantes, a tradição do nosso federalismo. Recusa a limitação do número de Deputados para os grandes Estados. Restabelece o Senado, suprimindo o Conselho Supremo, embora dando àquele uma posição fora do Legislativo. Aceita a participação de Congressistas no Ministério. Concorda com

(36) Cf. AFONSO ARINOS, *Curso...*, cit., p. 189.

a eleição indireta do Presidente da República, porém com um eleitorado especial, não apenas limitado ao Legislativo. Aliás, neste ponto, o parecer reconhece que se trata de simples providência temporária, pois o plenário ainda não se tinha firmado quanto ao importante assunto. Aceita, também, as chamadas emendas religiosas, do casamento indissolúvel e do casamento e ensino religioso. O capítulo referente à ordem econômica e social foi aceito com a inclusão das suas relevantes inovações, que procuravam nacionalizar e democratizar a economia, bem como proteger o trabalhador. Foram igualmente mantidos os capítulos dedicados às novas matérias constitucionais, como a educação, a família, o funcionalismo, a segurança nacional, a Justiça Eleitoral e outras, com algumas modificações secundárias” (87).

Documento importante sobre os trabalhos da Constituinte, incluindo um quadro comparativo entre o Projeto do Itamaraty, o substitutivo da Comissão Constitucional, a redação final e a Constituição promulgada, está no livro de LEVY CARNEIRO, **Pela Nova Constituição** (88).

Processados os trâmites legislativos, o texto da nova Constituição foi votado entre 7 de maio a 9 de junho. A promulgação se deu em 16 de julho de 1934. Houve grande entusiasmo.

Em cumprimento ao art. 1º das Disposições Transitórias, a Assembléia Nacional Constituinte elegeu, no dia imediato à promulgação, o Presidente da República para o primeiro quadriênio constitucional. O eleito tomou posse em sessão solene no dia 20 de julho, lendo juramento: “Prometo manter e cumprir com lealdade a Constituição federal, promover o bem geral do Brasil, observar as suas leis, sustentar-lhe a união, integridade e a independência.” Em 1937, foi perjuro!

A Assembléia transformou-se em Câmara dos Deputados e acumulou as funções do Senado, até a organização de ambos os casos, em eleições, noventa dias depois de promulgada a Constituição.

As Assembléias Constituintes dos Estados elegeriam os Governadores e os respectivos representantes no Senado. A representação profissional na Câmara deveria ocorrer em janeiro de 1935.

5. O fruto da Constituinte, a Carta de 34, deixou de absorver muitas das linhas do anteprojeto, que lhe fora submetido. Este era, na verdade, revolucionário. Como já foi dito, as influências da República

(37) *Idem, ibidem*, p. 191.

(38) Cf. LEVY CARNEIRO, **Pela Nova Constituição**, Rio, Coelho Branco, 1936; o livro de ANTÔNIO MARQUES DOS REIS, **Constituição Federal Brasileira de 1934**, Rio, Coelho Branco, 1934, contém também um quadro comparativo da Carta de 91 e do anteprojeto de 33.

Velha, as repercussões do movimento revolucionário paulista e a desconfiança pelos Constituintes do Executivo, fizeram-se valer.

### 5.1. O Executivo

A idéia era conter o Executivo. Isto, como a história demonstrou, não evitou 1937.

*Competia ao Presidente decretar o estado de sítio (art. 56, nº 13).* Mas quem lhe autorizava a medida era o Poder Legislativo (art. 175, **caput**). Se não estivessem reunidos a Câmara e o Senado, o Presidente da República deveria obter aquiescência prévia da Seção permanente do Senado e, nessa hipótese, as Casas se reuniriam dentro de trinta dias, independentemente de convocação (art. 175, § 7º). Reunido, o Poder Legislativo deliberaria a propósito, podendo revogar o sítio (art. 175, § 8º). Havia, também, várias restrições à execução da medida e o Presidente da República e demais autoridades seriam responsabilizados, civil e criminalmente, pelos abusos que cometessem.

De igual maneira, competia ao Presidente da República intervir nos Estados ou neles executar a intervenção (art. 56, nº 12). No entanto, a intervenção para garantir a observância dos princípios constitucionais seria decretada “por lei federal, que lhe fixará a amplitude e a duração, prorrogável por nova lei” (art. 12, § 1º).

Sempre o Legislativo dava a última palavra <sup>(39)</sup>.

Apesar de certa polêmica, a eleição do Presidente da República seria por *sufrágio universal, direto, secreto e maioria de votos (art. 52, § 1º)* <sup>(40)</sup>. Essa eleição nunca houve. Quando ia ocorrer, aconteceu o golpe de 37. Mas, promulgada a Constituição, a Assembléia Constituinte elegeu, nos termos do art. 1º das Disposições Transitórias, o Presidente da República para o primeiro quadriênio constitucional. O eleito foi o Chefe do Governo Provisório, o futuro ditador!

Não havia Vice-Presidente. Se o chefe da Nação não assumisse ou ocorresse vaga, haveria sempre nova eleição, salvo se a vacância ocorresse no último semestre do quadriênio, quando se aplicaria a regra da substituição, sucessivamente, pelo Presidente da Câmara, pelo do Senado e pelo da Corte Suprema (o novo nome do Supremo Tribunal).

A Constituição de 34 dispôs pela primeira vez sobre os Ministros de Estado, estabelecendo requisitos para a sua nomeação e definindo suas atribuições. A Carta de 91 não tratava do assunto <sup>(41)</sup>.

(39) Cf. EUCLIDES DE MESQUITA, *O Estado e as Constituições Republicanas no Brasil*, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1965, pp. 27 e segs.

(40) A propósito da discussão sobre a forma de eleição do Presidente da República, cf. ARAUJO CASTRO, *op. cit.*, pp. 211 e segs.

(41) *Idem, ibidem*, pp. 233 e segs.

## 5.2. A reação clerical

Contra o laicismo da Constituição de 1891, a referência à divindade volta ao preâmbulo: "Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, . . ." A invocação do nome de Deus, lembra-nos ARAÚJO CASTRO (42), velo atender aos sentimentos religiosos da quase totalidade do povo brasileiro.

Vedava-se, no entanto, às pessoas jurídicas de direito público interno, mais ou menos na forma tradicional, "estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos" e "ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto, ou igreja, sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo" (art. 17, II e III).

Era mantida, porém, e de forma expressa a representação diplomática junto à Santa Sé (art. 176).

Ninguém poderia ser privado de seus direitos por motivo de convicção filosófica, política ou religiosa, salvo pela isenção do ônus ou serviço que a lei imponha aos brasileiros (arts. 113, nº 4, e 111, b).

Garantia-se a liberdade de culto. As associações religiosas adquiririam personalidade jurídica nos termos da lei civil (art. 113, nº 5). Sempre que solicitada, seria permitida a assistência religiosa nas expedições militares, nos hospitais, nas penitenciárias e em outros estabelecimentos oficiais (art. 113, nº 6).

Os cemitérios teriam caráter secular. Livres neles os cultos religiosos. As associações religiosas poderiam manter cemitérios particulares sujeitos, porém, à fiscalização das autoridades competentes, sendo-lhes proibida a recusa de sepultura onde não houvesse cemitério secular (art. 113, nº 7).

A família, constituída pelo casamento indissolúvel, estava sob a proteção do Estado. A lei civil determinaria os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo (art. 144).

O casamento seria civil, mas o religioso produziria efeitos jurídicos, desde que presentes certas condições estabelecidas constitucionalmente (?) (art. 146).

Mas havia, também, uma preocupação higiênica e étnica, motivada quem sabe pelos fantasmas da sífilis: "a lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do País" (art. 145).

(42) Cf. ARAÚJO CASTRO, *op. cit.*, p. 56.

### 5.3. A matéria não constitucional

A Constituição manteve a linha do anteprojeto no tocante a constitucionalizar matéria não constitucional, e o fez, como reiteradamente temos afirmado, em consonância com o espírito da época e com o exemplo de Weimar e de outros Códigos Políticos em voga <sup>(43)</sup>.

A motivação dessa infiltração foi, por certo, de cunho social, mas de lá a esta data as pressões têm logrado inserir no texto da Lei Maior mandamentos de pouca, ou nenhuma, natureza constitucional. Destinadas a garantir situações, não raro privilegiadas, terminam por transformar a Carta Magna não em um instrumento do governo para proporcionar o desenvolvimento nacional, mas em uma máscara de ferro a impedir o progresso das instituições, notadamente na sua perspectiva jurídica, impedidas de aprimorarem-se através da legislação ordinária.

Assim, além da matéria de direito civil (família e casamento) e de direito administrativo (cemitérios), já referidas, houve também o Título VII (arts. 168/173) sobre os funcionários públicos, matéria típica da Administração.

Fruto, ainda, da questão social, havia normas sobre a ordem econômica, garantida a sua liberdade, dentro dos limites da justiça e das necessidades da vida nacional, “de modo que possibilite a todos existência digna”. “Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do País” (art. 115). Seguiu, aí, as pegadas do anteprojeto. E, em geral, na parte da ordem social, econômica, na atinente à educação, cultura, trabalho e previdência (arts. 121/123, 148/158).

### 5.4. A questão eleitoral

Manteve a Constituição a idéia do sufrágio universal, igual e direto (art. 23) para os representantes na Câmara dos Deputados, salvo *quanto aos eleitos pelas organizações profissionais na forma que a lei viesse a indicar*.

Na eleição presidencial, embora para o primeiro mandato, como já referido, tenha sido pela própria Assembléia Constituinte, o sufrágio, além de universal e direto, seria também **secreto** (art. 52, § 1º). O sufrágio feminino vinha assegurado: “São eleitores os brasileiros

(43) É sintomática a existência de um pequeno livro, editado em 1932, pela Pigner e Cia., Editores, Rua Frei Caneca, 43, intitulado **O Memento Constitucional**, contendo a tradução das Constituições da Alemanha, dos Estados Unidos da América, da Espanha, dos Estados Unidos do México e da República Oriental do Uruguai.

de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei” (art. 108). Aliás, a Declaração dos Direitos e Garantias Individuais, ao estabelecer a igualdade perante a lei, vedava quaisquer privilégios, distinções, por motivo de nascimento, **sexo**, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas” (art. 115, nº 1).

A questão do sufrágio, na perspectiva política, ficou um tanto prejudicada. Primeiro, porque, nos termos da Constituição, a eleição para Presidente não houve, salvo a indireta pela Assembléia Constituinte; segundo porque os membros do Senado e os Governadores, da primeira e única leva, foram eleitos, também, de forma indireta, pelas Assembléias Constituintes dos Estados (art. 3º das Disposições Transitórias).

### 5.5. A segurança nacional

Enquanto o anteprojeto havia tratado da defesa nacional, a Constituição de 34 fala, pela primeira vez, em segurança nacional (Título VI, arts. 159 e segs.). As questões a ela ligadas seriam estudadas e coordenadas pelo Conselho Superior de Segurança Nacional, presidido pelo Presidente da República e pelos Ministros de Estado, bem como pelos Chefes do Estado-Maior do Exército e da Armada (art. 159).

Havia, assim, o Conselho de Segurança Nacional.

Os dispositivos refletiam, também nessa parte, a preocupação dos revolucionários de 30 e de seus antecedentes militares. A direção política da guerra ficaria com o Presidente, mas as operações militares a cargo do Comandante-em-Chefe do Exército ou das Forças Navais (art. 160).

Surgia, de igual maneira, a definição clássica das forças armadas: “instituições nacionais permanentes, e, dentro da lei, essencialmente obedientes aos seus superiores hierárquicos. Destinam-se a defender a Pátria e garantir os poderes constitucionais, a ordem e a lei” (art. 162).

Exaltava o serviço militar (art. 163) e obrigava a todo brasileiro o juramento à bandeira nacional (*idem*), mas avançava para declarar que “o serviço militar dos eclesiásticos seria prestado sob forma de assistência espiritual e hospitalar às forças armadas” (art. 163, § 3º).

O Título “Da Segurança Nacional” é extenso e importante, nele tudo, ou quase, que acabou por se transformar permanente em nossas Constituições.

Anote-se, por último, e com reflexos na Federação, art. 167: “as polícias militares são consideradas reservas do Exército e gozarão das mesmas vantagens a este atribuídas, quando mobilizadas ou a serviço da União”.

## 5.6. O Senado

O problema do Conselho Supremo, tal como conhecido no anteprojeto, teve desdobramento curioso no texto constitucional aprovado.

A solução foi um pouco híbrida. Não vingou o unicameralismo. Mas do Conselho projetado se fez o Senado, como órgão colaborador da Câmara, a qual, esta sim, deveria exercer o Poder Legislativo (v. art. 22). Mas o Senado guardou a função de Poder Coordenador, atribuída, antes, ao Conselho Supremo projetado. A ele incumbiria promover a coordenação dos poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição e colaborar na feitura de leis (art. 88) <sup>(44)</sup>.

A competência legislativa do Senado vinha mitigada. O texto da Lei Maior enumerava os casos em que o Senado colaboraria com a Câmara na elaboração legislativa: estado de sítio, sistema eleitoral e de representação, organização judiciária federal, tributos e tarifas, mobilização, declaração de guerra, celebração de paz e passagem de forças estrangeiras pelo território nacional, tratados e convenções com as nações estrangeiras, comércio internacional e interestadual, regime de portos, navegação de cabotagem e nos rios e lagos do domínio da União, vias de comunicação interestadual, sistema monetário e de medidas, banco de emissão, socorro aos Estados (art. 91). Na competência legislativa, uma importante: a de rever os projetos de código e de consolidação de leis, que devessem ser aprovados em globo pela Câmara (art. 91, VII).

Como se vê, avultava em sua competência legislativa a matéria concernente à Federação ou com implicações na política federativa.

Eram atribuições privativas do Senado a aprovação prévia das nomeações de determinados magistrados e dos chefes de missões diplomáticas no exterior; a autorização para empréstimos externos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; a autorização para a intervenção federal nos Estados, no caso de aquela visar a pôr termo

(44) Sobre a idéia do Senado, como órgão coordenador dos poderes e a contradição disto com o princípio da harmonia e igualdade entre aqueles, cf. ARAÚJO CASTRO, *op. cit.*, pp. 302 e segs.

à guerra civil; a iniciativa das leis sobre intervenção federal, e em geral das que interessem determinadamente a um ou mais Estados; a suspensão de concentração de força federal nos Estados, quando as necessidades de ordem pública não a justificassem (art. 90).

Competência curiosa do Senado, reminiscência talvez da idéia do Poder Coordenador ou Moderador, consistia em fiscalizar a legalidade dos regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, suspendendo a execução dos dispositivos ilegais (art. 91, II). Aí, a função era política, mas também jurisdicional. Política e de cunho fiscalizador era a de propor ao Executivo, mediante reclamação fundamentada dos interessados, a revogação de ato das autoridades administrativas, quando praticados contra a lei ou eivados de abuso de poder (art. 91, III).

Reminiscência, ainda, da idéia do Conselho Supremo, projeção originária do anteprojeto, era a competência de organizar, com a colaboração dos Conselhos Técnicos, ou dos Conselhos Gerais em que eles se agruparem, os planos de solução dos problemas nacionais (art. 91, V).

Os Conselhos Técnicos foram criados para prestar assistência aos Ministérios. Podiam agrupar-se em Conselhos Gerais, órgãos consultivos da Câmara e do Senado. A composição, o funcionamento e a competência dos Conselhos seriam regulados pela lei ordinária, mas a Constituição determinava que metade de seus membros seriam pessoas especializadas, estranhos aos quadros do funcionalismo do respectivo Ministério e vedada aos Ministros tomarem deliberação, em matéria da sua competência exclusiva, contra o parecer unânime do respectivo Conselho (art. 103) <sup>(45)</sup>.

Passou o Senado a ter uma notável competência, no tocante ao controle da constitucionalidade das leis, consistente em suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

### 5.7. O controle da constitucionalidade das leis

Aliás, a Constituição de 34, nas pegadas do anteprojeto, trouxe muitas contribuições a esse tema do controle da constitucionalidade <sup>(46)</sup>.

De fato, estabeleceu o recurso extraordinário das decisões das causas decididas pelas justiças locais em única ou última instância,

(45) Sobre os Conselhos Técnicos, cf. ARAÚJO CASTRO, *op. cit.*, p. 323. A sua justificativa, perante a Assembléa Constituinte, foi feita pelo major Juarez Távora.

(46) Cf. o meu *Controle da Constitucionalidade das Leis*, Rio, Forense, 1985, p. 91; e na *Constituição de 34*, *op. cit.*, de ARAÚJO CASTRO, pp. 241 e segs.



quando se questionasse sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição (art. 76, III).

Determinava, ainda, que só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público (art. 179).

Mas, a mais importante inovação estava na citada competência do Senado. Era a maneira de solucionar um dos mais graves problemas do controle da constitucionalidade. A ausência da regra do **stare decisis** implica em que os juizes não estão obrigados a deixar de aplicar lei, declarada inconstitucional pelo Supremo. A solução da Constituição permitia dar efeitos **erga omnes** a uma decisão num caso concreto. Além disso, atenuava-se o problema da quebra de harmonia e equilíbrio entre os Poderes, pois remetia a um órgão do Poder Legislativo a atribuição de suspender a execução da lei declarada inconstitucional.

Outra importante inovação foi a obrigatoriedade de os Estados-Membros se constitucionalizarem com a observância de determinados princípios, sob pena de intervenção federal. Esta dependeria de o Procurador-Geral da República provocar o exame do Supremo sobre a constitucionalidade da lei violadora do pressuposto. Criava-se, assim, a ação direta de inconstitucionalidade.

A Constituição de 34 contribuiu, ainda, para o controle da constitucionalidade, ao arrolar, dentre os direitos individuais, o mandado de segurança, possibilitando que os atos das autoridades fossem impugnados, desde que fundados em lei inconstitucional.

### 5.8. A representação classista

Prevaleceu na Constituição a idéia da representação classista. A Câmara dos Deputados compor-se-ia de representantes do povo, eleitos mediante sistema proporcional e sufrágio universal, igual e direto, e de representantes eleitos pelas organizações profissionais (art. 23).

Disponha, ainda, a Lei Maior que os Deputados das profissões seriam eleitos na forma da lei ordinária por um sufrágio indireto das associações profissionais, reunidas nos seguintes grupos: lavoura e pecuária; indústria; comércio e transportes; profissões liberais e funcionários públicos (art. 23, § 3º).

O total dos Deputados das três primeiras categorias seria no mínimo de seis sétimos da representação profissional, distribuídos igualmente entre elas, dividindo-se cada uma em círculos correspon-

dentes ao número de Deputados que lhe caiba, dividido por dois, a fim de garantir a representação igual de empregados e empregadores. O número de círculos da quarta categoria corresponderia ao dos seus Deputados (art. 23, § 4º).

Com exceção da quarta categoria, haveria em cada círculo profissional dois grupos eleitorais distintos: um, das associações de empregadores; outro, das associações de empregados (art. 23, § 5º).

Seriam os grupos constituídos de delegados das associações, eleitos mediante sufrágio secreto, igual e indireto por graus sucessivos. Na discriminação dos círculos, a lei deveria assegurar a representação das atividades econômicas e culturais do País. Ninguém poderia votar em mais de uma associação profissional. Os estrangeiros não votariam (art. 23, §§ 6º a 9º).

### 5.9. O Judiciário

As novidades mais importantes sobre o Poder Judiciário ficaram por conta da criação da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar.

Prevaleceu a tese da dualidade, vencida a proposta unitária, que federalizava toda a Justiça, da Comissão. Arthur Ribeiro, Ministro do Supremo Tribunal e que saíra da Comissão por não concordar com o unitarismo, viu a sua opinião vitoriosa na Constituinte, sobretudo porque sustentada pelos representantes originários dos Estados mais fortes, e ricos, da Federação (47).

A Constituição cuidou dos tribunais e juízes federais.

O dualismo vinha temperado, não tanto como no anteprojeto, que idealizara Lei Orgânica a reger a Justiça como um todo. Os dispositivos da Constituição federal influenciavam a constitucionalização dos Estados, que haveria de respeitar os princípios relativos às "garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público" (art. 7º, I, ●).

Quanto às garantias da irredutibilidade, o texto pretendeu (!?) resolver o problema do imposto de renda incidente sobre os vencimentos dos magistrados. São eles vencimentos irredutíveis, "ficam, todavia, sujeitos aos impostos gerais" (art. 64, c).

O texto, de maneira sintomática, estabelecia restrições aos magistrados e ao Poder Judiciário. O juiz, mesmo em disponibilidade, sob

---

(47) Ainda sobre a unidade da magistratura, cf. ARAÚJO CASTRO, *op. cit.*, pp.248/249, onde se transcreve famoso texto de RUI, defensor da idéia, em sua plataforma de 1910.

pena de perda do cargo, não poderia exercer qualquer outra função pública, salvo o magistério (art. 65). Vedava-se-lhe, ainda, a atividade político-partidária (art. 67); e ao Judiciário, “conhecer das questões exclusivamente políticas”.

Mantinha-se, na trilha do anteprojeto, a instituição do júri, com a organização e as atribuições que a lei lhe desse (art. 72). Abria-se, portanto, a perspectiva de um maior sentido democrático para o júri.

Depois de alguma discussão (houve substitutivo que propôs lista quántupla de múltiplas origens), prevaleceu a idéia de que os Ministros da Corte Suprema (nome dado ao Supremo Tribunal Federal, de hoje) seriam nomeados, com aprovação do Senado, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada, não devendo ter, **porém**, salvo os magistrados, menos de 35, nem mais de 65 anos de idade (art. 74). *Sábio o limite máximo! Impedia a nomeação por pouco tempo de juizes para a mais alta Corte do País. Evitava-se, assim, que a sua contribuição fosse por um prazo mínimo, já que a aposentadoria compulsória os colhia, como agora, numa determinada idade.*

Uma criação interessante da Constituição de 34 era o Tribunal Especial, presidido pelo Presidente da Suprema Corte e composto de nove juizes, três dessa última Corte, três Senadores e três Deputados, com competência para julgar os crimes de responsabilidade do *Presidente da República, dos Ministros da Suprema Corte, dos Ministros de Estado*, quando em conexão com os do Presidente da República (art. 58, § 7º).

A Constituição delegava à lei a criação de Tribunais federais, quando assim o exigirem os interesses da justiça (art. 78). Criava, todavia, um tribunal (seria o nosso Tribunal Federal de Recursos), cuja denominação e a organização a lei estabelecia, composto de juizes nomeados pelo Presidente da República, com iguais requisitos dos da Suprema Corte (art. 79).

Havia, porém, interessante dispositivo atinente à nomeação de juizes federais, escolhidos pelo Presidente da República, em lista quántupla, dentre indicados por escrutínio secreto pela Corte Suprema (art. 80, parágrafo único).

## 5.10 Revisão e emenda da Constituição

*Já o anteprojeto trazia novidade valiosa para o processo da reforma constitucional, mas o texto da Carta foi magistral, recriando uma*

idéia da Constituição do Império que restringia o que devesse ser considerado constitucional.

O art. 178 estabeleceu a distinção entre emenda e revisão.

No caso de modificação da estrutura política do Estado, da organização ou competência dos poderes da soberania, segundo dispositivos que menciona, seria revisão. Fora essas hipóteses, seria emenda.

Para a emenda, o procedimento mais simples, incluindo a iniciativa; na revisão, haveria maior rigidez.

A idéia era pertinente porque compatibilizava a extensão do texto constitucional, invasor de matérias impróprias, com a possibilidade de maior ou menor rigidez, consoante a natureza intrínseca dos dispositivos.

### 5.11. Avaliação final

A Constituição de 34, qualificada por PONTES DE MIRANDA como "a mais completa, no momento, das Constituições americanas" (46), não foi revista, nem emendada, mas rasgada pelo golpe de 37!

Seu pequeno tempo de vigência não afasta, ou elimina, a sua importância histórica. Ela, embora durasse pouco, projetou, e ainda o faz, sua influência sobre o tempo do futuro. De certa forma, ressurgiu em 46. E não será difícil correlacionar muitas de suas disposições com as inseridas na Lei Maior, de 67 até os dias de hoje. Algumas de suas inclinações têm aperecido no debate nacional, apesar de, na aparência, estarem superadas. No entanto, o seu significado não se refere, tão-somente, a um ideário formal, cuja origem está na correlação entre o anteprojeto da Comissão do Itamaraty e o texto aprovado pela Constituinte, mas em sua experiência. Pouco importa seu diminuto tempo de vigência e eficácia. Soubemos, depois dela, da insuficiência das Cartas Constitucionais, sobretudo para a realização do regime democrático. Elas não bastam a isto. Encerram em si apenas alguns dos elementos necessários à democracia.

A Constituição de 34 representou um progresso na direção do realismo constitucional, no cotejo com o idealismo de 91. Inobstante tenha se perdido em normas programáticas, as quais, embora de valor ideológico, resultaram em ineficácia. Foram sonhos irrealizados. Em face disso, a socialização ou a social-democracia, apesar de per-

(46) Cf. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil*, Rio, Guanabara, 1934.

manecerem historicamente nos textos constitucionais, continuam na dependência da realização econômica da sociedade e do desenvolvimento cultural do povo.

De qualquer forma, em 34, pudemos realizar a convivência dos fatores políticos (a revolução) com a inteligência constitucional brasileira (a Comissão do Itamaraty e os ilustres da Constituinte) para a elaboração da Carta. Fomos capazes, também, de conciliar tendências as mais variadas no ambiente político nacional, sem perda do conteúdo e da eficiência técnico-jurídica.

Assim sendo, a Constituição de 34 vale pelas idéias revolucionárias que absorveu e até pelas que rejeitou. Sua experiência não foi a de um triênio, mas justamente a de, apesar de seus engenhosos dispositivos, não ter impedido a derrocada de 37. Ficará ela, todavia, para sempre como um repositório valioso de temas constitucionais e como um marco relevante de nosso constitucionalismo republicano.

#### BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO CASTRO. **A Nova Constituição Brasileira**. Rio, Freitas Bastos, 1935.
- BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Brasileiro: O Problema da Federação**. Rio, Forense, 1982.
- CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. Vol. I, Rio, Forense, 1977.
- CALMON, Pedro. **História do Brasil, Séc. XX, A República e o Desenvolvimento Nacional**. Vol. II, 2ª ed., Rio, J. Olympio, 1963.
- CARNEIRO, Levy. **Pela Nova Constituição**. Rio, Ed. Coelho Branco, 1936.
- ESPÍNOLA, Eduardo. **A Nova Constituição do Brasil. Direito Político e Constitucional Brasileiro**. Rio, Freitas Bastos, 1946.
- FERREIRA, Waldemar. **História do Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo, Max Limonad, 1954.
- JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed., Rio, Forense, 1977.
- LEAL, Hamilton. **História das Instituições Políticas do Brasil**. Rio, 1962.
- MANGABEIRA, João. **Em Torno da Constituição**. São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1934.
- MARQUES DOS REIS, Antônio. **Constituição Federal Brasileira de 1934**. Rio, Ed. Coelho Branco, 1934.

- MELO FRANCO, Afonso Arinos de. **Um Estadista da República (Afrânio de Melo Franco e seu Tempo)**. Rio, Nova Aguillar, 1976.
- . **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. Vol. 11 ("Formação Constitucional do Brasil"), Rio, Forense, 1960.
- . **Algumas Instituições Políticas no Brasil e nos Estados Unidos**. Rio, Forense, 1975.
- . **A Câmara dos Deputados. Síntese Histórica**. Brasília, Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, 1976.
- . **Direito Constitucional. Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil**. 2ª ed., Rio, Forense, 1981.
- MENDONÇA DE AZEVEDO, José Afonso. **Elaborando a Constituição Nacional**. Be'o Horizonte, 1933.
- MESQUITA, Euclides de. **O Estado e as Constituições Republicanas no Brasil**. Ministério da Justiça e Negócios Interiores — Serviço de Documentação, 1965.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. **As Novas Tendências do Direito Constitucional**. São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1933.
- OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de. **História Breve do Constitucionalismo no Brasil**. Curitiba, 1969.
- OLIVEIRA VIANNA. "O Idealismo na Constituição", in co etânea de VICENTE LICÍNIO CARDOZO, **A Margem da História da República**. Brasília, Ed. UnB, 1981.
- PINTO FERREIRA. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. Tomo I, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971.
- PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil**. 2 Tomos, Rio, Ed. Guanabara, 1936.
- RIBEIRO BASTOS, Ceiso. "A Constituição de 1934", in **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**, ano I, nº 1, julho/1983 — publicação semestral do Instituto de Direito Constitucional, Rio, Forense, 1983.
- SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. Rio, Forense, 1983.
- SILVA, Hélio. **1934. A Constituinte**. Rio, Civilização Brasileira, 1969.
- TORRES, Alberto. **A Organização Nacional**. Brasília, Cia. Editora Nacional e UnB, 1982.
- VENÂNCIO FILHO, Alberto. "Análise da Constituição de 1934", in **O Pensamento Constitucional Brasileiro**. Brasília, Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, 1978.

# Garantias constitucionais aos bens imateriais

NEWTON SILVEIRA

Doutor em Direito pela Faculdade de  
Direito da USP. Advogado

## SUMÁRIO

- 1) *Introdução — a nova Constituição*
- 2) *Tratamento do tema nas Constituições brasileiras*
- 3) *Patentes para a indústria farmacêutica no Brasil*
- 4) *A pressão dos países desenvolvidos — indústria farmacêutica e programas de computador*
- 5) *A experiência italiana*
- 6) *A Ordem Econômica e Social*
- 7) *Conclusão*

1. Está na ordem do dia a elaboração de uma nova Constituição para o Brasil, que se espera surja do consenso do povo e dos juristas, de forma que aos anseios populares se some a melhor técnica jurídica, indispensável para que a nova Constituição seja um instrumento eficaz para a almejada ordem política e social.

Na discussão de tantos temas aptos a empolgar a opinião pública, é possível que passem desapercibidos outros não menos importantes, que por seu tecnicismo correm o risco de serem considerados de importância secundária, deles se desinteressando os políticos e tornando-se, assim, alvo fácil do *lobby* dos grupos de pressão.

Entre estes, de magna importância para o desenvolvimento nacional, encontram-se as normas que garantem a exclusividade

sobre os chamados bens imateriais, as patentes, sinais distintivos dos empresários e direitos de autor.

É preciso, pois, que a Assembléia Constituinte esteja alertada sobre a questão, para que não se abandone a tradição do nosso direito e se ponha em perigo o desenvolvimento econômico, exatamente quando o País se aproxima do estágio de industrialização plena.

2. O legislador constitucional brasileiro sempre foi muito prudente e sábio, ao acolher no seio da Constituição os monopólios sobre os bens imateriais, equilibrando-os com a liberdade de indústria, seja sob o manto do livre exercício de trabalho ou profissão, seja sob o da liberdade de iniciativa.

Assim é que o art. 72 da Constituição de 24-2-1891 previa, em seu § 24, a liberdade do exercício de qualquer profissão moral, intelectual ou industrial.

O § 25 dispunha que "os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilégio temporário, *ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável, quando haja conveniência de vulgarizar o invento*".

O § 26 protegia as obras literárias e artísticas, tanto em relação aos seus autores, quanto aos seus herdeiros, "pelo tempo que a lei determinar". O § 27 também delegava ao legislador ordinário a incumbência de assegurar a propriedade das marcas de fábrica.

A Constituição de 16-7-1934 arrolava no art. 113 os mesmos direitos: no § 13, a liberdade de profissão; no § 18, o privilégio temporário para os inventores, outorgado pela lei, a qual deveria prever a alternativa de justo prêmio pela vulgarização do invento, *quando convenha à coletividade*; no § 19, a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do uso do nome comercial e, no § 20, o direito dos autores de obras literárias, artísticas e científicas, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei determinar.

A Carta Magna de 10-11-1937 fez menção, tão-somente, à liberdade de profissão, trabalho, indústria ou comércio, em seu art. 122, § 8º, omitindo-se quanto aos direitos sobre os bens imateriais.

Na Constituição de 18-9-1946, voltou o art. 141 a prever, ao lado da liberdade de profissão (§ 14), o privilégio temporário, garantido por lei, aos inventores, com a alternativa de justo prêmio pela vulgarização do invento (§ 17), a propriedade das marcas e a exclusividade do nome comercial (§ 18) e o direito exclusivo dos autores, transmissível aos herdeiros (§ 19).



O art. 153 da Emenda Constitucional de 17-10-69 repete, de forma quase idêntica, o teor do art. 150 da Constituição de 24-1-67, nos §§ 23, 24 e 25. Os §§ de mesmos números do texto vigente tratam, a par da liberdade de trabalho, ofício ou profissão (§ 23), da propriedade industrial (§ 24) e do direito autoral (§ 25). Enquanto para estes assegura, diretamente, o direito exclusivo dos autores, deixando à lei apenas o encargo de determinar o tempo de proteção para os herdeiros, no que toca à chamada propriedade industrial delega à lei ordinária garantir privilégio temporário aos autores para a utilização de inventos industriais e assegurar a propriedade das marcas e a exclusividade do nome comercial. Prudentemente, reserva a Constituição o termo *propriedade* somente para as marcas, utilizando as expressões *privilégio temporário* e *direito exclusivo* para os demais bens imateriais, sem quebrar a tradição das Constituições precedentes. Trata-se de posição coerente e consciente do legislador, que nada tem a ver com a definição da natureza jurídica do direito sobre tais bens, pois essa tarefa não compete ao legislador constitucional.

3. As leis de propriedade industrial de todos os países do mundo excluem certas classes de invenções do rol dos inventos que podem ser objeto dos monopólios temporários garantidos por patentes. Assim é com as invenções contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes. Alguns países, cada qual de acordo com as suas conveniências, excluem, também, certos produtos ou ramos industriais da patenteabilidade, e as Convenções Internacionais reconhecem e respeitam as restrições estabelecidas pelas leis internas de cada país contratante, como é o caso da Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, da qual o Brasil é signatário.

No Brasil, já a Lei nº 3.129, de 14-10-1882, declarava que não podiam ser objeto de patente as invenções contrárias à lei ou à moral, as ofensivas da segurança pública e as nocivas à saúde pública. As mesmas proibições foram mantidas pelo Decreto nº 16.264, de 19-12-1923. O Código da Propriedade Industrial de 1945, instituído pelo Decreto-Lei nº 7.903, ampliou o rol das invenções não privilegiáveis em seu art. 8º, passando a proibir, entre outras, em seu inciso 2º, a concessão de patentes para "invenções que tiverem por objeto substâncias ou produtos alimentícios e medicamentos de qualquer gênero".

Informa JOÃO DA GAMA CERQUEIRA, em seu *Tratado da Propriedade Industrial*, que o projeto da lei de 1882 já incluía os produtos alimentares e farmacêuticos entre as invenções não patenteáveis, ressalvados os privilégios relativos aos processos de fabricação, mas que, no Senado, a Comissão de Obras Públicas combateu essa proibição, fundando-se na Constituição e na resolução do Congresso

internacional reunido em Paris, em 1878, segundo a qual as patentes deviam ser concedidas também aos inventores de produtos químicos, alimentares e farmacêuticos (cf. nota ao pé da p. 114 do vol. II, tomo I, do *Tratado*, ed. de 1952).

Acerca da proibição estabelecida no nº 2 do art. 8º do Código de 1945, comentava GAMA CERQUEIRA que “a lei visa a evitar os abusos que poderiam praticar-se à sombra dos privilégios, não só no que se refere ao preço desses produtos, que poderiam elevar-se arbitrariamente, como no tocante à sua produção. Entende-se que produtos que podem ser essenciais à subsistência ou à saúde devem ser livremente explorados”. E conclui: “Parece-nos acertada a disposição que exclui os produtos alimentícios e medicinais do regime das patentes” (*op. cit.*, pp. 114/115).

O Código da Propriedade Industrial vigente, promulgado pela Lei nº 5.772, de 1971, relaciona no art. 9º as invenções não privilegiáveis, entre elas, no item c, as substâncias, matérias, misturas, ou produtos alimentícios químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação, ampliando-se, desde a lei anterior, a proibição, para incluir também os processos da fabricação de tais produtos.

Sobre tais exceções já escrevia GAMA CERQUEIRA, em seu *Tratado*, que “não dependem do direito do inventor, sendo determinadas por motivos de ordem econômica ou outros” (*op. cit.* p. 128).

4. Exatamente devido a motivos de ordem econômica, o Brasil vem sendo pressionado pelos países desenvolvidos a conceder proteção a certas criações que exigem grandes dispêndios em pesquisas, como é o caso das indústrias farmacêuticas e, mais recentemente, dos programas de computador, ou *software*.

Quanto aos últimos, essa pressão tem sido aberta e declarada, normalmente vinculada à concessão ou renovação de empréstimos internacionais. Os países desenvolvidos optaram por conceder direitos de autor ou *copyrights* sobre as criações de programas de computador e pretendem que o Brasil adote idêntica postura, o que implicaria em enorme evasão de divisas por pagamentos de *royalties* a título de direitos autorais, visto que estes não foram previstos e nem se acham limitados pela Lei nº 4.131, de 1962, que disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior.

A indústria farmacêutica tem sido mais sutil e tem tentado derrubar a proibição pela via de declaração judicial de inconstitucionalidade da proibição estabelecida no art. 9º, c, do Código da Propriedade Industrial. Não tem logrado sucesso, entretanto.

A constitucionalidade desse dispositivo foi confirmada por acórdão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal de 13-4-82, no Recurso Extraordinário nº 94.468-1-RJ, do qual foi relator o Ministro Néri da Silveira (RDM, nº 56, pp. 130 e segs.), e tem a seguinte ementa:

“O legislador ordinário pode definir o que não é patenteável, seguindo critérios técnicos. Não dispôs o legislador ordinário em afronta ao espírito do dispositivo constitucional referido quando, no art. 9º, letra c, da Lei nº 5.772/71, vedou a privilegiabilidade quanto às substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como aos respectivos processos de obtenção ou modificação.

Recurso extraordinário não conhecido.”

O apelo extremo foi interposto pela Universidade de Strathclyde, da Escócia, a qual impetrara mandado de segurança contra o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, que lhe indeferira pedido de patente para um “processo de preparação de derivados de pteridina”. Denegada a segurança, a impetrante recorreu ao TFR, que, pela 3ª Turma, negou provimento à apelação, unanimemente, em acórdão da lavra do Min. Armando Rollemberg, em cuja ementa destacou:

“A fixação de limites à garantia do privilégio de invenção, atendendo ao interesse público e à tradição do nosso direito, está implicitamente autorizada na Constituição, à qual se ajusta, portanto, o art. 9º, c, da Lei nº 5.772/71.”

Em seu relatório, perante o TFR, o Min. Armando Rollemberg refutou a alegada inconstitucionalidade nos seguintes termos:

“O privilégio não decorre, no caso concreto, diretamente da norma constitucional, que não é auto-executável nem bastante em si mesma, mas da lei ordinária... Na elaboração da lei, deve o legislador ordinário atender às diretrizes de ordem programática, limitativas do direito de propriedade, cuja função social é reconhecida e será mantida mediante a repressão ao abuso do poder econômico (art. 160, III e V, da Constituição federal”).

No STF, o Relator, Min. Néri da Silveira, transcreveu parecer da Procuradoria-Geral da República, o qual referiu decisão anterior do TFR, em caso similar, cujo voto vencedor assim concluía:

“Isto posto e levando em conta que a proibição, em tais casos, objetiva o bem coletivo, pelo que prevalece sobre a disciplinação que anteriormente regulava a matéria, reformo a sentença e casso a segurança.”

Referiu, ainda, o Min. Relator, decisão do Plenário da Suprema Corte que já se manifestara pela constitucionalidade da norma em apreço, quando votara, contra o Min. Clóvis Ramalhete e seguindo o voto do Min. Moreira Alves, no sentido de que a norma constitucional não garante a patenteabilidade de qualquer invento, cabendo ao legislador ordinário disciplinar a matéria tendo em conta o espírito da norma constitucional.

A decisão da 1ª Turma do STF foi unânime, nos termos da ementa acima mencionada.

Comentando, entretanto, essa decisão, o advogado Sebastião Silveira (in *RDM*, n. 56, p. 136), assim se manifestou:

“A decisão terminativa, retratada na ementa supratranscrita, envolve matéria constitucional de suma importância, altamente controvertida e ainda suscetível de polêmica.”

Por aí se vê quão delicada é a questão da redação do texto constitucional, o qual não deve deixar margem a dúvidas ou perplexidades.

5. Em livro editado em 1972, sob o título *Patents Why* e dirigido aos executivos de empresas farmacêuticas com sede em países industrializados, são feitas severas críticas à lei italiana, que à época também negava privilégios aos produtos farmacêuticos e seus processos de fabricação. Para demonstrar que a falta de patentes no setor não evita os monopólios estrangeiros, seu autor, JUCKER, alegava que “uma análise da indústria farmacêutica italiana mostra que este setor é dominado por grupos estrangeiros na extensão de 72%. O grupo italiano controla somente 28% deste setor” (p. 95). Contraditoriamente, em sua conclusão, afirma que a não-concessão de patentes elimina o incentivo para que os industriais nacionais e estrangeiros invistam em novas empresas, investimento esse de que, é claro, necessitam desesperadamente os países em desenvolvimento (p. 108).

Referindo-se ao direito italiano, TULLIO ASCARELLI, em sua *Teoria da Concorrência e dos Bens Imateriais*, mencionava que o direito considera demasiado gravosa a carga resultante da patenteabilidade de determinados tipos de inventos, que por isso são excluídos e por isso se admite que possam ser livremente utilizados por qualquer um (Ed. Barcelona, 1970, p. 507), acrescentando que o art. 14 da lei excluía a patenteabilidade dos inventos relativos a produtos e a processos medicinais (p. 509). Cita em sua obra

decisão da Corte Constitucional da Itália, de 26-1-57, que admitiu a constitucionalidade do art. 14 da lei de patentes (p. 511).

Posteriormente, por decisão de 20-3-78 a mesma Corte Constitucional declarou inconstitucional o art. 14, § 1º, da Lei de Patentes italiana de 1939. Em consequência, a partir daquela data, os produtos farmacêuticos e seus processos de fabricação são patenteáveis na Itália. A nova lei italiana de patentes de 22-8-79 não faz qualquer referência a patentes para produtos farmacêuticos, tendo eliminado a restrição do § 1º do art. 14 da lei anterior.

As consequências da modificação da lei logo se fizeram sentir, pois atingiu fabricantes italianos que exploravam invenções de boa fé, certos de que os pedidos de patentes em tramitação seriam rejeitados por não serem privilegiáveis.

Em 1981 foi apresentado projeto de lei buscando minimizar os efeitos da nova lei de patentes, o qual foi aprovado pelo Senado italiano em 18-3-81, mas não chegou a ser discutido na Câmara dos Deputados. O projeto era defendido pelas pequenas empresas italianas e atacado pelas empresas estrangeiras e grandes empresas italianas.

6. TULLIO ASCARELLI, em sua obra citada (p. 9), considera como base do direito industrial o interesse geral no progresso cultural e técnico e o interesse do consumidor.

Tal posição destaca a constante contraposição entre os direitos exclusivos dos autores e inventores e o interesse geral da comunidade.

As Constituições modernas contemplam, ao lado da liberdade de iniciativa, a utilidade social, criando mecanismos de controle da atividade econômica coordenada a fins sociais.

Tal atitude reflete-se diretamente sobre a tutela dos chamados "bens imateriais" resultantes da criação intelectual, limitando sua duração para o fim de harmonizá-los com o progresso técnico e cultural e a tutela do consumidor, buscando delimitar tais direitos, em especial no campo industrial.

Na Constituição brasileira, o direito exclusivo conferido aos autores de inventos e obras artísticas através dos §§ 24 e 25 do art. 153 encontra sua recíproca na liberdade de iniciativa e na função social da propriedade (Tít. II, "Da Ordem Econômica e Social", art. 160, I e III). A ordem econômica e social apareceu pela primeira vez no Brasil na Constituição de 1934, constando

também nas Cartas de 1937 e 1946, tendo sido o desenvolvimento econômico erigido, na Constituição de 24-1-67, em um dos princípios basilares da ordem econômica brasileira, tendo como fim a realização da justiça social, precedido pelos princípios da liberdade de iniciativa, função social da propriedade e repressão ao abuso do poder econômico, entre outros (art. 157). A Emenda Constitucional de 17-10-69, também relaciona, no art. 160, os mesmos princípios para o fim de realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social.

Tais restrições no campo das patentes, reflexo do dirigismo estatal contemporâneo, quanto à exclusão do amparo da lei a certas classes de invenções, à redução de seus prazos de vigência, à caducidade por falta de exploração do privilégio, à obrigatoriedade do pagamento de taxas de manutenção das patentes, se somam à territorialidade da proteção e ao formalismo no exame e concessão das patentes.

Busca-se limitar o âmbito temporal e territorial das patentes sem, no entanto, desestimular a criação industrial, para o fim de encontrar um justo equilíbrio entre os monopólios de fabricação e o interesse da comunidade.

Ocorre, no caso, um confronto entre direitos de naturezas diversas, sendo o legislador forçado a optar por aquele que mais beneficie a coletividade. Essa contraposição evidencia-se no art. XXVII da Declaração Universal dos Direitos Humanos (aprovada na II sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas a 10-12-48), cuja primeira parte prevê o direito de todos de participar da vida cultural, fruir das artes e participar do progresso científico e de seus benefícios, enquanto o inciso 2 garante ao autor a proteção de seus interesses morais e materiais.

7. Há que estar atento, assim, o legislador constitucional, para que a proteção aos bens imateriais não ultrapasse a justa medida, vindo a conflitar com as normas programáticas da ordem econômica e social.

Aliás, tratando tais bens imateriais de bens econômicos, melhor estaria localizada sua proteção não no capítulo dos direitos e garantias individuais, mas no título da ordem econômica e social. Para que não haja mais dúvidas na interpretação do texto constitucional, o novo, a ser elaborado, deveria deixar clara a delegação ao legislador ordinário para estabelecer a duração, forma e requisitos do exercício dos direitos exclusivos sobre as inovações técnicas e obras artísticas, de acordo com sua função social.

# Constitución política del Perú

GUSTAVO BACACORZO

Profesor Principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima — decana de América —, ex-Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Particular de San Martín de Porres, Magistrado del Tribunal Andino de Justicia (para Bolivia, Ecuador, Colombia, Perú y Venezuela), Académico Honorario de la Academia Brasileira de Letras Jurídicas

En torno a la Constitución — que ya nos rige — parécenos conveniente examinar en su contenido, forma y disposición, aportando elementos que han de permitirnos apreciarla y aplicarla mejor, de suerte que esta contribución propedéutica pueda facilitar el acometimiento — acaso tempranamente — de introducirle modificaciones y agregarle instituciones cuya omisión resiente el buen criterio y la cultura política y jurídica del constituyente y sobre todo olvida al gran actor, el pueblo peruano.

Trátase de una Carta conservadora y capitalista, reglamentalista y ecléctica, contradictoria y vacilante, sin negarle — desde luego — numerosísimos aciertos en el tratamiento y aporte de instituciones altamente progresistas y modernas. Una visión de conjunto — serena y objetiva — podemos concretarla del modo siguiente:

## *Preámbulo*

Esta innovación la examinamos al amparo del derecho y de la historia, en armoniosa conjunción y realidad.

En efecto, esta parte introductoria es de una elevación conceptual muy notable y debiera ser la síntesis del subsecuente texto constitucional,

del que — sin duda alguna — el Preámbulo forma parte y servirá de fuente de inspiración y de permanente interpretación genérica de los principios constitucionales que le dan base, poniéndose formalmente a tono con el derecho moderno, aunque ROUSSEAU decía que “las ideas generales y abstractas son la fuente de los más grandes errores humanos”.

Dicho acierto de incorporar el Preámbulo por primera vez a una Carta peruana, comienza a deslucirse al darle connotación religiosa innecesaria y contradictoria con la propia esencia declarativa que importa esta parte inicial — fuente de inspiración y de interpretación, decíamos — y que su presunta altura filosófico-jurídico-social continúa desdibujándose con muchas de las normas contenidas en el nuevo texto, particularmente en el Título III — Del Régimen Económico. Hay, pues, sencillamente, un macrocefalismo sobre un cuerpo incapaz de soportarlo; refleja acaso la realidad nacional de acromegálico crecimiento demográfico del país.

Analizando integralmente la *Constitución de 1979*, esto es, la parte expositivo-doctrinaria y la dispositiva o normativa, pareciera que han correspondido a distintos órganos y personas o que no hubiérase dispuesto de tiempo para armonizar ambos textos, pues no puede hablarse de un solo texto.

La “creación de una sociedad justa, libre y culta sin explotados ni explotadores ... donde la economía está al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía...”, declaración de alta conceptualización no puede, ni remotamente, conjugarse con instituciones como las que rigen “una economía social de mercado” (art. 115º), ni este tipo de actividades inhumanas con la vigencia plena de la planificación estatal “de cumplimiento obligatorio” (art. 111º). Y, en este orden de cosas — importantísimo y decisivo — hemos involucionado respecto a la ley fundamental de 1823.

En cuanto a historia, andamos igualmente errados tratando de soslayar situaciones que bien pudieron mencionarse objetivamente. La “fusión cultural y humana cumplida durante el virreinato” es desconocer violenta y totalmente las “realizaciones justicieras de nuestro pasado autóctono”, que trata de encumbrar el propio Preámbulo nada menos que en renglón precedente. Hubo fusión, sí, pero con delitos de lesa cultura y con violación de lesa humanidad, como que de diez o doce millones de seres huma-



nos la expoliación y el genocidio redujo a la décima parte durante trescientos años de coloniaje, concepto éste lacerante y de realidad que no debe soslayarse con el eufemístico de virreinato.

Y en punto de mencionar por sus nombres a grandes personajes forjadores del Perú republicano, tampoco la Constitución en su preámbulo acierta a dar una lección cabal de profundidad y de reconocimiento históricos. No sólo pone en planos inseguros la grandiosa obra creadora — prueba del sincretismo no sublimado —, sino que omite gravísimamente citar a dos figuras de primera magnitud en la definición de la patria: junto con Tupa Amaru debió colocarse a Juan Pablo Vizcardo y Guzmán, luminaria de idéntica magnitud, hoy día reconocido así universalmente (1).

Y otro olvido imperdonable, ya que se expresan nombres, no por poco conocido, menos grandioso y presente en los momentos del alumbramiento de la República: Mariano José de Arce. Él sólo, sin corresponderle propiamente — pero en acto de valentía y de definición que ha pasado a la historia — arrancó la decisión republicana contra quienes nos llevaban a constituir una monarquía, y en cuya línea de ataque también formaba el tribuno Sánchez Carrión. “Pero quien se enfrentó, cara a cara, a Moreno (líder de los monarquistas) y quien lo derrota dentro del recinto de la “Sociedad Patriótica”, es Arce” (2).

Este sacerdote liberal personifica pues la cancelación de la realeza y el advenimiento de la democracia.

Pudo haberse mencionado también a muchos otros ilustres peruanos, tal el caso de los héroes (Grau, Bolognesi, Cáceres) o de los luchadores sociales (González Vigil, González Prada, Mariátegui), pero en ello convenimos que se podría o no estar de acuerdo, pues el Preámbulo ha de

(1) RUBÉN VARGAS UGARTE. *La Carta a los Españoles Americanos de don Juan Pablo Vizcardo y Guzmán*. Lima, 1954. 131 pp.

— Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú. *Colección Documental de la Independencia del Perú*, Tomo I — Los Ideólogos. Volumen 1.º Juan Pablo Vizcardo y Guzmán. Lima, 1975.

(2) ESTUARDO NÚÑEZ (Hague). *La Biblioteca Nacional del Perú*, aportes para su historia, Lima, 1971. p. 50.

— CÉSAR PACHECO VELEZ. *La Sociedad Patriótica de Lima*. Un Capítulo de la historia de las ideas políticas en el Perú, ps. 22, 23.

— MANUEL DE ODRIOZOLA. *Documentos Literarios del Perú*, Tomo II, ps. 417, 495. Lima, 1877.

— RAÚL PORRAS BARRENECHEA. *Mariano José de Arce*. Lima, 1927, ps. 217, 289, 292.

abarcar sintéticamente las cumbres de la acción y del pensamiento nacional más allá de toda duda o controversia profunda.

La orientación de derecho natural del Preámbulo hubiera quedado sin objeción para nuestra Carta de 1823 o, quizá, para la de 1860; jamás para una que surge en el declinar del siglo XX. Pero, sensiblemente, dichas Cartas subyacen en la de 1979.

Ahora debemos resaltar, sin regateos, la *positividad* del Preámbulo en torno a las citas expresas que contiene su texto. No hay ni un solo nombre que no esté colocado con innegable acierto. Faltan algunos — solo dos, decíamos —, pero no sobra ninguno, ni remotamente.

En la genialidad de la obra realizada por las masas con uniforme o sin él encontramos a San Martín, pero sobre todo a Bolívar; pues bajo el comando de El Libertador se rompen las cadenas tricentenarias de esclavitud y coloniaje explotador. Con más de siglo y medio de imperdonable retraso ambos personajes entran en el derecho constitucional andino americano, diríamos mejor.

Abre esta partida de cancelación de deuda histórica el país cuna de don Simón. *Venezuela*, en su Carta vigente de 23 de enero de 1961 da fin a su Preámbulo del modo siguiente:

*Y conservar y acrecer el patrimonio moral e histórico de la Nación, forjado por el pueblo en sus luchas por la libertad y la justicia y por el pensamiento y la acción de los grandes servidores de la patria, cuya expresión más alta es Simón Bolívar, El Libertador.*

*Perú*, a su turno, en su Constitución de 1979, en vigor, concluye su Preámbulo expresando con mayor propiedad y elegancia:

*EVOcando las realizaciones justicieras de nuestro pasado autóctono; la fusión cultural y humana cumplida durante el virreinato (ya vimos que se trata de una falacia histórica); la gesta de los Libertadores de América que inició en el Perú Tupa Amaru y aquí culminaron San Martín y Bolívar; así como las sombras ilustres de Sánchez Carrión, fundador de la República, y de todos nuestros próceres, héroes y luchadores sociales. y el largo combate del pueblo por alcanzar un régimen de libertad y justicia.*

## *Dogmática Constitucional*

1. Tres y no cuatro poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.
2. Atribuciones legislativas más restringidas y no bien diferenciadas, delegando facultades legislativas en el Presidente de la República (211º, 10). Disolución moderada de la Cámara de Diputados e inamovilidad del Senado.
3. Atribuciones jurisdiccionales compartidas por la Corte Suprema y el Tribunal de Garantías Constitucionales.
4. Irretroactividad de la ley, en principio; y estableciendo la retroactividad para materias penal, laboral o tributaria en lo más favorable. Omite, sin embargo, la retroactividad para lo procesal o procedimental, y para los casos de interpretación auténtica, que son de gran utilidad en épocas de creación del derecho y de su reordenamiento, como deberá acontecer subsecuentemente a la Carta.
5. La *vacatio legis*, como principio de orden y de divulgación democrática, si bien el plazo de dieciseis días pudo ganar perfección llevándolo a los treinta días (195º).
6. Distinción de *habeas corpus* (libertad personal) y del amparo, establecido exclusivamente el segundo para los demás derechos, constitucionales, caso típico del contencioso-administrativo. Posibilidad de recurrir a organismos internacionales por violación de los derechos humanos.
7. Control de la constitucionalidad no por la Corte Suprema sino por un Tribunal de alta jerarquía, aunque dependiente de los tres Poderes a los que se trata de limitar.
8. Autonomía del Ministerio Fiscal, magnificando la función del Fiscal de la Nación, institución acertadamente restituida al derecho vigente (Constitución de 1856, artículos 132º y 133º). corresponde al Tuericu del Antiguo Perú, al Justicia Mayor del derecho español medieval, al Fiscal General o Procurador General o Fiscal Público Federal o Abogado Social Federal de los países socialistas y de algunos que no son; y al Ombudsman nórdico actual.
9. Presidencialista. Ampliación y fortalecimiento de las facultades del primer mandatario.
10. Nacionalidad latinoamericano-hispana, amplia y conveniente, en clara reminiscencia y primera concreción del ideal boliviano, que lleva

ínsita exclusión de países como los EE.UU. y parcialmente de Canadá. Este es otro avance amplio de la Carta de 1979.

11. Separación de Iglesia y Estado, que no recoge los propios planteamientos de la jerarquía eclesiástica nacional.

12. La economía social de mercado (libre iniciativa privada), ingenuamente regulada por la planificación estatal. Contradicción que se salva a favor del poder económico y subsecuentemente, también del político. Gravísima superposición de las minorías contra las mayorías.

13. Presencia constitucional de los partidos políticos, condicionados a que los ciudadanos inscritos en ellos deban "participar democráticamente" (88º).

14. Reconocimiento de la personalidad de la mujer para determinar su nacionalidad, en ocasión de contraer o disolver su matrimonio (93º).

15. Sistema único de remuneraciones para los trabajadores del Estado, fuente de presunta igualdad económica para un sector (administrativo *lato sensu*) y de consolidación de privilegios para otro sector (empresas estatales).

16. Regionalización de unidades geoeconómicas, en vías de nuclearización descentralista como escuela de democracia y ejercicio inicial de gobierno, aunque dentro de una concepción irreal.

17. Delimitación imprecisa de funciones entre el Tribunal de Garantías Constitucionales, el Fiscal de la Nación y la Contraloría General de la República, presunta fuente de conflictos o nulidad.

18. Clamorosa ausencia de un organismo técnico jurisdiccional que a modo de un Consejo de Estado francés unifique y resuelva en última instancia administrativa los conflictos de todos los organismos estatales, aparte de algunas funciones propias; y tímida enunciación del CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, sin vincularlo con la acción de amparo y con la acción popular, ambas especies del primeramente mencionado.

19. Promulgación por la Asamblea Constituyente, que así ejercita su amplia soberanía popular, autolimitándose a su propia normatividad máxima creada (Preámbulo *in fine*).

### *Técnica jurídica*

Algunos institutos vistos en la dogmática vuelven a aparecer, bien que examinados de modo distinto.

1. Preámbulo. Incorporado por primera vez a una Constitución nacional. Por su inspiración filosófica y su redacción principista es un acierto del Poder constituyente en cuanto a técnica se refiere.

2. Anfibología jurídica para denominar correctamente institutos tales como el Tribunal de Garantías Constitucionales, que pareciera — *prima facie* — destinado a aplicar únicamente el Título V del texto y no la Constitución *in integrum* (296º). Asimismo, el comiso (285º, *in fine*); o temor manifiesto para consignar expresiones legítimas como nacionalización (114º), estatización (114º), confiscación (307, *in fine*), mar territorial (97º, 98º, y 99º), aunque estos conceptos mas bien prueban — no precisamente fallas técnicas —, sino retrocesos, vacilaciones o eufemismos dogmáticos. Algo similar diremos de la cita expresa y reiterada de decretos leyes.

3. Si la licitud es concepto básico que desarrolla la Carta, toda incidencia en ella es innecesaria e inelegante (2º, 11º y 12º).

4. Carencia de uniformidad en la denominación de títulos y capítulos. Unos, consignados correcta y modernamente (Título I — Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona; Título V — Garantías Constitucionales; Título VI — Reforma de la Constitución; Título VII — Disposición Final; Título VIII — Disposiciones Generales y Transitorias; Capítulo I — Principios Generales; Capítulo I — Poder Legislativo; Capítulo V — Poder Ejecutivo; Capítulo IX — Poder Judicial). Incorrectamente, todos los demás.

5. Habiéndose escogido números para los incisos, el uso de letras en el artículo 231º es inadecuado.

Dentro de la técnica jurídica, nos queda referirnos muy principalmente a sus institutos realizables racionalmente, como la interpretación, la integración y la aplicación de la nueva Constitución Política del Perú, lo que de por sí ha de crear dificultades que conviene reducir y quizá si hasta eliminar para que imperen los principios fundamentales del orden y la seguridad, sobre la base de la justicia social y la democratización de su conocimiento y subsecuente defensa; poniendo de manifiesto que dichos institutos los conjugamos teóricamente en el factor tiempo, categoría jurídica que determina — de acuerdo a ley — la retroactividad, la irretroactividad y los llamados derechos adquiridos; nuevo ordenamiento general que, sin duda, se extienda a todo el territorio nacional y, a veces, gobernando actos y situaciones en o con efectos en el exterior.

Por razones obvias, nosotros postulamos algunas nociones de praxis constitucional, derivada de los aspectos técnicos precedentes, expuestos en torno a la presencia del nuevo ordenamiento jurídico máximo, aseverando — dentro de lo difícil que resulta imponer limitaciones o reconocer precedencias — que nos encontramos ante las siguientes situaciones examinadas al amparo de la doctrina, lo que debemos distinguir lo más claramente posible, a saber:

- normas de aplicación inmediata per se;
- normas de aplicación condicionada a ley u otras disposiciones legales, de existencia perentoria;
- normas de aplicación mediata a plazo fijo; y
- normas de aplicación mediata de plazo indeterminado.

Dentro de cada una de estas necesidades temporales hemos de incorporar todas las múltiples normas y reglas contenidas en el texto constitucional sin excepción, precisando algunos casos a guisa de ejemplo, aunque a veces debe inscribirse un numeral en más de una de dichas posiciones cronológicas teniendo en cuenta los supuestos jurídicos que contenga.

Respecto de las primeras, diremos que son aquellas que por la naturaleza de su propio mandato y texto claro no requiere estrictamente de ningún complemento previo indispensable, por lo que — consecuentemente — tiene virtualidad desde la vigencia de la Constitución misma, el 28 de julio de 1980 (artículos 11º, 19º, 22º, 23º, 26º, 31º, 39º, 42º, 44º, 49º, 50º, 51º, 52º, 54º, 56º, 57º, 58º, 61º a 65º, 72º a 74º, 83º, 87º a 89º, 97º, 99º, 101º a 109º, 114º, 118º, 125 a 128º, 132º a 134º, 135º, 140º, 143º, 147º, 156º a 161º, 163º, 164º, 186º, 187º a 189º, 190º, 196º, 197º a 200º, 201º a 213º, 215º a 222º, 224º a 234º, 236º, 237º, 239º, 243º, 244º, 248º, 250º a 252º, 254º a 257º, 269º, 273º, 275º, 277º, 278º, 281º, 283º, 285º, 295º, 306º, 307º; Disposición General y Transitoria Decimotercera). Sin embargo, podrán ser objeto de elaboración jurídica posterior a diversos niveles y extensión.

Empero, vigen disposiciones constitucionales aún antes de la plena vigencia del nuevo texto, esto es, desde el 13 de julio de 1979, a modo de anticipo orientador ineludiblemente de un nuevo ordenamiento, por así determinarlo el Poder Constituyente, omnimodo para autolimitar su competencia, de suerte que la violación de tales disposiciones conduce a sanción jurídica (Título I, Capítulos I y VII; Título III, Capítulo VII; artículos 87º, 235º, 236º y 282º; todas las disposiciones electorales — 64º,

65º, 66º, 68º, 69º, 70º, 71º, 75º, 204º, 253º, 286º, 294º — y las Generales y Transitorias: Primera, Séptima, Octava, Decimoprimera, Decimosegunda, Decimocuarta, Decimoquinta, Decimosexta, Decimosétima, Decimoctava).

La consecuencia jurídico-lógica es que toda norma anterior en contrario a las de esta primera clasificación en general ha quedado derogada tácita o expresamente; y las posteriores discrepantes tórnanse nulas.

Cuanto a las segundas, son aquellas que deben complementarse con norma legal o reglamentaria o recogerse por la Administración Pública mediante actos administrativos o de administración o de gobierno a dictarse prontamente, a fin de no burlar la Constitución (artículos 5º, 12º, 13º, 20º, 25º, 29º, 30º a 33º, 37º, 41º a 44º, 48º, 53º, 55º, 59º, 60º, 62º, 64º, 65º, 68º, 69º, 78º, 81º, 83º, 92º, 95º, 96º, 98º, 99º, 122º, 124º, 125º, 126º, 127º, 129º, 130º, 131º, 133º, 139º, 141º a 146º, 148º, 153º, 154º, 158º, 159º, 161º, 167º, 177º, 187º, 211º, incisos 1) y 26), 215º, 223º, 232º, 233º, 240º, 241º, 242º, 245º a 252º, 254º, 257º, 258º, 259º, 268º, 271º, 274º, 276º, 277º, 280º, 286º, 303º; Disposiciones Generales y Transitorias: Sexta, Octava, Novena). Hay, pues, una vigencia perfectible y esta connotación se alcanza al darse la condición suspensiva de su complementación a través del proceso de elaboración del derecho de nivel inferior al texto constitucional (ley, reglamento, actos diversos).

Las terceras son las menos numéricamente y sus casos están debidamente consignados en el propio texto constitucional (Disposiciones Generales y Transitorias: Segunda, Tercera, Sexta, Octava, Novena, Décima, Decimotercera y Decimoctava). Su viabilización supone dictarse actos de administración o de gobierno para desembocar en la elaboración legal propiamente dicha, a nivel de anteproyecto o proyecto.

Y las cuartas — de acuerdo a la prelación cronológica que establecemos — son las restantes normas constitucionales esto es, todas aquellas que no han sido aún incorporadas a las especies anteriores, y que su no exigencia temporal determinada en modo alguno puede significar su antijurídica preterición, buscando pretextar su no vigencia por carecer de mecanismos legales que determinen su accionamiento (artículos 6º, 7º, 8º, 10º, 15º, 16º, 24º, 27º, 30º, 34º, 38º, 40º, 89º, 100º, 109º, 111º, 116º, 123º, 137º, 147º, 162º, 214º, 233º—19, 240º etc.). Trátase, entonces, de una vigencia cuasi suspendida. La Constitución, sensiblemente, no prevé plazos máximos de complementación jurídica (ley, reglamentos, actos), ni tampoco sanciones, aparente vacío que ha de colmarse estrictamente por mecanismos normativos diversos.

Insistamos. La complementación constitucional puede darse válidamente a diferentes niveles: ley, en la mayoría de los casos (artículos 246º, 251º, 303º etc.), reglamento (artículos 177º, 274º, 254º-6, 268º-6 etc.); actos administrativos, de administración o de gobierno, según su propia naturaleza y trascendencia de la actividad por tomar o recogerse (artículos 186º-2, 211º, incisos 9), 10), 11), 12), 21) y 26); 213º, 221º, 231º, 240º, 248º, 249º, 254º-1 y 6; 265º-3 y 4; 268º-3, 4, 5 y 6; 295º, 298º-1; Decimotercera Disposición General y Transitoria).

Si bien es cierto que es sumamente difícil precisar todos los extremos constitucionales, hay que intentarlo con la mayor ponderación y haciendo uso de los recursos que aconseja la técnica jurídica, pues de lo contrario resultaría la Constitución supeditada mayormente a la ley, caso en que tendríamos una normatividad suprema sin imperio por impedírsele la normación inferior a darse en tiempo absolutamente lato. Esto sería un despropósito y reinaría el caos. Nuestras afirmaciones provienen del estudio razonado y crítico que hemos realizado en el nuevo texto constitucional.

Es por ello que razones de buen criterio público y prestigio de Gobierno aconsejan que habiendo variado las situaciones jurídicas anteriores o estar en vías de reelaboración jurídica, ya no deben iniciarse o continuarse acciones sino solo en lo contingente, como es el caso de mantenimiento, conservación o recaudación que permitan la pronta y compleja transferencia normativa (artículos 254º, 255º, 257º etc.).

### *Sistemática jurídica*

Este es el aspecto mejor realizado, aunque no deja de presentar algunos defectos.

1. Las declaraciones principistas están muy bien agrupadas en el Preámbulo. Las normas, en el texto propiamente dicho.

2. Del Estado y la Nación (Título II) debió encabezar la Carta, inmediatamente después de la introducción o Preámbulo.

3. De la Función Pública (Título IV), no puede, en modo alguno, incorporarse sino en el Título II, como Capítulo IV, modificándose entonces la secuencia de los demás capítulos que integran dicho Título; debiendo quedar con tal denominación si se le agregan artículos reales sobre la Función Pública, pues tal como está debiera llamarse de los Funcionarios y Trabajadores Públicos.



4. El numeral 248º mal ubicado dentro del Consejo Nacional de la Magistratura. Debió estar dentro del Capítulo IX del mismo Título IV, como atribución del verbo *ad verbum* de la Corte Suprema.

\* \* \*

En vía de precisar modificaciones o poner énfasis en la Carta, anotamos las siguientes:

1. Derecho a la privacidad y tranquilidad personal y ciudadana;  
2. Fijar nítidamente las acciones de nacionalización y estatización (114º);

3. Incorporar al texto la institución del mar territorial y declarar el derecho del Perú, a la copropiedad de las naciones en el Continente y Océano Antártico, dando normatividad extensiva a una mera declaración, que por su naturaleza no crea propiamente derecho;

4. Extender la retroactividad, cuando menos, a los casos de interpretación auténtica (*la que efectúa el propio Parlamento*);

5. Elevar a treinta días el plazo para que entre en vigencia la ley, salvo disposición expresa en contrario de ella misma;

6. Esforzarse en delimitar los campos de acción del Tribunal Constitucional (y no de Garantías Constitucionales), de la Fiscalía de la Nación y de la Contraloría General;

7. Integrar la comunidad universitaria y sus órganos representativos en la dirección institucional, con todos sus estamentos, incorporando a los trabajadores no docentes, omítidos sin justificación; restableciendo, al propio tiempo, el Sistema Universitario;

8. El art. 248º incorporarlo a la normatividad del Poder Judicial. El art. 249º tiene una petición de principio: el Fiscal de la Nación actúa en dos instancias, como presidente del Consejo Nacional de la Magistratura y como Fiscal mismo, lo que es un despropósito jurídico. Deberá actuar entonces el Fiscal de Turno ante la Corte Suprema;

9. Trabajadores y funcionarios públicos debe así denominarse el Capítulo VI del Título I, pues a ellos se refieren las normas y no a la función pública;

10. Sistema unicameral o, cuando menos, reducir el número de representantes a Congreso. Por ejemplo; 40 Senadores, elegidos por la República en distrito único; y 100 Diputados, elegidos proporcionalmente por

las regiones, conformadas sobre bases científicas de población, extensión, producción, cultura etc. Sabido es la irrealidad de la demarcación provincial y departamental actual;

11. Los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura deberán tener los mismos requisitos que los vocales supremos, excepto la edad; y funciones adicionales como la designación de notarios etc.;

12. El Tribunal Constitucional será conformado sin la delegación de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, y sin el requisito de la edad que rige para los supremos;

13. Los vocales supremos serán elegidos por el Consejo Nacional de la Magistratura, sin ratificación por el Senado;

14. Reestructurar los capitulos sobre el régimen económico, municipalidades y regiones, luego de un estudio integral en tiempo no mayor de tres años;

15. Las pensiones del Estado se actualizarán (célula viva) en un máximo de cinco años, sobre la base de treinta años de servicios efectivos, salvo derechos adquiridos (Octava Disposición General y Transitoria).

\* \* \*

16. Transferir al Texto constitucional los numerales I, II, III, X, XIV, y XXI del Título Preliminar del Código Civil, como por razones de extensión ha ocurrido con otros (XVI, XXI, XXII, XXIII, XXIV). No son meramente civiles sino de naturaleza jurídica general.

Ojalá que próximamente podamos disfrutar de una obra de corte moderno que — además del estudio doctrinario de la flamante Constitución de 1979 — tengamos científicamente elaborada la concordancia, cronología, antecedencia, anotación, comparación, sumillado y la historia institucional desde la Carta de 1823. Pero ha de realizarse tan ímprobo esfuerzo recién cuando la Carta Política alcance no sólo vigencia sino también estabilidad, sin amago de transformaciones irreflexivas, sino antes bien de coordinaciones y estudios técnicos y de amplia y previa divulgación popular.

Fuentes de indispensable consulta y fidelidad textual son el Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente (ocho tomos), como también las Actas de las Sesiones de la Comisión Principal de Constitución (dos tomos), instrumentos publicados oficialmente y que también han de servir para la historia de las ideas, fijando posiciones partidarias y biográficas.

# El Vicepresidente de la Nación (República Argentina)

JESÚS LUIS ABAD HERNANDO

Profesor Tit. Der. Administrativo; ex-Profesor Der. Constitucional, Fac. Der. U. Nac. Cba. Académico de la Academia Nac. de Der. y C. Sociales de Córdoba — Argentina

La singularidad de este órgano constitucional y sus funciones en el sistema jurídicopolítico argentino, según lo establece la Constitución Nacional, destaca perfil propio y ha merecido estudios realizados con preocupación muy meritoria. Como bien se ha dicho tiene dos funciones definidas, una, permanente, la de ser presidente nato

del Senado y, otra, circunstancial o eventual, la de ser sustituto también nato, por virtud de la misma Constitución, para desempeñar la titularidad del Poder Ejecutivo (1). "Imbricado" en los dos poderes políticos por excelencia, el mandato es de origen popular, que lo hace partícipe de una misma y contemporánea decisión electiva.

En nuestro País se ha combinado siempre "una fórmula presidencial con personalidades que tienen una misma filiación política y, hasta donde es posible, los mismos conceptos de gobierno y administración" (2). Ha sido justamente JOAQUIN V. GONZALEZ, ese "maestro de maestros", como lo designa el también destacado constitucionalista argentino, JUAN A. GONZALEZ CALDERON, quien mejor ha resaltado las funciones constitucionales del Vicepresidente de la Nación en su función permanente; en efecto, afirma:

"Ni la Constitución, ni los usos y leyes del Congreso han querido hacer del Vicepresidente un agente mecánico y pasivo de voluntades extrañas. No puede existir un papel más elevado, ni más digno, ni más honroso para un ciudadano argentino que presidir este cuerpo (el Senado), representar su dignidad y decoro, dirigir y facilitar sus discusiones; contribuir a la más fecunda acción del poder legislador; decidir sus diferencias por su voto, el cual constituye un verdadero privilegio, no teniendo origen electivo en la misma fuente que los Senadores, y velar por la conservación de las inmunidades y derechos colectivos, que sólo son una representación de los de las Provincias de la Nación.

La ley parlamentaria, o sea el conjunto de reglas que rigen la vida de las Cámaras del Congreso, como emanación genuina de éstas, ni son una prisión, ni una coacción, ni una limitación exclusiva del funcionario que las preside; sino normas y direcciones indispensables para la mejor eficiencia del trabajo legislativo."

---

(1) R. GARCIA MARTINEZ, La Vicepresidencia de la República, La Ley: 13/III/72, T. 145.

(2) J. A. GONZALEZ CALDERON, Der. Constitucional Arg., T. III, pg. 303, 193.

Y también dice:

“Siendo el Senado la Corporación que desempeña la misión de resistencia máxima en el mecanismo político de la Nación, su presidente, su órgano de acción y de expresión, ejerce una de las misiones más altas de la República” (3).

Se ha planteado la dificultad de “ubicar” jurídicamente al órgano en relación a los llamados “poderes”, cuya división funcional es fundamento de la “República”, aunque lo que se divide es el ejercicio del Poder, no el Poder mismo, que es indivisible, como se ha señalado tan acertadamente (4). En rigor, el órgano que consideramos tiene dos funciones, una actual y otra potencial, como hemos expresado, pero no ejercibles al mismo tiempo.

La propia Constitución ha previsto claramente la situación al exigir la existencia del órgano “presidente provisorio” del Senado (art. 50), para el caso de ausencia del Vicepresidente de la Nación “o cuando éste ejerza las funciones de Presidente de la Nación”.

Indudablemente el ejercicio de cada función hace al órgano. Y podríamos agregar: así en la vida como en lo jurídicopolítico. En el régimen republicano de gobierno, forma la más excelsa de la Democracia política y de vida, no se “es” en un cargo, sino que simplemente se desempeñan las funciones del órgano que supone determinado cargo, conforme a la norma.

Y el título normativo surge de la Constitución que define las funciones y que impone el origen popular del mandato incluso con la modalidad de un proceso electivo a través de “una fórmula solidaria”, conforme antes se mencionara (cfr. cit. 2).

El órgano Vicepresidente de la Nación, en ejercicio de la función de presidente del Senado, no asume la propia de “legislador”, pero

---

(3) El Senado Federal, p. 84, ed. 1919.

(4) R. BIELSA, Der. Constitucional, p. 158.

tampoco queda reducida a la de mero "Gran Canciller" del sistema inglés de la Cámara de los Lordes, quien es un mero funcionario designado por el Rey, o la de simple árbitro de excepción. En primer lugar, el titular del órgano que estamos analizando es de mandato popular. En segundo, ha sido el Reglamento de la Cámara de Senadores el que, conforme a la Constitución, ha previsto el comportamiento presidencial propio con su cúmulo de atribuciones y deberes. Allí está establecido cómo forma parte de tan trascendente rama del Congreso y que no pueda considerarse un extraño a ella. Su presencia es la máxima garantía del Federalismo querido por la Constitución: mantiene el equilibrio de la representación provincial y, al tener un mandato de origen en todo el Pueblo de la Nación, está en las mejores condiciones de ser factor de armonía y de custodia de los altos intereses del País. Tal el pensamiento de CARLOS SANCHEZ VIAMONTE, el inolvidable constitucionalista argentino, quien asimismo destaca que, según nuestra Constitución, a diferencia de la de los EE.UU., en todos los casos nuestros Senadores tienen un solo voto, mientras que allá existen supuestos especiales en que se vota por Estado, a razón de un solo voto, por ejemplo cuando se convierte en elector de Presidente. O sea que nuestro Senado actúa siempre como un verdadero órgano colegiado sin excepción. Y este alto órgano tiene en el Vicepresidente de la Nación a su presidente nato e integrado.

Las razones expuestas hallan fundamento histórico también en lo que sostuvo ALEJANDRO HAMILTON, en "El Federalista" (Nº LXVIII), de tanta influencia en la génesis constitucional patria:

"Pero dos consideraciones parecen justificar las ideas de la Convención a este respecto (la creación de la Vicepresidencia). Una, que para asegurar en todo tiempo la posibilidad de una resolución definitiva de la Cámara (de Senadores) es necesario que el presidente tenga un voto decisivo. Y sacar al Senador de algún Estado de su asiento para ponerlo en el de presidente del Senado, sería cambiar, respecto del Estado de donde proviniera, un voto constante por un voto contingente. La otra consideración es que, como el Vicepresidente

puede en ocasiones sustituir al Presidente en la suprema magistratura ejecutiva, todas las razones que recomiendan el modo de elegir prescrito para uno se aplican con igual fuerza a la manera de nombrar al otro.”

A esta altura también cabe preguntarse: ¿podría negársele al Vicepresidente el derecho a voz, especialmente para fundar su voto, en el supuesto excepcional en que debiera desempatar? ¿Puede concebirse que, en el ejercicio de un mandato otorgado por el Pueblo, que, cuando le correspondiera sentar la decisión final de tan alto y significativo cuerpo que es el Senado, quién es responsable de tan grave atribución y deber no fundara su voto?

Indudablemente que la “República” exige que el Pueblo tenga pleno conocimiento de los actos, y sus razones, que provengan del ejercicio del poder. Esta publicidad imprescindible nos da la respuesta positiva. El Vicepresidente de la Nación tiene el deber fundamental de Estado — y para el Pueblo — de fundar su voto.

Ya hemos destacado que la designación de la persona del Vicepresidente de la Nación proviene de origen popular, incluso vinculado a la decisión política que hace el Pueblo que elige “una fórmula solidaria” para que cumpla un programa de gobierno; opción popular que se concreta, aunque por proceso indirecto según nuestra Constitución, con clara y precisa inmediatez de mandato popular, siempre respetado por la tradición genuina de nuestros Partidos Políticos al instruir en tal sentido a los señores Electores elegidos a ese fin por el propio Pueblo. Y ese programa de Gobierno exige su cumplimiento.

De ello puede deducirse que la persona elegida como Vicepresidente de la Nación asume sí la función permanente, pero no debe estar ajena a la alta misión política que, en nuestro sistema, asume el Presidente de la Nación como titular del Poder Ejecutivo. Precisamente porque debe estar preparado para asumir la función potencial de carácter eventual o circunstancial. Como persona física no pierde su capacidad de obrar dentro de la Constitución y de la Ley (en su caso, el Reglamento del H. Senado) y como ciudadano; con mesura, pero transparentando su rol político innegable.

No debe serle extraña la tarea colaborativa con el Presidente de la Nación, sin menoscabo de su función permanente y siempre contando con la anuencia del titular del Poder Ejecutivo. Ejemplo viviente de ello es la cada vez mayor tarea en ese sentido que se advierte en los EE.UU., sobre todo a partir de la Presidencia de F. D. Roosevelt. Y en este aspecto la comparación es válida atento a la similitud funcional del órgano, según ambas Constituciones. Esta colaboración con el titular del Poder Ejecutivo surge plausiblemente y no aparece en pugna con el desempeño funcional, ya que los "poderes" políticos están mancomunados — Poder Legislativo y Poder Ejecutivo —, no separados, aunque sí divididos funcionalmente, y se torna evidente en el proceso de formación y sanción de la ley, por parte del Poder Legislativo, y de promulgación, veto posible y la potestad reglamentaria, por parte del Poder Ejecutivo (artículos 72 y 86, incs. 1, 2, 4, 11, 12, 14, 18, 19, 22, de la Constitución Nacional).

Se da por plenamente supuesto de que en ningún caso tal colaboración debe realizarse en desmedro de la función de presidente del Senado y, a su vez, cuando asume la función de sustituto del Presidente de la Nación, se halla en incompatibilidad de ejercicio simultáneo de la primera.

**RAFAEL BIELSA sostiene:**

"Dos funciones tiene, pues, el Vicepresidente, pero no simultáneas, como se desprende, y ellas son de distinta naturaleza: la esencial es la eventual, o sea, la de sustituir al Presidente, y la secundaria es, sin embargo, la función permanente que es presidir el Senado" (5).

Queremos terminar esta breve reflexión sobre el tema, recordando lo que JUAN A. GONZALEZ CALDERON (6) señala luminosamente acerca del órgano Vicepresidente de la Nación: el carácter armonizador y de alta transcendencia que signa su "misión política tan especial".

---

(5) *Der. Constitucional*, p. 501.

(6) *Las Func. Constituc. del Vicepresidente de la Nación*, J. A. DOCTRINA, ps. 3 a 8; 1959 — I.



# Processo legislativo

## — mudanças necessárias

RUBEM NOGUEIRA

(Do Instituto dos Advogados Brasileiros. Ex-Deputado federal. Da Academia de Letras Jurídicas da Bahia)

Quando o País se prepara psicologicamente para a eleição de sua 5ª Assembléia Nacional Constituinte, delibera a Academia de Letras Jurídicas da Bahia, em colaboração espontânea, designar alguns de seus membros para o estudo de determinadas matérias constitucionais, entre as quais esta me coube, acerca do *processo legislativo* na Lei Fundamental.

Não incursionarei no tema para analisá-lo enquanto complexo de preceitos fixados pela Constituição para regular o procedimento concernente à produção dos atos normativos nela previstos, ou teoria do processo legislativo, por já estar esta exposta em duas monografias de alto merecimento científico, as dos Professores NELSON SAMPAIO e MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, notadamente a do primeiro, atenta a sua mais rigorosa metodologia.

Indo ao encontro do propósito acadêmico de auxiliar uma orientação pragmática das pessoas mais interessadas na tarefa de que breve se encarregarão os mandatários especiais do povo, examinarei primordialmente os seguintes temas de uma Constituição:

1) as espécies normativas a serem incluídas no Capítulo do *Processo Legislativo*, tendo em vista a nossa experiência jurídico-política nas duas últimas décadas;

2) as linhas gerais do processo legislativo no que toca às proposições de iniciativa do Presidente da República;

3) limitações realísticas da competência legiferante do Presidente da República, especialmente no que respeita:

- a) à atribuição de propor emendas constitucionais;
- b) às matérias sobre que possa ter iniciativa exclusiva;
- c) à tramitação congressional dos projetos de sua competência reservada.

### 1. *Abrangência do processo legislativo*

O texto constitucional vigente até certo ponto inovou na fixação de regras de elaboração dos atos legislativos, por havê-las ordenado sistematicamente num capítulo especial, onde enumera as diferentes espécies normativas. Mas nem sempre agiu bem nessa disposição da matéria.

A Constituição monárquica a tal respeito estabeleceu regras de competência em três Capítulos do Título sobre o Poder Legislativo, consagrando todo o Capítulo IV à formação das leis (arts. 52 a 70), às vezes até com requintes de formalismo. Assim, por exemplo, quando se tratava da rejeição de emendas de uma por outra Casa da Assembléia Geral, dispunha o art. 61:

“Se a Câmara dos Deputados não aprovar as emendas ou adições do Senado, ou vice-versa, e todavia a Câmara recusante julgar que o projeto é vantajoso, poderá requerer, por uma deputação de três membros, a reunião das duas Câmaras, que se fará na Câmara dos Senadores, e conforme o resultado da discussão se seguirá o que for deliberado.”

No particular, essa Carta outorgada cuidou mais do que as Constituições de 1891, 1934 e 1946 do ainda não apelidado *processo legislativo*. A de 1891 foi de todas a mais sóbria: estatuiu acerca da formação dos atos legislativos em apenas cinco breves artigos (36 a 40) do Capítulo V, tendo antes, no art. 29 (Capítulo II), reservado à competência exclusiva da Câmara dos Deputados a iniciativa *de todas as leis de impostos*. Em 1934, o Constituinte reuniu em nove artigos, no Capítulo das Leis e Resoluções (arts. 41 a 49), toda a disciplina propriamente processual da elaboração legislativa. Em 1946, disciplinou-se a matéria entre os arts. 67 e 72 de uma Seção intitulada “Das Leis”.

Só em 1967 houve a preocupação de estabelecer designadamente um *processo legislativo* (arts. 46 a 62 do Capítulo VI, Seção V).

Contudo, sem muito rigor metódico, pois começa por incluir nele uma espécie não enquadrável em tal Capítulo — a emenda à Constituição —, o que, acredito, não se repetirá na futura Lei Fundamental.

A eficácia das emendas constitucionais, todos o sabem, assemelha-se à da própria Constituição a que se incorporam. Se esta procede do Constituinte originário, aquelas derivam do Constituinte de *segundo grau* ou *poder revisor*, ou ainda *poder de reforma constitucional*, como o denomina o Prof. NELSON SAMPAIO na monografia em que estuda o tema *ex professo*.

Mas o *poder de reforma*, sem embargo de, eventualmente, como no caso brasileiro, residir no próprio Congresso Nacional, onde é exercido na conformidade de regras especiais, não se confunde com o poder legislativo. Ambos produzem normas jurídicas, mas de diferente hierarquia, que compõem aquela *construção escalonada de diferentes camadas ou níveis*, de que fala Kelsen, como são, de um lado, as *emendas constitucionais* e, do outro, os demais atos normativos. As emendas não-de necessariamente ficar fora, portanto, do processo disciplinador da produção dos atos normativos propriamente ditos.

DUGUIT, embora reconhecendo ser esta uma questão polêmica, chega ao extremo de admitir (como aliás ainda o fazem outros constitucionalistas) que uma Assembléia revisora tem todos os poderes de uma Assembléia Constituinte, com força suficiente para empreender também uma revisão total do texto constitucional. Assim, segundo o mestre de Bordéus, a revisão podia mudar até a forma republicana do governo francês que o art. 2º da Lei Constitucional de 14-8-1884 expressamente vedava (LÉON DUGUIT — *Traité de Droit Constitutionnel* — 2ª ed., 1924, tomo IV, pp. 538 e segs.).

CARL SCHMITT, ao contrário, considera especialmente inexacto caracterizar como *pouvoir constituant* a faculdade atribuída e regulada de mudar, rever ou emendar prescrições constitucionais.

Como quer que seja, nenhum dos dois situa a emenda constitucional no mesmo plano hierárquico das leis, quando considerado o órgão de elaboração de uma e outras.

Por isso, mais coerentes com a doutrina hoje possivelmente majoritária, foram os Constituintes da Monarquia e da República até 1946. O de 1823 não apenas ditou normas reguladoras do processo de reforma constitucional, mas estabeleceu um órgão especial para o exercício desse poder, que o malogrado projeto Antônio Carlos Ribeiro de Andrada-Machado e Silva apelidava *Assembléia de Revista*. Esta teria uma só Câmara que, eleita da

mesma forma que a Câmara dos Deputados, deveria cuidar exclusivamente da matéria objeto de sua convocação e, findo o trabalho de *revisita*, dissolver-se-ia (Título XV — *Do que é constitucional e sua revisita* — arts. 267 a 272).

Dissolvida a 12 de novembro, teve entretanto a Assembléia Geral Constituinte e Legislativa de 1823 em boa parte aproveitado o seu projeto pelo Conselho encarregado de elaborar a Constituição outorgada por D. Pedro I a 25 de março de 1824, na qual a parte relativa ao processo de revisão ficou integrando o Título final (VIII), *Das Disposições Gerais, e Garantias dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros* (arts. 173 a 178).

Também nas *Disposições Gerais* as Constituições de 24-2-1891 (art. 90 e seus quatro parágrafos), de 16-7-1934 (art. 178 e seus cinco parágrafos) e de 18-9-1946 (art. 217 e seus seis parágrafos) estabeleceram os limites e o objeto do poder de reforma constitucional.

Ao menos, pois, para não confundir a tarefa do poder de revisão constitucional com a do Poder Legislativo, tais precedentes mostram ser de melhor técnica inserir em partes distintas e separadas as regras a que estão sujeitos um e outro.

Na linha, igualmente, de nossa anterior experiência democrática e liberal está a não-inclusão do Presidente da República entre as pessoas competentes para propor emendas à Constituição.

O Ato Institucional de 9-4-1964 enxertou no ordenamento jurídico brasileiro mais essa excepcional prerrogativa do Chefe do Poder Executivo, desconhecida, em regra, nos regimes democráticos contemporâneos. Muito mais louvável, além de oportuno, será restabelecer a faculdade de oferecer emenda que as Assembléias Legislativas dos Estados-Membros já tiveram. Podem elas exprimir a vontade do povo com mais autenticidade do que a iniciativa pessoal e nem sempre bem inspirada do Presidente da República.

Estender ao Chefe do Executivo o poder de propor emendas à Constituição é um exagero que torna a Lei Fundamental mais vulnerável, quando, ao contrário, a tendência entre as nações democráticas é para diminuir os mecanismos e competências reformistas. Afinal, como advertia RUI BARBOSA, *geralmente muito mais se lucra com uma Constituição que seja obrigada a durar algum tempo do que com uma Constituição que se pode mudar todos os dias*.

Por essa mesma razão superior, o Constituinte de 1987 deve considerar mais um texto imodificável da futura Constituição: o que *limita as condições à reforma constitucional*.

Até aqui só não pode ser objeto de deliberação, entre nós, qualquer proposta de emenda tendente a abolir a Federação e a República. A doutrina constitucional moderna, entretanto, de há muito afirma a imodificabilidade do texto ou textos reguladores do processo de reforma da Constituição ou, por outras palavras, a força que o poder constituinte originário tem de estabelecer regras invioláveis endereçadas ao órgão incumbido da tarefa específica de emendar a Constituição na forma por esta prevista.

Ao constituinte derivado ou decorrente — o dos Estados-Membros — também se estende a limitação. Em 1913 sobre isso espaçadamente discursou RUI BARBOSA no Senado, impugnando emenda feita à Constituição do Amazonas antes do prazo por ela estabelecido para ser alterada. As Constituições — advertia então RUI — *podem e devem ser reformadas, mas respeitados os textos que limitam as condições à reforma.*

A desconsideração da regra fundamental restritiva do poder de revisão produziu várias alterações no *quorum* de votação das emendas, quando foi preciso assegurar mudanças constitucionais do interesse do Presidente da República, até que, em 1982, no começo da *abertura*, foi restabelecido o voto de dois terços de Deputados e dois terços de Senadores para considerar-se aprovada a emenda.

Inserida no texto original a cláusula de imutabilidade do processo de reforma constitucional, estará vedada a ação revisora do constituinte de segundo grau. Dessarte, uma futura emenda que viesse a alterá-lo poderia ser averbada de inconstitucional, mediante ação direta ou representação, por inconstitucionalidade, do Procurador-Geral da República.

Em conclusão, nesta parte: entre as espécies normativas abrangidas no *processo legislativo* penso não deverá o Constituinte de 1987 incluir o item *emendas à Constituição*, cuja posição mais coerente com a natureza jurídica do assunto me parece ser ou em **Capítulo próprio** ou entre as *Disposições Gerais*, nos termos de nossa tradição constitucional.

### *Da iniciativa das leis*

Os regimes políticos mais adiantados democraticamente dos tempos atuais não se distinguem pela preocupação de fortalecer um determinado Poder em prejuízo de outros, notadamente no que respeita à faculdade de propor a edição de direito novo. Entre nós, nos últimos vinte anos, ocorreu o inverso, mas visando sempre ao aumento da autoridade do Presidente da República.

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, por exemplo, não estende ao Chanceler Federal, individualmente considerado, a iniciativa das leis, mas ao Conselho de Ministros, cujos projetos, antes de irem à apreciação do Parlamento Federal, são submetidos ao Conselho Federal, órgão composto de representantes dos Estados-Membros. Ainda os projetos tidos como *urgentes* devem obediência a essa regra, e nem no encaminhamento de suas propostas ou tampouco no ritmo da deliberação parlamentar sobre eles, goza a iniciativa governamental de tratamento privilegiado.

Por que concedê-lo aqui? Acaso os nossos Presidentes se têm revelado, em regra, grandes estadistas mercedores da confiança prévia da Nação? A lição da experiência revela o inverso, salvo raríssimas exceções. O recente e rumoroso caso da sobretarifa telefônica, instituída para favorecer a expansão e melhoria das telecomunicações, é muito expressivo da desenvoltura governamental na utilização das prerrogativas excepcionais concedidas pela Constituição ao Presidente da República. As maiores autoridades brasileiras em direito tributário denunciaram a ilegitimidade dessa contribuição forçada, a partir do momento em que o produto de sua arrecadação, através de normas pelo Governo manipuladas, passou a ser recolhido ao Tesouro. Inúmeras ações judiciais impugnam a já então falsa sobretarifa convertida em imposto não criado por lei, e a União Federal, pelos seus procuradores, a pé firme negava que estivesse cobrando um imposto mascarado. De súbito, em resposta às primeiras sentenças contrárias àquela imposição inconstitucional, o Presidente da República, pelo Decreto-Lei nº 2.186, de 20-12-84, resolveu denominar imposto o que até então exigia como sobretarifa, num reconhecimento formal do abuso de direito cometido durante anos contra o povo.

É inegável que o País, a esta altura, sente necessidade de estabelecer limitações à competência legislante do Presidente da República.

Recorde-se que a liberal Constituição de 1891 atribuía à Câmara a iniciativa de *todas as leis de impostos*. Em 1934 e 1946 essa competência se estendeu também ao Presidente da República, para afinal só a ele caber, a partir de 1964. Além de provido do poder de iniciativa de lei sobre qualquer matéria, e de prerrogativas singulares acerca do processo abreviado, entre as quais a de aprovação de projetos por decurso de prazo, passou o Chefe do Executivo, desde então, a ser o árbitro exclusivo da *despesa pública* e da matéria *financeira e tributária*. Nenhum governante de superpotência contemporânea dispõe de tamanhas atribuições. Aqui, no entanto, têm elas servido quase sempre de fator de exasperação

da irresponsabilidade administrativa com a agravante de entorpecerem a dinâmica parlamentar, gerando maiorias submissas.

A aprovação, *por decurso de prazo*, de projetos oriundos do órgão de um Poder já dotado de competência legiferante amplíssima, além da competência exclusiva acerca de importantíssimas matérias, sem falar no seu arbítrio total sobre criação e aumento da despesa pública e ainda a prerrogativa de propor emendas à Constituição e editar decretos-leis e leis delegadas, é um acontecimento sem paralelo entre os Estados de direito democráticos de nossos dias.

Um Presidente de raízes populares às vezes sequer pode formalmente enviar projetos de leis às Câmaras, como ocorre com o dos Estados Unidos. Não se diga que o Estado-providência reclama extrema celeridade na elaboração dos instrumentos legais de sua ação prática e que os corpos coletivos, numa palavra os Congressos, *nem sempre* estão aptos para deliberações de elevado teor técnico ou só o fazem muito lentamente. O argumento prova demais.

Na verdade, um governo de genuínas raízes populares sempre pode dispor de lideranças à altura das circunstâncias, e a força de um líder autêntico é incalculável. Para ilustração, lembremos o que fez Otávio Mangabeira na Assembléia Constituinte de 1946.

Eleito ao mesmo tempo Senador e Deputado, por várias Unidades da Federação, após oito anos de ditadura que culminaram com a sua deposição pelas Forças Armadas a 29-10-1945, Getúlio Vargas, tendo optado pelo mandato de Senador gaúcho, só se apresentou para tomar posse no último dia do prazo, como se quisesse exprimir o seu desdém pela representação nacional.

Nesse histórico dia 4 de junho de 1946 aconteceu um fato que mostra muito bem o quanto pode conseguir a força moral de um verdadeiro chefe parlamentar. Otávio Mangabeira era apenas líder da Minoria. Coordenou, porém, com tal dignidade aquela Assembléia fremente e heterogênea — onde tinham assento dezenas de antigos getulistas — que, mal acabou Vargas de proferir o compromisso regimental de “guardar a Constituição a ser adotada” (e por ele depois sequer assinada) — Mangabeira, com a palavra, após breve discurso, leu o texto de uma *Moção de aplauso e agradecimento às Forças Armadas da República, terrestres, navais e aéreas, pelo modo como, unidas, a 29 de outubro, num movimento pacífico, em torno de seus chefes e sem outra ambição, provavelmente, que a de servir o País, cumpriram dignamente o seu dever de fidelidade à Pátria.*

E a Moção, que por momentos profunda emoção produziu no Plenário, foi aprovada por 135 contra 131 votos.

Em face de exemplos inesquecíveis como esse, resta admitir que os Governos devem contar com as virtudes de seus líderes

parlamentares para aprovação de seus projetos de leis, não com fórmulas processuais privilegiadas e opressoras das correntes partidárias que compõem as assembleias representativas da vontade popular.

O Constituinte de 1987 terá, portanto, de fixar novos limites ao poder de interferência do Presidente da República na formação das leis.

### *Leis delegadas e decretos-leis*

Admitida a flexibilidade da separação dos Poderes do Estado, algumas das mais novas Constituições têm acolhido a *delegação legislativa* que os nossos regimes jurídicos, até 1946, ao menos formalmente vedavam. O Ato Adicional ou Emenda Constitucional nº 4, de 2-9-61, instituindo o sistema parlamentar de governo, consagrou entre nós espécie normativa.

Em harmonia com a Lei Complementar de 17 de julho de 1962, o Presidente do Conselho de Ministros podia pedir ao Congresso Nacional delegação de poderes para legislar, fazendo constar no pedido os seguintes elementos: a) o conteúdo, o objeto e o alcance da delegação; b) o fundamento jurídico da lei projetada; c) a estimativa da despesa que poderia advir e a indicação dos recursos para satisfazê-la.

A delegação, utilizável em 30 dias sob pena de caducidade, era dada por decreto legislativo aprovado por maioria absoluta dos membros das duas Casas do Congresso Nacional e nele se consignavam os limites e condições da delegação legislativa. Desta não podiam ser objeto a criação de tributos, a autcrização de emissões de curso forçado e as matérias da competência exclusiva do Congresso Nacional.

O governo parlamentarista promulgou onze leis delegadas a partir de 25 de setembro de 1962. Por meio delas criaram-se dois cargos de Ministro Extraordinário, estabeleceram-se preços mínimos para financiamento ou aquisição de cereais e outros gêneros de produção nacional, modificou-se o regime jurídico para o estabelecimento de empresas de armazéns gerais, regulou-se o domínio econômico para assegurar a livre distribuição de mercadorias e serviços essenciais ao consumo do povo, organizou-se a SUNAB, criou-se a SUDEPE, etc.

A Constituição de 1967 manteve a delegação legislativa, tornada muito mais abrangente pela Emenda nº 1/69, mas nenhuma lei delegada chegou a editar-se até agora.

A meu ver, a futura Constituição deve conservar o instituto da delegação legislativa, nos termos em que a regulou o regime constitucional de setembro de 1962. Ela representa considerável



reforço da autoridade do Presidente da República, sem diminuir a do Poder Legislativo.

Mas a consciência geral, de juristas e de leigos, rejeita a manutenção da competência outorgada ao Presidente da República de editar *decretos-leis*.

Já será mais que suficiente dotá-lo do poder de encaminhar projetos de lei sobre qualquer matéria e ter a exclusividade da iniciativa de leis concernentes à criação de cargos, funções ou empregos públicos e fixação dos respectivos vencimentos. Admissível será mesmo que se incluam nessa exclusividade a criação ou o aumento da despesa pública, embora com desfalque de antigas prerrogativas dos membros da representação popular.

Passar daí será criar o risco de renovação das experiências mais angustiantes do regime constitucional brasileiro.

O ato normativo com força de lei elaborado pelo Chefe do Poder Executivo tem sido, de ordinário, praticado pelos governos discricionários que se sucedem a eclipses totais do Poder Legislativo. De 10 de novembro de 1937 a 29 de outubro de 1945, Vargas editou milhares deles. A partir do Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, inúmeros decretos-leis foram baixados com o Congresso Nacional em pleno funcionamento.

Grosseira contrafação do modelo italiano criado pela Constituição de 1º de janeiro de 1948, sua rejeição não importa na nulidade dos atos praticados durante a sua vigência. Além dessa anomalia, se não houver deliberação congressual em sessenta dias a contar do recebimento, o texto será incluído automaticamente na ordem do dia, em regime de urgência, nas dez sessões subsequentes em dias sucessivos, e então, se não for apreciado, considerar-se-á definitivamente aprovado. Assim é, agora, em virtude da Emenda Constitucional nº 22, de 1982, porque, antes, o texto era tido por aprovado se tão-somente o Congresso não deliberasse no prazo de sessenta dias.

Os decretos com força de lei italianos, ao contrário, editados que são *sob a responsabilidade do Governo, em casos de urgência e de necessidade*, têm de ser no mesmo dia apresentados às Câmaras para a *conversão em lei* e, se dentro de sessenta dias de sua publicação não o forem, *perdem a eficácia desde o início*. Quanto a relações jurídicas acaso constituídas com base nos decretos *não convertidos*, poderão as Câmaras regulá-las mediante lei.

Essas "providências provisórias com força de lei", como aos decretos-leis chama o art. 77 da Constituição italiana, são lá derivadas, nas palavras de CONSTANTINO MORTATI, de "exigências imprevisíveis e imprevisíveis, cuja satisfação é imposta como condição para a própria conservação do Estado".

Aqui, não. Aqui, até há pouco, prevalecia tão-só a decisão solitária do Presidente da República, adotada com subtração de toda publicidade, "a lei fundamental dos bons regimes" (RUI BARBOSA), sem audiência de nenhum órgão nacional de classe ou de cultura e apoiada unicamente em teorias de infalíveis tecnocratas menores. Tudo feito no silêncio dos gabinetes palacianos, mais ou menos de improviso, soluções impostas unilateralmente a todos, fosse qual fosse a natureza da matéria resolvida, ainda que os resultados não correspondessem às expectativas oficiais.

Entre as espécies normativas a figurar no futuro Capítulo Do *Processo Legislativo*, espera-se, pois, que o Constituinte de 1987 não inclua o *decreto-lei*.

Por fim, não se justifica que só o Presidente da República possa rerepresentar, na mesma sessão legislativa, projetos de lei de sua iniciativa rejeitados ou tidos por prejudicados, ao passo que para os parlamentares tal prerrogativa depende de proposta da maioria absoluta dos membros da Câmara ou do Senado.

*O Poder nas mãos dos homens deve ser sempre limitado. Quanto mais garantias, melhor. Cada eliminação de uma garantia legal é um perigo que se corre, é um passo que se dá para a imoralidade e para a servidão* — palavras proféticas de RUI BARBOSA, o paladino da resistência constitucional, dirigidas ao Senado da República. Confirmam-nas as de HELMUT CONRG, jurista alemão da Alemanha de hoje:

"Todo poder que se possa dar a um homem sobre outros, diz ele, tem que estar interna e materialmente limitado e controlado: este é um princípio de direito natural."

Os Constituintes de 1987 certamente terão a consciência do seu histórico papel, portadores que vão ser das grandes esperanças nacionais em torno de uma remodelação global das nossas instituições livres. É pelo menos o voto que formulo ao encerrar estas modestas considerações acerca de aspectos jurídicos de problemas políticos atuais, dirigidas antes às pessoas comuns do que aos juristas, por não conterem novidades técnicas.

Terei cumprido a tarefa que me foi assinada? Não consigo a tal respeito desfazer minha própria dúvida. E então me ocorrem as palavras de ORTEGA Y GASSET:

"A gente nunca sabe quando disse, realmente, o que pretendia dizer. Porque dizer é aspirar a ser entendido, e isto já não depende só da gente, senão também do próximo."

E eu não poderei sequer recolher o vosso veredito inapelável.

# O veto nos Estados presidencialistas

(Algumas reflexões sobre o veto no Brasil  
e nos Estados Unidos)

MAURO ANDRADE ROSA  
Advogado

## SUMÁRIO

- I — INTRODUÇÃO
- II — CONCEPÇÃO HISTÓRICA DO VETO
  - Noção do Veto
  - Natureza do Veto
  - Motivos do Veto
- III — CLASSIFICAÇÃO DOS VETOS
  - Quanto à forma
  - Vetos explícitos
  - Vetos tácitos
  - Quanto à extensão
  - Veto absoluto
  - Veto limitado
  - Veto suspensivo
  - Veto qualificado
  - Veto total
  - Veto parcial
  - Reenvio
  - Vetos translativos
  - Veto translativo popular
  - Veto translativo oligárquico

#### IV — O VETO NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL

- O veto no Brasil Império
- Constituições da República
- O veto na Constituição de 1891
- O veto na Constituição de 1934
- O veto na Constituição de 1937
- O veto na Constituição de 1946
- O veto na Constituição de 1967

#### V — O VETO NA CONSTITUIÇÃO AMERICANA

#### VI — CONCLUSÃO

#### — BIBLIOGRAFIA

### CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

(Emenda Constitucional n.º 1)

“Art. 59 — Nos casos do art. 43, a Câmara na qual se haja concluído a votação enviará o projeto ao Presidente da República que, aquiescendo, o sancionará; para o mesmo fim, ser-lhe-ão remetidos os projetos havidos por aprovados nos termos do § 3.º do art. 51.

§ 1.º — Se o Presidente da República julgar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á, total ou parcialmente, dentro de quinze dias úteis, contados daquele em que o receber, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. Se a sanção for negada, quando estiver finda a sessão legislativa, o Presidente da República publicará o veto.

§ 2.º — Decorrida a quinzena, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

§ 3.º — Comunicado o veto ao Presidente do Senado Federal, este convocará as duas Câmaras para, em sessão conjunta, dele conhecerem, considerando-se aprovado o projeto que, dentro de quarenta e cinco dias, em votação pública, obtiver o voto de dois terços dos membros de cada uma das Casas. Nesse caso, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

§ 4.º — Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no parágrafo anterior, o veto será considerado mantido.”

## CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

2. "Todo projeto de lei aprovado pela Câmara dos Representantes e pelo Senado deverá, antes de se tornar lei, ser remetido ao Presidente dos Estados Unidos. Se o aprovar, ele o assinará; se não, o devolverá acompanhado de suas objeções à Câmara em que teve origem; esta então fará constar em ata as objeções do Presidente, e submeterá o projeto a nova discussão. Se o projeto for mantido por maioria de dois terços dos membros dessa Câmara, será enviado, com as objeções, à outra Câmara, a qual também o discutirá novamente. Se obtiver dois terços dos votos dessa Câmara, será considerado lei. Em ambas as Câmaras, os votos serão indicados pelo "Sim" ou "Não", consignando-se no livro de atas das respectivas Câmaras os nomes dos membros que votaram a favor ou contra o projeto de lei. Todo projeto que não for devolvido pelo Presidente no prazo de dez dias a contar da data de seu recebimento (excetuando-se os domingos) será considerado lei tal como se ele o tivesse assinado, a menos que o Congresso, suspendendo os trabalhos, torne impossível a devolução do projeto, caso em que este não passará a ser lei."

### I — INTRODUÇÃO

Ao propormos escrever sobre o veto, tivemos em mente apenas tecer algumas considerações sobre esse instituto que, para alguns publicistas, encontra-se em franca decadência, ou seja, no seu declínio, em decorrência do fenômeno generalizado de fortalecimento do Poder Executivo, especialmente na elaboração das leis.

Sem aceitar o negativismo dos que apregoam e vaticinam a "morte" do instituto do veto, aceitamos como verdade que as formas do veto se modificam no tempo e no espaço, permanecendo imutável a sua natureza, seja como "recusa de sanção", "veto", "negative", "renvoi", "rejet", ou, no direito francês, como "demande de nouvelle délibération", que são fases da evolução do poder de recusa. O veto foi, sem dúvida, sempre uma instituição de crise: o resultado de compromissos entre forças sócio-políticas que lutam para substituir, contra outras que querem conquistar o poder.

Ao analisar o veto, não podemos perder de vista as causas fundamentais que determinam o seu exercício, conforme ensina NAVARRO DE BRITTO: sistemas de Governo e as forças políticas.

Segundo esse autor, em sua tese de Doutorado pela Universidade de Paris, "o modo de escolha do Chefe do Estado, bem como as relações funcionais e orgânicas entre os poderes condicionam a frequência no uso desta medida excepcional que é o veto. De outro lado, a eleição direta do Chefe do Estado e a separação dos poderes engendram o emprego muito mais frequente da "negativa" nos sistemas presidencialistas" (1).

## II — CONCEPÇÃO HISTÓRICA DO VETO

Muito embora possa ser encontrado na Grécia antiga um esboço do veto sob a forma de consulta popular, podemos afirmar, com toda a segurança, na esteira de MÁRIO CASASANTA, que "o veto nasceu em Roma... representa mesmo o marco de um dos períodos culminantes da civilização" (2).

Em Roma, encontramos os antepassados do veto sob a forma de *intercessio* e a *auctoritas*, refletindo a luta permanente entre a democracia e a aristocracia.

Suprimido por Sila, que sempre se preocupou em dar a Roma uma forte organização aristocrática, o veto ressurgiu sob Pompeu, que sucedeu a Sila e favoreceu a democracia, restituindo aos tribunos as velhas prerrogativas, entre as quais se encontrava o veto.

Veto (do latim *vetare* — proibir, vedar, opor) é, nesse sentido, a oposição à execução de um ato, pelo tribuno da plebe ou por um magistrado igual ou superior. Sob a República romana, existiam apenas meios excepcionais de combater sentença proferida. Um desses meios era a *intercessio* pela qual o magistrado ou um tribuno impedia o ato, opondo o seu veto.

Afirma JACQUES ELUL: "cada tribuno pode opor sua vontade a toda decisão que considere prejudicial à plebe". Mais à frente, acrescenta ELUL: "Este veto é mais poderoso do que o de qualquer outro magistrado. Pode paralisar, sem anulá-las, as ordens dos cônsules, as deliberações do Senado, as proposições de leis, os votos dos comícios. O tribuno pode, pois, paralisar inteiramente o Estado impedindo-o de tomar uma decisão, ou aplicar qualquer decisão" (3).

(1) BRITTO, Luiz Navarro. *O Veto Legislativo, Estudo Comparado*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, DF, 1966, p. 136.

(2) CASASANTA, Mário. *O Poder de Veto*. Edição Os Amigos do Livro, Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte.

(3) ELUL, Jacques. *Histoire des Institutions*. Paris, Presses Universitaires de France, 1970, 3ª edição, p. 268.

Segue o veto a sua trilha, e em sua trajetória evolutiva constatamos que ele surge já na Idade Média, na Inglaterra, através da oposição do rei a determinados requerimentos formulados nos **petitions**. Transforma-se o veto numa prerrogativa real.

Ensina-nos MÁRIO CASASANTA que: “Na Inglaterra o rei fazia e teoricamente ainda faz parte do Parlamento. Todos os projetos de lei deviam receber-lhe a aprovação, sem a qual não seriam lei de modo algum. Cabia-lhe também o direito de veto. Podia dirigir mensagens ao Parlamento, convocá-lo, prorrogá-lo, adiá-lo, dissolvê-lo. Se aprovava, escrevia **le roi le veult** e se desaprovava, **le roi s’avisera**” (4).

No século XVII aparecem as chamadas leis fundamentais (não suscetíveis de revisão) que CROMWELL julga imutáveis. Em seguida surgem as normas circunstanciais, resultado de um acordo entre o Parlamento e o Lorde Protetor. Ao contrário das normas fundamentais, estas normas podem ser revistas. Nesse caso, se não concordasse com qualquer modificação proposta, tinha o Lorde Protetor à sua disposição um legítimo **veto absoluto**.

Depois das leis fundamentais e das regras circunstanciais vinham as leis ordinárias, que o Parlamento votava. Neste caso o Lorde Protetor possuía apenas um simples direito de solicitar nova deliberação, ou seja, o direito de **veto mínimo (veto limitado)**, o que não impedia esta proposição de adquirir condição de lei rapidamente.

É interessante ressaltar que desde 1707, no tempo da Rainha Ana, o veto não é aplicado. Isto se explica pelo fato de que pertence, quase que de modo exclusivo, ao Gabinete a iniciativa das leis. Com a evolução do regime parlamentar, o veto entra em decadência na Inglaterra, caindo no esquecimento e ressurgindo, no fim do século XVIII, nos Estados Unidos e na Europa Continental, sob a forma de **veto qualificado**.

Relembra LUIZ NAVARRO DE BRITTO que: “A Constituição de 1787, inspirada na Constituição do Estado de Massachussetts de 1780, se encarrega de propagar, com o regime presidencial, o novo veto, nas repúblicas latino-americanas” (5).

ALEXANDER HAMILTON, de cuja pena saiu mais da metade dos ensaios publicados nas Memórias de **O Federalista**, sob o pseudônimo de **Publius**, ao defender a conveniência do veto, absoluto ou restrito, afirma que o poder de vetar conferido ao Presidente “não só serve de defesa ao Executivo como também fornece garantia adicional contra a decretação de leis inconvenientes. Estabelece controle salutar sobre o corpo legislativo. . .” e adiante completa: “o motivo primordial para

(4) CASASANTA, Mário. *Op. cit.*, pp. 127 e 128.

(5) BRITTO, Luiz Navarro. *Op. cit.*, p. 11.

conceder-se ao Executivo o poder em questão consiste em capacitá-lo a defender-se, e, em seguida, aumentar as probabilidades a favor da comunidade contra a aprovação de leis más em virtude de pressa, inadvertência ou intenção" (6).

A negativa pura e simples idealizada por HAMILTON não vingou êxito entre os convencionais. Prevaleceu o veto delineado por PINKNEY: reconsideração do projeto pelo Legislativo; dois terços para a nova aprovação; sanção presumida, se o Presidente não assinava em 10 dias e não conversão em lei, se o Presidente não assinasse os projetos depois do encerramento das sessões.

Do texto aprovado pelos convencionais de Filadélfia extraímos a conclusão de que o veto americano não é uma cópia inglesa, mas sim fruto de uma experiência local: a convenção limitou-se a adotar e adaptar o instituto já existente no Estado de Massachussetts.

Assim, em que pese à influência de WILSON e HAMILTON, partidários do veto absoluto contra toda espécie de legislação, como o encontrado na Metrópole, foi aprovado o veto condicional tirado da Constituição de Massachussetts, que era um poder para assegurar a divisão de poderes e não uma prerrogativa pessoal como encontrado no sistema inglês.

Segundo ensinamento de MARIO CASASANTA "dois motivos afastavam os convencionais dessa cópia: primeiro, a amarga lembrança que deviam guardar do veto colonial; segundo, o conhecimento que tinham de que desde a revolução os reis da Inglaterra haviam perdido praticamente essa prerrogativa" (7).

### Noção do Veto

De acordo com a legislação brasileira em vigor, os projetos de lei aprovados pelo Congresso, que não sejam da sua competência exclusiva, carecem da sanção do Presidente, a qual significa a sua aquiescência à matéria votada. Assim, é a sanção uma formalidade constitutiva da lei. A sanção pode ser **expressa**, quando outorgada pelo Presidente dentro do prazo fixado pela Constituição, e **tácita** se no decorrer do prazo não houver manifestação da vontade presidencial. É dentro do prazo, no caso brasileiro, 15 dias, que o Presidente pode recusar a sanção por considerar todo o projeto (veto total) ou algumas de suas disposições (veto parcial) inconstitucionais ou contrários ao interesse público.

Do texto acima, concluímos com MANOEL GONÇALVES F. FILHO que "o veto é a recusa da sanção. É manifestação de discordân-

(6) HAMILTON, Jay e Madison. *O Federalista*. Trad. REGGI ZACCONI DE MORAIS. Rio, Editora Nacional de Direito, 1959, nº 73.

(7) CASASANTA, Mário. *Op. cit.*, pp. 134 e 135.



cia do Presidente da República em relação ao projeto aprovado pelo Congresso Nacional. Há de ser sempre expresso e motivado. Tem efeito meramente suspensivo” (8).

É, portanto, o veto a recusa total ou parcial que manifesta o Chefe do Executivo — Presidente, Governador ou Prefeito — à proposição de lei, devolvendo-a ao Poder Legislativo para ser reapreciada, podendo ser rejeitado ou mantido.

Para NAVARRO DE BRITTO “o veto legislativo é a faculdade, acordada ao Chefe do Estado, de impedir a adoção de uma lei, cujo texto já foi aprovado pelas Câmaras” (9).

Também na obra de MÁRIO CASASANTA vamos encontrar uma definição jurídica do veto como sendo “o poder que se confere ao Chefe do Executivo de devolver ao Congresso o projeto de lei que julgar inconstitucional ou inconveniente aos interesses nacionais, para efeito de uma nova consideração” (10).

Para BOMPARD (11), o veto não é um fato diferente da sanção, mas sim a sua contrariedade, uma oposição à própria sanção. É a negação da sanção, vinculando sua existência à defesa da Constituição e no interesse da separação de poderes.

Para muitos publicistas, o veto não é apenas a negativa da sanção, mas sim um consectário dela, porque existe uma vez que ela existe. Afirmam ainda que a prova maior que se dá de que o veto é consequência da sanção, está em que só existe o veto onde pode haver sanção.

Outros, entre os quais se encontra CASASANTA, afirmam que, em nosso regime, se dá exatamente o contrário, pois é antes a sanção que deve existência ao veto. É uma consequência do veto: existe porque o veto existe.

Para completarmos a noção do veto, temos que considerar dois elementos essenciais: “a natureza do veto” e “os motivos do veto”.

### **Natureza do Veto**

Uma discussão que muito tem arrebatado os estudiosos da matéria é se o veto é ato de caráter legislativo ou executivo.

Enquanto alguns consideram o veto como um ato legislativo, isto é, uma manifestação de vontade que perfaz a lei, outros já o

---

(8) FERREIRA FILHO, Manuel G. *Comentários à Constituição Brasileira*. Sarai-va, 1977, 2º volume, p. 58.

(9) BRITTO, Luiz Navarro, *Op. cit.*, p. 13.

(10) CASASANTA, Mário. *Op. cit.*, p. 64.

(11) BOMPARD, Raul. *Le Veto du Président de la République et la Sanction Royale*. Paris, Arthur Rousseau, Éditeurs, 1906, p. 89.

encaram como um ato executivo procedido em etapa posterior à constituição ou perfeição da lei.

De acordo com estes últimos, que distinguem o "veto presidencial" da "recusa de sanção" concedida aos Reis, somente a segunda pode ser valorada como um ato legislativo, pois o monarca "faz parte integrante do Poder Legislativo" e o seu assentimento "rend, seul, la loi parfaite" (12).

Na Constituição norte-americana, comentada por VAN HOLST no **Constitutional Law of the United States**, conforme citação de OTACILIO ALECRIM (13), o veto é ato de caráter executivo, porque a Constituição confere função legislativa exclusivamente ao Congresso. Assim, o veto não deve ser considerado como uma parte do Poder Legislativo, pois o Congresso sozinho é o autor das leis. O direito de veto permite unicamente paralisar as disposições editadas pelo Parlamento.

No entanto, a maioria dos estudiosos do assunto pensa de modo diferente, porque considera o veto ato de caráter legislativo, tendo em vista ser de evidente cooperação na elaboração da lei.

Já no nosso direito pátrio, o mestre AURELINO LEAL (14) opina que a sanção presidencial e, portanto, o veto, não constitui uma colaboração na feita das leis. Para ele, a expressão aquiescência exprime ato diferente de colaboração. Aquiescer é consentir, enquanto que colaborar é ajudar outro nas suas funções. Assim, somente uma vez, na vida de um projeto, o Presidente é colaborador do Legislativo: quando exerce a iniciativa governamental, apresentando-lhe propostas de lei. Mais adiante, afirma AURELINO que o Presidente nada acrescenta às propostas do Congresso, não lhes toca na contextura. Examina-as, submete-as ao contraste constitucional e utilitário.

Contestando AURELINO LEAL, diz CASASANTA: "se se considera a autoridade que o aplica, o veto é, em nosso regime, ato de caráter executivo; se se considera a natureza, é ele de caráter legislativo, pois importa colaboração, e não pequena, na obra legislativa, sobretudo quando é parcial caso em que BARBALHO chega a considerá-lo uma verdadeira emenda supressiva" (15).

Como se pode ver, parece que as objeções que se fazem visando a negar a natureza legislativa do veto gravitam em torno de dois argumentos: o princípio da separação dos poderes e a intervenção do veto na fase da eficácia da lei.

(12) BOMPARD, Raul. *Op. cit.*, pp. 10 e 89.

(13) ALECRIM, Otacilio. *O Sistema de Veto nos Estados Unidos*. Rio, Instituto de Estudos Políticos, 1954, pp. 31 e 85.

(14) LEAL, Aurelino. *Teoria e Prática da Constituição Brasileira*. Rio, F. Brigulet e Cia. Editores, 1924, pp. 22, 224 e 845.

(15) CASASANTA, Mário. *Op. cit.*, p. 91.

Sobre o papel legislativo do Presidente, embora não seja tão importante quanto o do Primeiro-Ministro num regime parlamentarista, não se deve cometer o erro de subestimá-lo, pois as Constituições, no caso especial do Brasil e dos Estados Unidos, outorgam a ele o poder de veto sobre toda a legislação. Já declarou a Corte Suprema dos Estados Unidos que “a Constituição, ao conceder ao Presidente o direito de rejeição condicional da legislação — geralmente chamado veto —, confia-lhe uma autoridade e impõe-lhe uma obrigação da mais alta importância”.

Na feliz afirmativa de BERNARD SCHWARTZ, “o poder de veto tornou-se assim uma ameaça permanente aos patrocinadores de projetos e tem-se constituído num instrumento de negociação para a elaboração de outros projetos em substituição aos rejeitados” (16).

### Motivos do veto

Tanto na Constituição do Brasil como na americana o Presidente tem de apresentar as objeções ao devolver um projeto ao Congresso para reapreciação. Assim, a recusa, que se faz através do veto, tem de ser fundamentada, motivada. Dois são os motivos, os fundamentos aceitos para a recusa da sanção: a inconstitucionalidade e a inconveniência. No primeiro caso, somente quando há incompatibilidade com a Lei Magna, ou seja, um motivo estritamente jurídico. No segundo, trata-se de motivo estritamente político, que envolve uma apreciação de vantagens e desvantagens.

Por inconstitucionalidade, o veto revela o Presidente como guardião da ordem jurídica; por inconveniência, já apresenta o Chefe do Executivo como defensor do interesse público.

Nos Estados Unidos, nos primeiros anos da República, o veto foi usado com muita parcimônia e o seu emprego só se deu por inconstitucionalidade dos projetos. Durante os quarenta primeiros anos do Governo Republicano, o Presidente após o veto apenas nove vezes. O uso tão restrito do veto, nos Estados Unidos, nos seus primórdios, é explicado pela juventude do regime e o respeito, quase religioso, à teoria da separação dos poderes, além da hegemonia histórica das Assembléias.

Na opinião de NAVARRO DE BRITTO, “contrariamente ao veto por inconstitucionalidade, o veto por inoportunidade torna o legislador ativo. Ele alimenta a dialética parlamentar — abre e provoca discussões — de maneira positiva. . .” (17).

(16) SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Rio, Forense, 1966, p. 130.

(17) BRITTO, Luiz Navarro. *Op. cit.*, p. 30.

### III — CLASSIFICAÇÃO DOS VETOS

Tendo em vista as diversas classificações existentes, tanto no Brasil como nos Estados Unidos, optamos pela que nos pareceu mais clara, mais lógica e detalhada, que é a classificação de NAVARRO DE BRITTO <sup>(18)</sup>:

#### I — Quanto à forma

1 — **explícitos**

2 — **tácitos**

#### II — Quanto à extensão

1 — **absoluto**

2 — **limitado**

2.1 — **suspensivo**

2.2 — **qualificado**

2.2.1 — **total**

2.2.2 — **parcial**

2.3 — **reenvio**

3 — **translativo**

3.1 — **popular**

3.2 — **oligárquico**

#### I — Quanto à forma

Objetivando acentuar a diferença entre o **veto** e **recusa de sanção**, distinguem-se os vetos do Chefe do Poder Executivo em explícitos ou tácitos.

#### 1 — Vetos explícitos

A ausência de sanção, na legislação brasileira, dentro do prazo constitucional, não faz caducar o projeto. Pelo contrário, o torna lei, perfeita e acabada, porque o silêncio do Chefe do Executivo implica em sanção. Assim, o veto deve ser manifestado em termos expressos, sem equívocos.

De acordo com a Constituição brasileira, a oposição do veto deve ser manifestada na quinzena. Somente a fundamentação do veto é que pode ser comunicada até quarenta e oito horas, depois da quinzena.

(18) BRITTO, Luiz Navarro. *Op. cit.*, pp. 32 até pág. 62.

Com exceção da Constituição brasileira de 1824 (art. 67 — “Se o não fizer dentro do mencionado prazo, terá o mesmo efeito como se expressamente negasse a sanção”), a lei não concede ao **rejet** o benefício do silêncio. O seu valor jurídico encontra-se na deliberação negativa expressamente manifestada pelo Chefe do Estado.

Assim, em quase todos os Estados republicanos, torna-se obrigatório o caráter explícito do veto. Em quase todas as monarquias, existiam fórmulas obrigatórias, ou seja, certas expressões para o exercício do veto. Na Constituição Imperial do Brasil, no seu art. 64, consta que, ao recusar o seu Consentimento, o Imperador deveria responder nos seguintes termos: “O Imperador quer meditar sobre o projeto de lei, para a seu tempo o resolver.”

Acresce ainda que, com raras exceções (Finlândia e Portugal), o projeto rejeitado pelo Chefe de Governo deve ser encaminhado ao Congresso acompanhado de mensagem expondo os motivos da decisão. Diferente da sanção, que exige apenas a assinatura do texto, o ato negativo do Presidente deve ser motivado. Sem uma justificativa escrita, as Câmaras devem desconhecer o ato do Chefe do Executivo. Tanto nas Constituições brasileiras, de 1891 até a atual, como na Constituição americana, a alegação dos motivos, das objeções é condição **sine qua non** para a reapreciação do projeto pela Câmara.

## 2 — Vetos tácitos

Inicialmente, deve-se ressaltar que a forma tácita do veto não é muito divulgada nos Estados republicanos. No Brasil, como já frisamos acima, o silêncio do Chefe do Poder Executivo implica em sanção do projeto apresentado e não na sua recusa.

Nos Estados Unidos existe uma forma de veto implícito que se encontra na última parte da seção VII do art. 1º da Constituição. De acordo com esse dispositivo, o Presidente da República dispõe de 10 dias para reenviar o projeto, sob pena de aprovação tácita, a “menos que o Congresso, suspendendo os trabalhos, torne impossível a devolução do projeto, caso esse em que não passará a ser lei”.

Segundo NAVARRO DE BRITTO<sup>(19)</sup>, os Presidentes Monroe, Johnson e Cleveland foram freqüentemente ao Capitólio nas últimas horas de sessões, a fim de poderem assinar os projetos antes que o Congresso entrasse em recesso. No entanto, se o Presidente não assina o projeto, seu silêncio provoca o que os autores chamam de **pocket-veto**. Desta forma, os projetos lançados no final das Legislaturas ficam engavetados na mesa do Chefe de Estado. Assim, diz WILSON ACCIOLI<sup>(20)</sup>, o Presidente dos Estados Unidos, quando pretende pôr

(19) BRITTO, Luiz Navarro. *Op. cit.*, p. 41.

(20) ACCIOLI, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*. Rio. Forense, 1978, pp. 338 e 339.

termo a um projeto, de modo que, mesmo vetando-o totalmente, uma vez que lhe é negado o veto parcial, não corra o risco de ser obrigado a aceitá-lo, posteriormente, em decorrência da derrubada de seu veto, aplica o que conhecemos como **veto de bolso** (pocket-veto). Ainda segundo ACCIOLI, citando BINKLEY e MOSS, esta espécie de veto não é suspensivo, mas definitivo, e desde que uma torrente de projetos possa se acumular na mesa do Presidente, no término da sessão, torna-se então extraordinariamente significativo tal poder nas suas mãos.

Esse veto de bolso corresponderia ao veto absoluto.

Portanto, o veto tácito decorre da passividade do Chefe de Estado. Seu silêncio significa oposição do veto.

## II — Quanto à extensão

Muito embora a faculdade de impedir seja sempre a mesma, o seu raio de ação e de efeitos varia em diversos graus. Temos, quanto à extensão, três formas de veto, as quais serão examinadas adiante.

### 1 — Veto absoluto

Diz-se veto absoluto quando a oposição do Chefe de Estado não pode ser removida por qualquer nova deliberação do Poder Legislativo. No entanto, nas Constituições modernas são raros os casos de veto absoluto. Modernamente, os países recusam essa modalidade de veto.

Embora defendido por ALEXANDER HAMILTON, a Convenção de Filadélfia, onde se elaborou a Constituição de 1787, não adotou o veto absoluto, mas o suspensivo ou qualificado.

Usando dessa faculdade, o Chefe de Estado impede definitivamente a criação das leis, paralisando a vontade parlamentar que não dispõe de nenhum meio jurídico para eliminá-la.

O veto absoluto é uma instituição dos Estados monárquicos, muito embora não tenha sido muito utilizado mesmo nos reinos constitucionais. Nas Constituições republicanas vamos encontrar esse tipo de veto somente nos Estados Unidos. Trata-se do **pocket-veto** já estudado acima, que não tem precedente em país algum.

Segundo a lição do mestre MÁRIO CASASANTA, "o veto absoluto convém, sobretudo, às monarquias. . . Esta espécie de veto oferece um caráter passivo, é simplesmente a ausência da sanção, não exige assinatura real, nem referenda ministerial. . ." (21).

### 2 — Veto limitado

Com o veto limitado, a oposição do Presidente da República apenas paralisa temporariamente os projetos, até uma decisão final do

(21) CASASANTA, Mário. *Op. cit.*, p. 111

Congresso. Torna-se assim o veto limitado na sua extensão. É, sem dúvida nenhuma, a cristalização das conquistas parlamentares. Vamos abaixo estudar o veto suspensivo, o veto qualificado e o reenvio, que são formas de veto limitado.

## 2.1 — Veto suspensivo

Na classificação de AURELINO LEAL<sup>(22)</sup>, veto suspensivo é o que acarreta para o Poder Legislativo um novo exame do projeto, à vista das razões apresentadas pelo Executivo para não sancioná-lo, por inconstitucional ou por ser contrário aos interesses nacionais.

Da lição de AURELINO LEAL deduzimos que o veto suspensivo é a faculdade de se obrigar o Poder Legislativo a se pronunciar de novo, seja sobre o veto total, que abrange todo o projeto, seja sobre o veto parcial, que atinge parte do projeto.

Temos, portanto, que o veto suspensivo é de uso mais intenso, uma vez que não invalida o projeto, mas apenas devolve-o ao órgão legislativo para nova apreciação.

O veto suspensivo, que foi criado pela Constituição francesa de 1791, encarnou a vitória das idéias liberais.

## 2.2 — Veto qualificado

Chama-se veto qualificado, o que certos autores chamam de condicional, a negativa do Chefe de Estado que o Congresso pode derrubar pelo voto de uma maioria parlamentar especial, já prevista na Constituição. É uma forma mais avançada, que o veto suspensivo, criada pela Convenção de Filadélfia. Enquanto que no qualificado há exigência de **quorum** especial (maioria), no veto suspensivo esta exigência é secundária uma vez que a segunda votação se realiza em outra legislatura.

No dizer do insigne NAVARRO DE BRITTO "... no curso de suas numerosas adaptações, notadamente nos diferentes Estados-Membros dos EUA, concedeu-se ao Chefe do Estado o direito, não somente de se opor a todo o **bill**, por inteiro, mas ainda, parcialmente, a apenas certas disposições do projeto"...<sup>(23)</sup>

Vamos examinar agora as duas formas de veto qualificado: o total e o parcial.

### 2.2.1. — Veto total

O veto, seja total, seja parcial, é apenas suspensivo. Não é ato de deliberação negativa, do qual resulta a rejeição definitiva do proje-

(22) LEAL, Aurelino. *Op. cit.*, p. 845.

(23) BRITTO, Luiz Navarro. *Op. cit.*, pp. 49 e 50.

to, o veto absoluto, mas é ato de recusa, cujo reexame pelo Legislativo poderá ser superado por maioria qualificada.

Quando a recusa do Chefe do Executivo incide sobre todo o projeto, por motivos que alegará, dizemos que o veto é total, que é uma instituição americana.

No Brasil, a Constituição do Império consagrava o direito de veto total no seu art. 84. No mesmo sentido prescreve a Constituição de 1891, no seu art. 37, § 1º. Não era conhecido ainda o veto parcial que vamos estudar logo abaixo.

### 2.2.2 — Veto parcial

Considerado em seus efeitos, o veto parcial é uma originalidade de nosso direito e foi adotado pela primeira vez na reforma constitucional de 1926. No entanto, Constituições estaduais tanto do Brasil como dos Estados Unidos já conheciam o veto parcial.

O Estado de Arkansas, nos EUA, foi o primeiro que introduziu em sua Constituição, em 1859, o veto qualificado parcial:

“O Governador pode desaprovar todo o artigo (item) ou todos os artigos de todo o projeto de lei sobre abertura de créditos, desde que compreendendo artigos distintos.”

Já em 1861, era a vez do Estado da Geórgia. Em mensagem de janeiro de 1938, Roosevelt informava que 39 Estados americanos já tinham inserido em suas Constituições o veto parcial.

Como já afirmamos acima a Constituição brasileira de 1891 não cuidou do veto parcial, a exemplo da Constituição americana, da qual recebeu enorme influência.

Embora tenha sido o Brasil pioneiro na introdução do veto parcial, é de salientar que sua criação objetiva atende a uma necessidade universalmente sentida, que era a de dar ao Executivo os meios para arrancar, dos textos legislativos, os famosos **pingentes** ou **caudas** que eram acrescentados maliciosamente durante o debate parlamentar. Esses **riders**, assim chamados pelos norte-americanos, eram disposições estranhas ao texto em elaboração, quase sempre nos projetos de leis orçamentárias que, obrigatoriamente, tinham de ser sancionados pelo Presidente, se não pretendesse fulminar todo o projeto.

O Presidente, sem o veto parcial, encontrava-se desarmado diante dos **riders** que constituem uma forma sutil de chantagem política.

Para evitar os abusos dos parlamentares, o veto parcial tornou-se imprescindível, muito embora passasse entre nós a servir para abusos por parte do Governo, pois se doutrinariamente o veto parcial não servisse para desfingurar o projeto, na prática o Executivo colhia pelo



veto, até palavras isoladas dentro do texto, mudando-lhe muitas vezes radicalmente o sentido.

Como reação a essa prática abusiva do Executivo, a Emenda Constitucional nº 17 à Constituição brasileira de 1946 restringiu o veto parcial ao texto de "artigo, parágrafo, inciso, item, número ou alínea". No entanto, a Emenda Constitucional nº 1/69 à Carta de 1967 fez voltar a situação anterior.

Muitos no Brasil criticaram os orçamentos rabilongos, os enxertos de medidas estranhas à matéria financeira. Este mal foi comum tanto no período do Império como na República. RUI BARBOSA combatia essa forma de corrupção e já pregava na tribuna e na imprensa a necessidade de extirpar esse cancro do orçamento.

Em sua mensagem ao Congresso, em 1922, Epiácio Pessoa, com a coragem que lhe era peculiar, denunciou, com veemência, essa imoralidade.

Coube a Arthur Bernardes, quando Presidente da República, a iniciativa do projeto de revisão constitucional visando a extirpar esse mal que corrompia a administração pública, introduzindo na Emenda Constitucional de 1926 o veto parcial e proibindo as caudas orçamentárias.

Para melhor compreensão dessa medida saneadora, vale a pena transcrever o artigo da Constituição brasileira de 1891, após a Emenda nº 33, de 1926:

"Art. 37 — O projeto de lei, adotado numa das Câmaras, será submetido à outra; e esta, se o aprovar, enviá-lo-á ao Poder Executivo que, aquiescendo, o sancionará e promulgará.

§ 1º — Quando o Presidente da República julgar um projeto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário aos interesses nacionais, o vetará total ou parcialmente, dentro de dez dias úteis a contar daquele em que o recebeu, devolvendo, nesse prazo e com os motivos do veto, o projeto ou a parte vetada, à Câmara onde ele se houver iniciado."

Todas as Constituições que vieram posteriormente consagraram o veto total e o parcial. Assim, está patenteado um avanço do direito pátrio em relação ao direito norte-americano, nesta questão.

Apesar das vantagens moralizadoras do veto parcial, este instituto sofreu sérias objeções por parte de alguns publicistas brasileiros. Buscamos em MÁRIO CASASANTA<sup>(24)</sup> algumas dessas objeções levan-

(24) CASASANTA, Mário. *Op. cit.*, p. 212.

tadas contra a Emenda nº 33 que introduziu o veto parcial na Constituição do Brasil:

- a) arma o Executivo de força demasiada;
- b) destrói a correlação orgânica dos artigos de lei;
- c) equivale a uma emenda supressiva;
- d) não existe em nenhuma Constituição do mundo;
- e) não tem apoio de Rui Barbosa;
- f) prende-se a um instituto em decadência;
- g) está mal redigida, porque a palavra **interesse**, com o sentido com que a aplicam, não é vernácula.

A adoção do veto parcial provocou o levantamento de três questões fundamentais, no entendimento de LUIZ NAVARRO DE BRITTO (25). A primeira, diz o consagrado autor, é relativa à promulgação e publicação da parte não rejeitada do projeto. A maioria dos autores declarou a devolução exclusiva da parte rejeitada. Seria assim uma sanção fragmentada. Outros autores já preconizaram a unidade do ato presidencial, ou seja, a parte aprovada deve esperar a decisão final do Congresso, a fim de que a lei seja promulgada no seu conjunto.

Com muita lucidez nos ensina o constitucionalista MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO: "... Em nosso direito enquanto a parte vetada, e só ela, é sujeita à reapreciação, a parte não vetada é, **ipso facto**, sancionada e promulgada para que, publicada, entre em vigor. Ora, se o veto parcial não for aceito pelo Congresso, isto é, se este, pela necessária maioria, mantiver a parte vetada, a reapreciação torna lei — independentemente de sanção presidencial — essa referida parcela que fora vetada. Como lei, esta fração deverá ser, então, promulgada para, depois de publicada, entrar em vigor. Assim, a parte de uma lei que, tendo sido vetada, foi mantida pelo Congresso tem data de promulgação diferente da do restante não vetado do projeto primitivo. Isso, por sua vez, torna possível e, até provável, que as disposições não vetadas e votadas (mas reiteradas pelo Congresso) entrem em vigor em datas diferentes com todas as conseqüências que daí decorrem."

Assim, depreende-se do texto acima que a parte vetada da lei entra em vigor na data da publicação da rejeição do veto parcial.

A segunda questão suscitada por NAVARRO DE BRITTO é quanto à extensão do veto parcial. No direito pátrio, a Emenda Constitucional nº 17 à Constituição de 1946, como já foi citada acima, foi lamentavelmente revogada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969,

(25) BRITTO, Luiz Navarro. *Op. cit.*, p. 54.

que permite o veto de palavras isoladas dentro do texto, o que dá margem, muitas vezes, à mudança no sentido ou até mesmo a seu alcance.

A terceira questão diz respeito ao fato de que, se o Presidente após seu veto total a um projeto, pode o Congresso rejeitar parcialmente o veto?

De um modo geral, os estudiosos do assunto respondem afirmativamente, sob o argumento de que o Parlamento deve dispor soberanamente do seu poder de decisão.

Com relação ao veto parcial parece-nos que não há problema, uma vez que a apreciação das disposições vetadas deve ser fragmentária e nada impede que o Congresso acolha umas objeções ao projeto e recuse outras.

Quanto ao veto total, é oportuno relembrar o episódio da recusa de sanção oposta ao orçamento por Epiácio Pessoa, porque não concordava com as **caudas** enxertadas, na esperança de que o Congresso rejeitasse parcialmente o veto.

### 2.3 — **Reenvio** (pedido de nova deliberação)

A prerrogativa concedida ao Chefe de Estado de pedir ao Parlamento uma nova deliberação sobre os projetos, chama-se **reenvio**. O Parlamento não pode recusar o pedido feito pelo Chefe do Poder Executivo através de mensagem expondo os motivos de recusa.

Enquanto o veto suspensivo está condicionado à renovação da legislatura, o **reenvio** à segunda deliberação do Parlamento pode ocorrer logo após recebida a mensagem de devolução.

Diferencia-se também do veto qualificado, uma vez que a derrubada da recusa presidencial não está na dependência da obtenção do **quorum** especial. Trata-se, como se vê, de uma forma atenuada do veto legislativo limitado.

O **reenvio** pode ser considerado como uma instituição francesa por excelência, assim como o veto qualificado uma instituição americana. Mediante o uso deste instituto, os Chefes de Estado podem paralisar a construção legislativa durante vários dias, dependendo do prazo estabelecido pelas respectivas Constituições.

Na Constituição francesa de 1958 está previsto o **reenvio** parcial, ou seja, nova deliberação sobre determinados artigos de projetos. Nos Estados Unidos, a Constituição do Estado de Connecticut prevê o uso do **reenvio** pelo Governador.

### 3 — Vetos translativos

Quando o Chefe de Estado transfere ao povo ou a qualquer autoridade ou órgão não representativo o direito de decidir em última instância o destino dos textos votados pelas Assembleias, estamos diante do veto chamado de translativo. Assim, com essa modalidade de veto o Chefe do Executivo paralisa a aprovação de uma lei até a deliberação do povo ou de algum órgão previamente determinado pela Constituição vigente.

Temos dois tipos de vetos translativos: o popular e o oligárquico. Vamos examinar abaixo as suas diferentes formas:

#### 3.1 — Veto translativo popular

Segundo NAVARRO DE BRITTO (26), na sua tese de Doutoramento, o “exemplo clássico — depois do fracasso da tentativa belga em 1893 — é o art. 73 da Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919:

“As leis votadas pelo Reichstag devem ser, antes de sua publicação, submetidas a **referendum**, se o Presidente do Reich, no prazo de um mês, assim decide.”

Afirma ainda o autor que o julgamento popular é um meio de reforçar o Poder Executivo em relação às Câmaras, pois subtrai dos Parlamentos o direito de decisão soberana.

Esse mesmo sistema é encontrado na Constituição da Estônia de 1937.

#### 3.2 — Veto translativo oligárquico

Quando o Chefe do Estado transfere a um órgão não representativo o direito de decidir, em última instância, o destino dos projetos, paralisando a adoção de uma regra legislativa, estamos diante de um veto translativo oligárquico.

Na Constituição francesa de 1958, o Presidente da República, no prazo de 15 dias após a decisão parlamentar, pode pedir ao Conselho Constitucional para decidir o destino das leis.

## IV — O VETO NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL

### 1 — O veto no Brasil Império

“O Imperador quer meditar sobre o projeto de lei, para a seu tempo o resolver.”

Com estes termos, previstos no art. 64 da Constituição Imperial de 1824, o Imperador recusava o seu consentimento aos projetos elaborados pelo Parlamento.

(26) BRITTO, Luiz Navarro. *Op. cit.*, p. 59.

Dessa forma, iniciou-se o instituto do veto em nosso direito, embora tenha sido usado apenas uma vez em toda a história constitucional do Império. Devemos ressaltar que a Constituição de 1824 adotou a mesma forma do veto da Constituição Francesa de 3 de setembro de 1791.

Muito embora a grande influência de que gozava José Bonifácio junto ao Imperador, o veto absoluto, tão defendido pelo Patriarca, não foi aprovado por D. Pedro I, que preferiu ficar com o voto suspensivo, conforme constava no projeto da Constituinte e que ficou consagrado no art. 65 da Constituição de 1824.

Quanto ao prazo para o Imperador dar ou negar a sanção em cada decreto, ficou fixado para dentro de um mês, depois que lhe fosse apresentado (art. 66).

A não manifestação do Imperador no prazo de 30 dias era considerada como se expressamente negasse a sanção, para serem contadas as duas legislaturas em que poderia ainda recusar o seu consentimento ou reputar-se o decreto obrigatório (art. 67).

A revisão constitucional de 1834 (Ato Adicional) traçou um esboço do Federalismo, com a criação de Assembléias Provinciais destinadas a examinar os negócios locais. Era o semifederalismo.

Com a criação do Legislativo provincial, houve necessidade de atribuir aos presidentes das Províncias poder de vetar as deliberações das Assembléias. Interessante é que esse poder de veto, longe de refletir o sistema da Constituição Imperial, reproduzia o veto da Constituição norte-americana.

Para melhor esclarecer a coincidência com o texto americano, vamos transcrever um trecho do art. 15 do Ato Adicional:

“Se o Presidente julgar que deve negar a sanção, por entender que a lei ou resolução não convém aos interesses da Província, o fará por esta fórmula: “Volte à Assembléa Legislativa provincial!”, expondo debaixo de sua assinatura as razões em que se fundou...”

No art. 19 do Ato de 1834 constava que o silêncio do Presidente durante dez dias importava sanção.

## **2 — Constituições da República**

### **a) O veto na Constituição de 1891**

Como já assinalamos, D. Pedro I usou apenas uma vez o veto. D. Pedro II nunca o empregou, passando o veto a ser para muitos uma peça inútil no nosso direito. Somente nas províncias se tinha notícia

de uso do veto por parte de alguns Presidentes, mas mesmo assim de forma moderada.

Proclamada a República, o Governo Provisório convocou a Constituinte para 15 de novembro de 1890, nomeando para elaborar um projeto de Constituição uma comissão composta por Joaquim Saldanha Marinho, Américo Brasiliense de Almeida, Santos Werneck, Rangel Pestana e José Antônio Pedreira de Magalhães Castro.

É nítida a influência norte-americana no projeto da nova Constituição, especialmente no que se refere ao veto, verificando-se até mesmo a presença do **pocket-veto**. O projeto foi submetido ao acurado exame de RUI BARBOSA.

Depois de acirradas discussões e de polêmicas vernaculares, ficou assim o art. 37 da Constituição de 1891:

“Art. 37 — O projeto de lei, adotado em uma das Câmaras, será submetido à outra; e esta, se o aprovar, enviá-lo-á ao Poder Executivo, que, aquiescendo, o sancionará e promulgará.

§ 1º — Se, porém, o Presidente da República o julgar inconstitucional ou contrário aos interesses da nação, negará sua sanção, dentro de dez dias úteis daquele em que recebeu o projeto, devolvendo-o, nesse mesmo prazo, à Câmara onde ele se houver iniciado, com os motivos da recusa.

§ 2º — O silêncio do Presidente da República no de-  
cêndio importa a sanção; e, no caso de ser esta negada quando já estiver encerrado o Congresso, o Presidente dará publicidade às suas razões.

§ 3º — Devolvido o projeto à Câmara iniciadora, aí se sujeitará a uma discussão e à votação nominal, considerando-se aprovado, se obtiver dois terços dos sufrágios presentes. Neste caso, o projeto será remetido à outra Câmara que, se o aprovar pelos mesmos trâmites e pela mesma maioria, o enviará como lei ao Poder Executivo para a formalidade da promulgação.

.....”

Apesar da influência da Constituição americana, devemos ressaltar que, enquanto ela “silencia sobre os fundamentos de veto, abrindo margem a um amplo arbítrio do Presidente, a nossa especifica a inconstitucionalidade e a contrariedade aos interesses públicos”, como afirma CASASANTA (27).

(27) CASASANTA, Mário. *Op. cit.*, p. 187.

Mas, como pode ser observado no texto do art. 37 citado, a Constituição de 1891 não consagrou o instituto do veto parcial.

Com as severas críticas às **caudas** orçamentárias e a ascensão de Arthur Bernardes à Presidência da República, foi aprovada em 1926 a Emenda Constitucional nº 33, a qual instituiu o veto parcial, que já foi objeto de nosso estudo, anteriormente.

Os adversários da Revisão de 1926 fizeram uma distinção: aceitavam o veto parcial nas leis relacionadas com o orçamento, mas não concordavam com a sua extensão às demais, pois achavam que iriam armar o Executivo de muita força, provocando um desequilíbrio entre os Poderes constituídos.

#### **b) O veto na Constituição de 1934**

No que diz respeito ao veto, eis o que dispõe a Constituição de 1934:

“Art. 45 — Quando o Presidente da República julgar um projeto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário aos interesses nacionais, o vetará, total ou parcialmente, dentro de dez dias úteis, a contar daquele em que o receber, devolvendo nesse prazo, e com os motivos do veto, o projeto, ou a parte vetada, à Câmara dos Deputados.

§ 1º — O silêncio do Presidente da República, no decêndio, importa sanção.

§ 2º — Devolvido o projeto à Câmara dos Deputados, será submetido, dentro de trinta dias do seu recebimento ou da reabertura dos trabalhos, com parecer ou sem ele, à discussão única, considerando-se aprovado se obtiver o voto da maioria de seus membros. Neste caso, o projeto será remetido ao Senado Federal, se este houver nele colaborado, e, sendo aprovado pelos mesmos trâmites e por igual maioria, será enviado, como lei, ao Presidente da República, para a formalidade da promulgação.

§ 3º — No intervalo das sessões legislativas, o veto será comunicado à Seção Permanente do Senado Federal, e esta o publicará, convocando extraordinariamente a Câmara dos Deputados para sobre ele deliberar, sempre que assim considerar necessário aos interesses nacionais.

.....”

Com relação ao veto, a Constituição de 1934 apresentou algumas modificações, se compararmos com o texto da Carta Magna de 1891 acrescida da Reforma de 1926: a rejeição do veto passou a ser por

maioria absoluta e não por dois terços; foi fixado em 30 dias o prazo para que a Câmara dos Deputados se pronunciasse sobre o veto; foi suprimida a votação nominal introduzindo assim a votação secreta; e no intervalo das sessões, o Presidente da República faz a comunicação do veto à Seção Permanente do Senado Federal que dará publicidade.

A grande novidade é a fixação do prazo de 30 dias para a reapreciação pela Câmara. Na legislação anterior, grande parte dos projetos vetados não tinha andamento já que não se previa prazo para esse reexame.

Outra forma de evitar protelação na reapreciação foi a introdução da discussão única.

Quanto à maioria absoluta, devemos assinalar que foi fruto de intensa batalha parlamentar, tendo a bancada da Bahia, liderada por João Mangabeira, pleiteado maioria simples e Góis Monteiro apresentado uma solução intermediária contra os dois terços do texto de 1891.

### c) O veto na Constituição de 1937

Novas modificações foram introduzidas na Constituição de 1937. Para melhor fixarmos essas alterações, vamos reproduzir o texto da Carta Magna que entrava em vigor, já em pleno período ditatorial:

“Art. 66 — O projeto de lei, adotado em uma das Câmaras, será submetido à outra, e esta, se o aprovar, enviá-lo-á ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará e promulgará.

§ 1º — Quando o Presidente da República julgar um projeto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário aos interesses nacionais, vetá-lo-á total ou parcialmente, **dentro de 30 dias** (grifo nosso) úteis, a contar daquele em que o houver recebido, devolvendo, nesse prazo e com os motivos do veto, o projeto ou a parte vetada à Câmara onde ele se houver iniciado.

§ 2º — O decurso do prazo de 30 dias, sem que o Presidente da República se haja manifestado, importa sanção.

§ 3º — Devolvido o projeto à Câmara iniciadora, aí sujeitar-se-á a uma discussão e **votação nominal**, (grifo nosso) considerando-se aprovado se obtiver **dois terços** (grifo nosso) dos sufrágios presentes.”

Como podemos observar pelas expressões grifadas, o prazo de 10 dias fixados nas Constituições anteriores foi dilatado para 30 dias,



sob a alegação de que a Presidência da República necessitava de dispor de mais tempo para examinar os projetos.

Outra alteração é a volta da votação nominal, caindo assim a votação secreta da Carta de 1934, atribuindo certa solenidade ao ato e fixando maior responsabilidade aos parlamentares no tocante à apreciação ou rejeição do veto.

Em 1937 cai a maioria absoluta e novamente é restabelecido o **quorum** de dois terços dos sufrágios presentes.

#### d) O veto na Constituição de 1946

O término da 2ª Guerra Mundial e a queda de Getúlio Vargas foram os **condimentos** indispensáveis para que os ideais democráticos constassem de todos os programas de Governo que eram sugeridos ao novo governante.

A proposta básica era a substituição da estrutura autocrática imposta em 1937. Surgia uma nova Constituição, que, com a de 1934, englobava tanto as esperanças dos constitucionalistas liberais quanto as dos que eram favoráveis a um Governo federal forte.

Quanto ao instituto do veto, assim ficou o texto da Constituição de 1946, com as alterações feitas pela Emenda Constitucional nº 17, de 26-11-65:

“Art. 70 — .....

.....  
§ 1º — Se o Presidente da República julgar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á, total ou parcialmente, dentro de dez dias úteis, contados daquele em que o receber, e comunicará, no mesmo prazo, ao Presidente do Senado Federal, os motivos do veto. Se a sanção for negada quando estiver finda a sessão legislativa, o Presidente da República publicará o veto. O veto parcial deve abranger o texto de artigo, parágrafo, inciso, item, número ou alínea.

§ 2º — Decorrido o decêndio, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

§ 3º — Comunicado o veto ao Presidente do Senado Federal, este convocará as duas Câmaras para, em sessão conjunta, dele conhecerem, considerando-se aprovado o projeto que obtiver o voto de dois terços dos Deputados e Senadores presentes. Neste caso, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.”

A Constituição de 1946 reduziu novamente o prazo de apreciação pelo Presidente da República para dez dias.

Outra conquista, pela Emenda de 1965, foi a do veto parcial, que passou a ser aplicado especificamente em artigo, parágrafo, inciso, número, item e alínea e não mais em palavras isoladas, que quase sempre serviam para desvirtuar totalmente o sentido do texto.

Inovaram, também, os Constituintes de 1946 quanto à devolução do projeto pelo Presidente. Enquanto que na Carta de 1937 o projeto era devolvido à Câmara iniciadora, e com votação em separado das duas Câmaras, na de 1946 o projeto passou a ser devolvido ao Presidente do Senado Federal e este convocava as duas Câmaras para, em conjunto, dele tomarem conhecimento.

Também devemos ressaltar que a expressão **interesses nacionais** foi modificada para **interesse público**, na Emenda de 1965.

Em decorrência do multipartidarismo e do veto parcial, a média anual de vetos no Brasil foi bem maior do que a dos Estados Unidos. Da posse de Eurico Gaspar Dutra, em 1946, até 1965, no Governo Castello Branco, o veto foi utilizado 498 vezes.

O multipartidarismo dificulta o controle preciso das maiorias, pois a "variedade e fluidez dos Partidos ensejam um caráter essencialmente vulnerável aos grupos e alianças parlamentares, de sorte que os acordos e apoios ao Executivo se desfazem com a mesma sem-cerimônia com que foram proclamados. E assim, também, são maiores as oportunidades de uso do veto"<sup>(28)</sup>.

Outro fator citado que estimula o uso dos vetos é o emprego do veto parcial, pois muitas vezes o Executivo recusa dispositivos de pouca importância, dependendo do grau de relacionamento com o Poder Legislativo.

Dos 498 votos aplicados de 1946 a 1965, mais de 60% foram vetos parciais e quase sempre sobre projetos de lei do Executivo. Já os vetos totais incidem na maioria das vezes contra proposições que tiveram origem no Parlamento ou que vieram de governos anteriores.

Três outros fatores influem, de forma marcante, na intensidade de utilização dos vetos: o período presidencial; o número de leis aprovadas; vigilância do Executivo sobre os projetos em tramitação.

Como todos sabem, somente os Presidentes Gaspar Dutra e Juscelino Kubitschek chegaram ao fim dos seus mandatos. Em consequência do suicídio de Vargas, a renúncia de Jânio Quadros e a deposição de Goulart, experimentamos períodos presidenciais de 2 a 341 dias como o de Carlos Luz (2 dias), Ranieri Mazzilli (13 dias por duas vezes) e Nereu Ramos (81 dias). Os Chefes de Estado que mais vetaram foram, em ordem decrescente: Castello Branco, Café Filho, Jânio Quadros, Juscelino, João Goulart, Getúlio Vargas e Dutra.

(28) BRITTO, Luiz Navarro. *Op. cit.*, p. 106.

Outro fator de utilização dos vetos está intimamente relacionado com o número de leis aprovadas pelo Parlamento.

Todos os Presidentes tiveram maioria no Congresso. No entanto, a composição multipartidária, de um modo geral feita de forma indisciplinada, tornou indispensável a vigilância e controle do Executivo sobre a legislação, através do veto.

Outra observação que desejamos registrar diz respeito à **derrubada** do veto quando de sua apreciação pelo Congresso. No caso do Brasil, em particular, a superação do veto pelo Parlamento, sob a Constituição de 46, variou em função dos Partidos e do **quorum** estabelecidos para o voto das recusas. A título de esclarecimento, dos 496 vetos apostos no período citado acima, 79% foram mantidos integralmente, ou seja, 396 permaneceram inalterados conforme pode ser observado no quadro abaixo <sup>(29)</sup>:

Presidentes	Nº de vetos	Mantidos integralmente	Mantidos parcialmente	Rejeitados
Dutra	30	25	—	5
Vargas	53	46	2	5
Café Filho	49	38	2	9
Carlos Luz	1	1	—	—
Nereu Ramos	9	4	2	3
Juscelino	119	94	10	15
Jânio Quadros	19	10	3	6
Mazzili	—	—	—	—
João Goulart	53	38	(*) 9	6
Mazzili	2	—	—	(**) 2
Castello Branco	161	134	10	(***) 17

(\*) Uma das promulgações parciais foi feita já no Governo Castello Branco.

(\*\*) Inclusive 2 “silêncios” do PR.

(\*\*\*) Um “silêncio”.

(29) Quadro reproduzido de LUIZ NAVARRO DE BRITTO, *op. cit.*, p. 129.

## e) O veto na Constituição de 1967

(Com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-1969)

“Art. 59 — .....

§ 1º — Se o Presidente da República julgar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á, total ou parcialmente, dentro de quinze dias úteis, contados daquele em que o receber, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. Se a sanção for negada, quando estiver finda a sessão legislativa, o Presidente da República publicará o veto.

§ 2º — Decorrida a quinzena, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

§ 3º — Comunicado o veto ao Presidente do Senado Federal, este convocará as duas Câmaras para, em sessão conjunta, dele conhecerem, considerando-se aprovado o projeto que, dentro de quarenta e cinco dias, em votação pública, obtiver o veto de dois terços dos membros de cada uma das Casas. Nesse caso, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

.....”

Ao compararmos com a Constituição de 1946, encontramos a primeira modificação no prazo de que dispõe o Presidente da República para manifestar sobre o projeto: passa a ser de 15 dias e não mais de 10, como constava também do texto da Constituição de 1967, antes da emenda.

Enquanto que nas Constituições de 1946 e 1967 a votação do projeto desenvolvido era em escrutínio secreto, no texto da Emenda nº 1 passou a ser pública, dentro de 45 dias.

Na Constituição de 1946, o **quorum** para a aprovação do projeto devolvido era de dois terços dos Deputados e Senadores presentes à sessão conjunta. Já a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, estipulou o **quorum** de dois terços de cada uma das Casas.

Se nas Constituições de 1967 e de 1946 com a alteração de 1965 constatava-se que o veto parcial tinha incidência especificamente a

textos de artigo, parágrafo, inciso, item, número ou alínea, na Emenda nº 1 houve um retrocesso, uma vez que o veto pode recair sobre palavras isoladas, com todas as desvantagens que já foram anteriormente objeto de nosso exame.

Ao encerrarmos o nosso estudo sobre o veto no Brasil, não podemos deixar de registrar que a nossa legislação não reconhece a faculdade de o Poder Executivo retratar a recusa, ou seja, o veto é irretratável, assim como ocorre com a sanção.

É em MÁRIO CASASANTA<sup>(30)</sup> que vamos buscar subsídios sobre a irretratabilidade de veto. Segundo o insigne mestre mineiro, a irretratabilidade decorre do texto constitucional que não prevê senão uma remessa do projeto do Legislativo para o Executivo e **uma** (grifo nosso) devolução do Executivo para o Legislativo. O veto é único e irretratável, como também ocorre nos Estados Unidos da América.

## V — O VETO NA CONSTITUIÇÃO AMERICANA

Inicialmente, devemos assinalar que aquele País somente conheceu uma Constituição, a de 1787, que foi aprovada em 1789. Há dois séculos ela guia a evolução das instituições governamentais e constitui a base da estabilidade política, do crescimento econômico e do progresso social daquela grande nação do Norte.

Trata-se da Constituição escrita mais antiga em vigor no mundo. Seus preceitos são modelo de várias Constituições do Velho e do Novo Mundo. Sua extraordinária longevidade e duradoura influência se devem a sua simplicidade e flexibilidade. Desde 1789, a Constituição americana foi emendada 26 vezes, sendo que as dez primeiras emendas ocorreram nos dois primeiros anos de sua adoção. Essas dez emendas foram conhecidas como Declaração de Direitos.

Em que pese à disposição constitucional de que todos os poderes legislativos caberão ao Congresso, o Presidente pode vetar qualquer projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo e, a menos que dois terços de cada Casa votem pela anulação do veto, o projeto não se converte em lei.

Como acontece no Brasil, nas últimas décadas houve uma tendência para que a legislação mais importante se originasse no Executivo.

Conforme acentua BERNARD SCHWARTZ, “à medida que os problemas administrativos se tornaram mais técnicos, o Congresso pas-

(30) CASASANTA, Mário. *Op. cit.*, p. 251.

sou a recorrer cada vez mais ao Executivo, a fim de se orientar na elaboração das leis" (31).

Este fenômeno do crescimento do Poder Executivo, desta hipertrofia com relação à iniciativa das leis, atingiu os Estados Unidos de 1930 para cá. Cerca de 80% da legislação importante do Governo do Presidente Franklin D. Roosevelt originou-se na Casa Branca, especialmente as leis referentes a assuntos fiscais e econômicos.

Os publicistas e políticos americanos, de um modo geral, ressentem a falta de poder do Presidente para vetar parcialmente o projeto. Essa falta de poder leva muitas vezes o Congresso a exercer pressão sobre o Chefe de Estado para permitir a sanção de legislação que do contrário seria vetada. Isso ocorre geralmente em projetos de concessão de crédito, com a inclusão de dispositivo, em forma de aditamento, contra a vontade do Presidente. Devemos lembrar que o poder de veto parcial é concedido a diversos Governadores de Estados americanos.

Quanto ao uso do veto nos Estados Unidos, podemos afirmar que as estatísticas comprovam a efetividade real deste instituto. Para se ter uma idéia do uso do veto, a partir de 1789, apresentamos os seguintes dados: Washington vetou 2 projetos; Madison, 6; Monroe, 1; Jackson, 12; Tyler, 9; Polk, 3; Pierce, 3; Buchanan, 7; Lincoln, 3; Johnson, 21; Grant, 43; Hayes, 12; Arthur, 4; Grover Cleveland, 351; Benjamin Harrison, 17; Mc Kinley, 5; T. Roosevelt, 40; Taft, 30; Wilson, 26; e Franklin Delano Roosevelt, 631.

Não usaram do veto os seguintes Presidentes: Adams, Jefferson, John Quincy, Van Buren, William Harrison, Taylor, Fillmore e Garfield.

Por falta de dados estatísticos às mãos, estamos examinando o uso do poder de veto até o Governo do Presidente Eisenhower.

Recorrendo aos dados coletados por LUIZ NAVARRO DE BRITTO (32), pudemos constatar que de 1789 a 1959 os Presidentes americanos exerceram 2.168 vezes o direito de veto, numa média de 12,8 cada ano. O recorde encontra-se com F. D. Roosevelt, com 631 vetos. Não podemos esquecer, no entanto, que Roosevelt governou por 12 anos, enquanto que Garfield governou alguns meses apenas, Harding 2 anos, Wilson durante 8 anos. Assim, a duração dos mandatos presidenciais

(31) SCHWARTZ, Bernard. *Op. cit.*, p. 133.

(32) BRITTO, Luiz Navarro. *Op. cit.*, p. 90

influi de forma decisiva sobre o número de vetos apostos pelo Chefe de Estado, conforme podemos observar no quadro seguinte <sup>(33)</sup>:

N.º	PRESIDENTES	DURAÇÃO DOS MANDATOS (anos)	LEIS APROVADAS	TOTAL	VETOS DIRETOS	"DE BOLSO"
1	Washington .....	8	407	2	2	—
2	Adams .....	4	267	—	—	—
3	Jefferson .....	8	417	—	—	—
4	Madison .....	8	899	7	5	2
5	Monroe .....	8	1.038	1	1	—
6	Adams .....	4	501	—	—	—
7	Jackson .....	8	1.680	12	7	5
8	Van Buren .....	4	679	—	—	—
9/10	Harrison e Tyler (*)	4	803	10	6	4
11	Polk .....	4	749	3	2	1
12/13	Taylor e Fillmore .	4	473	—	—	—
14	Pierce .....	4	973	9	9	—
15	Buchanan .....	4	682	7	4	3
16	Lincoln .....	4	1.036	6	2	4
17	Johnson .....	4	1.479	28	21	7
18	Grant .....	8	3.220	92	44	48
19	Hayes .....	4	1.396	13	12	1
20/21	Garfield e Arthur .	4	1.730	12	4	8
22	Cleveland .....	4	3.276	414	304	110
23	Harrison .....	4	2.973	44	19	25
24	Cleveland .....	4	1.659	170	42	128
25	Mckinley .....	4	3.379	42	6	36
26	T. Roosevelt .....	8	14.501	82	42	40
27	Taft .....	4	1.600	39	30	9
28	Wilson .....	8	2.431	44	33	11
29	Harding .....	2	930	6	5	1
30	Coolidge .....	6	4.141	50	20	30
31	Hoover .....	4	2.365	37	21	16
32	F. Roosevelt .....	12	8.762	631	371	260
33	Truman .....	8	6.629	250	180	70
34	Eisenhower .....	7	5.424	157	61	96

Os dados foram obtidos nas seguintes obras: Historical Statistics of the United States Library of Congress, Washington D.C. 1960, págs. 689/690 e World Almanach and Book of Statistics — S. Howard Chanin, New York, 1961.

(\*) Os presidentes Harrison, Taylor e Garfield exerceram seus mandatos somente durante alguns meses.

(33) Quadro reproduzido de LUIZ NAVARRO DE BRITTO, *op. cit.*, p. 96.

Quando o Presidente dispõe de maioria no Congresso dos Estados Unidos, ou seja, quando governa com Congresso "controlado", o número de votos apostos é reduzido. Ao contrário, quando a oposição é maioria no Congresso ou em uma só Câmara, os vetos aumentam consideravelmente. Eisenhower constituiu uma exceção, pois governou com minoria parlamentar e usou menos o seu poder de veto.

Também na época em que se intensifica a atividade legislativa, o número de vetos de cada Presidente aumenta. Somente em períodos considerados excepcionais não houve correspondência entre o crescimento do número de leis e as "negativas", como foi durante o Governo de Cleveland.

## VI — CONCLUSÃO

Ao encerrarmos este trabalho sobre o instituto do veto, queremos frisar que o modo de escolha do Chefe de Estado tem uma influência direta sobre a utilização do poder de veto pelo seu titular.

Nos Estados presidencialistas, como agora analisamos, a eleição direta do Presidente lhe confere bastante autoridade e prestígio para contrariar a vontade parlamentar.

Também o grau de relações entre os Poderes altera o ritmo de exercício de veto.

## BIBLIOGRAFIA

- ACCIOLI, Wilson. **Instituições de Direito Constitucional**. Rio, Forense, 1978.
- ALECRIM, Otacílio. **O Sistema de Veto nos Estados Unidos**. Rio, Instituto de Estudos Políticos, 1954.
- BOMPARD, Raul. **Le Veto du Président de la République et la Sanction Royale**. Paris, Arthur Rousseau, Éditeurs, 1908.
- BRITTO, Lulz Navarro. **O Veto Legislativo. Estudo Comparado**. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, DF, 1968.
- CASASANTA, Mário. **O Poder de Veto**. Edição Os Amigos do Livro, Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte.
- ELUL, Jacques. **Histoire des Institutions**. 3ª ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1970.
- FERREIRA FILHO, Manuel G. **Comentários à Constituição Brasileira**. Saraiva, 1977, 2º vol.
- LEAL, Aurelino. **Teoria e Prática da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro, 1925.
- SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Rio, Forense, 1966.



# Técnica legislativa

## como a arte de redigir leis

PINTO FERREIRA

Professor de Direito Constitucional e ex-Diretor da Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco. Diretor da Faculdade de Direito de Caruaru. Ex-Senador. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas

### SUMARIO

- 1 — *Técnica legislativa, conceito e exame no direito comparado*
- 2 — *A técnica legislativa no Brasil*
- 3 — *A técnica legislativa e o método jurídico*
- 4 — *Do preâmbulo das leis*
- 5 — *Da epigrafe*
- 6 — *Rubrica ou ementa das leis*
- 7 — *Autoria e fundamento legal da autoridade*
- 8 — *Justificação dos atos da ordem legislativa*
- 9 — *Mandado de cumprimento ou ordem de execução*
- 10 — *O artigo: a subdivisão e o desdobramento do artigo*
- 11 — *O artigo e suas subdivisões. O parágrafo. Os itens e as letras. A alínea e o inciso*
- 12 — *Regras principais sobre emprego dos artigos*
- 13 — *Os artigos e seu agrupamento*
- 14 — *Parte Geral e Parte Especial*
- 15 — *Disposições Preliminares*
- 16 — *Disposições Gerais*
- 17 — *Disposições Transitórias*
- 18 — *Cláusula de vigência das leis*
- 19 — *Cláusula revocatória das leis*
- 20 — *Fecho das leis*
- 21 — *Assinatura e referenda nas leis*
- 22 — *RUI e a técnica legislativa do Código Civil*
- 23 — *Estética do direito, estilo forense e estilo do legislador*

## 1. *Técnica legislativa, conceito e exame no direito comparado*

A técnica legislativa é a arte de redigir leis. O direito anglo-americano a denomina de *legislative drafting*. As leis devem ter o seu estilo. O estilo das leis deve ser simples, como relembra MONTESQUIEU, a expressão *direta* devendo ser preferida, pois nada é melhor do que apreender diretamente o sentido das leis. É o mesmo MONTESQUIEU que acentua tal estilo legislativo, que deve ser simples e queria conciso como o da Lei das 12 Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*) do direito romano, por ele considerado como "um modelo de perfeição".

Somente de alguns anos para cá desenvolveram-se os estudos sistemáticos sobre técnica legislativa.

GENY, no *Livro do Centenário do Código Civil Francês* fala sobre "A técnica legislativa na codificação civil moderna", dizendo o seguinte:

"A noção de uma técnica legislativa e o problema que ela formula não se parecem ter nitidamente revelado à consciência dos juristas, senão após a elaboração do Código Civil alemão, concluído em 1896. Parece que durante muito tempo, e até esses últimos anos, todos se contentaram com uma técnica espontânea e puramente instintiva, espécie de técnica inconsciente, utilizada na construção do Código Napoleônico, preparado desde muito tempo pelos costumes redigidos, pelo trabalho dos antigos autores, pelas ordenanças reais, e, mais diretamente, pelas leis revolucionárias."

Há mesmo uma inflação legislativa, excesso de leis, que tem aconselhado inclusive o uso da cibernética jurídica. *Trop des lois*, é a queixa de um jurista francês, em estudo publicado na *Revue Politique et Parlementaire*. Contudo GIRAUD salientou muito bem que o mal de muito se reduziria se as leis fossem bem redigidas.

Desde longo tempo, entretanto, filósofos e pensadores têm-se preocupado com a feitura das leis, elaborando regras sobre tal matéria. Entre eles devem ser mencionados BACON, MONTESQUIEU, BENTHAM, mas somente o Código Civil alemão (1896) despertou maior atenção, com regras científicas.

Na França, dois estudos são esclarecedores. É o trabalho de FRANÇOIS GENY, *Le Code Civil, Livre du Centenaire* (1904, t. II, p. 996), quando sintetizou: uma boa lei, como toda obra literária, deve ter unidade, ordem, precisão e clareza.

GEORGES RIPERT é outro pensador que lucidou os temas mais importantes da "arte de legislar", em *As Forças Criativas do Direito (Les Forces Créatrices de Droit, 1955, p. 346)*, salientando que o mau emprego dos vocábulos, o desleixo, a confusão, a imprecisão de frases, os excessos,

as lacunas, e outros erros de redação das leis, criam embaraços, tropeços e dificuldades para a aplicação das leis.

É indispensável a boa feitura e redação dos textos legais. No País, não existe nenhuma cátedra especial nas Faculdades de Direito sobre técnica legislativa, nem mesmo capítulo sobre tão importante matéria nas cátedras de Direito Civil e de Introdução à Ciência do Direito.

A técnica legislativa exige especialistas. STUART MILL sugeriu a criação de um conselho legislativo, composto de especialistas, ao lado dos parlamentares para aperfeiçoamento da arte da redação das leis. Fazer leis, advertia o filósofo inglês, é obra que exige, mais do que qualquer outra, experiência e prática, senão também longos e laboriosos estudos por espíritos adestrados.

A idéia nuclear de STUART MILL foi também aceita e preconizada por EMILE GIRAUD, na França, nos livros *A Crise da Democracia e Reformas Necessárias do Poder Legislativo*.

Esta larga experiência existia no direito grego e especialmente no direito romano, este um modelo de concisão e clareza. Atenas criou o seu conselho de iniciados em tal arte. Em Roma a arte de redação das leis atingiu a sua perfeição. LERMINIER acentua que os textos das leis romanas representam uma obra-prima do estilo jurídico, especialmente relembrando a perfeição do estilo do direito redigido por PAPINIANO. ROSSET mostra como vários artigos do Código Civil francês (1804) são modelos de concisão, limpidez e exatidão. STENDHAL fazia a leitura do referido Código Civil para aperfeiçoar o seu estilo.

No direito americano a obra sintética mais vigorosa sobre a matéria é a de REED DICKERSON, *A Arte de Redigir Leis (Legislative Drafting, Boston-Toronto, 1954)*.

Perguntaram uma vez a MIDDLETON BEAMAN considerado como o decano dos redatores de leis nos EUA, qual a razão pela qual ele nunca escreveu um livro sobre a técnica de redigir diplomas legais, porém ele respondeu modestamente que não sabia o que colocar em tal livro. BEAMAN foi, durante muitos anos, conselheiro legislativo da Câmara dos Representantes. REED DICKERSON afirma que "os grandes redatores de leis norte-americanos sempre relutaram em tornar públicos seus instrumentos de trabalho e os segredos do seu ofício" (op. cit., no prefácio). Mas muitos de tais segredos podem ser descobertos na atuação de BEAMAN em uma comissão parlamentar a respeito do assunto, que foi o Depoimento sobre o H. Con. Res. 18, Comissão de Organização do Congresso, 79ª Reunião, 1ª Sessão, 413-430, 1945, bem como na *American Association of Law Libraries (Bill Drafting, 7 Law Lib. J. 64, 1914)*.

REED DICKERSON fez uma vigorosa tentativa de unificar a matéria em um manual elaborado como membro do *Joint Army-Air Force Statutory*

*Revision Group* (Publicação da Força Aérea, 110-1-1, 1951), que depois republicou no *Federal Bar Journal* (11 Fed. B.J. 238, 1951), manual depois adotado nas Faculdades de Direito de Columbia, Harvard, Minnesota, Stanford, George Washington, e unificada no seu livro *Legislative Drafting*, já mencionado.

Na França, o Conselho de Estado desempenha uma tarefa importante na redação das leis, lá existindo a *Société d'Études Législatives*, criada por SALEILLES em 1904.

Na Itália há um *Departamento Legislativo* instalado no Ministério da Justiça com o mesmo objetivo.

FILIPPO VASSALI, professor da Universidade de Roma, em tese apresentada num congresso de direito comparado, "sugeriu a criação de comissões especiais nos órgãos do Poder Executivo e Legislativo para a mais correta redação das leis" (v. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 148, p. 50).

## 2. A técnica legislativa no Brasil

Examinando os debates doutrinários sobre técnica legislativa no Brasil, o primeiro estudo publicado foi o de AURELINO LEAL, em conferência proferida no Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, e editado em 1914, com 90 páginas, com o título *Técnica Constitucional Brasileira* (Tip. Jornal do Commercio, 1914).

Mais tarde HESIO FERNANDES PINHEIRO publicou a importante obra *Técnica Legislativa e as Constituições e Leis Institucionais do Brasil* (Livraria Jacinto, Editora A Norte, Rua São José, 59, Rio, 1945, a 1ª edição com 127 páginas de análise e o restante de textos legislativos, ao todo 366 páginas), já em 2ª edição em 1962.

A *Revista Forense* também trouxe uma contribuição valiosa publicando diversos trabalhos e estudos sobre a matéria, destacando-se entre outros os seguintes: ANTÃO DE MORAES, intitulado "A má redação de nossas leis" (RF, 1947, v. 110, pp. 529-533), CARLOS MEDEIROS SILVA, com o título "Técnica Legislativa" (RF, 1956, v. 165, pp. 397-399), bem como "Seis meses de aplicação do Ato Institucional" (RT, v. 238, p. 375-376) e "O Ato Institucional e a elaboração legislativa" (RT, v. 207, p. 510).

AURELINO LEAL declara: "As leis formam uma espécie de literatura de elaboração difícil."

No Brasil deve-se lembrar a técnica legislativa de RUI BARBOSA na Constituição de 1891 e no Código Civil de 1916. Rui Barbosa tinha um conhecimento assombroso da nossa língua, como o dono da

palavra, da cor e da música, em nosso vernáculo, em linguagem plena de correção, força, riqueza, como a de VIEIRA e CASTILHO.

No Código Civil fugiu ao feio vício de que falava Vieira: abarcar muito e apertar pouco.

A experiência prática de RUI BARBOSA proporcionou dois modelos imortais de redação de leis, a Constituição de 1891 e o Código Civil de 1916, ambos de grande beleza literária e artística.

Sobre este último escreveu-se com procedência:

“Nosso Código Civil não é apenas espelho de formosa e cristalina linguagem. É, nesse particular, monumento imorredouro. Obra-prima das obras-primas, nele qualquer escritor pode ir beber inspirações.”

### 3. *A técnica legislativa e o método jurídico*

A técnica legislativa é “a aplicação do método jurídico à elaboração da lei”, define HESIO FERNANDES PINHEIRO (op. cit., p. 14). É a arte ou o método de redação das leis.

FERRARA, no livro *Interpretação e Aplicação das Leis* (trad., São Paulo, 1940, p. 82), esclarece que o método jurídico visa “a simplificação quantitativa e a simplificação qualitativa do direito, que é apresentado numa síntese concentrada, ordenada e rigorosa, a qual torna possível dominar intelectualmente todo o material positivo. Com isto o direito resulta mais fácil de ser compreendido, mais acessível, e aumenta-se a segurança da sua realização, pois um direito exageradamente complicado é direito que fica sempre meio inobservado.

A simplificação quantitativa tende a contrair a massa dos materiais (lei de economia), classificando-os e reduzindo-os a categorias gerais, reagrupando sob forma abstrata as aplicações dispersas e concretas. A simplificação qualitativa, ao invés, tende a purificar a qualidade do material apresentando-o numa forma interiormente ordenada em que as partes singulares se reúnem harmonicamente numa só unidade”.

M. P. FABREGUETTES, em *A Lógica Jurídica e a Arte de Julgar* (trad. Rio de Janeiro, 1914, p. 46) ensina: “Nesta matéria como em qualquer outra, não basta ter a visão, mesmo justa, do fim. É preciso estar na posse dos meios e dos processos próprios de atingi-lo. É necessário conhecer o direito no seu conjunto, as leis que sobre o mesmo assunto existam, os trabalhos da doutrina e da jurisprudência. Há regras de método, de ordem, de estilo.”

A legislação nacional tem-se descuidado da apresentação *formal* e *material* (redação) das leis.

A técnica legislativa abrange duas fases importantes, que se apresentam não só no tocante à iniciativa, elaboração, discussão, sanção, promulgação e publicação das leis, como ainda nas operações ou no processo operacional em qualquer das ditas fases.

No segundo momento inclui-se a chamada parte de *apresentação* ou de *redação*, que HÉSIO PINHEIRO assim resume (op. cit., p. 15):

- a) apresentação formal (redação propriamente dita);
- b) apresentação material (disposição do assunto devidamente subdividido ou agrupado).

O método é próprio da atividade intelectual e científica. PAUL JANET, no seu *Tratado Elementar de Filosofia* (trad., Rio de Janeiro, 1885, 2 v., v. I, 457) o comparou a "um instrumento (organon), o qual serve para o espírito como os utensílios para as mãos".

Realiza-se assim uma *construção jurídica*, pois há uma evidente analogia entre a arte de redigir e a arquitetura.

"A redação de projetos de lei deve ter a precisão da engenharia; a minudência e a coerência da arquitetura, pois é a arquitetura da lei" (v. DRIEDGER, *A New Approach to Statutory Construction*, 29 Com. B. Rev., 838, 843, 1951).

FERRARA assim define a construção jurídica (op. cit., p. 83):

"Entende-se por *construção jurídica* o procedimento pelo qual se procura colher as qualidades essenciais características dum instituto, reconduzindo-as a conceitos mais amplos e conhecidos, ou então se apresenta a concepção geral dum instituto, resumindo sob uma idéia unitária de caráter técnico o seu complexo ordenamento positivo."

A construção jurídica deve satisfazer determinadas condições, quais sejam: 1) coincidir exata e inteiramente com o direito positivo, pois que importa ao princípio estar ligado à realidade jurídica; 2) possuir unidade sistemática; 3) ter beleza artística (v. HERMES LIMA, *Introdução à Ciência do Direito*, São Paulo, 1931, p. 119).

A técnica legislativa visa a obtenção de boas leis. O que se deve entender por boas leis?

GENY, no Livro do *Centenário do Código Civil Francês*, ensina:

"A boa lei, o bom código, devem, antes de tudo, conter as qualidades exigidas de toda obra literária, que se dirige à inte-

ligência e à vontade, antes que à imaginação e ao sentimento: unidade, ordem, precisão, clareza.”

Afirma também DICKERSON (op. cit., p. 37), analisando as relações entre a forma e a substância das leis: “o importante na redação da lei é dizer o que se quer com precisão, coesão, clareza e concisão. A substância precede a forma, mas as duas vão juntas”.

O redator de leis deve possuir os seus instrumentos de trabalho, além do cérebro capacitado, quais sejam, uma biblioteca bem escolhida, dependendo da especialidade do redator, um bom dicionário de palavras e frases, um bom dicionário de tecnologia jurídica, uma boa gramática, um dicionário de sinônimos, um bom dicionário, um dicionário de estilo jurídico.

Na língua portuguesa, lembrando os autores de bons dicionários cabe mencionar, entre outros, CALDAS AULETE, A. DE MORAES SILVA, VIEIRA DOMINGUES. Para a língua inglesa: WEBSTER, *Webster's Dictionary of the English Language* (Londres, 1897) e o *Dicionário de Black, Black's Dictionary* (St. Paul a Minn., 1938), além dos seguintes livros: SUTHERLAND, *Statutes and Statutory Construction* (Harack, 1943, 3ª edição); ILBERT, *The Mechanics of Law Making* (1914); COICNE, *Statute Making* (1948); LOOK, *Legal Drafting* (1951); FOWLER, *A Dictionary of Modern English Usage* (1937); GOWERS, *ABC of Plain Words* (1951); FLESH, *The Art of Plain Talk* (1946). A bibliografia nacional já foi citada.

#### 4. Do preâmbulo das leis

O preâmbulo é a parte inicial da lei, que não se inclui no seu texto, mas que serve para identificá-la na ordem legislativa, tanto no tempo como no espaço.

Na legislação brasileira moderna, o preâmbulo pode ser assim subdividido:

Preâmbulo	Título	Epígrafe
		Ementa ou rubrica
	Autoria	e fundamento da autoridade (fórmula da promulgação)
	Cláusulas justificativas do ato	
	Consideranda	
	Ordem de execução	

A palavra preâmbulo procede do latim, composto do prefixo *pre* (antes, sobre) e do verbo *ambulare* (andar, marchar, prosseguir, aqui vale como proposta inicial).

O preâmbulo é o pórtico das leis.

No *jus scriptum* romano, como ensina AMAZONAS DE FIGUEIREDO, no seu *Tratado de Direito Romano* (Rio de Janeiro, 1930, p. 52), a lei compreende ora duas, ora quatro partes: *index*, *praescriptio*, *rogatio*, *sanctio*. O *index* contém os nomes gentílicos dos magistrados que propunham a lei e a indicação do seu objeto, como por exemplo *lex Furia testamentaria*; era a súpula do seu objeto, como *Lex XX de Quaestoribus*.

A *praescriptio* contém o nome do *rogatoris*, de quem propôs a lei, o nome da tribo ou da centúria que votou em primeiro lugar, o dia e o lugar da votação. A *rogatio* designa ao mesmo tempo a proposta submetida ao povo e a lei pelo povo votada, que costuma ser dividida em capítulos. A *sanctio* é a cláusula destinada a assegurar a execução da lei.

O preâmbulo das Constituições e leis também vale como regra jurídica, como pretendem autores eminentes como BURDEAU no *Tratado de Ciência Política* (*Traité de Science Politique*, Paris, 1950, v. III, p. 131), LAFERRIÈRE no *Manual de Direito Constitucional* (*Manuel de Droit Constitutionnel*, Paris, 1947, p. 452) e ROGER PINTO no seu *Direito Constitucional* (*Droit Constitutionnel*, Lille, 1948, p. 452), embora suas normas tenham principalmente caráter ideológico, programático, ou sejam por vezes o resumo do texto.

## 5. Da epígrafe

O termo epígrafe é de origem grega, *epigraphicus*, derivado de *epi* (sobre) e *graphó* (escrever), indicando a parte superior do preâmbulo.

A finalidade da epígrafe é a da qualificação do ato na hierarquia ou escalonamento da ordem legislativa e sua localização no tempo, distinguindo ainda o alcance do mesmo e um do outro, pela própria designação: lei, lei complementar, decreto-lei, decreto, alvará, carta régia etc.

A data em que os atos são assinados deve ser mencionada logo depois da qualificação e numeração do ato. A data figura no final e antes da assinatura.

Durante certo tempo, no País, os atos legislativos não eram numerados, entre 1808 e os meados de 1833. Apenas em 1833 um decreto do Governo Imperial, datado de 23 de junho de 1833, determinou que os atos do Legislativo e do Executivo fossem numerados "no meio da margem superior da primeira página, e se escreva, por baixo do número, o ano em que são promulgados; começando-se em cada ano uma nova enumeração, e devendo a progressão dos números acompanhar a ordem das datas". No ano de 1839 instituiu-se o sistema de numerar os atos seguidamente, mas sem renovação anual. Com a I República estabeleceu-se nova enumeração, como também com a Junta Governativa de 1930, como ainda em 1934, também a partir de 1937, em cada fase nova da política brasileira fazendo-se nova enumeração, como regra.



## 6. Rubrica ou ementa das leis

A palavra *rubrica* significa “terra vermelha” e procede do latim, como um adstringente vermelhejante, visto que, na referida cor foram escritas posteriormente as letras iniciais dos livros impressos de direito civil e direito canônico. A princípio o seu objetivo era apenas o de destacar o título do livro. Atualmente a finalidade da ementa ou da rubrica é a de facilitar a busca do texto e da lei, sintetizando o seu conteúdo, porém em negro e com o tipo diferente de letra, com o *grifo*.

CARLOS MAXIMILIANO escreve, no livro *Hermenêutica e Aplicação do Direito* (Rio de Janeiro, 1941, p. 3.191), que a rubrica ou ementa “ajuda a deduzir os motivos e o objeto da norma; presta, em alguns casos, relevantes serviços à exegese; auxilia muito a memória; é fácil de reter, e por ela se chega à lembrança das regras a que se refere; porém, oferece um critério inseguro; a *rubrica* é de ordem subsidiária; vale menos do que os outros elementos de Hermenêutica, os quais se aplicam diretamente ao texto em sua íntegra”.

A palavra *ementa* vem do latim, significando idéia, pensamento. É o sumário ou resumo de uma lei, de um ordenamento jurídico (ou sentença ou acórdão), como a vontade concreta da lei, no qual são focalizados os seus aspectos principais.

Escreve PEDRO NUNES no *Dicionário de Tecnologia Jurídica* (Rio de Janeiro, 1979, 10ª ed., v. 1º, p. 397): “*Ementa* — Súmula dum texto de lei ou de uma decisão judiciária que contém a conclusão do conteúdo.”

## 7. Autoria e fundamento legal da autoridade

No direito romano já se costumava inserir o nome do autor nos atos legislativos. Este uso deu margem às fórmulas de promulgação, enunciando a autoria e o fundamento legal da autoridade.

PAULO LACERDA nos seus *Princípios de Direito Constitucional Brasileiro* (Rio de Janeiro, s/d, nº 1º, p. 12) define a autoria como “um elemento composto de cláusulas indicativas das pessoas que atuam, da qualidade em que se acham investidas e do modo de operar”.

A autoria deve mencionar a *indicação* da pessoa que age, a *qualidade* de sua investidura e o *dispositivo legal* em que se fundamenta.

Podemos lembrar, entre outras, as seguintes fórmulas, como, por exemplo:

I — Para os decretos-leis:

“O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo ... da Constituição, decreta.”

## II — Para os decretos executivos:

“O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo . . . , letra . . . , da Constituição. . . , decreta.”

Assim a palavra aconselhada é *atribuição*, conforme recomendação da Circular 6/40, expedida pela Secretaria da Presidência da República (publicada no DO de 14-8-1940, p. 14.448 e na *Revista do Serviço Público*, de 1940).

### 8. *Justificação dos atos da ordem legislativa*

É necessário também que se faça a justificativa de determinados atos legislativos, como prática seguida em muitas nações.

A legislação brasileira seguiu essa orientação usando as seguintes expressões: *Considerando. . .*, *Tendo em vista. . .*, *Atendendo. . .* Como também outras expressões equivalentes.

Já a chamada *Exposição de Motivos* é entendida como o documento pelo qual se expõe ao Presidente da República uma matéria que depende de sua solução. A *Exposição de Motivos* compreende seis partes: a) Cabeçalho; b) Introdução; c) Texto; d) Conclusões; e) Fecho; f) Assinatura.

### 9. *Mandado de cumprimento ou ordem de execução*

A ordem de execução ou mandado de cumprimento expressa o imperativo em que se contém a “autoria e fundamento da autoridade”.

Geralmente se usam as seguintes fórmulas: *Hei por bem. . .*, *Faço saber. . .*, *O Congresso Nacional decreta e eu promulgo a seguinte lei. . .*, afora outras fórmulas também utilizadas.

### 10. *O artigo: a subdivisão e o desdobramento do artigo*

O artigo é o elemento básico da lei, cabendo redigir os atos da ordem legislativa não só com uma apresentação lógica do material jurídico a ser condensado e sistematizado, como também no seu bom ordenamento e justaposição. O artigo constitui o ponto central e a base da ordenação legislativa.

Os artigos se subdividem em *parágrafos*, *itens*, *letras*, *alíneas* ou *incisos*. À maneira inversa, eles se agrupam da seguinte maneira: *Seção*; *Capítulo*; *Título*; *Livro*; *Parte*.

### 11. *O artigo e suas subdivisões. O parágrafo. Os itens e as letras. A alínea e o inciso*

O desdobramento de um artigo em nossa legislação é feito segundo um aspecto tríplice, com o uso de *parágrafos*, *itens* e *letras*.

O artigo é a unidade básica para a apresentação, divisão ou agrupamento dos assuntos do texto legal. Ele tem o seu étimo latino *articulus*, diminutivo de *artus*, procedendo do grego *arthros*. Ele é a articulação dos assuntos de um ato de ordem legislativa, com uma apresentação material correta e coerente, e daí o seu relevante papel. O artigo é a unidade do texto de qualquer ato de ordem legislativa.

Tanto nos artigos como nos parágrafos emprega-se até o art. 9º a numeral ordinal e, depois, a cardinal.

Na nossa legislação atual, o parágrafo é *exclusivamente* reservado para constituir a imediata divisão do artigo.

Isto não ocorre em todas as legislações, posto que na legislação alemã e dos países que seguem suas linhas diretrizes, o parágrafo (§) é usado em lugar do artigo (art.). Já os norte-americanos utilizam, nas suas leis, a Secção (Section) em lugar do artigo (art.) (cf. *Dicionário Jurídico de Black, Black's Law Dictionary*, 1932). Na nossa legislação a seção é a parte da lei em que se subdividem imediatamente os capítulos.

Parágrafo é palavra que procede do latim *paragaphus* e *paragaphous* em grego, composta de *para* (ao lado) e *graphein* (escrever).

O parágrafo é o sinal do escrito com uma forma característica (§), para distinguir as diferentes partes de um livro, no seu significado etimológico latino.

O parágrafo, na legislação nacional, usa-se exclusivamente para o desdobramento imediato dos artigos. A sua representação gráfica é um sinal ortográfico característico (§). A sua numeração, como no artigo, é uma numeração ordinal até o nono (9º), e cardinal daí por diante. A numeração é feita ordinalmente em algarismos arábicos até o parágrafo 9º

O parágrafo é intimamente relacionado com artigo, e seu assunto depende diretamente do assunto ventilado no artigo.

O parágrafo pode ser subdividido em *itens* ou em *letras*.

A palavra *item* é uma palavra de origem indu, procede do brâmane *itham* (sânscrito), daí a forma latina *item*, com o sentido de: do mesmo modo, assim, igualmente (Saraiva, *Novo Dicionário Latino-Português*, Rio de Janeiro, Livraria Garnier, 9ª ed., 1927, p. 640), ou ainda, também como, por conseguinte.

O item é um elemento precioso para a fragmentação dos atos legislativos.

Na técnica legislativa nacional os itens são empregados:

1º – para a divisão imediata do artigo;

2º — como elemento discriminativo do artigo, quando o assunto nele tratado não se presta a ser condensado, sintetizado e regulado no próprio artigo, nem tampouco a ser formulado adequadamente ou a constituir parágrafo;

3º — como divisão do parágrafo.

No 2º caso, como elemento discriminativo do artigo, é utilizado pelos legisladores para relacionar as atribuições de um órgão ou determinadas competências funcionais, enunciadas tanto em lei, como em regulamentos e regimentos. Então se deve preferir o uso de itens, e não de letras, como salienta HESIO FERNANDES PINHEIRO (*Técnica Legislativa*, Rio de Janeiro, 1945).

A Constituição federal (art. 81) relaciona as atribuições de um órgão individual, qual seja, o Presidente da República, mediante itens e não letras. A mesma CF (art. 8º) discrimina as competências funcionais da União mediante itens. O item pode ser desdobrado em letras.

A razão é simples, pois a enumeração dos itens mediante algarismos romanos (I, II, III, IV etc.), acompanhados de um traço (-) ou um ponto (.), pode ser feita constantemente, indefinidamente, mas a enumeração mediante letras do alfabeto é limitada.

Tanto RUI BARBOSA como os nossos mais eminentes legisladores adotam as letras para desdobramento de parágrafos e de itens, e não do artigo, diretamente.

Assim, nos textos legislativos ou regimentais não devem ser empregados critérios incoerentes, que revelem uma disparidade do uso de parágrafos, itens, letras no mesmo texto.

As palavras *alínea* e *inciso* são utilizadas nas citações para a indicação das modalidades das subdivisões do artigo, quais sejam os *itens* e *letras*.

Na tecnologia jurídica, *alínea* e *inciso* são freqüentemente utilizados como termos de subdivisão. É mais correto e adequado assim fazer a citação: item ou letra do artigo (ou do parágrafo) tal, e não alínea ou inciso do artigo tal. Assim a alínea refere-se a *item* ou *letra*, do artigo ou do parágrafo, com mais propriedade, e não diretamente ao *artigo*.

A alínea é a subdivisão do artigo de lei, depois do item ou letra, aberta em nova linha e precedida de letra ou número. Neste caso, o texto que compõe a parte inicial do artigo chama-se *caput*. A alínea não deve ser confundida com os parágrafos componentes do artigo.

O *caput* (cabeça, em latim) é o começo ou a primeira parte de um artigo. Por exemplo: art. 300, *caput*; no *caput* do art. 3º.

O *inciso* é a parte incidente de uma subdivisão do artigo, designado por numeração romana ou arábica: inciso III do § 4º do art. 70.

O inciso é a subdivisão de um artigo de lei, que se presta para enumeração e é apresentado por algarismos romanos ou arábicos, podendo, por sua vez, subdividir-se em alíneas (verbete *Inciso*, na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, 1977 em diante, v. 43, p. 267).

Assim, geralmente a alínea é a subdivisão do inciso.

É mais correto designar-se o inciso por algarismos e a alínea por letras.

Vejam os alguns dicionaristas.

CALDAS AULETE, no *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa* (Lisboa, 1925):

*Alínea* — “Cada uma das subdivisões de um artigo, designadas por *a*), *b*), *c*) etc. F. lat. alínea.

*Inciso* — Cada uma das partes de um membro do período.”

CÂNDIDO FIGUEIREDO no *Novo Dicionário da Língua Portuguesa* (Lisboa, s/d):

*Alínea* — “Uma das subdivisões do artigo, designadas por *a*), *b*), *c*) etc. Fr. Alínea.

*Inciso* — M. Frase que interrompe o sentido de outra.” (Lat. *incisus*).

ANTENOR NASCENTES, no *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa* (Rio de Janeiro, 1932):

*Alínea* — “Do latim *a linea*, da linha, empregado quando se ditava para indicar que era preciso partir do começo da linha seguinte.

*Inciso* — Do latim *incisus*, cortado.”

JAIME DE SEQUIER, no *Dicionário Prático Ilustrado* (Porto, 1928):

*Alínea* — “s.f. (lato *ad linea*). Uma das subdivisões de artigo, designadas por *a*), *b*), *c*) etc.

*Inciso* — adj. (lat. *incisus*). Frase curta, formando sentido à parte, que interrompe outra mais importante.”

## 12. Regras principais sobre emprego dos artigos

O artigo é a unidade básica ou a parte central, a unidade nuclear de apresentação do texto da lei, para a divisão ou agrupamento de assuntos ou matéria regulada pela lei.

Determinadas regras devem ser enunciadas para a apresentação formal, material e técnica do assunto, quais sejam:

1ª regra – Cada artigo deve abranger um único assunto.

Exemplo, no Código Civil:

“Art. 3º – A lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo de direitos.”

2ª regra – O artigo deve referir-se exclusivamente à norma geral e ao princípio. As exceções e as medidas complementares devem ser reservadas às subdivisões, especialmente aos parágrafos.

Exemplo, no Código Civil:

“Art. 1.728 – Quando consistir em prédio divisível o legado sujeito à redução, far-se-á esta, dividindo-o proporcionalmente.

§ 1º – Se não for possível a divisão, e o excesso do legado montar a mais de um quarto do valor do prédio, o legatário deixará inteiro na herança o imóvel legado, ficando com o direito de pedir aos herdeiros o valor que couber na metade disponível. Se o excesso não for de mais de um quarto, aos herdeiros torná-lo-á em dinheiro o legatário, que ficará com o prédio.

§ 2º – Se o legatário for ao mesmo tempo herdeiro necessário, poderá inteirar sua legítima no mesmo imóvel, de preferência aos outros, sempre que ela e a parte subsistente do legado lhe absorverem o valor.”

3ª regra – Quando o assunto regulado no artigo exigir discriminação, o enunciado comporá o artigo, e os elementos que devem ser discriminados serão apresentados na forma de itens.

Exemplo, no Código Civil, art. 136:

“Art. 136 – Os atos jurídicos, a que não se impõe forma especial, poderão provar-se mediante:

I – confissão;

II – atos processados em Juízo;

III – documentos públicos ou particulares;

- IV – testemunhas;
- V – presunção;
- VI – exames e vistorias;
- VII – arbitramento.”

4ª regra – A precisão da linguagem, técnica ou vulgar, e a sua concisão, devem ser mantidas a fim de evitar diversas interpretações.

5ª regra – Deve-se evitar o emprego de expressões esclarecedoras, como por exemplo, v. g. e outra, buscando-se a maior precisão possível.

6ª regra – Devem ser preferidas as palavras de sentido nacional, evitando-se as expressões locais e regionais.

7ª regra – As frases devem ser curtas e reduzidas ao mínimo possível, sem perda da idéia básica.

8ª regra – Nas leis extensas os artigos devem ser utilizados para a definição do objeto da lei e a limitação do seu domínio de aplicação.

9ª regra – Cada assunto ou matéria deve figurar em seu artigo, e cada artigo em seu lugar.

10ª regra – As expressões devem ser usadas em seu significado vulgar, salvo quando se tratar de assunto técnico.

11ª regra – As siglas e abreviaturas devem ser preferencialmente abolidas do texto legislativo, ou quando usadas, deve ser feita a primeira referência por extenso, seguindo, entre parênteses, a sigla ou abreviatura.

12ª regra – A uniformidade inicial dos verbos deve ser mantida na seqüência de assuntos heterogêneos.

A respeito comenta HÉSIO FERNANDES PINHEIRO (*op. cit.*, p. 55):

“Assim, por exemplo, ao invés de usar:

.....

Art. 18 – Extinguem-se com a presente Lei...

Art. 19 – São criados...

Art. 20 – O M.V.O.P. fica autorizado a...

Art. 21 – Com esta Lei asseguram-se os direitos...

.....

será preferível a forma seguinte, menos rebuscada, é verdade, porém tecnicamente mais correta, pela indicação imediata daquilo que o artigo contém:

.....

Art. 18 — Ficam extintos...

Art. 19 — Ficam criados...

Art. 20 — Fica autorizado o Ministério...

Art. 21 — Ficam assegurados os direitos...

.....”

*13ª regra* — As definições só devem ser empregadas quando absolutamente necessárias, devendo ser colocadas onde for mais fácil encontrá-las.

*14ª regra* — A forma mais simples deve ser preferida. Assim, em vez de dizer: “é obrigado a”, ou “tem o dever de”, é melhor escrever: “deve”.

*15ª regra* — Quando se confere um direito, atribuição ou poder, o termo a ser utilizado é “pode”... Contudo, se o direito conferido é interpretado como uma faculdade, o termo a ser empregado é “tem o direito de...”. Para a restrição de um direito, privilégio ou poder, o termo adequado e conveniente “não pode”. Quando se impõe uma obrigação de agir, usa-se “deve”, “deverá”, mas se a obrigação é de não agir o termo apropriado é “não pode” (DICKERSON).

*16ª regra* — Deve-se evitar o erro de usar um sujeito negativo com um “deverá positivo”. Assim não se deve escrever: “ninguém deverá”, mas: “ninguém poderá”.

Literalmente, “ninguém deverá” significa que ninguém é obrigado a agir desta maneira, nega a obrigação, mas não a permissão de agir. Por outro lado, “ninguém pode” nega também a permissão e é, portanto, uma proibição mais completa (DICKERSON, *op. cit.*, p. 102).

*17ª regra* — As letras maiúsculas devem ser empregadas somente quando necessárias (por exemplo: Lei, Governo, Estado).

*18ª regra* — As cláusulas condicionais devem ser evitadas para introduzir uma exceção ou limitação. É melhor dizer “exceto que”, “entretanto”, ou construir nova oração. Para os acréscimos, deve-se começar novo parágrafo.

*19ª regra* — As ambigüidades devem ser evitadas. Não se deve dizer: “Entre as idades de 18 e 50”, mas: “18 anos ou mais, e menos de 50”.

*20ª regra* — O período deve ser claramente especificado. Não se deve dizer: “De 1 de julho de 1980” ou “Entre 1 de julho de 1980 e...”; mas: “Depois de 30 de junho de 1980” ou “Antes de 1 de julho de 1980”.



Na elaboração de tais regras, entre outras existentes, será útil consultar as obras de CARLOS MAXIMILIANO, HÉSIO FERNANDES PINHEIRO, REED DICKERSON, já citados.

### 13. *Os artigos e seu agrupamento*

“O artigo é a *unidade* do texto de qualquer ato de ordem legislativa”, como sintetiza HÉSIO FERNANDES PINHEIRO. O legislador e o redator de leis têm no artigo o elemento central tanto para a subdivisão do texto legislativo, como para o seu agrupamento, a quantidade dos artigos exige o seu agrupamento de acordo com o assunto regulado, agrupando-se os artigos afins pelo seu relacionamento. Os códigos constituem exemplos de agrupamentos ordenados e sistematizados dos artigos do texto legislativo.

O agrupamento dos artigos forma uma *Seção*, o conjunto de seções constitui um *Capítulo*, o conjunto de capítulos é agrupado em *Títulos*, e a *totalidade dos títulos* forma o *Livro*. Os *livros* são reagrupados em *Partes*, uma *Parte Geral* e uma *Parte Especial*, quando há necessidade de novos reagrupamentos.

É o sistema adotado no nosso Código Civil por CLÓVIS BEVILAQUA e que encontra o seu modelo no direito romano, pois os Códigos romanos apresentam as seguintes divisões e subdivisões: *Parte*, *Livro*, *Títulos*, *Fragmento* (abreviatura *Frag.*) ou *Lege* e *Parágrafo*.

Na enumeração de um ato de ordem legislativa, as seções são numeradas com algarismos romanos, que se seguem à palavra *Seção*: *Seção I*, *Seção II* etc.

O direito anglo-americano tem um conceito diferente de seção, que é dado por BLACK, no seu *Dicionário de Direito* (1932), nos seguintes termos:

“In text books, codes, statutes, and other juridical writings, the smallest distinct and numbered sub-divisions are commonly called “sections”, sometimes “articles”, and occasionally “paragraphs”.

Já o *Capítulo* se escreve também com a sua abreviatura *Cap.* Esta palavra procede do latim *Capitulum*, de *caput* (cabeça). A regra para a enumeração dos capítulos é a seguinte, com o emprego de duas formas: 1º Capítulo, Primeiro Capítulo, Capítulo 1º, ou Capítulo I, ou ainda, quando existe, o Capítulo Preliminar. O Capítulo é o agrupamento de Seções.

O *Título* é o agrupamento dos *Capítulos*. A palavra procede do latim *titulus*, formado do radical grego *tiôr* com o sufixo *tulus*; para outros estudiosos ela procede diretamente do grego, composto do radical *tit* e

do sufixo *hylo*. A sua abreviatura é *Tit.* A enumeração é feita com algarismos romanos tal como as Seções e Capítulos.

Determinados redatores de leis e legisladores preferem a designação *Título Preliminar* em vez de *Introdução*.

O *Livro* é usado nas leis muito extensas, como nosso Código Civil; é o conjunto de Títulos, agrupados pelos assuntos correlatos. Os Livros são enumerados com algarismos romanos. O Livro sempre é discriminado com o seu conteúdo, que é escrito logo depois do livro, como está no nosso Código Civil.

Parte Geral	Parte Especial
Livro I	Livro I
Das Pessoas	Do Direito de Família
.....	.....
Livro II	Livro II
Dos Bens	Do Direito das Coisas
... etc.	..... etc.

#### 14. *Parte Geral e Parte Especial*

Determinados textos legislativos são longos, especialmente os códigos, tornando-se então precária a simples divisão em livros, que são agrupados em *Partes*. As *Partes* não devem ser numeradas. É verdade que o nosso Código Comercial enumera as *Partes*, nele se podendo ler: Parte Primeira, Parte Segunda etc., mas isto não é comum, foga à regra geral da técnica legislativa, não deve seguir-se tal precedente.

A *Parte* não deve, pois, ser enumerada, mas só classificada em *geral* ou *especial*. O seu emprego é pouco comum nas leis, só sendo utilizado nas leis muito extensas, como no Código Civil brasileiro.

Escreve a respeito CLÓVIS BEVILAQUA:

“Destina-se a parte geral à exposição dos princípios que se aplicam ou se podem aplicar às diversas matérias do direito civil, e dos assuntos que se não incluíam naturalmente em nenhuma das seções da parte especial.”

A Comissão que foi encarregada de rever o projeto CLÓVIS do Código Civil assim opinou (apud A. FERREIRA COELHO, *Código Civil dos EE.UU do Brasil Comparado, Comentado e Analisado*, 23v., Rio de Janeiro, 1920, v. III, p. 229):

“b) uma *Parte Geral*, apta a conter os princípios, as idéias, por assim dizer, abstratas e gerais do direito civil, no que diz

respeito aos seus elementos capitais, subdividida, sob este critério, em três Livros, um sobre as Pessoas, outro relativo aos Bens, um terceiro referente aos Fatos Jurídicos;

c) uma *Parte Especial* composta de quatro Livros, abrangendo o direito civil, na quádrupla ramificação de suas aplicações práticas: a Família, as Coisas, as Obrigações, as Sucessões.

## 15. *Disposições Preliminares*

A lei escrita concretiza o direito, porém diversos assuntos regulados pelas leis, às vezes, necessitam explicitações, esclarecimentos, que são dados em *Disposições Preliminares*.

As disposições preliminares colocam-se à parte do articulado das leis, focalizando esclarecimentos prévios à lei adotada, tais como os seus objetivos, princípios jurídicos, formas de hermenêutica e de aplicação, que não devem ser inseridos no texto da lei.

Esta parte é denominada de *Disposições Preliminares*, recebendo também o nome de *Introdução*, *Lei de Introdução*, *Título Preliminar* ou *Lei Preliminar*.

A maioria dos tratadistas opina que o Título Preliminar não é parte integrante da lei, mas um corpo à parte. Senão vejamos.

AZEVEDO MARQUES esclarece: "... é como uma lei fora do corpo do Código, para providenciar sobre as necessidades ocorrentes à sua publicação".

COELHO RODRIGUES salienta: "... o título preliminar não faz parte do Código, é um título à parte".

CLÓVIS BEVILAQUA esclarece: "... é, por assim dizer, uma lei anexa, uma lei que se publica juntamente com o Código para preparar e facilitar a sua execução". "Não é uma parte integrante do Código; é uma lei em separado, que vai acompanhar o Código, para providenciar sobre as necessidades ocorrentes à sua publicação". CLÓVIS BEVILAQUA, referindo-se à Lei de Introdução ao Código Civil, ainda acrescenta: "Contém numeração distinta da do Código, para indicar a diversidade da matéria, e acentuar que, se a ele está ligado e se o domina, com ele não forma um todo homogêneo, podendo ser modificado permanecendo íntegro o articulado do Código, do mesmo modo que as alterações deste não se refletem sobre ela." Realmente a Lei de Introdução do Código Civil foi modificada, surgindo outro texto, com o Decreto-Lei nº 4.657, de 4-9-1942.

O Título Preliminar tem numeração própria dos seus artigos e pode ser promulgado em separado.

## 16. Disposições Gerais

As *Disposições Gerais* não se confundem com as *Disposições Preliminares*, nem tampouco com as *Disposições Transitórias*. Na verdade, *Disposições Preliminares*, *Disposições Gerais*, *Disposições Transitórias* e *Disposições Finais* são quatro espécies do gênero das *disposições complementares ou suplementares*.

Há, entretanto, muita confusão no uso de tais disposições, por parte de determinados redatores de leis e legisladores.

HÉLIO FERNANDES PINHEIRO relembra e esclarece o assunto.

Em 1º lugar, em diversos atos legislativos nacionais são inseridas *Introduções*, *Disposições Preliminares* ou *Títulos Preliminares*, designados pela nomenclatura de *Disposições Gerais*, como intróito, iniciando o texto legal. Em 2º lugar, também se costuma empregar o nome *Disposições Gerais*, seguindo ou precedendo as diversas partes da lei, como v. g., o *Capítulo*, a *Seção*, o *Artigo* etc., e isto ocorre no próprio Código Civil; caso em que as *Disposições Gerais*, que deveriam figurar ao final do texto, ficam fracionadas em diversos trechos do texto; porém, concernem exclusivamente àquela parte do ato legislativo onde se encontram incluídas.

Os dois casos supramencionados deram margem a que, como consequência de tal método, no final dos textos legislativos, sejam colocadas *Disposições Finais*, em lugar de *Disposições Gerais*, pela própria impossibilidade de se enumerarem *Disposições Gerais* referentes a todo o texto legal. Em tais casos procede a utilização da expressão *Disposições Finais*, que fica corretamente empregada.

HÉLIO FERNANDES PINHEIRO sugere como tecnicamente certo:

"a) em princípio, os artigos que contenham assuntos de caráter geral, diretamente dependentes ou intimamente relacionados com o texto, devem ser englobados no final da lei sob o título de *Disposições Gerais*;

b) em se tratando de lei extensa, cujos diversos grupos de assuntos justifiquem ou exijam a existência de um apêndice, contendo medidas de caráter geral, essas medidas devem seguir ou preceder cada grupo, englobadas sob o título *Disposições Gerais*.

Nestes casos, as medidas restantes, de caráter geral e referentes a todo o texto da lei (apreciado em seu conjunto), devem ser reunidas e colocadas no final do ato da ordem legislativa e em continuação ao seu articulado, separadas deste, entretanto, pelo rótulo: *Disposições Finais*."

## 17. Disposições Transitórias

As *Disposições Transitórias*, como o indica a expressão, são normas que não possuem caráter permanente, mas chamam a atenção do legislador,

merecendo ser disciplinadas. Possuem um caráter de transitoriedade e tendem a desaparecer pelo próprio decurso do tempo, pelo seu fluir, ou ainda pela consumação do fato. As Disposições Transitórias são normas reguladoras de situações especiais e passageiras, sem caráter de permanência, mas que devem ser disciplinadas pelo legislador, que delas não deve descuidar-se. Regulam situações jurídicas especiais, exigindo imediatas normas reguladoras, mas sobre assuntos e matérias que tendem a desaparecer com rapidez.

As Disposições Transitórias também são mais raramente chamadas de Disposições Provisórias. A boa técnica legislativa deve proceder colocando todo o articulado da lei com numeração própria, seguindo-se a enumeração dos artigos das Disposições Transitórias com numeração própria desde o 1º artigo até o artigo final. Depois se seguem as cláusulas de vigência e de revogação, ao fim do texto legal.

Determinados legisladores usam incorretamente as fórmulas *Disposições Gerais e Transitórias* ou ainda *Disposições Finais e Transitórias*. Tal procedimento não parece correto do ponto de vista técnico da redação das leis, pois as Disposições Gerais contêm regras regulando matérias de caráter permanente, que não devem ficar relacionadas nem entrosadas com regras disciplinando situações especiais e provisórias.

Sobre o assunto, ver HÉSIO FERNANDES PINHEIRO, cit., pp. 81 s.; RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil* (Madri, trad. espanhola, 1929, v. I, p. 172).

#### 18. Cláusula de vigência das leis

Todo texto legislativo tem a sua cláusula de vigência. Toda lei é feita para vigor, vigorar, estar em vigor ou execução, a lei deve vigor, esta constitui a sua vida. A vigência é o tempo durante o qual uma lei vigora.

Vigor é um verbo intransitivo, do latim *vigere* (ser vigoroso), usado na terminologia do direito com o significado de vigorar, ter vigor, estar em vigor, estar em observância (Lei de Introdução ao Código Civil, arts. 1º a 6º).

A vigência é a disponibilidade da norma jurídica, é a sua dimensão no tempo, a sua dimensão temporal. É a maneira pela qual são fixadas as datas para a entrada em vigor das leis. A vigência de um direito, esclarece STAMMLER, é a possibilidade de sua atuação.

"A vigência é um conceito formal referente à cronologia temporal. A eficácia, ao contrário, é material e de cunho sociológico", esclarece LIMONGI FRANÇA (verbete "Vigência", na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, cit., v. 77, p. 273).

A vigência é um *præius* em relação à eficácia. A eficácia pressupõe a vigência. Quando há eficácia sem vigência, isto explica-se porque a norma não é legal, mas apenas consuetudinária, jurisprudencial ou doutrinária.

Existe um prazo para a entrada em vigor da lei, para a sua obrigatoriedade. A antiga Lei de Introdução ao Código Civil prescrevia o princípio da obrigatoriedade progressiva, como é o sistema do Código Civil francês (cf. MOURLON, *Répétitions Ecrites sur le Code Civil*, v. I, p. 43). O nosso Código Civil preceituava, no art. 2º, que a obrigatoriedade das leis, quando não fixasse outro prazo, começaria no Distrito Federal três dias depois de oficialmente publicadas, quinze dias no Estado do Rio de Janeiro, trinta dias nos Estados marítimos e no de Minas Gerais, cem dias nos outros, compreendidas as circunscrições não constituídas em Estados.

A nova Lei de Introdução, LICC, constante do DL nº 4.657, de 4-9-1942, adota o sistema oposto da obrigatoriedade simultânea, que é também o do Código Civil espanhol (art. 1º); salvo disposição em contrário, a lei começa a vigorar em todo o País quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.

Tal princípio, contudo, não deve ser entendido em sentido absoluto, visto que as leis atualmente expedidas adotam sua entrada em vigor na data da respectiva publicação.

A obrigatoriedade da lei nos países estrangeiros foi reduzida a três meses, depois de sua publicação oficial (nova LICC, art. 1º, § 1º), quando antes o prazo era de quatro meses, contados depois de sua publicação na Capital federal (antiga LICC, art. 2º, parágrafo único).

Mas quando, antes da entrada em vigor da lei, ocorrer nova publicação do seu texto, com o fim de correção, o prazo da obrigatoriedade começa a correr da nova publicação (art. 1º, § 3º). As correções ao texto legislativo já em vigor são consideradas como leis novas (art. 1º, § 4º). A obrigatoriedade da lei começa pela publicação oficial, conforme a que está publicada e de acordo com a data fixada. As vezes, a lei é publicada com incorreções, erros e omissões. Então ocorrem duas hipóteses: a) quando a lei ainda não entrou em vigor, a sua obrigatoriedade só começa com a nova publicação; b) se já entrou em vigor, a correção feita é considerada lei nova para efeito de obrigatoriedade (cf. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*, São Paulo, 1979, 14ª ed., I, p. 25).

A fixação dos prazos na legislação nacional é feita segundo os critérios abaixo mencionados:

a) o dia da publicação no órgão oficial;

b) os prazos estipulados pela Lei de Introdução ao Código Civil (DL nº 4.657, de 4-9-1942);

c) o prazo fixado para o futuro.

A forma mais comum é a fixação da vigência da lei na data de sua publicação e a fórmula geralmente empregada é a seguinte:

“Esta lei (decreto-lei ou decreto) entrará em vigor na data da sua publicação.”

Esta fórmula apresenta, entretanto, uma incorreção técnica. Deve-se substituí-la pela seguinte redação:

“Esta lei (decreto-lei ou decreto) entra em vigor na data da sua publicação.”

Na corrigenda efetivada, ocorreu a substituição do tempo do verbo *entrar*, substituindo a forma *futura* pela forma *presente*. Na verdade, se o ato legislativo foi publicado, estando a data de entrada em vigor especificada *para o dia da publicação e não para o futuro*, é perfeitamente inteligível que o seu efeito é no presente e de imediato, e não para o futuro, *entra* em vigor, e não *entrará* em vigor.

Esta incorreção talvez resulte porque o Código Civil, no art. 1.806, preceitua que “entrará em vigor”, mas isto procede de que ele realmente, publicado em 1-1-1916, só deveria entrar em vigor em 1-1-1917, *um ano depois*, e não no momento de sua publicação.

No segundo caso, a entrada em vigor do ato legislativo obedece aos prazos estipulados pelo Código Civil (art. 1º, §§ 1º, 2º e 3º da nova Lei de Introdução ao Código Civil, já citado).

Antes, no tempo do Império, o problema da vigência da lei estava ora regulada pela Lei de 25-1-1749, ora pelas *Ordenações* (Livro I, Título 2º, § 10). Ver a respeito: *Ordenações e Leis do Reino de Portugal, recopiladas por mandado de El Rei D. Felipe o Primeiro* (Coimbra, 1858, 12ª edição, t. I, p. 18, § 10). Mais tarde a matéria foi regulada pelo Decreto nº 572, de 12-7-1890, pela antiga Lei de Introdução ao Código Civil (Lei nº 3.071, de 1-1-1916) e atualmente pela nova Lei de Introdução ao Código Civil (Lei nº 4.657, de 4-9-1942).

O terceiro caso ocorre quando é afixada uma determinada data futura. É como aconteceu com o Código Civil, de 1916, preceituando o seguinte:

“Art. 1.806 – O Código Civil entrará em vigor no dia 1º de janeiro de 1917.”

## 19. *Cláusula revocatória das leis*

Todas as leis apresentam as suas cláusulas revocatórias. No sentido absolutamente técnico, a palavra *revogação* é genérica, abrangendo duas

espécies ou modalidades: *revogação total* ou *ab-rogação* e *revogação parcial* ou *derrogação*.

O direito romano já distingue com precisão as palavras *ab-rogação* e *derrogação*:

“*Derogatur legi, cuum pars detrahitur; abrogatur legi cuum prorsus tollitur*” (MODESTINO, *Dig.*, L. 50, Tit. 10, Frag. 102).

“*Lex ant rogatur, id est, fertur; ant abrogatur, id est, prior lex tollitur; aut derogatur, id est, pars primae tollitur*” (Ulpiano, *Reg. Sing.*, Tit. I, § 3º).

A propósito escreve LIZ TEIXEIRA no seu *Curso de Direito Português* (Coimbra, 1856, 3 vols., 1º, p. 29):

“*Ab-rogar*, — palavra portuguesa, vem da latina *abrogare*, que tem por sinónimos, *annullare, rescindere, dissolvere, antiquare, infirmare, irritum facere*; mas que em verdade na sua significação originária exprime a idéia de tirar a força à lei, por se retirar a obrigação de a cumprir, ou de com ela nos conformarmos; e isto pela idéia, que esta palavra encerra, oposta a — *rogare* — que em relação à lei significa dar-lhe força ou autoridade para obrigar ou produzir obrigação.

Quando a República existiu entre os romanos, convocados os comícios, neles se lia o projeto, e por esta ocasião se pedia ou *rogata* à plebe, que o aprovasse, para ele produzir *obrigação*, isto é, para o projeto ser lei: daqui veio o exprimir — *rogare legem* — o completar o projeto, tornando-o obrigatório; e daqui também o contraposto — *abrogare* — para exprimir o inverso de — *rogare* — isto é, para designar a idéia de tirar a força à lei, de anular ou rescindir; pois que a idéia de lei e falta de obrigação não se casam ou harmonizam, repugnam entre si, reciprocamente se destroem. A nossa língua e a francesa accitaram da latina o som articulado — *ab-rogar* —, retendo a idéia originária de dispensar da obrigação, ou de destruir a lei: já se vê, que de — *ab-rogar* — se formou — *ab-rogação* —, que exprime a idéia de ato ou operação, que tira a força de obrigar, ou que anula, rescinde e mata a lei.

É conveniente, e até necessário, advertir que, quando uma lei é totalmente abolida, diz-se que ela foi *ab-rogada*; mas quando algumas ou uma só das suas disposições fica firme, e não se altera, diz-se que há *derrogação* nesta Lei, isto assim de — *derogare* — latino, que propriamente significa — *aliquid de lege detrahere*.”

Geralmente os nossos legisladores usam a palavra genérica *revogação*, evitando as palavras *ab-rogação* e *derrogação*.



A revogação das leis pode ser expressa ou tácita. A revogação expressa é efetivada por declaração através da existência de outra lei que tal declare expressamente. A revogação é tácita quando existe incompatibilidade entre a lei nova e a lei anterior.

Como ocorre a revogação expressa? Determinados juristas opinam que só há revogação expressa quando existe declaração expressa em declarando a norma *especificamente* quais as prescrições que inutiliza, e não apenas a utilização na forma tradicional:

“Revogam-se as disposições em contrário.”

No nosso entendimento, porém, a revogação expressa compreende não só a fórmula genérica, porém as formas específicas, que são uma das submodalidades da revogação expressa.

Assim opina BLACK:

“Express abrogation is that literally pronounced by the new law either in general terms, as when a final clause abrogates or repeals all laws contrary to the provisions of the new one, or in particular terms, as when it abrogates certain preceding laws which are named.”

A revogação expressa tem como elemento essencial uma cláusula revogatória, figurando como último artigo do corpo da lei. Ela pode ser *geral* ou *específica*.

A revogação geral ocorre quando o legislador preceitua expressamente a ab-rogação ou derrogação de todas as disposições contrárias à nova lei. A fórmula é a seguinte:

“Revogam-se as disposições em contrário.”

A revogação expressa é específica, que é a segunda submodalidade, quando menciona apenas as partes da lei ou os artigos que ficam revogados pela lei nova.

Exemplo de revogação expressa e específica:

“Fica revogada a Lei nº           , de           .”

“Ficam revogados: o art.            da Lei nº           , de           ;  
o art.            da Lei nº           , de           .”

Através da evolução da técnica de redação de leis no Brasil, diversas formas revogatórias têm sido usadas, porém desde a proclamação da República, por influência de RUI BARBOSA, adotam-se as fórmulas:

“Revogam-se as disposições em contrário”. É a mais comum.

“Ficam revogadas as disposições em contrário.”

“Revogam-se todas as disposições em contrário.”

Atualmente os atos legislativos são portadores de cláusulas revogatórias, mas muitos atos expedidos antes de 1822 omitiam referência à dita cláusula.

A cláusula revogatória deve ser inserida em um artigo diverso da cláusula de vigência, pela utilização da regra de que cada assunto deve ser tratado em cada artigo.

Contudo, tem ocorrido uma tendência, tecnicamente incorreta, de juntar em um só artigo as duas cláusulas de vigência e revogatória, da seguinte maneira:

“Este decreto-lei (lei ou decreto) entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário...”

Tecnicamente, as duas cláusulas não devem ser unificadas, mas tratadas em artigos isolados.

RUGGIERO observa que a fórmula da *revogação expressa* geral “não diz nada, é supérflua e ociosa”, pretendendo que “uma legislação mais perfeita deve especificar no possível as normas que se quer privar de eficácia com a nova disposição” (cit., p. 197).

RUI BARBOSA adotou o critério da *revogação expressa específica* e apresentou as cláusulas de vigência e de revogação em dois artigos distintos, no Código Civil, assim:

“Art. 1.806 — O Código Civil entrará em vigor no dia 1º de janeiro de 1917.

Art. 1.807 — Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes, concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código.”

A cláusula revogatória serve ainda para indicar o encerramento do texto legislativo e o último artigo.

Quando o texto da lei consta apenas de um artigo, não há necessidade de encerrá-lo com a cláusula revogatória.

## 20. *Fecho das leis*

— As leis também possuem o seu fecho. Fecho é sinônimo de remate ou conclusão. O fecho das leis no País, a partir da Independência, normalmente termina-se com referência aos acontecimentos maiores da história pátria, a Independência, o Império, ou a República.

A primeira Carta Régia tinha este fecho:

“Escrita na Bahia, aos 28 de janeiro de 1808.”

Mas com a proclamação da Independência surgem os dois nomes: Independência e Império, como aconteceu pela primeira vez tal referência no Decreto de 1º de dezembro de 1822, que criou a Imperial Ordem do Cruzeiro, com o seguinte fecho:

“Palácio do Rio de Janeiro, em 1º de dezembro de 1822,  
1º da Independência e do Império.”

Com a proclamação da República, as palavras Independência e Império são substituídas pela palavra República, como no Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, do Governo Provisório:

“Sala das Sessões do Governo Provisório, 15 de novembro  
de 1889, 1º da República.”

Depois, ainda na República, o fecho passa a ser o seguinte, mais completo, como no Decreto nº 7.461, de 1909:

“Rio de Janeiro, 22 de junho de 1909, 88º da Independência  
e 21º da República.”

A referência é feita à Independência e à República, e não ao Império.

Atualmente usa-se, como na 1ª República, o seguinte fecho das leis, tal como na Lei nº 6.899, de 8 de abril de 1981:

“Brasília, em 8 de abril de 1981; 160º da Independência  
e 93º da República.”

O fecho das Constituições é um pouco diferente, como o da Constituição de 16 de julho de 1946:

“Sala das Sessões da Assembléia Constituinte, na Cidade do  
Rio de Janeiro, aos 18 de setembro de 1946, 125º da Independência e 58º da República.”

## 21. Assinatura e referenda nas leis

— As leis são assinadas e recebem a sua referenda. O termo assinatura procede do étimo latino *signatura*, do verbo *signare*, com o significado de marcar, pôr um sinal em, indicar por um sinal traçado (v. SARAIVA, cit., p. 1.099). São palavras do mesmo teor: firma (espanhol); *Unterschrift* (alemão) *signature* (inglês); *signature* (francês); *signatura* (italiano).

Nas civilizações antigas, anéis artisticamente trabalhados serviam de sinal na autenticação dos documentos; depois aparecem os sinetes com monogramas gravados, braços, siglas, os nobres justapondo o seu sinete no fecho dos documentos. Ao fim do século XVI, surge o costume já obrigatório do uso de assinatura do próprio punho, com o nome, por extenso ou abreviado, das pessoas autorizadas, e colocado no final do ato legislativo.

Os atos legislativos pátrios, para gozarem de validade, devem ser assinados pelo Chefe de Estado.

Por sua vez, os Ministros ou Secretários de Estado referendam os atos do Chefe do Estado. Consoante PAULO LACERDA (cit., v. II, p. 272 "a referenda consiste apenas na assinatura do próprio punho e por extenso").

## 22. RUI e a técnica legislativa do Código Civil

— O Código Civil brasileiro, elaborado e discutido por longos anos, teve a sua redação aperfeiçoada por figuras de relevo de CARNEIRO RIBEIRO, EPITÁCIO PESSOA e RUI BARBOSA, principalmente este último. Demorou vários anos de tramitação nas comissões do Congresso, sobretudo no Senado. Convém assim examinar as linhas mestras de sua redação, no que concerne à técnica legislativa.

A estrutura do Código Civil (CC) está delineada com precisão e clareza.

Inicialmente ele se desdobra numa *Lei de Introdução*, que é a Lei nº 3.071, de janeiro de 1916, com 21 artigos, numa *Parte Geral* e numa *Parte Especial*, ambas as partes com 1.805 artigos, e nas *Disposições Finais*, com dois artigos (1.806 e 1.807).

Cada *Parte* subdivide-se em *Livros*, a saber: Livro I — Do Direito de Família; Livro II — Do Direito das Coisas; Livro III — Do Direito das Obrigações; Livro IV — Do Direito das Sucessões. Ao último livro seguem-se as *Disposições Finais*.

Os livros subdividem-se em *Títulos*, os *Títulos* em *Capítulos*, os *Capítulos* em *Seções*, as *Seções* em *Artigos*.

O *Artigo* é assim a unidade fundamental da lei.

É interessante assinalar que, por vezes, entre a *Seção* e o *Artigo*, RUI BARBOSA coloca as *Disposições Gerais* e as *Disposições Especiais* das *Seções*. É o que ocorre na *Seção I* do *Capítulo IV* do *Título V* do *Livro III* (art. 118) como também em outros artigos (arts. 768, 1.140, 1.222, 1.288, etc.).

O agrupamento dos artigos da lei é feito de maneira ascendente e descendente.

Na forma ascendente os artigos agrupam-se em *Seções*, estas em *Capítulos*, estes em *Títulos* e afinal em *Livros*, quando necessários em leis demasiado extensas.

Na forma descendente os artigos fragmentam-se e se dividem, desdobrados imediatamente em *parágrafos*, numerados ordinalmente até 9, e daí por diante *cardinalmente*.

RUI BARBOSA, no Código Civil, desdobra geralmente os artigos em parágrafos (§) — Os artigos da lei, quando desdobrados em parágrafos, terminam em um ponto (.). Depois da palavra “Art.,” Rui usa preferencialmente o “traço” (—), mas pode ser usado também o ponto (.).

RUI BARBOSA desdobra o parágrafo em *itens* (ex.: CC, arts. 178, 590, 816 etc.), e os *itens* em *letras* (ex.: CC, art. 178).

O senador baiano também se utiliza do traço (—) depois dos parágrafos e dos itens.

RUI BARBOSA, no Código Civil, desdobra geralmente os artigos em parágrafos, os fragmenta em itens. Aos artigos desdobrados em itens, seguem-se “dois pontos” (:). Mas cada item termina em “ponto” (.) e não em ponto e vírgula (;).

Na técnica legislativa atual o artigo é desdobrado em *itens*, e não em *parágrafos*, quando se trata de relacionar as atribuições de um órgão ou determinadas competências funcionais (CF, arts. 81 e 8º).

Depois do *parágrafo único* a técnica legislativa do CC prefere o traço (—).

Ele também utiliza o *parágrafo único* depois do item (ex.: CC, arts. 520, 521, 1.337, 1.338 etc.).

Em toda a extensão do CC, nos seus 1.807 artigos, só uma vez eventualmente são utilizados itens, depois de parágrafo único, como no art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil (Lei nº 3.071/1916). Mas Rui não emprega parágrafo único depois da enumeração de parágrafos, como é lógico e natural.

As *Disposições Finais* constituem o equivalente de idênticas disposições empregadas pelos legisladores modernos, abrangendo a cláusula de vigência e a cláusula revogatória.

### 23. *Estética do direito, estilo forense, estilo do legislador*

O direito deve ser elaborado atendendo não só à sua necessidade social e ideário de justiça, mas ainda quanto à beleza de sua redação.

É o que IHERING denominava a estética do direito, ou que os juristas romanos chamavam de *elegantia juris*, necessária à lei, segundo GAIO.

Relembra BULHÕES DE CARVALHO em seu *Código Civil Brasileiro, Trabalhos relativos à sua Discussão* (v. II, pp. 563/564):

“Não é isto de somenos importância como a muitos parece. Se a elegância, a beleza, a correção exterior, são prezadas em artefactos comuns, não podem ser desprezadas nas obras do direito.”

ULPIANO E CELSO concebiam o direito como obra de arte, e o direito romano é um modelo de beleza, correção e apuro, por isto os dois precitados jurisconsultos entendiam-no assim: *juri operam dare ars boni et aequi*.

Na antiguidade clássica, entre os gregos e romanos, os termos *stylos* (grego) e *stilus* (latino) designavam o estilete, da palavra estilete procede estilo, pois com o estilete se escrevia sobre tabuinhas revestidas e recamadas de cera. Daí a palavra estilo, como o estilo literário, o estilo forense. O estilo é o modo de escrever e de expressão peculiar a determinada pessoa, é a maneira de escrever correta e elegante.

Os legisladores têm um estilo, estruturado dentro das regras da técnica legislativa, assim como os advogados têm um estilo de escrever profissional, o *estilo forense*.

Como relembra MARCUS CLAUDIO ACQUAVIVA, “se a linguagem é a expressão do pensamento, quanto mais aprimorada for, mais será a compreensão. Escrever correto, claramente e com objetividade é um atributo indispensável”, tanto na advocacia como na redação das leis.

Na linguagem forense dos advogados e na dos legisladores, devem ser adotados períodos curtos, evitando-se trechos longos e extensos, ou mesclados de orações subordinadas, relativas, conjunções, gerando obscuridade. Tal linguagem exige clareza, concisão, limpidez, precisão, complementada pelo espírito lógico e do bom senso.

O modelo do Código Civil é, neste particular, muito inspirador, espelhando uma linguagem própria de um monumento jurídico e literário. STENDHAL dizia que aprimorou e afinou as cordas do seu estilo lendo o Código Civil francês (de 1804), o chamado Código napoleônico.

Como as Faculdades de Direito no País não têm cátedras especiais para o ensino da arte de redigir as leis, é preciso aprender a emprestar força, harmonia e nobreza às leis, pois a língua das leis tem também os seus clássicos, estetas e artistas, como todas as manifestações de espírito humano.

# Os serviços públicos no Estado moderno

ARNOLDO WALD

Professor da Faculdade de Direito da  
Universidade do Rio de Janeiro

## I. Introdução

Do mesmo modo que não podemos iniciar o estudo do direito civil sem preliminarmente definir, como o faz o nosso Código Civil, a pessoa — sujeito de direitos e obrigações —, o fato jurídico, criador da relação jurídica, e os bens, sobre os quais recaem os direitos, não há estudo de direito administrativo que dispense a análise e a conceituação clara e nítida da noção de serviço público.

Todos os autores especializados, todos os tratados sobre a matéria, até os próprios cursos e manuais, já se referem longamente ao serviço público quando delinham o âmbito do direito administrativo.

Doutrinadores há mesmo que se esforçam a reduzir o direito administrativo ao conjunto de normas jurídicas regulamentares dos serviços públicos. Tal é a idéia-força que domina as obras de LÉON DUGUIT e de GASTON JÉZE, inspirando a chamada **escola do serviço público**. Para o antigo deão da Faculdade de Direito de Bordéus, a teoria do serviço público substituiu, na história do direito, o dogma da soberania nacional. O Estado não é, pensa DUGUIT, um ente soberano; é apenas um conjunto de serviços públicos.

A noção fecunda assim lançada no direito administrativo, que, já, com a doutrina de DUGUIT, veio a transformar o direito constitucional, foi levada até o campo do direito internacional público por GEORGES SCELLE, aludindo o professor da Faculdade de Direito de Paris aos serviços públicos internacionais<sup>(1)</sup>.

(1) GEORGES SCELLE, *Cours de Droit International Public*, 1948, pp. 557 e seguintes.

Vemos, pois, a extensão e a hipertrofia sofridas pela noção de serviço público, que deixou de ser um conceito técnico para se ampliar e, com esta ampliação, adquirir um sentido vago e quase metafísico.

Talvez nos seja lícito dizer que o serviço público é um conceito que entrou na moda, porque não existe apenas a moda no tocante à vestimenta feminina, há também uma moda literária, científica, filosófica, jurídica. Já tivemos o ensejo de apontar o conhecimento das ciências físicas como moda nos meios literários do século XVIII<sup>(2)</sup>. Estiveram na moda o super-homem de Nietzsche, a intuição bergsoniana, a libido freudiana, o existencialismo de Sartre. Em direito, temos agora a moda da evolução do direito e do direito social. De fato, a moda é um fenômeno de psicologia coletiva, de imitação que se dá em certo meio. E as esferas jurídicas não estão isentas desta coação do meio social. Mas a moda é condicionada por certas constantes. A moda feminina varia com a mudança das estações, com a transformação da moral e dos costumes. A moda jurídica também está ligada à evolução da sociedade. aos dados do direito positivo. A grande polêmica entre THIBAUT e SAVIGNY sobre a codificação, nos meados do século passado, explica-se pela febre codificadora que seguiu a elaboração do Código Napoleão. Os numerosos trabalhos que surgiram no Brasil sobre o **habeas corpus** e a posse de direitos pessoais, inclusive as maravilhosas teses de RUI, foram devidos à extensão desses conceitos, por falta de um instrumento processual adequado para proteger os direitos certos e líquidos que não se referissem nem à liberdade de locomoção nem à posse, instrumento este que foi criado com o mandado de segurança. A moda do serviço público justifica-se pela crescente intervenção estatal, que alargou o campo das atividades do Estado, trazendo como resultado a considerável ampliação do conceito do serviço público.

Mas, toda moda científica ou jurídica vem dificultar o trabalho do técnico. Era difícil definir o bergsonismo freqüentando os meios mundanos que assistiam aos cursos de BERGSON no Colégio de França. É o que diziam os Tharaud: "chez Péguy, chez M. Sorel, chez Maritain et tant d'autres, cet enseignement produisait de formidables explosions dont les mondaines qui étaient là ne percevaient aucun bruit et dont j'entendais les échos repercuter à l'infini aux Cahiers de la Quinzaine". É preciso, pois, que o jurista desconfie da moda para voltar ao trabalho sério e ver a estrutura real do instituto, a sua verdadeira conceituação técnica, ambas nubladas pela discussão e pela incompreensão dos leigos. Deve apontar os excessos, repelir as metafísicas e construir, assim, dogmaticamente o conceito jurídico, atendendo à sua evolução histórica, aos elementos técnicos e às necessidades sociais.

(2) ARNOLDO WALD, "Racionalismo e ciências físicas", artigo publicado no Suplemento Literário do Correio da Manhã, em 9 de julho de 1950.



## II. Aspecto histórico do serviço público

O serviço público tem um conceito essencial e eminentemente histórico. Varia com as sociedades e as épocas, as tendências sociais ou individualistas. Depende da vida econômica e da sua superestrutura cultural e especialmente moral e filosófica.

O conceito de serviço público não pode ser, de modo algum, absoluto e invariável. Transforma-se com a história, com as diferentes concepções de vida que dominam momentos históricos diversos.

Esta idéia é brilhantemente resumida por FRANCISCO CAMPOS, quando escreve:

“O caráter público de um serviço é de ordem histórica, variando com as concepções dominantes, o estado de cultura, a atmosfera espiritual ou econômica em que vive cada geração” (3).

O que poderíamos chamar de serviços públicos na Grécia não são os serviços considerados públicos na Idade Média; a concepção fisiocrática dos serviços públicos não é aquela do mundo hodierno. As condições econômicas, as posições respectivas no conflito entre o homem e o Estado, referido por SPENCER, fazem com que se tornem público um número maior ou menor de serviços, aumentando ou diminuindo a intervenção do Estado na vida social.

Este relativismo histórico do conceito de serviço público é reconhecido por todos os autores. De fato, o serviço público não se define nem pelo seu objeto, nem pela sua natureza. É serviço público, diz DUGUIT, toda atividade que deve ser regulamentada, assegurada e controlada pelos governantes no interesse da coletividade, ou seja, para o desenvolvimento da solidariedade social. Ora, os serviços criados no interesse coletivo são aqueles que vêm prover às necessidades sociais que são as mais variáveis; as funções do Estado variam e se desenvolvem com o desenrolar da história. À medida que a civilização progride, as necessidades sociais aumentam, exigindo sempre maior aparelhamento técnico e maiores capitais, criando para os serviços, que as querem satisfazer, responsabilidades mais amplas. A iniciativa particular, por si só, dificilmente comporta tais capitais e tais riscos, tornando-se necessária a intervenção estatal para satisfazer as necessidades coletivas (4).

(3) FRANCISCO CAMPOS, *Direito Administrativo*, Imprensa Nacional, 1943, p. 268.

(4) Sobre o relativismo do conceito de serviço público, consulte-se LÉON DUGUIT, *Les Transformations du Droit Public*, p. 47. Do mesmo autor: *Manuel de Droit Constitutionnel*, 4.<sup>a</sup> edição pp. 72 a 75; *Leçons de Droit Public Général*, 1926, pp. 150-152 e *Traité de Droit Constitutionnel*, 2.<sup>a</sup> ed., 2.<sup>o</sup> vol., p. 55. No mesmo sentido, manifestam-se RIPERT, *Le Déclin du Droit*, p. 199 e THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, 1943, vol. IV, pp. 8-9.

Diz VITTI DE MARCO que as necessidades coletivas nascem do contraste entre interesses antagônicos entre os grupos componentes da coletividade nacional, intervindo o Estado, através dos serviços públicos, para dirimir estes conflitos. Mas os conflitos variam com as épocas. Por longo tempo, o Estado conseguiu regular a existência destas atividades contrárias com os serviços públicos de defesa da coletividade, de polícia e de justiça. Mas, a partir do século passado, teve o Estado que intervir nos conflitos econômicos, criando novos serviços com a previdência social por exemplo.

Assim, a noção de serviço público há de ser essencialmente evolutiva, condicionada pela época e pelo meio social. Para esclarecer esta idéia, e como todo instituto só pode ser compreendido pelo estudo da sua própria história, procuramos fixar o conceito de serviço público nos quadros do mundo liberal e individualista, para, a seguir, indicar as tendências sociais da nossa época e a repercussão que têm sobre os serviços públicos.

### III. O serviço público na ideologia liberal

A ideologia liberal do século XVIII apegou-se ao indivíduo, firmando os seus direitos naturais. Como os sofistas gregos, que consideravam o homem como medida de todas as coisas, ROUSSEAU definiu a sociedade como um agregado de indivíduos reunidos consciente e voluntariamente por um contrato social. Transformando-se a palavra aristotélica, era afirmada a precedência das partes sobre o todo. Iniciava-se o reinado do indivíduo num mundo mercantilista, mecanicista e liberal.

Escreve DUNNING, professor da Columbia University, retratando essa época:

"Individualism came into the foreground. The same nature that ascribed supreme power to the people as an aggregate was found to have set limits to that power in reference to the people as individuals. A sphere was conceived wherein no authority external to the individual could intrude. This theory of natural rights was by some thinkers expanded to its limit; the sphere free from intrusion was made to include the whole field of action, and authority over rational man was denied as irrational" (5).

Os fisiocratas aderiram à teoria individualista, considerando que a intervenção estatal devia se limitar ao mínimo necessário e indispensável. As atribuições do Estado foram por eles definidas num

(5) WILLIAM ARCHIBALD DUNNING, *A History of Political Theories from Rousseau to Spencer*, 1920, p. 421. Veja-se também GEORGES SOREL, *Les Illusions du Progrès*, 5.ª ed., 1947, pp. 108-120 e ARNODO WALD, "O contrato social", in *A Época*, n.º 193.

sentido negativo. J. B. SAY, por exemplo, definiu como governo ideal aquele que não custa muito e atua pouco.

Para a escola liberal, era a iniciativa individual o grande móvel da evolução social e do progresso. O Estado tinha mera função de proteção a esta iniciativa privada. Era o momento da reação do mercantilismo contra as corporações e a regulamentação da Idade Média. A Enciclopédia e o racionalismo do século XVIII saudavam a liberdade, a mais plena em todos os seus aspectos: político, econômico, religioso. A intervenção estatal vinha ferir a ordem natural das coisas, pensavam os autores daquela época. CHARLES GIDE, refletindo a tendência liberal, escreve:

“O papel do legislador, que quiser assegurar a ordem social e o progresso, se limita, pois, a desenvolver tanto quanto possível as iniciativas individuais, a afastar tudo quanto as possa embaraçar, a impedir somente que se prejudiquem uma às outras; e, por conseguinte, a intervenção da autoridade deve reduzir-se ao mínimo indispensável à segurança de todos, em uma palavra, a deixar agir”<sup>(6)</sup>.

Natural é o sentido restrito que tiveram os serviços públicos naquela época, limitando-se a ter a função de defesa nacional, de policiamento e de justiça.

Mas a história do mundo poder-se-ia resumir numa oscilação perpétua entre idéias sociais e tendências individualistas, entre ARISTÓTELES e os sofistas, entre MONTESQUIEU e ROUSSEAU. Assim, breve seria olvidado o individualismo, abandonado o liberalismo. A iniciativa privada não conseguia atender às necessidades sociais. No domínio dos correios e das comunicações em geral a intervenção estatal era exigida. Basta dizer que, na Inglaterra por exemplo, numerosas regiões da Irlanda e da Escócia ficaram desprovidas de vias férreas, porque a criação destas não remuneraria as companhias<sup>(7)</sup>.

Na realidade, preparava-se um novo momento social que ia levar os serviços públicos ao apogeu.

#### IV. O estadismo crescente e a transformação dos serviços públicos

Com a reação conservadora que seguiu à Revolução francesa, consolidou-se a posição do Estado onipotente, passando a intervir os órgãos estatais, desde os meados do século passado, na vida social e econômica do país.

Este fenômeno histórico do estadismo crescente já se tornou lugar comum, dando margem a ampla bibliografia que já exauriu o assunto.

(6) C. GIDE, *Compendio d'Economia Politica*, p. 22.

(7) A. G. WOLFE, *The Nationalization of the Railway System*.

Em entrevista à imprensa, declarava ANDRÉ SIEGFRIED que o maior perigo que nos ameaça é o Estado, lembrando, a seguir, que é preciso equilibrar o individualismo com o estatismo, antes que seja tarde (8).

Um dia depois da publicação das palavras de SIEGFRIED, o Professor ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, na aula inaugural dos cursos da Universidade do Brasil, aludida ao Estado "a quem tudo se pede e de quem tudo se exige".

As funções do Estado se multiplicaram. Deixou de ser o **Estado-policia** para se tornar no Estado protetor dos fracos, fiscalizador das condições de trabalho, fixador dos preços, no Estado armador, comerciante, industrial. Numerosas novas funções públicas foram criadas. O Estado veio a ser um educador, encarregou-se da previdência social, passou a cuidar das condições de saúde dos seus cidadãos.

Abandonada a livre-concorrência, transformou-se a economia de competição numa economia de colaboração dirigida pelos órgãos estatais. Novos serviços públicos foram criados para o controle desta economia de colaboração. Numerosas empresas públicas surgiram substituindo as sociedades comerciais (9).

Assim, em todos os países, os serviços públicos aumentaram enquanto se desdobravam as funções do Estado. Já em 1882, numa visão profética, LAVELEYE indicava a estrutura industrial do Estado moderno, indicando os imensos poderes do governo:

"Em França, os ministros dispõem, antes de tudo, da soma de três mil milhões, maior do que a renda cadastral das terras. Além disso, fiscalizam o orçamento das comunas, dos departamentos e das instituições de beneficência, que se elevam ainda a nada menos de mil milhões. Mantêm, regulamentam e inspecionam as escolas públicas de toda espécie e de todos os graus; nomeiam os bispos e pagam, com uma das mãos, os ministros dos cultos e, com a outra, as dançarinas seminuas que exibem suas graças na ópera; custeiam os institutos, as academias, os observatórios etc.; determinam em quantos hectares se plantará fumo, quantas plantas terá cada hectare e quantas folhas cada planta, nomeando inspetores especiais encarregados de contar tudo; transportam as cartas, os telegramas, os jornais, o que exige ainda uma legião de empregados, constroem estradas de rodagem e estradas de ferro, pontes e canais; exploram as florestas do domínio público, replantam as regiões altas e superintendem as terras arborizadas, pertencentes a particulares; fazem porcelana em Sèvres e tapetes nos Gobelins;

(8) In *Diário de Notícias*, de 2-3-52, suplemento literário, p. 1.

(9) VENDERVELDE, *O Socialismo e a Evolução Industrial*, pp. 112 e seguintes.

por meio dos direitos de alfândega, outro direito de entrada e prêmios às indústrias favorecidas, determinam a divisão do trabalho em todos os ramos da produção" (10).

Se quiséssemos fazer hoje a lista das atividades do Estado, poderíamos dedicar ao assunto alguns volumes. Efetivamente, está ultrapassada a fase descrita por LAVELEYE. Novas funções passou a ter o Estado. Licencia importações e censura livros, regulamenta a velocidade de automóveis e fomenta a imigração, é acionista de bancos e de companhias industriais e obriga os contribuintes a pagarem certas taxas em benefício de centros de ensino industrial. O Estado é pesquisador, industrial, comerciante e banqueiro (11).

Há uma hipertrofia do Estado cuja melhor prova é o aumento astronômico das despesas públicas.

Efetivamente, o Estado tem hoje funções econômicas e sociais de primordial importância. Se a intervenção social do Estado data do século passado, a sua intervenção econômica se fez sentir já na Primeira Guerra Mundial e, mais particularmente, depois da crise de 1929, quando passaram os países a lutar pela auto-suficiência econômica.

A noção de economia nacional passou a ter duas interpretações: uma nacionalista e a outra internacionalista. A primeira foi dada por LIST no seu livro *Das National System des Politischen Ökonomie*, apontando o economista alemão a economia nacional como sustentáculo do poder político e das aspirações imperialistas. Coube ao professor de Nancy, LUCIEN BROCARD nos seus *Principes d'Économie Nationale et Internationale* considerar a economia nacional como um elemento para a realização da solidariedade internacional, já que as diversas economias nacionais completam-se reciprocamente.

Na prática, todavia, viu-se vitoriosa até a última guerra mundial a concepção germânica defendida por FREDERICO LIST. Para evitar o bloqueio, em caso de guerra, para suprir a falta de divisas estrangeiras, para dar trabalho a um número sempre maior de desempregados, diversos países adotaram uma economia fechada. Tivemos, desde 1934, na Alemanha, o controle do comércio exterior e do câmbio. Surgiu a política econômica do *clearing*, ou seja, da compensação de importações e exportações para determinado país. Criaram-se os sucedâneos sintéticos, os *ersatz*, o petróleo e a borracha sintética, a lanital e a *Zellvolle* (lã artificial com base em caseína-lanital — e em celulose-zellvolle). Assistimos à elaboração de uma economia de guerra, de uma *Kriegswirtschaftspolitik*. Os preços começaram a ser

(10) LAVELEYE in *Revue des Deux Mondes* — 15 de dezembro de 1882. Sobre o mesmo tema THEMISTOCLES CAVALCANTI, *op. cit.*, IV vol. p. 26; DUGUIT, *Leçons de Droit Public Général*, p. 153; ARNOLDO WALD, "A evolução do direito", in *Revista do Serviço Público*, dezembro de 1951, p. 14.

(11) MICHEL VASSEUR, *L'État Banquier d'Affaires*, Paris.

fiscalizados pelas **Preisprüfungsstellen**, ancestral da nossa C. I. P. Já em 1915, constituía-se, na Alemanha, o monopólio das importações que era dado a uma sociedade de economia mista, a Z. E. G. (**Zentraleinkaufsgesellschaft**), enquanto as sociedades de guerra (**Kriegsgesellschaften**) intervinham na produção, tornando-se, breve, organismos diretores da economia nacional. O Estado veio a dirigir a moeda e a fazer sentir a sua influência na vida bancária, evitando numerosas falências cujos resultados seriam desastrosos para a nação. Os governos combateram a superprodução com a técnica da armazenagem e do bloqueio, da proibição de novas plantações. No Canadá, o Estado interveio na produção do trigo. O **Farm Board** procurou condicionar a produção do trigo e do algodão nos Estados Unidos, reduzindo-a às reais necessidades. No Brasil tivemos a famigerada destruição de 60 milhões de sacas de café para obter a revalorização deste produto. Na França, foi regulamentada a produção de trigo e de vinho. Vastos planos de trabalhos públicos foram organizados, tanto na América do Norte, como na Alemanha, na França e na Inglaterra para combater a falta de trabalho, o **unemployment**. Diversas experiências de deflação econômica com uma política de luta contra os preços foram feitas, seja com o Chanceler Bruning na Alemanha, seja com Laval, na França. Assistimos, também, à direção do crédito com a **open market policy**. O Estado regulamentou o próprio consumo. Toda a economia veio a sofrer a fiscalização estatal (12).

Se estudarmos o caso da França, por exemplo, veremos como se ampliaram os serviços públicos paralelamente às novas funções que o Estado aceitou. Sentimos a intervenção estatal na família, na previdência social, na radiodifusão, na televisão. Há intervenção sanitária e intervenção fiscal. Os bancos mais importantes, as grandes companhias de seguro, os meios de transportes são nacionalizados. E o caso da França, que foi estudado, mais minuciosamente, por RIPERT e SAVATIER, nos seus magníficos trabalhos, é sintomático. Mais recentemente, com o Governo socialista, todos os bancos e as grandes empresas foram nacionalizados. O mesmo se dá em vários países da Europa e, em escala menor, nos Estados americanos.

Efetivamente, o Estado passou a proteger a família, introduzindo para este fim especial artigo nas Constituições (13). O legislador interveio para limitar o pátrio poder.

O seguro contra acidente de trabalho se tornou obrigatório. Numerosos organismos paraestatais de previdência social são criados.

(12) HENRY LAUFENBURGER, *La Intervención del Estado en la Vida Económica*, passim; L. MISES, *Kritik des Interventionismus*; ROWE, *Markets and Men*; L. R. FRANCK, *L'Expérience Roosevelt*, etc.

(13) Artigo 175 da Constituição federal vigente. Cf. MIRKINE GUETZEVITCH, *Modernas Tendências del Derecho Constitucional*, tradução de Sabino Gendim, Madrid, 1934, pp. 88 e seguintes.

Estabeleceu-se a nacionalização e o monopólio estatal do seguro contra acidentes de trabalho (14).

A intervenção sanitária se manifesta pela fiscalização das condições de trabalho. Outrossim, o segredo profissional sofreu sérias limitações, ficando obrigado o médico a declarar imediatamente aos serviços sanitários os casos de certas moléstias infecto-contagiosas como a lepra por exemplo (15).

A intervenção fiscal afirmou-se com os impostos de solteiro existentes na Itália, com a exigência do depósito nos cofres públicos das moedas de ouro, com os empréstimos compulsórios. No Brasil, vimos o artigo 17 do Código Comercial que protegia os livros do comerciante contra a indiscrição dos agentes do Fisco revogado sucessivamente para os efeitos de fiscalização dos vários impostos desde 1938 (16).

No campo cultural, o Estado operou por meio de censura: censura de livros e revistas, de jornais, do cinema, do teatro. As emissoras de rádio e televisão foram nacionalizadas ou constituem concessões feitas pelo Estado a particulares.

No domínio dos seguros, lembremos que os contratos-tipos devem ser aprovados pelo Estado, que também fiscaliza as seguradoras.

As nacionalizações se sucederam. Na França, houve o caso das minas de carvão do Norte e do Pas-de-Calais, das empresas de gás e eletricidade, do **Banco de França**, do **Banco de Argélia**, do **Crédit Lyonnais** e outros estabelecimentos bancários, das usinas Renault, da **Société des Moteurs Gnome et Rhône**, da **Air France** e das empresas proprietárias de jornais que tinham sido editados durante a guerra (17).

O Estado veio a ser acionista nas sociedades de economia mista. Na França, vimo-lo participar na Sociedade para a nevegação do Reno e na Companhia dos Serviços Contratuais das Messageries Maritimes (18). Ao mesmo tempo, criou organismos fiscalizadores das atividades bancárias, seja comissões de controle dos bancos, seja conselhos nacionais de crédito (19). No Brasil, o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) passaram a regulamentar o mercado financeiro e de capitais (20).

(14) ALUÍSIO ALVES, *Acidentes de Trabalho*, separata publicada pelo DASP, em 1949.

(15) A ressalva da justa causa no art. 154 do Código Penal.

(16) Decreto-Lei 385 de 2-4-1938, artigo único; art. 140, § 1.º, do Decreto-Lei 4.178, de 13-5-1942, e art. 58 do Decreto-Lei n.º 4.655 de 3-9-1942.

(17) RIPERT, *Le Déclin du Droit*, p. 200. Do mesmo autor, *Les Aspects Juridiques du Capitalisme*, p. 318.

(18) RIPERT, *Le Régime Démocratique et le Droit Civil Moderne*, 1948, p. 246. Do mesmo autor: *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, 1951, pp. 587-591.

(19) RIPERT, *Traité*, pp. 772-773.

(20) GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL, *Teoria Geral do Direito Econômico*. S. Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.

Por motivos de ordem econômica e causas sociais, o Estado transformou-se em industrial. No Brasil, tivemos o Estado industrial explorando a siderurgia, encarregando-se dos transportes marítimos (Lloyd Brasileiro) e terrestres (Rede Ferroviária Central do Brasil). “Na França, para os grandes monopólios fiscais do fumo, dos fósforos, da pólvora e do correio, o Estado tem algumas indústrias de pouca importância — porcelanas de Sèvres, tapetes de Gobelins, gravuras do Louvre, imprensa nacional, estabelecimentos termais nas cidades de banhos, etc. Entre os cartazes das estações de Paris lê-se: **Pastilles-Vichy-État**. Eis o Estado farmacêutico” (21).

Deixando de lado a Inglaterra que sofreu o influxo socialista na época do Governo trabalhista, vamos encontrar a mesma hipertrofia do Estado na terra: por excelência do liberalismo, na América do Norte.

Basta compulsarmos um livro de direito constitucional americano para logo sentirmos a extensão dos serviços públicos existentes nos Estados Unidos.

O Estado federal ampliou as suas atividades como o denota uma vista de olhos na bibliografia das últimas décadas. C. B. SWISHER refere-se num livro publicado em Chicago, em 1946, a **The Growth of Constitutional Power**; um ano antes, M. J. PUSEY escrevera um trabalho intitulado **Big Government-Can We Control It?** e P. H. AP-**PLEBEY** denominou, seu livro simplesmente **Big Democracy**, sendo que na palavra de OGG e RAY “the country’s **big government** of which we hear much, pro and con, is primarily **big administration**” (22).

Vamos encontrar nos Estados Unidos, as sociedades de economia mista cuja existência já assinalamos na Europa e que estão a dominar o nosso mercado com a Companhia Vale do Rio Doce, a Petrobrás, a Eletrobrás, o Banco do Brasil etc. . . . As **government corporations** que correspondem às nossas sociedades de economia mista são regulamentadas pelo **Government Corporation Control Act** de 1945. Entre as principais sociedades de economia mista citemos a **Reconstruction Finance Corporation**, a **Federal Deposit Insurance Corporation**, a **Tennessee Valley Authority**, entre numerosas outras companhias do mesmo gênero.

As comissões e os departamentos independentes se desenvolveram em particular com o advento da política de Roosevelt. Embora já na época da Primeira Guerra Mundial tivéssemos assistido à criação da **Federal Trade Commission** e da **United States Tariff Commission**, foi com o **New Deal** que Washington se transformou, na palavra de um comentarista, num labirinto de novos estabelecimentos, denomina-

(21) C. GIDE, *op. cit.*, p. 175, nota 2.

(22) OGG and RAY, *Introduction to American Government*, 9.ª edição, p. 467.



dos pelas respectivas letras iniciais do nome e que estavam mais ou menos frouxamente ligados a um ministério, sendo a maioria desses serviços independentes (23).

Os **Anti-Trust Acts** constituem um dos aspectos mais importantes da intervenção estatal na vida econômica norte-americana. O **Sherman Act** de 1890 visava proteger os consumidores contra monopólios comerciais. Os primeiros casos a se apresentarem foram os da **Standard Oil**, do **Sugar Trust** e da **Northern Securities**, tendo a Suprema Corte feito diversas distinções a fim de suavizar a lei. Fez uma discriminação entre monopólios de produção e de comércio, vindo posteriormente a elaborar a **rule of reason** pela qual diferenciava as combinações que apenas criavam restrições razoáveis ao comércio interestadual ou internacional daquelas que entravavam irrazoavelmente estes comércios, só considerando ilegais as segundas (24).

Não obstante o **Clayton Act** de 1914, destinado a esmagar os **trusts** e inspirado por Wilson, a Suprema Corte firmou, seis anos depois, no caso da **United States Steel Corporation**, uma jurisprudência ainda mais liberal e benévola em relação aos **trusts**, declarando que não bastava a má intenção inicial para provocar a dissolução judicial da empresa. Era preciso que o intento de restringir a liberdade de comércio se tivesse realizado (25).

Suspensas as leis contra os **trusts** pelo **National Recovery Act** de 1933, reiniciou-se a campanha contra os monopólios com a nomeação em 1938 de THURMAN W. ARNOLD, professor da Universidade de Yale, para a chefia da divisão encarregada de impedir a constituição de **trusts** e filiada ao Ministério da Justiça. THURMAN W. ARNOLD e seu sucessor, WENDELL BERGE, foram ambos grandes lutadores, **trust-busters**, que combateram com fervor os **bottlenecks of business**. Basta lembrar que nos trinta últimos anos numerosos processos com base no **Anti-Trust Act** foram movidos contra a **Associated Press**, a **Pullman Car Company**, a **Aluminum Company of America**, a **General Electric**, a **Investment Bankers Association of America** e centenas de outras empresas comerciais e industriais.

A Suprema Corte, por certo tempo, nos anos de 1935-36, tentou defender os direitos individuais contra a política do **New Deal**. Considerou inconstitucionais o **National Industrial Recovery Act** e o primeiro **Agricultural Adjustment Act**. Mas, breve, a oposição dos tribunais à política intervencionista e social de Roosevelt foi vencida. Os **Justices**,

(23) Cf. HERRING, *Federal Commissioners; a Study of their careers and qualifications*. No mesmo sentido, R. E. CUSHMAN, *The Independent Regulatory Commissions*; ANDERSON Jr., *Federal and State Control of Banking*; WARBURG, *The Federal Reserve System; its Origin and Growth*.

(24) OGG & RAY, *op. cit.*, p. 650. LAMBERT, *Le Gouvernement des Juges et la Lutte contre la Législation Sociale aux États Unis*, 1921, p. 140. ALBERT M. RALES, "Good and bad trusts" in *Harvard L. R.* 30.871.

(25) OGG & RAY, *ibid.* LAMBERT, *ibid.*; E. LAMBERT et. J. R. XIRAU, *L'Ancêtre Américain du Droit Comparé*, 1947, p. 289.

membros da Suprema Corte, passaram a olhar mais tolerantemente para a expansão do Executivo e a delegação dos poderes legislativos ao Presidente da República. Ao livro de LAMBERT, que analisava profundamente o governo dos juizes, já responde ROGER PINTO com os seus trabalhos sobre **Les juges qui ne gouvernent pas** e **La fin du gouvernement des juges**. Efetivamente, quando após a 2ª Guerra Mundial, o Presidente Truman, diante da ameaça de uma greve na indústria do aço, decidiu intervir encampando os altos fornos e fundições do país, os proprietários destas fábricas apelaram para a justiça, declarando o Tribunal Federal, presidido pelo Juiz Alexander Holtzchoff, perfeitamente legais as medidas tomadas pelo governo.

Ao lado das normas gerais como os **Anti-Trust Acts**, há uma legislação especial que se constituiu destinando-se a determinados ramos da vida econômica do país. Neste sentido, podemos citar o **National Industrial Recovery Act** de 1933, o **Securities Act** do mesmo ano, o **Securities Exchange Act** de 1934, o **Public Utility Holding Company Act** e o **Federal Power Act** de 1935 e o **Commodities Exchange Act**, de 1936. O primeiro destes atos, que é o mais conhecido, visou a combater a concorrência desleal e o desemprego, controlando a atividade bancária e a especulação de bolsa e amparando a agricultura. As diversas leis sobre **securities** visam à proteção e à informação dos compradores dos títulos quanto ao valor destes. As outras medidas legislativas se referem à fiscalização das **holdings** e ao controle das especulações sobre produtos agrícolas.

Durante a Segunda Guerra Mundial, medidas drásticas de intervenção do Estado na vida econômica do país foram tomadas. Criado o **Office of Price Stabilization and Civilian Supply**, os preços foram congelados em maio de 1942, na base dos preços do mês de março do mesmo ano. A indústria automobilística e as fábricas de rádio foram transformadas a fim de servirem à produção bélica. E diversas outras reformas foram feitas no mesmo sentido.

Numerosas instituições bancárias paraestatais norte-americanas mereceriam um estudo mais profundo. Tal é o caso, por exemplo, do **Federal Reserve System**, que opera simultaneamente como banco de depósito, câmara de compensação e freio à especulação descontrolada. Outras instituições de grande importância são: a **Federal Deposit Insurance Corporation**, sociedade de economia mista, que assegura parcialmente os depósitos bancários em caso de falência de banco, realizando assim, no campo bancário, função análoga ao do nosso Instituto de Resseguros quanto às companhias de seguro e diversos estabelecimentos de crédito como a **Federal Housing Administration**, a **Reconstruction Finance Corporation**, organizada a pedido de Hoover depois da crise de 1930, a **Farm Credit Administration**, a **Home Owners Loan Corporation**.

Especial estudo também mereceria a magna experiência da Tennessee Valley Authority (TVA) que constitui na realidade **the keystone**

of the new deal arch e que constitui um empreendimento pioneiro parecido com o que fizemos em Carajás. Tanto pareceu vitorioso o empreendimento da TVA que não hesitou Roosevelt em recomendar, em setembro de 1944, a criação de um regime análogo para a Missouri Valley. E em 1946 "no fewer than ten bills were before Congress proposing valley authorities for different areas of the country although none became law" (26).

Já vimos, pois, a que ponto chegou a intervenção estatal nos Estados Unidos. Verdade é que, algumas vezes, a justiça se insurgiu contra as medidas governamentais não as homologando. Recorreu então o governo a meios mais pragmáticos. Assim, conta-nos HERBERT LEVY que, tendo o governo fixado um limite máximo de 50.000 dólares por ano para a distribuição de lucros das estradas de ferro a cada um dos diretores, devendo ficar o restante disponível para eventual indenização dos ferroviários que fossem dispensados por falta de serviço, o diretor de uma das companhias, julgando a exigência ilegal, retirou com sua cota de lucros 100.000 dólares. Nenhuma medida judiciária pode tomar o governo já que os tribunais consideravam inconstitucional a norma legal limitativa das retiradas. Aconteceu, todavia, que pouco tempo depois a companhia em questão teve um empréstimo de um milhão de dólares a vencer-se num dos bancos filiados ao **Federal Reserve Bank**. Por intervenção do governo foi-lhe negada a reforma mesmo parcial do empréstimo e não podendo cobri-lo, o diretor da companhia viu-se obrigado a restituir os 50.000 dólares retirados em excesso, dando-se logo depois a reforma de vencimento da obrigação (27). Assim, o governo sempre conseguiu satisfazer os seus intentos.

A regulamentação excessiva e a legislação minuciosa também são encontradas nos Estados Unidos. Se RIPERT ironiza a lei francesa por dar-nos lições de coisa e fazer a educação culinária dos seus leitores, pois distingue entre tipos de azeites, de queijos e vinhos, catalogando-os e caracterizando-os (28), poderemos também criticar a lei americana nas mesmas bases. HERBERT HOOVER apontou por diversas vezes a desorganização existente na administração, já que havia, em alguns casos, cerca de quarenta seções em departamentos diferentes, tendo funções idênticas. Disse em certa ocasião o antigo Presidente da República que os ursos escuros (*ursus arctos*) estavam sob a jurisdição do Ministério da Agricultura, os ursos cinzentos (*ursus horribilis*) sob a guarda do Ministério da Fazenda e os ursos brancos (*ursus maritimus*) sob a proteção da Secretaria do Comércio.

Em resumo, tanto na Europa, como na América, assistimos a um desenvolvimento fabuloso da atividade estatal, a uma ampliação considerável dos serviços públicos.

(26) OGG & RAY, op. cit., p. 707 — D. Llionthal *TVA-Democracy on the March*.

(27) HERBERT LEVY, *Problemas da Economia Brasileira*, 1934, p. 180.

(28) RIPERT, *Le Déclin du Droit*, pp. 67-79.

Se, de passagem, pensamos na intervenção do Estado na sociedade brasileira, havemos de nos lembrar da existência de uma série de serviços industriais do Estado, de autarquias administrativas (Instituto do Açúcar e do Alcool, IBC, INAMPS etc., Instituto de Resseguros do Brasil, Banco Central do Brasil), de sociedades de economia mista e empresas públicas (Banco do Brasil, Companhia do Vale do Rio Doce, Eletrobrás, Petrobrás, Telebrás etc.), de organismos e comissões especiais que atestam a limitação da iniciativa privada pelos órgãos estatais e o aumento dos serviços públicos. Destas entidades faremos um estudo detalhado em trabalhos futuros. Agora, apenas queremos fixar o panorama geral da transformação dos serviços públicos, as linhas mestras da evolução do Estado.

Na realidade, em todo o mundo, como o escreveu SIDNEY WEBB “o edil individualista anda no calçamento municipal alumiado pelo gás municipal e varrido pelas vassouras municipais com água municipal. Vendo no relógio municipal do mercado municipal que é muito cedo para ir ao encontro dos filhos ao voltarem da escola municipal, situada ao lado do asilo dos alienados do condado e do hospital municipal, servir-se-á do telégrafo nacional para dizer-lhes que não venham pelo parque municipal mas tomem o **tramway** municipal para com ele se encontrarem na sala municipal de leitura, contígua à biblioteca municipal e ao museu municipal, onde deseja consultar certas publicações nacionais por motivo do próximo discurso que pretende pronunciar na sala municipal do conselho acerca do serviço de canalização e para aumentar a fiscalização do governo sobre as estradas de ferro”.

Vivemos numa sociedade em que a iniciativa e a sua consequência lógica, que é a responsabilidade, foram banidas, sendo substituídas pela obediência que exime o indivíduo dos riscos criados pela sua atividade. É o século do desaparecimento dos patrões, dos grandes industriais, dos **brasseurs d'affaires** que tiveram os seus lugares tomados pelos funcionários, pelos burocratas, pelos **rends-de-cuir**, que não correm riscos e não são responsáveis e querem controlar, vigiar, fiscalizar todas as atividades do indivíduo. O Estado moderno já foi, aliás, definido como uma grande sociedade de socorros mútuos. Coube a JULES ROMAINS descrever em *Jean le Maufranc* o aspecto ao mesmo tempo protetor e despótico da administração, como no-lo refere RIPERT. A mesma transformação da sociedade foi habilmente focalizada por MAURICE DRUON em seu livro *La Fin des Hommes* no qual aponta a metamorfose sofrida pelo meio social, antes dominado pelas **grandes familles**, hoje dirigido pelos funcionários. O homem moderno trocou a sua liberdade de ação pela sua segurança. Prefere ser funcionário, empregado, deixando as preocupações de iniciativa e responsabilidade aos outros. O mesmo fenômeno, aliás, se repete entre as nações. Elas também abdicam das suas soberanias para que lhes seja garantida a paz por uma ordem supraestatal. Talvez seja uma nova psicologia

característica da nossa época. O homem, como o Estado, abandona a sua liberdade de ação para se integrar e se enquadrar em sua função social. O homem deixa de ser um particular para se tornar quase exclusivamente um cidadão, um membro da coletividade social.

Aliás, já ALEXIS DE TOCQUEVILLE, há mais de um século, num livro que havia de se tornar profético — **De la Démocratie en Amérique** — previu esta evolução da sociedade contemporânea apontando, já então, a centralização dos poderes e o aumento das atribuições estatais. Mostra TOCQUEVILLE que:

“c’est l’État qui a entrepris presque seul de donner du pain à ceux qui ont faim, des secours et un asile aux malades, du travail aux oisifs; il s’est fait le réparateur presque unique de toutes les misères. . . L’éducation est devenue une affaire nationale. . . Partout l’État arrive de plus en plus à diriger par lui-même les moindres citoyens et à conduire seul chacun d’eux dans les moindres affaires” (29).

Indica TOCQUEVILLE o aspecto de guia que vai adquirindo o Estado, passando a vigiar todas as atividades do indivíduo, sendo comerciante e industrial, firmando cada vez mais seu poder com o desenvolvimento da ciência administrativa. Assim:

“les citoyens tombent à chaque instant sous le contrôle de l’administration publique; ils sont entraînés insensiblement et comme à leur insu, à lui sacrifier tous les jours quelques nouvelles parties de leur indépendance individuelle, et ces mêmes hommes qui, de temps à autre, renversent un trône et foulent aux pieds des rois, se plient de plus en plus, sans résistance, aux moindres volontés d’un commis” (30).

E explica o autor de **L’Ancien Régime et la Révolution** como o despotismo estatal pode conciliar-se com a soberania do povo, dizendo que os homens sentiam a necessidade de serem dirigidos, de obedecer e, por outro lado, queriam ser livres. Assim aceitavam a opressão desde que escolhessem os seus tutores. O livro de TOCQUEVILLE vem esclarecer sobremodo a evolução do direito público e a hipertrofia do Estado, podendo ser colocado neste campo ao lado das melhores obras dos grandes juristas contemporâneos.

O estudo do direito constitucional vem confirmar a análise de TOCQUEVILLE. Em diversos trabalhos B. MIRKINE GUETZÉVITCH procurou fixar os rumos que iam tomando as Constituições contemporâneas. Assim é que escreveu: **Les Constitutions de l’Europe Nouvelle; Les Nouvelles Tendances du droit Constitutionnel e Les Nouvelles Tendances des Déclarations des Droits de l’Homme**. Nestes seus brilhantes

(29) ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *La Démocratie en Amérique*, pages choisies, Librairie de Médicis, Paris, 1947, pp. 20-21.

(30) *Ibid.* p. 31.

estudos, apontou, o antigo professor da Faculdade de Direito de Petrograd, os aspectos sociais característicos das Constituições posteriores à Guerra de 1914-1918 e moldadas na Constituição de Weimar. Passando-se em revista as diversas Cartas Magnas, nota-se, ao lado das liberdades individuais, já consagradas pela Revolução francesa, os direitos sociais do homem, podendo dizer MIRKINE GUETZÉVITCH, com muita razão, que no século XX, o sentido social do direito não é uma doutrina ou uma escola jurídica, é a própria vida. Até na própria Declaração dos Direitos do Homem da ONU, de 10-12-1948, vamos encontrar as disposições de ordem social<sup>(31)</sup>. Na realidade, RUI BARBOSA, ainda em 1919, já pugnava pelo reconhecimento destes direitos sociais<sup>(32)</sup>.

Assim, estamos numa época profundamente social (no sentido lato da palavra), numa época de socialização do direito, em que haviam de se desenvolver os serviços públicos, em que quase todas as atividades humanas se deveriam transformar em serviços públicos, em que os contratos de trabalho cujas linhas gerais são aprovadas pelo Estado fazem com que os empregados não trabalhem mais para patrões particulares mas estejam como que integrados em serviços públicos<sup>(33)</sup>, entendida esta expressão em sentido amplo.

A esta época, econômica e politicamente socializada, havia de corresponder uma superestrutura cultural também profundamente impregnada dos sentimentos sociais e veremos, pois, o espírito desta época, concretizado em sua filosofia do direito, tendo as mesmas preocupações sociais, olvidando o indivíduo e reagindo veementemente contra o mecanicismo racionalista e o liberalismo dos fisiocratas, para debruçar-se com ternura sobre os serviços públicos, criando até a Escola de Serviço Público, e, com DUGUIT, reduzindo toda a teoria do Estado à teoria dos serviços públicos.

#### V. A história da filosofia do direito, o romantismo jurídico e a teoria dos serviços públicos

Se formos estudar a história da filosofia do direito, desde o fim do século XVIII, veremos que todas as escolas filosóficas posteriores a essa data se põem em oposição flagrante com o racionalismo individualista e liberal, que dominou os filósofos da Enciclopédia. O racionalismo mecanicista com base nas ciências físicas, que formou a geração dos discípulos de DESCARTES, o individualismo atomista de ROUSSEAU, o liberalismo ligado ao mercantilismo dominante no século XVIII foram abandonados. A filosofia do direito, que surge depois da Revolução francesa, é essencialmente antiindividualista e reacionária; é uma filosofia de índole social, uma filosofia intuitiva e religiosa,

(31) Artigos 22 a 29 da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

(32) RUI BARBOSA, *A Questão Social e Política no Brasil*, edição da Organização Simões, 1951, pp. 83, 29 e 30.

(33) SAVATIER, *Du Droit Civil au Droit Public*, 2.ª ed., 1950, p. 15.

uma filosofia histórica. E, aliás, a história e a religião são os dois aspectos do pensamento anti-racionalista, da filosofia do irracional. A filosofia do direito deixou de ser subjetiva, individualista e contratualista para se tornar objetivista, social e institucional. O iluminismo levava ao apogeu o racionalismo humanista e antropocêntrico, sucedendo “a época das luzes ao período anterior dos grandes sistemas metafísicos sobre o Cosmos do século XVII (DESCARTES, LEIBNIZ, SPINOZA) como, na antiga Grécia, os sofistas tinham sucedido aos filósofos de Eléia e da Escola Jônica, em virtude talvez duma espécie de ritmo natural no desenvolvimento do espírito filosófico que fez que, na história deste último, nós vejamos sempre os grandes períodos de caráter cosmológico e metafísico alternarem invariavelmente com os dum caráter mais antropológico e experimentalista”<sup>(34)</sup>. Toda a filosofia do século XIX vai contrapor à Razão, divindade celebrada por ROBESPIERRE e pela Revolução francesa, a história e a religião, superpondo ao indivíduo o corpo social.

Desde a escola histórica, através do organicismo de GIERKE, das teorias da autolimitação de IHERING e de JELLINEK, do positivismo de COMTE e de DURKHEIM, da escola católica desde LE PLAY até MARITAIN, do neo-kantismo das escolas de Marburgo e de Baden, até o pragmatismo de SALDAÑA, GÉNY, MICHOD e SALEILLES, o vitalismo social e o institucionalismo de HAURIOU e RENARD, a filosofia da solidariedade social de LÉON DUGUIT, o direito social de GURVITCH e as teorias do direito puro de KELSEN e dos seus discípulos, em todas estas escolas encontramos um traço comum que é a condenação, em última instância, do racionalismo individualista do século XVIII, considerado como abstrato, dedutivo, ideológico, metafísico.

Todas as atitudes filosóficas posteriores à Revolução francesa são essencialmente sociais, experimentais, históricas, limitativas dos direitos individuais e atentas aos fenômenos de grupos. Todas estas posições abandonam o liberalismo para fazer a apologia das entidades sociais e do Estado em particular. Vemos, desde já, a influência que tais idéias hão de ter na organização dos serviços públicos.

A escola histórica é uma reação; é uma posição reacionária; insurgem-se contra as hipóteses anti-históricas do contrato social, contra ROUSSEAU, que não se interessava pelos fatos históricos mas pelas explicações racionais. Reação contra o chamado espírito jurístico, exclusivamente lógico e formal, hipotético e matemático e desinteressado dos fatos reais, do verdadeiro valor do ponto de partida. Reação do direito positivo contra o direito ideal. Reação contra o direito natural único, absoluto e imutável. Reação do nacionalismo contra o cosmopolitismo e os ideais universais da Revolução francesa. **A volonté générale**, à vontade geral, soberana para ROUSSEAU, opõe a escola histó-

(34) CABRAL DE MONCADA, *Um Iluminista Português do Século XVIII: Luiz Antonio Verney*, Livraria Acadêmica, 1941, p. 8;  
WINDELBAND, *Lehrbuch der Geschichte der Philosophie*, 1935, p. 387.

rica a formação lenta e costumeira do direito, o espírito popular, o **Volksgeist**. A escola histórica é uma tripla reação: reação filosófica do idealismo objetivo de SCHELLING e HEGEL, lançando as idéias da alma do povo (**Volkssoele**), da divinização do Estado e da equiparação do real ao racional e do racional ao real; reação política com BURKE, De BONALD e De MAISTRE nas suas obras de crítica à Revolução francesa; reação jurídica de HUGO, SAVIGNY e PUCHTA que querem extrair as normas legais não de um ideal racional mas dos fatos, da história, do espírito popular, do costume, confundindo o real com o normativo, o **Sein** com o **Sollen**. Profundamente romântica foi a escola histórica, e talvez pudéssemos denominar sob o título genérico de escola romântica todas as posições filosóficas que se opuseram à filosofia racionalista, rebaixando a razão para fazer a apologia dos fatos, da história, da intuição, da religião.

O romantismo jurídico vem a ser, como o notaram RECASENS SICHES e BONNECASE, a superação das fórmulas matemáticas pelas fórmulas orgânicas, do mecânico pelo vivo, do racional pelo intuitivo, do conceitual pelo sensível, do ideal abstrato pela história, da dedução pela indução, do geral abstrato pelo individual concreto, do cosmopolitismo pelo nacionalismo, do livre arbítrio pela autoridade, da revolução pela evolução misteriosa da vida e da história, da inovação pela tradição<sup>(35)</sup>. É o **Gefuhl**, o sentimento, a imaginação, algo de misterioso e pessoal que vai inspirar as diversas escolas filosóficas do século XIX. Românticas pois são as doutrinas da escola histórica, de SALEILLES e de DUGUIT, as correntes do direito social. E mesmo romântica pode ser considerada a concepção definida como clássica por BONNECASE do sociologismo positivista de COMTE e DURKHEIM, pois, qual a lei mais romântica, mais histórica, mais metafísica do que a lei dos três Estados? Que filosofia seria mais metafísica do que as **ilusões do progresso** que prega COMTE?

O organicismo de GIERKE opôs-se ao racionalismo individualista ao apontar os direitos autônomos das associações fraternais (**Genossenschaftsrechte**) paralelos ao direito estatal e tendo evolução histórica própria. Desinteressou-se GIERKE dos indivíduos para considerar os grupos sociais, as coletividades, as pessoas coletivas (**Gesamtperson**).

As teorias de IHERING e de JELLINEK, firmando a onipotência estatal, com a doutrina da autolimitação, combateram a concepção liberal dos direitos individuais considerando que nada, senão a própria vontade estatal, podia deter a atividade do Estado.

O positivismo de COMTE e de DURKHEIM considerou a declaração dos direitos do homem como um evento pertinente ao estado metafísico da evolução histórica da sociedade.

(35) DEL VECCHIO e RECASENS SICHES. *Filosofía del Derecho*, 2.º vol. México, 1946, pp. 154 e 297.



A escola católica condenou, com o **Syllabus** de 1864, o racionalismo, para, na **Encíclica Quadragesimo Anno**, lançar as bases do corporativismo católico <sup>(36)</sup>.

O neo-kantismo de STAMMLER, de CASSIRER e de WINDELBAND limitou-se ao estudo do direito positivo não se interessando pelas aspirações a um ideal jusnaturalístico.

Profundamente irracionalista é a filosofia que surge no despertar do século XX. É o que, entre outros, escreve BRÉHIER, na sua história da filosofia:

“La période qui a commencé vers 1910 diffère à beaucoup d'égards de la période précédente: la tendance générale de la philosophie au début de notre siècle est un retour à l'immédiat em deçà des constructions plus ou moins fragiles que l'intelligence a créées; le conventionalisme de POINCARÉ s'unissait à l'intuitionisme de BERGSON, au pragmatisme de JAMES pour montrer que l'intelligence ou bien n'atteint pas la réalité véritable ou bien la défigure. Dans les révolutions profondes qu'ont subies depuis vingt ans les théories physiques, dans les vues nouvelles sur l'évolution des êtres vivants, dans les transformations de la psychologie, dans celles des **théories juridiques**, partout se manifeste un même esprit qu'il est certes difficile d'isoler et de définir, mais qui paraît porter dans le même sens toute notre civilisation intellectuelle” <sup>(37)</sup>.

Abandonava-se a razão para recorrer à intuição, ao pragmatismo. Era uma nova oposição ao século XVIII, ao racionalismo.

O vitalismo de HAURIOU, com a sua filosofia da instituição, vem a ser uma transposição jurídica do sistema bergsoniano já que parte o decano da Faculdade de Direito de Tolouse da noção da duração oposta ao tempo espacial. Escreve ao iniciar seu estudo sobre a filosofia da instituição: “as instituições representam no direito, como na história, a categoria da duração, da continuidade e do real” <sup>(38)</sup>. Opõe HAURIOU o institucional ao contratual, fazendo a crítica de ROUSSEAU para apontar a natureza institucional do Estado. Vê, dominando toda instituição, uma idéia diretriz, uma idéia de um empreendimento a realizar, concluindo com a afirmação de que a norma jurídica não cria a instituição, mas é a instituição que determina as regras de direito <sup>(39)</sup>.

(36) JACQUES MARITAIN, *Primauté du Spirituel et Trois Reformateurs*, *passim*.

(37) BRÉHIER, *Histoire de la Philosophie*, tomo II, vol. 4, 1948. p. 1.071.

(38) M. HAURIOU, *La Teoría de la Institución y de la Fundación*, (ensayo de vitalismo social), B. Aires, Editorial Surco, 1947, p. 23.

(39) *Ibid*, pp. 100-101.

O pragmatismo de SALEILLES parece ser uma tradução jurídica da teoria matemática de POINCARÉ. Dizia o autor de  *Valeur de la Science*  que os postulados eram puras convenções adotadas por serem cômodas. "Uma geometria, escrevia, não pode ser mais verdadeira do que outra; pode somente ser mais cômoda" (40). Assim, SALEILLES vai aceitar a figura da pessoa jurídica como um postulado cômodo para defender certas situações em direito civil. Assim, também, o direito natural evolutivo ao qual alude o eminente civilista é uma construção cômoda e necessária para limitar o arbítrio do direito positivo. Mas SALEILLES, na sua vã tentativa de conciliar o direito natural com a escola histórica, ainda é essencialmente um romântico jurídico.

LÉON DUGUIT caracterizou a evolução do direito pela substituição do sistema individualista e metafísico por um sistema realista e socialista, indicando  *Les Transformations du Droit Privé*  que exigem o abandono do Código Napoleão e da Declaração dos Direitos do Homem e a criação de um direito novo cuja concretização LAMBERT aponta no direito soviético.

A escola do direito puro de HANS KELSEN também representa o oposto da concepção filosófica dedutiva, abstrata e racionalista do século XVIII.

Modificando um pouco o conceito de BONNECASE, definimos o romantismo jurídico como o abandono do raciocínio lógico, dedutivo e abstrato e a valorização do sentimento e da intuição. Assim podemos opor ao racionalismo jurídico do século XVIII, às construções lógicas de ROUSSEAU, às especulações de caráter matemático de CONDORCET e de MADAME DE STAEL (41), o romantismo das escolas jurídicas do século XIX e do século XX, que põe em relevo as aspirações da coletividade, desde o  *Volksgeist*  até a instituição e a solidariedade social, que considera o social anterior e superior ao individual, fazendo com que sejam superados direitos e interesses individuais pelas necessidades sociais e até negados os direitos subjetivos e considerada, como único móvel do progresso e da evolução jurídica, a ação social e estatal, ou seja, o trabalho das corporações, das instituições, ou mais justamente, com o desaparecimento dos corpos intermediários absorvidos ou controlados pelo Estado, a ação dos serviços públicos (42).

(40) HENRI POINCARÉ,  *Science et Hypothèse* , p. 67.

(41) GEORGES SOREL,  *Les Illusions du Progrès* , 1947, p. 163.

(42) Sobre a história da filosofia do direito consulte-se: DEL VECCHIO y RECASENS SICHES,  *op. cit.* ; CABRAL DE MONCADA,  *Filosofia do Direito e do Estado* , 1.º vol.; GEORGES GURVITCH,  *Sociologia Jurídica* ; a coleção dos  *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique* ; BONNECASE,  *La Pensée Juridique Française e Science du Droit et Romantisme Juridique* ; GENY,  *Science et Technique en Droit Privé Positif* .

# A avocação de causas pelo STF: A advocatória

CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ  
Advogado

“Reforma de tal amplitude não se fará sem grandes esforços. Há dificuldades técnicas a resolver. Serão necessários meios para corresponder a encargos financeiros indispensáveis. E há interesses que hão de ser contrariados ou desatendidos.

Impor-se-á alteração de textos constitucionais e legais e será mister disciplina unitária de direitos e deveres de magistrados.

É certo que a reforma poderá implantar-se por partes. Mas determinadas medidas, que dizem com a essência dela, ou serão preferencialmente executadas, ou não haverá, na realidade, reforma eficaz.”

Diagnóstico elaborado pela Comissão Especial de Ministros do STF (a propósito da Reforma do Poder Judiciário).

## SUMARIO

1. *Inovações da Emenda Constitucional nº 7/77*
2. *Precedentes*
3. *Pressupostos da advocatória*
4. *O primeiro pedido de avocação de causas*
5. *Conclusão*

### 1. *Inovações da Emenda Constitucional nº 7/77*

A Emenda Constitucional nº 7, de 1977, que se consubstanciou na chamada “Reforma do Poder Judiciário”, introduziu uma série

de relevantes e controvertidas inovações no sistema constitucional brasileiro, em especial, no que concerne ao Poder Judiciário. Admitiu a criação do contencioso administrativo (o ingresso ao Judiciário ficaria condicionado à exaustão da instância administrativa, com obediência aos prazos estabelecidos); admitiu órgão especial com determinado número de membros para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público; criou o Conselho Nacional da Magistratura; deferiu ao Procurador-Geral da República o pedido de interpretação, em tese, de lei ou ato normativo, federal ou estadual; instituiu a medida cautelar nas representações por inconstitucionalidade, em abstrato, de lei ou ato normativo federal ou estadual; instituiu a relevância da questão federal no recurso extraordinário; transferiu, para o Presidente do Supremo, a competência para homologar sentenças estrangeiras.

Praticamente todas essas inovações, hoje incorporadas ao texto constitucional, foram elaboradas por uma Comissão Especial de Ministros do Supremo Tribunal Federal, Ministros Thompson Flores (Presidente da Comissão), Xavier de Albuquerque e Rodrigues Alckmin (Relator). Esta Comissão de Juristas foi encarregada de elaborar um Diagnóstico da situação do Poder Judiciário no Brasil e, neste Diagnóstico, a referida Comissão procurou, dentro do possível, apontar algumas soluções que foram encaminhadas ao Presidente da República, na época, o Presidente Geisel. Este trabalho serviria de base para os Poderes Executivo e Legislativo promoverem a tão ansiada *Reforma do Poder Judiciário*.

O Min. Xavier de Albuquerque, em conferência proferida na Escola Superior de Guerra, em 17-6-1981, assim se referiu ao trabalho realizado por esta Comissão:

“Esse trabalho, certamente notável e provavelmente *sem precedente* na história judiciária brasileira, serviu de base à elaboração — na qual teve papel preponderante o saudoso Min. Rodrigues Alckmin — de um Relatório Geral necessariamente sintético, no qual se buscou delinear a visão resumida dos problemas mais graves do Poder Judiciário.

Com ele, encaminhou-se ao Presidente da República o resultado da pesquisa realizada. E enfatizou-se, na oportunidade, que o STF, nos limites de sua missão, não procurara apresentar soluções definitivas, e sim apontar os temas de maior significação e relevância para a reforma, valorizando algumas das soluções possíveis” (1).

(1) ALBUQUERQUE, Xavier de. “O Poder Judiciário na Conjuntura Política Nacional.” In *Revista AJURIS*, nº 24, pp. 14 e 15.

O Supremo Tribunal Federal sugeriu, em seu Diagnóstico, a instituição da AVOCATÓRIA, tornando possível o exame das causas em que ocorra risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, podendo suspender os efeitos das decisões já proferidas em instâncias inferiores, até a definitiva apreciação das mesmas pela Suprema Corte.

Assim estabelecia o Diagnóstico:

“Recomendável é também estabelecer-se advocatária para que, consoante deliberação em Conselho, possa o Supremo Tribunal Federal *chamar a si* o exame das causas em que ocorra risco de grave lesão à ordem, à segurança ou às finanças públicas, podendo sustar os efeitos de decisões já proferidas em instâncias inferiores, até definitiva apreciação da espécie” (2).

O legislador, na Emenda Constitucional nº 7, de 1977, acolheu a sugestão da Comissão de ministros do STF, instituindo a advocatária. Conforme estabelece o art. 119, I, o, da Constituição federal, com redação dada pela Emenda nº 7, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar

“as causas processadas perante *quaisquer* Juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir, a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de *grave* lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se *suspendam* os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento *integral* da lide lhe seja devolvido.”

Avocar, no conceito dos léxicos, é *chamar a si*; é “ordenar seja deferido a juiz ou tribunal superior o conhecimento e julgamento de causa pendente ou instaurada perante juiz ou tribunal inferior” (3).

COUTURE, de forma exemplar, conceitua a avocação como: “Ação e efeito de magistrado superior de *atrair para si*, para o seu conhecimento e decisão, as causas ou processos pendentes ante outro, que lhe é inferior” (4).

É este, também, o seu significado no art. 119, I, o, da vigente Constituição federal, acolhido pelo legislador na Emenda Constitucional n.º 7/77, por sugestão da Comissão de Ministros do Supremo Tribunal Federal, que elaborou o Diagnóstico para a Reforma do Poder Judiciário.

(2) *Reforma do Poder Judiciário — Diagnóstico*. STF. Departamento de Imprensa Nacional, 1975, pp. 37 e 38.

(3) ORLANDO, Pedro. *Novíssimo Dicionário Jurídico Brasileiro*. São Paulo, Ed. LEP S.A., 1959, v. 1, p. 82.

(4) COUTURE, Eduardo J. *Vocabulário Jurídico*. 1960, p. 134.

A respeito da advocatória, o Prof. MANOEL G. FERREIRA F<sup>o</sup>, nos seus comentários à Constituição brasileira, assim se manifestou:

“Encontra-se nesse passo outra das inovações relevantes e controvertidas da Emenda n<sup>o</sup> 7. Em razão dela, por solicitação do Procurador-Geral da República, o Supremo poder avocar *toda e qualquer* causa em curso perante *qualquer* órgão judicante do País. Avocando-a, processá-la-á como questão de sua competência *originária*.

O objetivo da inovação é patente. Trata-se de obter mais rapidamente a segurança jurídica, evitando a incerteza que acompanha certas causas e suas vicissitudes desde a sua proposição até seu final julgamento. Final e derradeiro julgamento quase sempre do próprio Supremo, depois de uma longa escalada desde a primeira instância” (5).

O Prof. PAULINO JACQUES, ao comentar a Emenda Constitucional n<sup>o</sup> 7, se posicionou, em relação à advocatória, da seguinte maneira:

“Inovação *revolucionária*, essa da alínea o, que *não implica em capitis diminutio* do magistrado inferior, visto que todos os seus atos jurisdicionais estão sujeitos, normalmente, ao reexame da superior instância, em grau de recurso. Apenas o dispositivo *antecipa* esse reexame, em grau de avocação, tendo em vista o “*imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas*”, o que é compreensível. Nesse caso, serão suspensos os efeitos da “*decisão proferida*” na inferior instância, a fim de que não se consuma a lesão e seja devolvido ao Supremo o “*conhecimento integral da lide*” (6).

## 2. *Precedentes*

No entendimento do Ministro Evandro Lins, a advocatória, introduzida pela Emenda Constitucional n<sup>o</sup> 7/77, *não é uma inovação*, pois o Supremo Tribunal Federal achava que esse poder estava implícito nas Constituições anteriores:

“Entendemos que esse poder estava *implícito* nas Constituições anteriores. Há precedentes em que o Supremo, mesmo na vigência da Constituição de 1946, entendeu que devia intervir *para conter abusos*, suspendendo a execução de decisões judiciais; um exemplo notório foi a

(5) FERREIRA F<sup>o</sup>, Manoel G. *Coments. à Constituição Brasileira*. 2<sup>a</sup> ed., São Paulo, Saraiva, 1977, v. 2, p. 213.

(6) JACQUES, Paulino. *As Emendas Constitucionais n<sup>os</sup> 7, 8 e 9 Explicadas*. Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 19.

suspensão da execução de um mandado de segurança concedido pelo Tribunal Federal de Recursos para evitar *grave e irreparável* lesão aos direitos da União (Suspensão Liminar nº 2, julgada em 16-3 1964) (7).

Na realidade, bem antes da Constituição de 1946, o Supremo Tribunal Federal já intervinha em determinadas causas para evitar o abuso, conter irregularidades que pudessem originar danos irreparáveis, chamando a si o julgamento e a decisão das mesmas.

Um dos precedentes é o conhecido mandado de segurança, concedido pela Suprema Corte, para suspender a decisão de Juiz Federal que havia determinado a penhora de rendas do Estado de Minas Gerais.

O Supremo Tribunal Federal, *apesar de ser contrário* à concessão de mandado de segurança contra ato judicial, concedeu, naquela oportunidade, em 2 de outubro de 1936, por maioria de votos, aquele remédio constitucional, devido à relevância e à gravidade do caso.

Transcreverei os trechos mais importantes do voto do relator, Min. Carlos Maximiliano:

“Sr. Presidente, confesso que estou vacilante em me pronunciar sobre o caso.

Em tese, com efeito, não é admissível se conceder o mandado de segurança para sustar o resultado de decisão judicial, para sobrestar mesmo o início de processo.

.....

O caso em discussão, porém, *não se pode reger* pelas normas *comuns*.

Trata-se, na verdade, de juiz faccioso, completamente esquecido dos deveres do cargo, que despacha em sentido contrário à lei expressa.

De fato, nunca se viu conceder penhora contra bens de um Estado. Imagine-se mesmo se em vez de ser a favor de dívida de 1.500 contos, se decretasse penhora contra a maior parte das rendas do Estado!

Basta dizer isto para se concluir que temos em vista revolta franca de magistrado contra a normalidade jurídica do País, *fazendo parar, com a sua decisão, toda a vida administrativa do Estado, toda a sua vida econômico-financeira, igualmente.*

.....

(7) In *Revista de Informação Legislativa*, a. 16, n. 61, p. 184.

Nestas condições, propondo, mais, sejam encaminhados ao Dr. Procurador os papéis do processo no sentido de se denunciar o juiz faccioso, *concedo* o mandado requerido.

É o meu voto" (8).

Em outra oportunidade, o Pretório Excelso, também contra a sua jurisprudência predominante, concedeu, novamente, de forma excepcional, mandado de segurança para anular decisão de Tribunal inferior. Era o conhecido "Caso de Goiás", relatado pelo Min. Castro Nunes. Tratava-se de causa da União (herança jacente), julgada pelo Tribunal de Apelação daquele Estado. O mandado de segurança foi concedido para anular aquele julgamento e mandar subir o processo, no caso, o agravo, para ser julgado pelo STF, pois o Tribunal de Apelação de Goiás era incompetente para julgar a causa.

Naquele julgamento, que ocorreu em 28-4-1943, o relator, Min. Castro Nunes, proferiu o seguinte voto:

"Admito, pois, o mandado de segurança, atendendo a que *não existe outro meio processual expedido que dê remédio à situação criada pelo julgado do Tribunal de Goiás*, pois que o recurso extraordinário já interposto, *não tendo efeito suspensivo, não dará solução a tempo de evitar que prossiga e chegue a termo o inventário com a conversão dos bens em dinheiro e entrega a terceiros*, herdeiros ou credores.

.....  
A *avocatória* seria possível, com base no art. 79 da Lei nº 221, lei especial não alcançada pelo Código de Processo Civil;

.....  
Teria sido esse o meio regular quando interposto e encaminhado o agravo ao Tribunal de Apelação de Goiás. O Ministério Público deveria ter representado ao Supremo Tribunal para que *este avocasse o recurso*. Não o fez, porém. E agora é tarde para utilizá-la, pois que já existe decisão proferida pelo Tribunal incompetente; decisão que não pode ser cassada por meio de *avocatória*, meio, como o conflito, preventivo da incompetência.

Resta, pois, o mandado de segurança.

.....  
Meu voto é, pois, para conceder o mandado de segurança para o fim de ser declarado nulo o julgamento proferido pelo Tribunal de Apelação e para que suba o

(8) In *Revista Forense*, v. 70, p. 483.



agravo a este Supremo Tribunal, a fim de ser julgado como for de direito" (9).

Portanto, como se viu acima, o Supremo Tribunal Federal já vinha, de há muito, se utilizando, ora do mandado de segurança, ora da reclamação, para intervir naquelas situações anormais, onde houvesse abusos que pudessem originar situações irremediáveis, chamando a si o julgamento da decisão impugnada.

Em parecer apresentado ao Governo, em 19 de agosto de 1965, a Comissão de Reforma da Justiça Federal, presidida pelo Min. Orozimbo Nonato e da qual fizeram parte os advogados Prado Kelly (Relator) e Dario de Almeida Magalhães, nomeados pelo Ministro da Justiça, Milton Campos, foi estudada a possibilidade de se adotar, como forma de reforçar a competência do Supremo Tribunal Federal, uma *avocatória* em matéria constitucional, a ser suscitada, em caráter privativo, pela Suprema Corte ou pelo Procurador-Geral da República, em qualquer processo em curso perante outro Juízo.

A mencionada Comissão, no entanto, não entendeu oportuna a instituição daquela medida, como consta do parecer emitido na ocasião:

"Já a "prejudicial" agora proposta, modalidade de *avocatória*, utilizável em qualquer causa, de qualquer instância, importaria em subtrair aos juizes das mais diversas categorias a faculdade, que lhes pertence, no grau de sua jurisdição, de apreciar a conformidade de lei ou de ato com as cláusulas constitucionais. Ao ver da Comissão, a *avocatória* só se explicaria para corrigir omissões de outros órgãos judiciários, se vigorasse entre nós, como vigora por exemplo na Itália, o privilégio de interpretação constitucional por uma corte especializada, a ponto de se lhe remeter obrigatoriamente toda questão daquela natureza, levantada de ofício ou por uma das partes em qualquer processo, desde que o juiz ou tribunal não a reputasse manifestamente infundada" (10).

A Suprema Corte dos Estados Unidos, segundo refere Vítor NUNES LEAL, também tem o poder de avocar o julgamento de questões ainda pendentes nos Tribunais Federais de Apelação.

Estabelece o Regimento Interno da Suprema Corte norte-americana, na Regra nº 20:

"A *Writ of Certiorari* to review a case pending in a court of appeals, before judgement is given in such court,

(9) NUNES, Castro. *Do Mandado de Segurança*. 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980, pp. 355 e 356.

(10) KELLY, Prado. "Supremo Tribunal Federal: Composição e Competência." In *Revista da O.A.B.*, nº 20, ano VII, v. VII, pp. 435 e 436.

will be granted, only upon a showing that the case is of such imperative public importance as to justify the deviation from normal appellate process and to require immediate settlement in this court" (11).

### 3. *Pressupostos da advocatória*

Os pressupostos básicos da advocatória estão contidos na Constituição federal e no Regimento Interno do STF, ao qual incumbe regular e processar o *modus procedendi* da advocatória, bem como a competência interna para o seu processo e julgamento naquele Pretório. São pressupostos da advocatória:

1º) o pedido do Procurador-Geral da República; o Chefe do Ministério Público da União é, por força do texto constitucional, o *titular*, e *único*, do *pedido* de avocação de causas. Só ao Procurador-Geral da República compete fazer o pedido da advocatória.

É preciso salientar, porém, que ao Chefe do Ministério Público da União compete, apenas, fazer o pedido, pois quem julga a advocatória e se a hipótese que lhe é submetida preenche os pressupostos que a Constituição e o Regimento Interno do STF estabelecem, é o *Supremo Tribunal Federal*, que aprecia, *soberanamente*, o pedido de avocação.

Tanto é assim que o art. 254, do referido Regimento, dispõe:

"Art. 254 — Distribuído o pedido, poderá o relator:

II) Indeferir, liminarmente, por despacho do qual caberá agravo regimental, o pedido que manifestamente não atenda aos requisitos da advocatória;"

2º) a decorrência de imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou finanças públicas. O fundamento que dá ensejo ao pedido de avocação de causas é, basicamente, um só: o interesse público.

O Prof. MANOEL G. FERREIRA Fº, ao comentar a expressão "interesse público", diz:

"Quando este (o interesse público) for ameaçado de lesão grave, seja no que concerne à ordem, seja no que diz respeito à saúde, à segurança ou às finanças públicas, há lugar para a avocação.

Disto resulta que é o Supremo quem há de avaliar a gravidade da lesão a prevenir. Igualmente daí decorre ser meramente exemplificativa a enumeração: ordem, saúde, finanças públicas" (12).

(11) LEAL, Vitor Nunes. "O Requisito da "Relevância" para Redução dos Encargos do Supremo Tribunal." In *Revista Forense*, v. 213, p. 22.

(12) FERREIRA Fº, Manoel G. *Op. cit.*, pp. 213 e 214.

O Prof. FERREIRA F<sup>o</sup> salienta aspecto fundamental e de que falei ao comentar o primeiro pressuposto da avocatória, ou seja, é o STF que vai apreciar a “gravidade da lesão a prevenir”. É o STF que julga se é caso de avocatória;

3<sup>o</sup>) a avocatória pressupõe *demanda em curso*. Pode ocorrer *antes* ou *depois* de qualquer decisão ou julgamento, mas, *necessariamente*, antes de seu *trânsito em julgado*.

O parágrafo único do art. 252 do Regimento Interno do STF é claro ao estabelecer que “não caberá pedido de avocação, se a decisão impugnada houver transitado em julgado, ou admitir recurso com efeito *suspensivo*.”

Assim decidiu a Corte Suprema, ao apreciar o pedido de Avocação n<sup>o</sup> 4, em que se pretendia a avocação de reclamações trabalhistas contra a Ferrovias Paulista S.A. (FEPASA), cuja ementa do acórdão diz:

“Pedido de avocação de reclamações trabalhistas, envolvendo decisão de mérito *transitada em julgado*. Sua *inadmissibilidade*, eis que a avocação pressupõe uma *causa em curso*, consoante o disposto no parágrafo único do art. 6<sup>o</sup> da Emenda Regimental n<sup>o</sup> 6/78.

*Constitucionalidade* do mencionado preceito, decorrente, sobretudo, da interpretação sistemática da Lei Maior, que assegura no § 3<sup>o</sup> do seu art. 153 o *respeito à coisa julgada*.

Inviabilidade da pretensão, em caráter alternativo — avocação para que seja proferida sentença de liquidação, fixando critério de cálculo compatível com tabela baixada pelo Poder Executivo, uma vez que o critério de cálculo para efeito da incidência do adicional por tempo de serviço constitui matéria de mérito das reclamações, *definitivamente julgadas*.

*Indeferimento do pedido*” (13).

Incidindo a avocação sobre demanda em curso, os efeitos da mesma e do julgamento proferido pelo STF são *inter partes*, isto é, não atingem terceiros estranhos à lide avocada.

A Constituição federal e o Regimento Interno do STF, respectivamente, nos arts. 119, I, o, e 252, *caput*, utilizam a expressão “causas processadas perante quaisquer Juízos ou Tribunais”. FREDERICO MARQUES, na sua obra sobre a Reforma do Poder Judiciário, comenta o alcance desta expressão:

(13) In *Revista Trimestral de Jurisprudência* do STF, v. 99, p. 953.

"Falando o preceito constitucional em "causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais", não importa que se admita, ou não, para o caso, o recurso extraordinário: os pressupostos da avocação *dijerem* daqueles do art. 119, III, e se resumem nos que se contêm no preceito da letra o, e que acima foram indicados. Existentes esses pressupostos, *ainda* mesmo que se trate de processo da Justiça do Trabalho, ou da Justiça Eleitoral, *irrelevantes* se apresentam as limitações, respectivamente, dos arts. 139 e 143, da Constituição vigente e, *a fortiori*, *quaisquer outras impeditivas* de recurso extraordinário contra decisões das justiças locais, da Justiça Federal ordinária e da Justiça Militar" (14).

A avocação devolve ao Supremo Tribunal Federal o conhecimento *integral* do litígio, *salvo* se a decisão consistir em incidente da causa, o que, nessa hipótese, limitará a avocação ao conhecimento desse incidente.

Tendo em vista o que dispõe a letra p do art. 119, I, da Constituição federal, que também é uma inovação da Emenda Constitucional nº 7/77, pode-se conceder *medida cautelar*, como providência "preliminar ou incidental da avocação", utilizando a expressão de FREDERICO MARQUES.

O Prof. FREDERICO MARQUES considera a avocação, por si só, uma cautelar:

"Aliás, a avocação, *por si só*, é providência cautelar, porquanto ela se funda na decorrência de "imediato perigo", que necessita ser evitado; e o caráter suspensivo que lhe outorga o mandamento constitucional tem por fim evitar "que não se consuma a lesão", como observou PAULINO JACQUES (ob. et loc. cit.), o que ainda mais realça a natureza cautelar desse remédio constitucional" (15).

#### 4. O primeiro pedido de avocação de causas

O primeiro pedido de avocação foi feito em janeiro de 1978, durante as férias do STF, quando o Procurador-Geral da República requereu a concessão de medida cautelar em pedido de avocação. Nessa ocasião, presidia o Supremo Tribunal Federal o Ministro Thompson Flores, que concedeu a medida requerida com base no art. 14, VIII, do antigo Regimento Interno do STF (hoje, art. 13, VIII, do novo RI do STF), que estabelece ser, no período de férias,

(14) MARQUES, José Frederico. *A Reforma do Poder Judiciário*. São Paulo, Saraiva, 1979, v. 1, p. 324.

(15) MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, p. 324.

atribuição do Presidente do Tribunal a concessão de medida cautelar.

Tratava-se de circunstância excepcional, não só por ser o primeiro pedido de avocação, como pelo fato da matéria ainda não estar regulamentada pelo Regimento Interno, uma vez que a Emenda Regimental que disciplinaria a advocatória ainda não tinha sido aprovada pelo Tribunal, tendo o Min. Thompson Flores considerado auto-aplicável a Emenda Constitucional nº 7.

A causa avocada consistia no seguinte: O Sindicato dos Corretores de Navios do Estado do Rio de Janeiro, com extensão de base territorial em outros Estados, inclusive em Santa Catarina, ajuizou ação de perdas e danos contra várias agências marítimas, por si e pelas suas representadas, todas com sede no mencionado Estado.

Fundava-se o pedido de perdas e danos na alegação de que as rés, ilegalmente, afastaram os corretores marítimos de participar nos atos de comércio marítimo que elas realizaram e, em consequência, estavam obrigadas a pagar as percentagens correspondentes à intervenção obrigatória de maneira que a reparação pecuniária compreendesse tudo o que os autores perderam e o que deixaram de lucrar.

O Juiz Federal substituto de Florianópolis, em sua sentença, julgou procedente a ação.

Usando da faculdade legal de que dispunham, os Corretores de Navios requereram a execução provisória da quantia arbitrada a título de indenização, procedendo, por via de carta precatória, a penhora de bens móveis e imóveis pertencentes aos armadores, no Rio de Janeiro, para garantir a execução.

Estando o mandado de penhora, em 10 de janeiro, integralmente cumprido, quando sobreveio, no dia 12 do mesmo mês, despacho do Min. Thompson Flores, na época Presidente do STF, deferindo a medida cautelar postulada pelo Procurador-Geral da República.

O que ensejou o pedido de avocação foi a fase de execução de sentença, dos quais destaco os motivos mais relevantes: 1º) forma de liquidação por arbitramento quando se impunha liquidação por artigos; 2º) excesso da execução, por abranger armadores que não participaram do processo de conhecimento; 3º) falta de caução idônea (art. 588, I, do CPC).

Se fosse permitido o prosseguimento da execução, na forma como ela estava sendo processada, as consequências seriam ruinosas, como:

“Não fora a medida cautelar deferida por S. Ex<sup>a</sup>, o Ministro Presidente do Colendo Supremo Tribunal Federal, a execução, com os vícios acima apontados, teria prosseguimento através da penhora de navios pertencentes a

empresas *estrangeiras*, inclusive estatais, como é o caso da Elma (Governo argentino) e, como bem salientou o Dr. Procurador-Geral da República, a iminência de tais medidas gerou *inquietação e apreensão no exterior*, o que, por certo, levaria os armadores estrangeiros a evitar os portos do País, com graves prejuízos ao nosso comércio internacional.

Por outro lado, a ameaça ao normal desenvolvimento das atividades da armação brasileira (bloqueio de saldos bancários, afetando, diretamente, o capital de giro das empresas, e, em conseqüência, reduzindo sua capacidade de operação), põe em risco o cumprimento dos acordos de comércio e transporte de mercadorias firmados pelo Brasil, comprometendo as relações do Brasil com nações irmãs" (16).

Devido à originalidade e à relevância desse caso, destacarei as partes mais importantes do relatório do Min. Thompson Flores, concernente ao despacho em que concedeu a medida cautelar, no referido pedido de avocação:

"Em 11 do próximo passado, quando o Tribunal estava em férias, requereu o Dr. Procurador-Geral da República a concessão de medida cautelar em pedido de avocação, fundada no art. 119, I, letras o e p, da Constituição, na redação que lhes atribuiu a Emenda nº 77.

.....  
Veio ela instruída com farta documentação, constante de manifestação dos Srs. Ministros dos Transportes e das Relações Exteriores, fls. 13/14 e 172, acompanhada aquela de vasta correspondência recebida da SUNAMAN e da SYNDARMA, além de recortes de vários periódicos nacionais e um do *exterior* alusivos ao assunto.

.....  
Do meditado exame da documentação convenci-me da ocorrência, em princípio, dos pressupostos que justificam a advocatória, e, ainda, que, para sua real eficácia, impedia a concessão de medida cautelar, visando a sustar, de pronto, os efeitos produzidos pela sentença em fase concreta de execução.

Quanto ao procedimento, coincide ele com a conceituação que lhe atribuiu esta Corte no Diagnóstico da Reforma do Poder Judiciário (*Reforma do Poder Judiciário, Diagnóstico*, pp. 37/8, n.ºs 41/2).

Seus pressupostos foram transplantados para a Constituição, através da Emenda nº 7/77, na redação do art.

(16) In *Revista Trimestral de Jurisprudência do STF*, v. 92, pp. 16 e 17.

119, I, o. É certo que o STF ainda não disciplinou seu processamento.

O projeto da respectiva Emenda Regimental, elaborado pela Comissão, está em fase de estudo perante o Plenário.

A meu ver, *tal omissão não obsta a aplicação imediata da norma constitucional vigente, adotando o processo similar da Representação, no que couber. Permito-me aqui pequena digressão.*

Ao advir a primeira lei que disciplinou o processo de declaração de inconstitucionalidade em tese, prevista pela Constituição de 1946, e ao que me parece, 2.271, expedida ao tempo do Governo Café Filho, adotou em seu procedimento as normas que regulavam o mandado de segurança.

E por duas vezes pelo menos esta Corte concedeu em tais feitos medidas cautelares, invocando para fazê-lo as disposições da citada Lei nº 1.533/51. Refiro-me às Representações n.ºs 466 e 467, das quais foram relatores respectivamente os eminentes Ministros Ari Franco e Victor Nunes (DJ, de 16-11-61, Ap. 209, pp. 621 e segs.; e RTJ 23, pp. 1 e segs.). Para o caso, a questão se faz mais singela, pois o art. 175 do Regimento Interno alude à medida reportando-se ao art. 22, IV.

E assim decidiu este Plenário ao apreciar a Representação nº 933 da qual fui relator (RTJ 76/342).

As dúvidas então suscitadas desapareceram ante a Emenda Constitucional nº 7/77, como passou a dispor o art. 119, I, letras o e p.

Certo a decisão caberia ao Plenário.

Estando, porém, em férias a Corte, dita atribuição ficou a cargo do Presidente, como dispõe o art. 14, VIII, do citado Regimento, sujeitando sua decisão ao *referendum* do Plenário.

.....  
*No que pertine ao merecimento, a documentação con-*  
*vence seja justificando a avocação, seja a medida caute-*  
*lar, demonstrando decorrer do decisório impugnado, já*  
*em fase de concreta execução, imediato perigo de lesão*  
*à segurança, e, especialmente, das finanças públicas.*

*Ademais, complexa execução processa-se por simples*  
*arbitramento, cujo laudo, severamente atacado pelas*  
*partes, estima os prejuízos na elevada cifra de .....*  
*Cr\$ 59.919.150,05.*

E, posto provisória a execução, face à apelação interposta, teve ela curso, *sem qualquer caução*, contrariando o disposto no art. 588, I, do CPC.

.....  
É o relatório, o qual se tornou um tanto extenso pela originalidade do tema" (17).

O Supremo Tribunal Federal, unanimemente, referendou o despacho do Presidente Thompson Flores, e, posteriormente, concedeu a advocatória. Pela exposição de motivos dos Ministros dos Transportes e das Relações Exteriores, mais os periódicos publicados na imprensa nacional e estrangeira, sobre o caso, vê-se logo a gravidade da situação e a sua provável repercussão na política econômica e exterior do Governo, caso não fosse sustado o prosseguimento da execução da sentença, através da medida cautelar e, posteriormente, da própria advocatória.

## 5. Conclusão

A instituição da advocatória, pela Emenda Constitucional nº 7, constitui, inegavelmente, uma inovação "revolucionária", como salientou, com propriedade, PAULINO JACQUES. O poder de avocar causas, conferido pelo legislador constituinte ao mais alto Pretório do País, veio a reforçar e, naturalmente, ampliar a competência do Supremo Tribunal Federal, tornando mais eficaz a sua atividade como órgão máximo do Poder Judiciário e guardião maior da Constituição e das leis federais, dentro da filosofia que orientou a Reforma Judiciária de não se tentar resolver a chamada "crise do STF" através da mutilação de sua competência.

O eminente Min. Vítor Nunes Leal lembra o testemunho de FRANKFURTER, onde este diz que, nos Estados Unidos, *jamais* se pensou em restringir a competência da Suprema Corte, sob o pretexto de aliviar os seus encargos:

"Nenhuma proposta para se restringir o poder da Corte Suprema sobre a legislação foi *jamais* adotada. O criterioso exercício desse poder, por mais refinada que seja a sua discriminação, *não pode* ser garantido por nenhum expediente mecânico" (18).

Significou, também, a advocatória, um reforço aos poderes do Executivo federal, ao qual incumbe, na pessoa do Chefe do Ministério Público da União, o Procurador-Geral da República, fazer o pedido de avocação. *Não custa repetir* que o Procurador-Geral *apenas* faz o *pedido*, pois quem julga a gravidade da situação e o cabimento da advocatória é o *Supremo Tribunal Federal*.

(17) In *Revista Trimestral de Jurisprudência do STF*, v. 92, pp. 12 e segs.

(18) In *Revista Forense*, v. 213, p. 23.



Inclusive, como já salientei no início deste trabalho, ao analisar os pressupostos da advocatária, o próprio relator *pode indeferir liminarmente* o pedido de avocação, caso este não preencha os pressupostos estabelecidos na Constituição federal e no Regimento Interno do STF (art. 254, II, do Regimento Interno).

Outro aspecto que deve ser enfatizado é que a advocatária não veio diminuir a importância das instâncias inferiores. Em primeiro lugar, o fato de, dos nove pedidos de avocação feitos até o momento atual, só quatro terem sido *concedidos*, reflete o caráter *excepcionalíssimo* do instituto, do seu cabimento, que é *deferido* pela *Suprema Corte*. Deve-se lembrar que a própria Corte Suprema dos Estados Unidos possui tal poder, como lembrou o Ministro Nunes Leal.

O Min. Xavier de Albuquerque, no seu discurso de posse, quando assumiu a Presidência do Supremo Tribunal Federal, em 16-2-1981, diz ter sido a instituição da advocatária ineficaz, devido ao pequeno número de causas avocadas:

“É quase de hoje — seja-me concedida a ilustração — a adesão que dei, crédula e entusiástica, às três medidas sugeridas pelo Tribunal e incorporadas à sua disciplina constitucional: a transferência, para o Presidente, da competência para homologar sentenças estrangeiras, e a instituição da advocatária e da representação para interpretação de lei.

Pois bem.

.....

Da segunda e da terceira, a utilização parca, ou nenhuma, parece insuscetível de qualificar lisonjeiramente os resultados. De apenas cinco advocatárias, somente uma foi deferida e desfechou na modificação dos rumos da causa; duas outras foram denegadas pelo Tribunal e as duas restantes, os próprios relatores se incumbiram de trancar liminarmente” (19).

Sob o prisma jurídico-processual, a advocatária, como enfatizaram PAULINO JACQUES e FREDERICO MARQUES, é uma “antecipação de recurso”, com características e pressupostos *próprios*, uma vez que *só tem* cabimento, como já foi referido, se a decisão impugnada não houver *transitado* em julgado *ou* não admitir recurso com efeito *suspensivo*.

O presente artigo consistiu numa análise sucinta da Emenda Constitucional nº 7, de 1977, e, em especial, da advocatária, que é um instituto ainda *desconhecido*, principalmente a sua origem e

(19) ALBUQUERQUE, Xavier de. “Discurso de posse na Presidência do STF. In *Supremo Tribunal Federal — Relatório — 1981*, p. 34.

os seus aspectos mais relevantes, de natureza eminentemente cautelar, para prevenir danos irreparáveis.

Infelizmente, passados oito anos da Emenda Constitucional nº 7 e da Lei Orgânica da Magistratura, que foram o *primeiro passo* para as reformas que o Judiciário tanto anseia e carece, notou-se que o legislador não teve a sensibilidade que era de se esperar, uma vez que, desde estas medidas, nada mais foi feito no sentido de dar continuidade ao trabalho iniciado, talvez, devido à célebre advertência de SAINT GIRONS:

“Não há quem não deseje uma justiça esclarecida, imparcial, independente. Poucos, todavia, a têm conseguido — e pela razão muito simples, talvez, de que tem *faltado* a *habilidade* e a *coragem* de outorgar aos magistrados o grande poder de que carecem para o melhor desempenho de suas altas funções.”

#### BIBLIOGRAFIA

- 1 ALBUQUERQUE, Xavier de. O Poder Judiciário na Conjuntura Política Nacional. *Revista AJURIS*, nº 24.
- 2 COUTURE, Eduardo J. *Vocabulário Jurídico*. 1960.
- 3 FERREIRA Fº, Manoel G. *Comentários à Constituição Brasileira*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1977, v. 2.
- 4 JACQUES, Paulino. *As Emendas constitucionais n.ºs 7, 8 e 9 Expli-cadas*. Rio de Janeiro, Forense, 1977.
- 5 KELLY, Prado. Supremo Tribunal Federal: Composição e Compe-tência. *Revista da OAB*, nº 20, a. VII, v. VII.
- 6 LEAL, Vitor Nunes. O Requisito da “Relevância” para Redução dos Encargos do Supremo Tribunal. *Revista Forense*, v. 213.
- 7 MARQUES, José Frederico. *A Reforma do Poder Judiciário*. São Paulo, Saraiva, 1979, v. 1º
- 8 NUNES, Castro. *Do Mandado de Segurança*. 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- 9 ———. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro, Forense, 1943.
- 10 ORLANDO, Pedro. *Novíssimo Dicionário Jurídico Brasileiro*. São Paulo, Ed. LEP S.A., 1959, v. 1º
- 11 *Reforma do Poder Judiciário — Diagnóstico*. Supremo Tribunal Federal. Departamento de Imprensa Nacional, 1975.
- 12 *Revista Trimestral de Jurisprudência* do STF, vols. 87, 92, 99 e 108.
- 13 ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983.
- 14 Supremo Tribunal Federal -- *Relatório* — 1981, Departamento de Imprensa Nacional.
- 15 TENÓRIO, Igor. “O “certiorari” americano e a advocatária no STF.” *Revista de Informação Legislativa*, a. 16, n. 61.

# Recurso extraordinário

JOSÉ GUILHERME VILLELA  
Advogado no Distrito Federal

## SUMÁRIO

- I — *Importância do recurso extraordinário*
- II — *Características do recurso extraordinário*
- III — *Pressupostos do recurso extraordinário*
- IV — *Arguição de relevância*
- V — *Juízo de admissibilidade do recurso extraordinário*
- VI — *Recurso adesivo*
- VII — *Embargos de divergência*
- VIII — *Embargos de declaração*
- IX — *Considerações finais*

### I. *Importância do recurso extraordinário*

A importância do recurso extraordinário decorre do fato notório de constituir ele o principal instrumento de que se vale a Suprema Corte para o desempenho da tarefa de manter, em todo o País, a autoridade e a unidade da Constituição e das leis federais.

2. Desnecessário é assinalar o relevo dessa competência judiciária num Estado federal, em que os Estados-Membros dispõem de Justiças próprias e autônomas, às quais cabe aplicar não só o respectivo direito estadual, como também o direito federal, isto é, o direito elaborado pela União, que deve ter aplicação uniforme em todo o território nacional. Em verdade, dificilmente se poderia compreender que o direito federal fosse um no Estado de São Paulo e outro no do Piauí, embora sejam óbvias as diferenças políticas, sociais e econô-

micas entre esses dois Estados, que integram a Federação brasileira. Mas isso seria inevitável, ao cabo de maior ou menor tempo, se os julgados paulistas e piauienses ou de quaisquer outros Estados não pudessem ser submetidos a um Tribunal Superior federal, seja para efeito de cassação, seja para efeito de revisão sob o aspecto jurídico.

3. Seguindo o notável modelo americano, o constituinte republicano de 1891 estabeleceu que esse papel de defesa da unidade e autoridade da Constituição e das leis federais deveria caber ao Supremo Tribunal Federal, que assim foi erigido numa espécie de Tribunal de Superposição ou de Tribunal da Federação, ao qual estão subordinados tanto os órgãos judiciários federais de menor hierarquia, quer da Justiça ordinária, quer da especializada (trabalhista, eleitoral e militar), como os órgãos das Justiças estaduais.

4. É certo que o Supremo não tem somente essa função constitucional, porque, ao lado dela, tutela as liberdades individuais e ainda funciona como instância originária, no cível e no crime, para julgar determinadas matérias ou autoridades. Ressalte-se também que, até a Constituição de 1946, cumou a Corte a competência para atuar como Tribunal da União, ou seja, como Tribunal de 2ª instância para as causas de interesse da União, matéria hoje atribuída ao Tribunal Federal de Recursos, que já conta quase 40 anos de bons serviços à Justiça.

5. É óbvio que não menosprezo, nem o poderia fazer, a relevante atuação do Supremo Tribunal na tutela das liberdades individuais, que tanto prestígio lhe tem trazido ao longo de centenária existência. Entre recursos e pedidos originários de *habeas corpus* e de mandados de segurança (estes só a partir de 1934), a Corte já julgou mais de 60.000, no primeiro caso, e mais de 20.000, no segundo, e em numerosos desses processos atingiu os mais altos momentos de sua gloriosa trajetória na vida nacional, muitos deles ainda na memória de qualquer cidadão brasileiro.

6. É, porém, na atividade rotineira dos recursos extraordinários, que a Corte, embora sem o estrépito desses casos rumorosos, vem cumprindo sua tarefa intransferível da defesa do direito federal desde os primórdios da República, que consagrou a concepção dualista do Poder Judiciário, em virtude da qual os Estados-Membros mantêm Juizes e Tribunais próprios, o mesmo acontecendo com a União. Em mais de 100.000 recursos extraordinários, que lhe vieram até hoje, além de outros tantos agravos, muitos dos quais julgados duplamente, por força dos embargos para o Tribunal Pleno, pôde o STF construir essa laboriosa obra de definição do direito federal que a Constituição sempre lhe confiou, desde 1891 até nossos dias, quando já se sucederam no tempo 5 Constituições e não poucas emendas constitucionais ou alterações institucionais de porte.

7. Quer sob o aspecto quantitativo, quer sob o qualitativo, uma visão acerca do recurso extraordinário, que ora procurarei empreender, pode dar uma imagem da própria atividade judicante do Supremo Tribunal e, até mesmo, oferecer algumas perspectivas para o futuro próximo dessa instituição republicana tão notável, pois é a sobrecarga decorrente dos recursos extraordinários a pedra de toque de quase todas as sugestões reformistas. Tempo de mudanças ou reformas, como o que vivemos, costuma até desencadear polêmicas sobre a conveniência de manter no Supremo Tribunal a competência para julgar os recursos extraordinários, que são os mais numerosos e que, sem dúvida, respondem pelo congestionamento dos seus serviços, ainda não eliminado, apesar de sucessivas medidas paliativas.

8. É, pois, evidente a importância do recurso extraordinário, porque ele baliza o campo da própria função institucional básica do Supremo em nosso regime federativo, qual seja a defesa da Constituição e do direito federal, de modo a resguardar uma e outro de eventuais ofensas perpetradas pelos órgãos do Poder Judiciário dos Estados, cuja reconhecida autonomia não pode pôr em risco o princípio elementar do pacto federativo, que é o primado do direito federal.

9. Além desse significativo papel institucional que o recurso extraordinário cumpre, não é menos expressivo de sua importância a frequência com que tais recursos chegam ao Supremo Tribunal. Em menos de um século de existência, já foram autuados pela Suprema Corte 106.041 recursos extraordinários, os quais, se forem somados aos 104.308 agravos de instrumento e às 30.226 arguições de relevância — que não passam de tentativas de recursos extraordinários —, alcançariam 240.575 provocações de litigantes vencidos, com o propósito de levar o Supremo a rever as decisões locais. Assinalo que, apesar da hipertrofia da Justiça Federal, comum ou especializada, que resulta da moderna tendência centralizadora e intervencionista da União, ainda cabe às Justças dos Estados resolver a grande maioria das contendas individuais.

10. Portanto, quer pela natureza, quer pela frequência, é o recurso extraordinário o mais importante procedimento perante o Supremo Tribunal Federal, sendo, por isso mesmo, aquele de casuística mais rica e que tem despertado maior interesse e discussão entre os estudiosos, reformadores e advogados, embora, ao que me conste, nenhum sucedâneo tenha sido encontrado para ocupar o lugar que lhe cabe no ordenamento jurídico nacional.

## II. Características do recurso extraordinário

11. Na tentativa de dar alguma sistematização ao exame do nosso tema, convém começar com uma breve referência às características

do recurso extraordinário, a saber, sua natureza jurídica, singularidade, denominação e função ou finalidade.

12. **Natureza jurídica.** Sua natureza jurídica é de recurso processual à disposição do sucumbente, isto é, do vencido na causa, em cujo julgamento o STF dirime a questão federal suscitada e, ao mesmo tempo, decide a lide.

13. Se o Supremo tivesse sido instituído à semelhança das **Cortes de Cassação européias** (por exemplo, França e Itália), a constatação do erro de direito na apreciação da causa determinaria apenas a cassação do julgado e o reenvio do processo a novo julgamento pelo Tribunal inferior.

14. Modelado, no entanto, sob o tipo americano de **Corte de Revisão**, quando verifica ser caso de recurso extraordinário, ele julga, desde logo, a causa e restabelece a autoridade do direito federal não observado pela Justiça estadual. Aliás, acentuando essa característica, diz a Súmula 456 que "o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie". Alguns acórdãos vão a ponto de sustentar que a nova decisão da causa deve abranger não só as questões de direito como as de fato, à imitação do que sucede no direito americano. O Regimento atual se limita, todavia, a repetir o princípio da Súmula, no art. 324, *in fine*.

15. **Singularidade.** Singulariza-se o recurso por

- ser previsto na Constituição, e não nas leis processuais;
- ter a função específica de resolver uma questão federal;
- ser comum a todos os processos e Justiças.

16. **Denominação.** Criado pelo Decreto nº 848, de 1890, sem qualquer denominação — simplesmente recurso — assim continuou sob a Constituição de 1891 e a Reforma de 1926. Em razão de sua especialidade mesma, o Regimento do Supremo de 1891 e a Lei nº 221, de 1894, o denominaram recurso extraordinário, expressão consagrada pela Constituição de 34 e ainda hoje subsistente.

17. **Função ou finalidade.** A função ou finalidade específica desse recurso é tutelar a autoridade e a unidade do direito federal, sendo, portanto, eminentemente política.

18. Não importa, para o recurso extraordinário, que se tenha feito alguma injustiça à parte vencida, que se tenha negado o **jus litigatoris**; a eventual reparação de tal injustiça deve ser tentada através dos recursos ordinários previstos nas leis processuais. No terreno do recurso extraordinário, a Constituição só se preocupa com o restabelecimento do direito federal acaso violado, isto é, com a solução da **questio juris**

federal. Daí dizer PONTES DE MIRANDA que o recurso extraordinário procura assegurar

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

19. Neste ponto, cabe referir que os leigos não raro ficam apreensivos ou alarmados quando ouvem nas sessões da Corte ou lêem nos seus acórdãos que a injustiça que reconhecem existir na decisão estadual recorrida não justifica a revisão extraordinária, onde não se reaprecia a matéria de fato ou de prova, mesmo que o tribunal local não a tenha examinado com a desejável correção. Já se acentuou até, com proposital exagero, que a Alta Corte não é Tribunal de **Justiça**, tanto que esse vocábulo não consta ao menos de seu nome, que é Supremo Tribunal Federal, para indicar sua típica função federativa de defender a Constituição e o direito da União.

20. Se assim deve ser por efeito da finalidade teórica da instituição, não posso deixar de lembrar que, na prática, não é incomum que os Juizes do Supremo se deixem sensibilizar pelo ideal de justiça no caso concreto e, relegando a fria ortodoxia do recurso extraordinário, muitas vezes revejam decisões locais, diante da evidência do erro enorme ou de manifesta injustiça. Nesses casos, costuma calar-se o jurista para falar o juiz: sem repelir pacíficas regras técnicas do julgamento extraordinário, a Corte às vezes se inclina pela necessidade de rejulgar a causa decidida erroneamente, empregando nessa operação algum arbítrio que a posição de Tribunal de cúpula não deixa de favorecer. É claro que isso não ocorre com frequência, mas o observador atento da atividade judicante não teria grande dificuldade em apontar numerosos exemplos em que se consentiu na solução processualmente heterodoxa para se atingir o superior ideal de justiça.

### III. Pressupostos do recurso extraordinário

21. Os rígidos pressupostos do recurso extraordinário são condicionados pelas próprias características desse meio de impugnar decisões judiciais. Alguns desses pressupostos têm natureza genérica, outros são de ordem constitucional e os demais decorrem de normas meramente regimentais, embora estes últimos fiquem melhor enquadrados como causas especiais de exclusão do cabimento do recurso extraordinário.

22. **Pressupostos genéricos.** Entre os pressupostos genéricos do recurso, coloco não só a existência de uma causa decidida em única ou

última instância por tribunal, como também a presença de uma questão de direito federal.

23. Sob o direito anterior, uma causa decidida por juiz singular que, em razão da alçada, não comportava sequer apelação, poderia chegar ao STF pela via do recurso extraordinário, agora trancada aos litigantes. Apesar de a conveniência de restaurar o império do direito federal não dever ficar na dependência do valor da causa, o certo é que o constituinte julgou demasia ou exagero levar ao Supremo um caso menor que não justificaria ao menos apelação para os Tribunais de Justiça ou de Alçada dos Estados.

24. A expressão **causa** está em sentido amplo, abrangendo os feitos de jurisdição voluntária ou contenciosa, sejam as decisões respectivas terminativas, definitivas ou interlocutórias. Desde que irrecorríveis perante a Justiça originária, podem dar margem a recurso extraordinário. Daí dizer a Súmula 281 que “é inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”, enunciado que se completa com o da Súmula 354 sobre a definitividade da parte unânime não embargável da decisão local e o da Súmula 355, que considera tardio o recurso extraordinário interposto de decisão sobre embargos infringentes parciais, quando naquele recurso se impugna a parte da decisão não abrangida pelos ditos embargos parciais. Releva referir aqui que a discussão em torno do cabimento de embargos infringentes em apelação relativa a mandado de segurança ficou superada pela jurisprudência posterior ao Código de Processo Civil vigente, que preferiu, por motivo pragmático mas de juridicidade discutível, negar a possibilidade de tais embargos (Súmula 597).

25. Quanto à existência da questão federal, a Súmula 280 recorda que “por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”. Não raro, entretanto, sob a aparência da aplicação de leis locais está envolvida uma típica questão federal, como ocorre, por exemplo, quando se cuida de resolver uma questão de direito intertemporal relativa a leis locais para determinar a que deve reger o caso concreto.

26. Na presença de mandado de segurança concedido sem a demonstração de direito líquido e certo, que deveria resultar da legislação local, já se tem reconhecido também violação do próprio direito federal, a saber, do art. 153, § 21, da Constituição, e do art. 1º da Lei federal nº 1.533/51.

27. Para efeito de recurso extraordinário, as leis federais, pertinentes ao Distrito Federal, têm sido consideradas locais, impossibilitando assim o cabimento do recurso em questão. Casos há em que as leis estaduais, como **ius receptum**, consagram normas idênticas às federais, mas não perdem seu caráter de leis locais imunes à revisão extraordinária, embora existam julgados dissonantes desse entendimento.



28. É claro que o STF, ao julgar o recurso extraordinário, deve considerar os fatos da causa na versão do acórdão local, já que não é da índole de tal recurso rever a soberana apreciação das provas ou a interpretação de cláusulas contratuais, como advertem os verbetes 279 e 454 da Súmula. A operação de julgar se limita então ao confronto entre a tese jurídica adotada pelo Tribunal local e a tese consagrada pela lei ou pelos arestos paradigmas apontados pelo recorrente. Isso não quer dizer, porém, que a mera qualificação jurídica de um fato incontroverso, não caiba no campo do recurso extraordinário ou que não se distinga a simples questão de apreciação da prova, em que a Justiça local é soberana, da questão de valorização da prova, que se insere no plano dos próprios princípios jurídicos relacionados com a prova judiciária, como por exemplo, o da aptidão ou idoneidade de determinado meio de prova. Até mesmo quanto à interpretação contratual costuma fazer a Corte a distinção entre *res facti* e matéria de direito, quando verifica, por exemplo, a transgressão do princípio jurídico acolhido pelo art. 85 do Código Civil, segundo o qual “nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção do que ao sentido literal da linguagem”. A necessidade imposta pelo art. 1.666 do mesmo Código de bem atender à vontade do testador, às vezes, determina certo abrandamento no critério tradicional, para chegar-se até à revisão da matéria de fato, na tentativa de, com mais segurança, pesquisar aquela vontade.

29. Para que caiba o recurso extraordinário se exige ainda o chamado prequestionamento da matéria federal suscitada pelo recorrente, isto é, que tenha sido ela discutida na causa e também ventilada na decisão recorrida (Súmula 282), a ponto de exigir-se a oposição de embargos de declaração para suprir eventual ponto omissivo e, por extensão, o próprio requisito do prequestionamento (Súmula 356). A esse propósito, devo salientar que, malgrado alguns acórdãos em contrário, não é preciso seja a alegada disposição de lei mencionada na decisão recorrida, mas sim que tal decisão haja tratado da questão sugerida pela apontada disposição.

30. Por outro lado, se a omissão do acórdão recorrido persistir depois dos embargos declaratórios — o que é comum, dada a notória má vontade dos Juizes para com tais embargos — reputa-se satisfeito o requisito do prequestionamento, embora alguns julgados optem por inclinar-se neste caso pela existência de ofensa aos preceitos da lei processual que regulam os embargos de declaração, ao invés de considerar implicitamente repelida a *quaestio juris* abordada pelo embargante e recorrente. A exigência de prequestionamento, que busca apoio no vocábulo *questionar* aludido nas Constituições de 1891, 34, 37 e 46 (v., desta última, a alínea b, do art. 101, inciso III), é criticada por alguns doutores, que chegam a considerá-la simples construção pretoriana, mas dela o STF raramente abre mão (o caso excepcional mais

persistente tem sido aquele em que se alega nulidade do próprio julgamento a quo, digamos por falta de convocação regular dos interessados; também é freqüente, no caso de desapropriação, a dispensa do prequestionamento para aplicar correção monetária; noutros, atinentes a matéria constitucional, coisa julgada e incompetência absoluta, apesar de já ter sido considerado prescindível o requisito, essa posição não conta adeptos que atualmente possam formar maioria).

31. Recusa-se ainda o cabimento do recurso, quando a ofensa ao direito federal não produz qualquer consequência prática, como quando a decisão recorrida se mantém por fundamento diverso do que foi atacado pelo recorrente (Súmula 283). Afasta-se ainda quando a decisão local haja dado razoável interpretação à lei federal, mesmo que não seja a melhor, de acordo com a temível Súmula 400, cujo subjetivismo tem dado margem a críticas severas (cf., v.g., comentário do advogado paulista HUBERT VERNON L. NOWILL, in *Revista Forense* 254/469-471). Reduzindo o alcance desse enunciado da Súmula, o STF vem declarando que ela não tem aplicação aos casos de interpretação da Constituição, de que naturalmente não é lícito à Corte abdicar em nosso sistema jurídico.

32. Os arestos mais antigos, proferidos a um tempo em que havia menor rigor na apreciação dos pressupostos do recurso extraordinário, admitiam seu cabimento diante do "erro conspícuo", da "ofensa estridente ao direito federal" ou quando o juiz "delirava na interpretação da lei"; embora essas expressões andem ausentes dos arestos, os princípios que elas exprimem continuam abonados pela prática moderna em torno da alínea a do preceito constitucional, até mesmo por oposição ao criticável enunciado da Súmula 400.

33. **Pressupostos constitucionais.** São pressupostos constitucionais, os que se podem extrair do art. 119, inciso III, alíneas a a d, da Constituição, que prevêem os casos de seu cabimento, isto é:

a) contrariedade a dispositivo constitucional ou negativa de vigência de tratado ou lei federal;

b) declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) reconhecimento da validade de lei ou ato do governo local contestados em face da Constituição ou da lei federal; e

d) divergência na interpretação da lei federal com outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal.

34. Tratando-se de matéria trabalhista ou eleitoral, normas constitucionais expressas (arts. 143 e 139) reduzem esses pressupostos a um único: contrariedade a dispositivo constitucional.

35. Quanto ao pressuposto da alínea **a**, exigiu-se para tratado ou lei federal **negativa de vigência**, mas para dispositivo constitucional, simples **contrariedade**, com o propósito evidente de reduzir o âmbito de incidência da cláusula de 1946, que se contentava em ambos os casos com a simples **contrariedade**. O STF, acompanhando a doutrina PRADO KELLY, admiravelmente exposta em conhecido **leading case**, preferiu atenuar as **verba legis** e deu à cláusula da **negativa de vigência** o sentido de **negar aplicação à lei**, ou seja, deixar de reconhecer eficácia à norma federal no caso concreto. As várias tentativas de restringir o novo preceito aos temas exclusivamente de direito intertemporal, como sua literalidade poderia sugerir, não foram bem recebidas, prevalecendo atualmente a doutrina KELLY, que possibilita a construção da negativa implícita ou virtual de vigência, de livre curso no jargão do Tribunal. Aliás, foi esse exemplo tomado por EVANDRO LINS E SILVA, em artigo sobre a arguição de relevância, precisamente para *mostrar que uma interpretação também subjetiva adotada pela Corte deu ao texto constitucional a interpretação que sempre prevaleceu na República, não se curvando à provável intenção do constituinte de reduzir o âmbito de incidência da cláusula da letra a (RF. 255/43-46).*

36. *Relativamente ao pressuposto da alínea d — dissídio de julgados — que é o outro caso de mais freqüente utilização pelas partes, vem-se observando uma tendência restritiva, que se manifesta claramente no rigorismo com que se examina a alegada divergência com os padrões. A velha Súmula 291 vinha exigindo a comprovação do dissídio por certidão ou indicação de repertório de jurisprudência, impondo ao recorrente a tarefa, nem sempre bem cumprida, de mencionar as **circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados**. Havia, no entanto, certa tolerância à omissão do recorrente, ou, mais propriamente, do seu patrono, quando a divergência transparecia do julgado trazido a confronto; agora a severidade é maior, com a exigência da chamada demonstração analítica da divergência, não bastando transcrever ementas ou juntar cópia integral do julgado apontado.*

37. Nalguns arestos, a Corte chega a reconhecer a divergência quanto ao **jus in thesi**, mas repele o recurso dada a diversidade das hipóteses de fato, o que só seria legítimo, se a divergência quanto aos fatos considerados pudesse refletir, direta e imediatamente, na aplicação do direito. Parece definitivamente afastada a benignidade de alguns acórdãos mais antigos, que dispensavam o recorrente de comprovar a divergência com o STF, a pretexto de que o Tribunal deve conhecer sua própria jurisprudência.

38. O rigor da Súmula 291 ganhou foros de norma regimental (art. 322) e se vai ao extremo de recusar prestabilidade à indicação de julgado divulgado em tradicionais e idôneos repertórios, que só não podem ser considerados **autorizados**, por não publicarem os acórdãos na íntegra.

39. A divergência, quando já superada pela orientação mais recente da Corte, afasta o recurso (Súmula 286); justifica-o, todavia, o dissídio entre Tribunais de Justiça e os de Alçada, ou entre estes últimos, do mesmo Estado, posto que só julgados do mesmo Tribunal não sirvam para fundamentar o recurso (Súmula 369). Algumas vezes, num verdadeiro terrorismo judiciário, sequer a prova da definitividade da decisão confrontada, quando só seria lícito afastar o confronto na hipótese de ser provado que o Tribunal local, por órgão judicante superior, modificou o acórdão-padrão.

40. No que concerne às hipóteses das letras **b** (declaração de inconstitucionalidade de lei) e **c** (validade de lei ou ato local contestados em face do direito federal), há mais objetividade na norma constitucional, ensejando, portanto, menor espaço para discussão. Diga-se ainda que o pressuposto da letra **c** tem sido invocado constantemente na matéria tributária e administrativa, diante da maior comodidade de erigir o recurso, envolvente de direito local, em eventual ofensa a normas da Constituição federal, do Código Tributário Nacional ou do Estatuto dos Funcionários da União e de outras leis federais de âmbito nacional, pelo menos genérico. Aqui também se aboliu qualquer permissividade, pois não mais prevalece a tese do conhecimento automático e resultante da mera alegação de inconstitucionalidade, tão arduamente defendida pelo saudoso Ministro Luiz Gallotti; o que vige hoje é a tese da Súmula 285: não sendo razoável a arguição de inconstitucionalidade, não se conhece do recurso extraordinário fundado na letra **c**.

41. **Pressupostos regimentais ou causas de exclusão.** Sujeita-se atualmente o recurso extraordinário a uma dupla normatividade: ao lado da de natureza constitucional, há a de natureza regimental, fruto da outorga dada à Corte pelo § 1º do art. 119 da Constituição, **verbis**:

As causas a que se refere o item III, alíneas **a** e **d**, deste artigo serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no Regimento Interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal.

42. A seu turno, o § 3º do mesmo art. 119 dispõe que "o Regimento Interno estabelecerá", entre outros assuntos,

"o processo e julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal" (alínea **c**).

43. Há, pois, uma terceira classe de pressupostos do recurso extraordinário, que é a dos pressupostos regimentais, que não passam, aliás, de causas de exclusão de sua admissibilidade, aos quais farei breve referência, compatível com os limites desta exposição.

44. No uso da faculdade constitucional a Corte, através de seu *Regimento Interno*, excluiu a admissibilidade do recurso extraordinário — mesmo havendo negativa de vigência da lei federal ou dissídio de julgados — naqueles casos especificados no art. 325, que são os seguintes, aqui referidos em abreviado:

— processos por crimes com penas de detenção, prisão simples ou multa;

— **habeas corpus** que não trancarem a ação penal;

— mandados de segurança sem julgamento do mérito;

— litígios decorrentes de acidente do trabalho, relações de trabalho, previdência social, relação estatutária de serviço público;

— ações rescisórias improcedentes; ações de procedimento sumaríssimo; procedimentos especiais de jurisdição contenciosa ou voluntária, tanto do Código de Processo Civil, quanto de leis especiais; processos cautelares; execuções; ações versando sobre questões menores de processo civil; valor da causa inferior a 50 ou 100 salários mínimos; revisões criminais e ações rescisórias originadas de causas excluídas do recurso extraordinário.

45. A exclusão regimental remonta a 1970, quando, ao ver de CALMON DE PASSOS, o Supremo agiu com “cerimônia de estreante” (RF 259/11-22, trecho citado à p. 14). Além de sensivelmente menor a pauta das exclusões, ficara ressalvada a ofensa à Constituição, que ainda persiste, e a divergência manifesta com a jurisprudência do Supremo Tribunal (art. 308, **caput**).

46. Na Emenda Regimental nº 3, de 12-6-75, ampliou-se o elenco dos feitos excluídos, fazendo-se as ressalvas abrangerem a ofensa à Constituição e a relevância da questão federal. Aí se introduziu o requisito da relevância, antes mesmo de claramente enunciado na Constituição, o que só veio a ocorrer com a Emenda Constitucional nº 7, que estabeleceu a Reforma Judiciária de abril de 1977.

47. Com o art. 325 do Regimento de 15-10-80, ainda vigente, a Corte foi mais longe, porque, além de aumentar a lista dos casos excluídos, incorporou toda a orientação restritiva que se formara durante a prática da ER nº 3/75. Não oferece qualquer compensação a ressalva introduzida acerca da manifesta divergência com a Súmula do STF (art. 325, **caput**, onde figura ao lado da ofensa à Constituição e da relevância da questão federal), porque a orientação anterior já era no sentido de aceitar a divergência com a Súmula como caso de relevância da questão federal.

48. Os dispositivos regimentais têm sido aplicados cumulativamente, de modo que mais de um deles pode servir de óbice ao recurso extraor-

dinário, mas é pacífico que o valor da causa não influi quanto a recursos interpostos em mandados de segurança, talvez porque o exercício dessa ação tenha sido facultado por norma constitucional da declaração de direitos individuais, que a jurisprudência não se sentiu estimulada a restringir.

49. Não havendo tempo para detido exame em torno de cada caso, convém reproduzir uma oportuna observação de TEOTÔNIO NEGRAO, que se lê em suas preciosas, seguras e atualizadas anotações ao Regimento Interno do STF (3ª edição):

“O confronto dos incisos III a VIII mostra que, salvo nas ações ordinárias de valor superior a cem salários mínimos (e, além disso, com as restrições do inciso VII) — às quais se poderia acrescentar uma referência também à restrição do inciso IV, pelo menos nas alíneas c e d —” ficou drasticamente limitado o cabimento do recurso extraordinário no cível.

Assim é que, no processo de conhecimento, exige-se arguição de relevância para as ações de procedimento sumarríssimo (V-b); no de execução, quase nada escapa a essa exigência (VI); no cautelar, nada (V-d); quanto aos procedimentos especiais, tanto de jurisdição contenciosa (V-c e f) como voluntária (V-e), as limitações abrangem locações, possessórias, consignações em pagamento, alimentos, desapropriações etc.” (p. 68, nota 6, ao art. 325).

50. Vê-se, pois, que, através de uma enumeração complexa, para não dizer cabalística, o Regimento Interno acabou interpondo, como se afirmou num dos recursos dirigidos à Corte, um campo minado entre a Nação e o Supremo, que alguém dificilmente pode percorrer incólume. Melhor teria sido que o constituinte houvesse adotado irrestritamente o requisito da relevância para todos os casos, como preconizou, sem êxito, o próprio Supremo Tribunal Federal no anteprojeto de Reforma Judiciária apresentado ao Governo federal em 1965, em cuja justificativa ficou escrito:

“Afora essa medida especial acima indicada (refere-se à existência de um colegiado menor, composto de 3 juizes, no próprio Tribunal a quo, para o juízo prévio sobre a admissibilidade do recurso extraordinário), a solução definitiva, que porá termo ao abuso do recurso extraordinário, parece ser a introdução de um requisito novo, mantidos os atuais casos de interposição.

Assim, para que o Supremo Tribunal conheça do recurso, dever-se-á exigir que a questão federal nele envolvida seja de alta relevância. Essa relevância será apreciada

sobretudo do ponto de vista do interesse público. Fora dessa hipótese, na qual estão incluídas as arguições de inconstitucionalidade, o recurso extraordinário não deverá ser admitido" (**Reforma Judiciária**, DIN, 1965, p. 13).

51. Se verificarmos que até 1946 — depois de 56 anos do sistema — foram ao STF pouco mais de 10.000 recursos extraordinários, e que, nestes últimos 39 anos, lhe vieram mais de 96.000, além dos numerosos agravos e arguições de relevância, fica evidente que é preciso fazer algo para manter o recurso extraordinário como instrumento de defesa da Constituição e das leis federais, a cargo do Supremo Tribunal Federal, como nossos diversos constituintes sempre desejaram.

52. Só o requisito da relevância parece ser a solução, consoante irrecusável demonstração do inolvidável Ministro VICTOR NUNES LEAL, em artigo publicado na **Revista de Informação Legislativa**, a. 2 n.º 7, pp. 19/33. Nesse magistral trabalho, fruto da experiência de antigo advogado e de notável juiz, VICTOR NUNES examinou minuciosamente e rejeitou com argumentação irresponsável todas as soluções então alvitradas para resolver o problema do congestionamento do serviço judiciário no STF (aumento de número de Ministros — objeto de um artigo anterior — limitação da letra a, uso prévio da ação rescisória, criação de Tribunal Superior de Justiça e de Corte Constitucional), para recomendar somente a adoção do requisito da relevância, que deveria ser examinado como preliminar dos recursos extraordinários, em julgamento público e motivado, sem os inconvenientes da atual e criticada arguição de relevância, ao que se anuncia, prestes a ser generalizada. Oxalá a oportunidade de reverenciar a memória do grande e injustiçado juiz sirva a que todos reflitam em torno de sua pregação no sentido da adoção generalizada do requisito da relevância em matéria de recurso extraordinário, que não pode jamais ser confundido com o infeliz procedimento da arguição de relevância, que parece ameaçar a sobrevivência desse importante e utilíssimo remédio constitucional.

#### IV. Arguição de relevância

53. A arguição de relevância foi imaginada para desencorajar a utilização abusiva do recurso extraordinário, ou seja, o uso constante de recursos destituídos de condições de admissibilidade, que sempre sobrecarregaram as pautas da Corte, já que se fala em crise do Supremo Tribunal desde o remoto ano de 1915.

54. Nestes 10 anos de arguições de relevância, o elevado número delas — mais de 30.000 até hoje — está a mostrar que, se a meta

não foi integralmente conquistada, muitos recursos extraordinários cabíveis foram sacrificados dada a dificuldade sentida pelos profissionais de todo o País no dominar as regras procedimentais do instituto, que não deve ser debitada apenas à decantada deficiência dos advogados, porquanto uma boa parcela deve correr à conta do exagerado tecnicismo ou mesmo do frívolo artificialismo de certas normas regimentais.

55. Basta atentar, por exemplo, para os chamados "casos de exclusão de inadmissibilidade do recurso extraordinário", que se insinuam nos diversos incisos do art. 325. As duas negativas dessa curiosa expressão significam uma afirmativa, pelo que, na presença de um deles, a arguição de relevância, que, à primeira vista, pareceria necessária, torna-se dispensável, porque o reconhecimento da existência de um caso de exclusão de inadmissibilidade compete ao juízo de admissibilidade do recurso pelo Presidente do Tribunal de origem. Por isso mesmo, se o recurso, nesses casos, não for admitido, o vencido terá de lançar mão do agravo de instrumento, e não da suposta arguição de relevância, pois esta última tem a ver com os casos de inadmissibilidade do recurso, mas não com os de exclusão de inadmissibilidade dele.

56. O quadro verdadeiramente caricatural em que se insere esse jogo de palavras evidencia que a prática dos 10 primeiros anos da arguição de relevância não poderia mesmo ser satisfatória. Em primeiro lugar, acentue-se que são muito numerosas as arguições desnecessárias, porque não destinadas à única finalidade do incidente, que é afastar o óbice à admissibilidade do recurso extraordinário pelas letras *a* e *d*, quando tal óbice já não está afastado pela alegação razoável de ofensa à Constituição, pela divergência com a Súmula ou por não se achar o caso efetivamente incluído em algum dos incisos do art. 325 do Regimento Interno. Segundo os dados do último relatório da Secretaria, o STF não conheceu de cerca de 20% das 5.656 arguições julgadas pelo Conselho (embora não haja obrigação de motivar a decisão, de uns tempos para cá, a publicação da ata do julgamento passou a mencionar não ter sido conhecida a arguição, nesses casos em que ela não seria necessária).

57. Como o julgamento se faz em sessão de Conselho, que é secreta, e não se registra qualquer motivação, as partes, mesmo as mais freqüentes ao Tribunal, não podem conhecer a orientação que predominou nos 30.000 julgamentos realizados nos 10 anos de prática do sistema. São tão sigilosos os critérios de relevância da Corte que, mesmo os advogados de freqüência diária às lides pouco conseguem perceber de útil quanto à orientação dominante. Parece que, durante o regime da Emenda nº 8/75, foi habitualmente considerado caso de relevância a divergência com a Súmula ou a declarada insubordi-



nação de Corte local à jurisprudência do STF (por esse último motivo é que foram acolhidas *numerosíssimas* arguições de relevância formuladas pelo Ministério Público do Distrito Federal em processos criminais, onde se tinha dispensado a identificação datiloscópica do acusado, já identificado civilmente, contrariando a regra da Súmula 568, tema, aliás, *data venia*, de absoluta irrelevância, para merecer tão reiteradas decisões do Supremo).

58. Embora na doutrina critérios diversos sejam recomendados por VICTOR NUNES LEAL, EVANDRO LINS E SILVA, BARBOSA MOREIRA e outros, só lhes posso dizer, parodiando a ironia de BEUDANT acerca do conceito de injúria grave para justificar o desquite: questão federal relevante é tudo quanto um hábil advogado consegue inculcar como tal (*apud* WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, in *Curso, Direito de Família*, 1962, p. 201).

59. O processo da arguição de relevância, que é muito complicado, lento e dispendioso, já foi alterado para melhor, quando se dispensaram as 11 vias do instrumento, o que, certamente, não ocorreu para facilitar a vida das partes, mas para poupar os arquivos do Tribunal.

60. Creio que possa finalizar condignamente este tópico de minhas palavras com uma referência a certo caso em que o argüente, ao invés de deduzir a relevância em capítulo autônomo da petição de recurso extraordinário, confundiu-se e só formulou a arguição, deixando de mencionar que estava interpondo aquele recurso, apesar de a petição respectiva ostentar inequívoca feição de interposição de recurso. Para desespero desse argüente, sua arguição foi acolhida — era caso de ofensa à Súmula 123 (*impossibilidade de purga da mora na locação regida pelo Decreto nº 24.150*) — o recurso, porém, não foi apreciado, sob o fundamento de que transitara em julgado a decisão da apelação, já que a arguição de relevância não é recurso, ou seja, não é meio de impugnar decisões judiciais. O acolhimento da arguição foi um privilégio que naquele ano só 5,43% dos argüentes tiveram, mas o não conhecimento do recurso extraordinário, que a arguição objetivava viabilizar, parece ter sido um duro castigo para o advogado que ousou convencer o Eg. Conselho da relevância da questão federal.

## V. Juízo de admissibilidade do RE

61. Como todos os recursos que se sujeitam a pressupostos especiais (revista trabalhista, recurso especial eleitoral, embargos etc.), comporta o recurso extraordinário um juízo prévio de admissibilidade, que só é manifestado em definitivo pela Turma ou pelo Plenário do STF no momento em que se delibera sobre o conhecimento do recurso, isto é, quando a causa é submetida à apreciação final da Corte.

62. Antes desse juízo definitivo de admissibilidade a cargo do Tribunal *ad quem*, cabe um juízo prévio do Presidente do Tribunal de origem, perante o qual se interpõe o recurso, que foi estabelecido desde 1958 pela Lei nº 3.396, que disciplinou o recurso extraordinário e, nesse particular, teve o propósito de desafogar o serviço do STF, ao qual não deveriam subir recursos manifestamente incabíveis.

63. Considerando que tem havido o necessário rigor por parte dos Presidentes dos Tribunais locais, devemos concluir que a Alta Corte tem sido poupada de numerosos feitos inviáveis, como atesta o elevado número de agravos de instrumento (104.308 até hoje), que, em regra, sofrem julgamento sumário e singular, através de simples despacho do relator.

64. Sendo o STF o verdadeiro juiz do cabimento dos recursos para ele interpostos, não pode o agravo de instrumento ser sonogado a seu conhecimento, admitindo-se até mesmo a reclamação prevista no art. 159 do Regimento Interno para evitar essa usurpação de competência e permitir-lhe a palavra final sobre o cabimento do recurso extraordinário.

65. Negada a subida do recurso extraordinário, abre-se assim a possibilidade do agravo de instrumento contra o despacho presidencial denegatório, que poderá ser interposto em 5 dias. Formado o instrumento, processado e preparado o agravo, a prática posterior a 1963 é a do julgamento pelo próprio relator, que age como delegado da Turma ou do Plenário.

66. A fundamentação deficiente do agravo prejudica seu conhecimento, *cf.* Súmula 287, enquanto o dever de fiscalizar a regular formação do instrumento incumbe ao agravante, que não pode suprir depois eventual falta de peças processuais necessárias, mesmo aquelas consideradas de traslado obrigatório pelo Código de Processo Civil (art. 544, parágrafo único) — *cf.* Súmula 288.

67. Em caso de provimento do agravo, não há recurso algum facultado ao vencido, porquanto o despacho do relator ou decisão do Tribunal nessa oportunidade não impedem a oportuna reapreciação da questão da admissibilidade do recurso extraordinário (art. 316 do Reg.)

68. Do despacho do relator que nega seguimento ao agravo ou determina seu arquivamento, cabe, no entanto, o agravo regimental do art. 317 do Regimento, como nos demais casos de decisões singulares proferidas por delegação de Turma ou do Tribunal. Com esse alvitre regimental, ficou preservada, em tese, a competência da Corte para a última palavra em torno do cabimento do recurso extraordinário.

69. Se o agravante não lograr a reconsideração do próprio relator, creio ser o agravo regimental mera formalidade, por ser tal recurso

aquele que menos favorece o recorrente, sendo quase nula a margem de casos providos pela Turma ou pelo Pleno, situação ainda mais desanimadora quando se sabe que desse julgamento coletivo do agravo regimental não cabe qualquer outro recurso.

## VI. Recurso adesivo

70. No caso de *sucumbência simultânea*, havendo recurso extraordinário admitido, pode ser interposto o recurso adesivo de que trata o art. 500 do C. Pr. Civ., se ocorrerem os pressupostos do seu cabimento. O prazo é de 10 dias contado da admissão do recurso principal, quando é de 15 para o recurso principal nos feitos cíveis (prevalecem os prazos diversos das leis processuais civis, criminais, eleitorais ou trabalhistas, por não ter o Regimento previsto um prazo único, como seria recomendável). Se o recurso principal subir em consequência do provimento de agravo de instrumento, o prazo será o que couber para as *contra-razões* (cf. §§ 1º, 2º e 3º do art. 321 do Regimento).

## VII. Embargos de divergência

71. A esta altura, parece ainda adequada uma breve alusão aos embargos de divergência, que possibilitam que alguns recursos extraordinários e agravos de instrumento, depois de julgados pelas Turmas, sejam apreciados uma outra vez pelo Plenário.

72. Segundo a terminologia tradicional, a denominação embargos deveria ter ficado reservada para aqueles previstos no art. 333, que, de fato, pressupõem decisão não unânime do Plenário ou das Turmas. Ocorre, porém, que o art. 333 do Regimento manteve os chamados embargos de divergência — com a feição do extinto recurso de revista — para prevenir divergência interna entre as Turmas e o Plenário da Corte. Esses embargos são cabíveis das decisões das Turmas quando proferidas em recurso extraordinário e em agravo de instrumento, não quando o tenha sido em agravo regimental.

73. A divisão em Turmas, que havia sido deliberada em 1931 como medida de emergência para descongestionar o serviço do Tribunal, acabou tornando situação definitiva e permanente, impondo a necessidade desses embargos para harmonizar eventuais e inconvenientes dissensões internas.

74. Os embargos de divergência não cabem, se o dissídio já foi superado (art. 332), mas são admissíveis quando se confrontarem decisões de uma mesma Turma, embora com composição majoritária diferente, o que tem sido comum pela variação dos componentes das

Turmas. Outrora se exigia que a divergência alegada nos embargos já viesse anteriormente indicada no próprio recurso extraordinário (Súmula 253). Contudo, hoje prevalece outra orientação, pois se entende que a rejeição da divergência pela Turma não pode autorizar esses embargos, sem o risco de transformá-los em embargos infringentes.

75. Tentativa bastante frequente de embargos de divergência é a que busca fundar-se em regras técnicas de julgamento do recurso extraordinário, que não teriam sido observadas, pelo menos implicitamente, no julgado embargado. A Corte já firmou entendimento de que o embargante, nessa hipótese, procura infringir o acórdão, mas não cotejar a tese jurídica por ele adotada com a do padrão, como é da índole dos mal denominados embargos de divergência e da revista, daí não admitir semelhantes embargos.

#### VIII. Embargos de declaração

76. Sublinho, finalmente, que os embargos de declaração têm no STF a mesma função do processo comum. Vale ressaltar apenas que a eventual concretização de um erro judiciário irreparável, pelo menos de pronto, leva algumas vezes o Tribunal a dar maior elastério aos embargos de declaração, a ponto de já se haver chegado até à modificação do acórdão embargado. Aliás, a propósito, o próprio Regimento na parte final do art. 338 ressalva a hipótese da necessidade de julgar algum outro aspecto da causa como consequência do suprimento da omissão ou sanção da obscuridade, contradição ou dúvida de que se ressentia o julgado embargado.

#### IX. Considerações finais

77. Antes de concluir, penso ser de meu dever encarecer a necessidade da maior cautela possível na interposição do recurso extraordinário, já que para ele não prevalecem as máximas do tipo *da mihi factum dabo tibi jus, jura movit curia* ou *la cour connaît le droit*. A *quaestio juris* federal deve ser deduzida cautelosa e convenientemente desde a interposição do recurso, já que não pode ele ser suplementado nas razões, em memoriais ou mesmo na defesa oral. Sendo um recurso eminentemente técnico, deve ser sempre confiado a advogados habilitados, sob pena de comprometer, não só o *jus constitutionis*, determinante da instituição desse remédio processual, como também o próprio *jus litigatoris* do constituinte, cuja defesa na instância ordinária ou na extarordinária é a razão de ser da nossa profissão, seja como ministério privado, seja como serviço público.

# A Universidade como órgão do Estado(\*)

PAULO DE FIGUEIREDO

Exerceu os seguintes cargos: no Senado Federal: Consultor-Geral, Secretário-Geral da Presidência, Diretor da Assessoria Legislativa, Assessor Legislativo. No Rio: Assessor Parlamentar da Presidência da República, Professor (Substituto) na Faculdade de Direito de Ciências Jurídicas, Membro do Conselho Técnico da Fundação Rádio Mauá. Em Goiás: Professor na Faculdade de Direito, Advogado do Estado, Procurador Fiscal, Promotor Público, Presidente do Conselho Administrativo. Em Brasília: Assessor Técnico da Confederação Nacional da Indústria, Professor da Escola Normal N. S. de Fátima

## I — *O homem e a sociedade. Ciência e política. A Universidade e a formação do homem. O papel das elites*

O homem, sabemos todos, é, também, um animal. Mas, um animal diferente. Ele não vive por viver, limitando-se a usufruir os frutos da natureza, *durando*, apenas, integrado no meio, confundido com ele, dependendo dele. Conquanto na natureza, ligado a ela, precisando dela, o homem modifica-a, corrige-a, melhora-a e dela se aproveita, fazendo-o em termos humanos, isto é, em favor do aproveitamento de seus elementos para o aperfeiçoamento seu e da sociedade.

É o homem quem, pela sua vontade e sua inteligência, ordena as coisas, dando-lhes sentido e destinação. O homem domina o meio, e não só o meio físico. É ele quem faz a sociedade à sua feição.

(\*) Obra póstuma.

A sociedade maior é a nação. A sociedade em seu grau mais elevado de desenvolvimento. A sociedade perfeita. E como é o homem que a constrói, e como a história é a vida das nações em suas lutas e conquistas, é o homem quem escreve a história: "El animal — diz PAULINO GARAGORRI (1) — usufructúa la naturaleza con que se encuentra, pero el hombre la altera y reforma su próximo ambiente de tal suerte que ha logrado vivir en un mundo fabricado por sus manos. Pues lo propio del hombre es valerse de lo que ha sido ofrecido y regalado para transformarlo en algo nuevo y más consonante a sus deseos e imaginaciones. En rigor, vivimos, ciertamente, en un doble mundo: el entorno natural y el entorno humanizado que es producto de la propia labor."

O homem vive, assim, num espaço físico — natureza — e num espaço humano — a sociedade — situada esta num espaço físico, mas interligada, em termos culturais, com todas as outras sociedades diferentemente localizadas. E o homem submete, controla e dirige esses dois meios — o físico e o social — informando-os pelos seus conhecimentos, pelas suas idéias e pela sua vontade.

Através dos séculos, esse domínio do homem se vem tornando cada vez maior e mais completo. Pelas tecnologias, dia a dia mais perfeitas, dado o progresso científico, e pela ação política — mediante a qual organiza e modela as sociedades nacionais — o homem penetra e conquista cada vez mais os mistérios da natureza e sonha com uma sociedade cada vez mais humanizada — isto é, em que o homem encontre resposta aos seus mais profundos anseios de indivíduo e de pessoa.

O homem não age por agir. Não domina por dominar. Não faz por fazer. Não trabalha por trabalhar. O homem se movimenta, sempre, em qualquer setor de atividade, tanto no plano espiritual quanto no intelectual, no social, no político ou no econômico, em função de princípios e de fins. Age segundo uma razão e em obediência a um fim. Assim, quando domina a natureza ou quando organiza a sociedade, ele tem um alvo a alcançar. Como indivíduo, apenas, ele se completa dentro da natureza; mas, como pessoa, ele se constrói e se realiza na família, na profissão, na comunidade, na nação, na humanidade. E tanto melhor ele agirá, tantos mais êxitos obterá, tão mais perfeita será a sociedade que construir, quanto mais completo for ele próprio. E é aqui que se faz valer a educação. Porque é a educação que faz o homem. Onde a importância fundamental da Universidade no mundo moderno. Nela é que se edificará o homem. Nela, pela integração das ciências e pela intercomplementação dos saberes, o homem terá condições de crescer e afirmar-se em suas reais dimensões humanas. Lá ele descobrirá seus caminhos: "... hacemos lo que hacemos en vista del porvenir, es decir, de un futuro. En el orden de la vida individual, ello es patente: la juventud se emplea en el aprendizaje de la profesión que define lo que llegaremos a ser; y la ancha zona central de la

(1) GARAGORRI, Paulino. *Libertad y Desigualdad*. Madrid Alianza Editorial S.A., 1977.

vida se emplea, cumpliendo proyectos de mayor o menor plazo, en ejecutar acciones que nos lleven, cada día, hacia mañana que con ellas firmamos. Esta preocupación por el futuro abarca principalmente el propio porvenir previsible: hasta cierto punto, esse futuro es el mío; lo anticipo pero creo que ya me pertenece y que llegaré a poseerlo. Mi presente incluye en esta forma mi futuro, en algún sentido lo contiene y, por tanto, el hoy del hombre envuelve, igualmente, una evasión de los límites temporales, mediante una integración del porvenir, de una mañana relativamente limitado" (PAULINO GARAGORRI) (2).

Efetivamente, o homem vive, em cada minuto de seu presente, um minuto de seu futuro. Ele é o que *será*. Já é, hoje, o homem de amanhã. Ao se construir, ele constrói o porvir. E é a Universidade o cadinho onde se forjam os homens que conduzirão o Estado. Lá surgem as elites. Através das diferentes profissões os homens passam a exercer, na sociedade, cada qual, um trabalho específico, setorial, e todos, em conjunto, na comunhão de seus conhecimentos e numa atividade comum e solidária, realizam o trabalho de construção da sociedade nacional.

Pela Universidade, o homem se projeta na sociedade como um valor positivo. Como uma força que, unida às demais, opera no sentido do bem comum, de que todos participam e por que todos são responsáveis. Cada homem tem uma tarefa determinada nesse trabalho coletivo. E é a Universidade a oficina que forma e qualifica esse trabalhador, credenciando-o para um posicionamento responsável, dentro da sociedade e dentro do Estado.

A Universidade, pela universalização dos conhecimentos e conjugação dos saberes, forma o homem como indivíduo e como pessoa. Faz o homem para ele próprio, para a família, para a pátria e para a humanidade. Porque é ela que educa o homem. E educar o homem é desenvolvê-lo em todas as suas virtualidades, capacitando-o para bem desempenhar, na sociedade, um papel definido e responsável.

Quando, portanto, discutimos as diretrizes de um Governo, não podemos esquecer que estamos discutindo normas, princípios e objetivos propostos a uma coletividade e que essas normas, esses princípios e esses objetivos deverão ser definidos e buscados por toda a sociedade, sim, mas tendo na vanguarda as elites, pois só elas estarão aptas para tentar a transformação, em instituições sociais, dos ideais comuns.

Esses ideais, só as elites, surgidas das Universidades, têm condições de transformar em vivências sociais, porque elas, naturalmente, é que estarão no comando do Estado: "... os que têm acesso à Universidade — proclama o Ministro Marco Maciel (3) — fazem parte, necessariamente,

(2) GARAGORRI, Paulino. Ob. cit.

(3) MACIEL, Marco. "Movimento estudantil e reforma universitária". in *Folha de São Paulo*, edição de 4-9-1985.

daquela parcela da sociedade destinada quase sempre ao exercício do poder, compondo o que os cientistas políticos denominam de *elite política*. Exatamente por isso, as tarefas dessa elite adquirem dupla realidade social: a discussão e a reflexão crítica dos nossos problemas e desafios e, paralelamente, a luta, de forma prática e objetiva, com os instrumentos a seu alcance, pelo exercício de um papel de liderança no processo de mudanças e transformações da evolução histórica da humanidade”.

Longe vai, assim, aquele entendimento segundo o qual o moço procurava a Universidade para, apenas, ganhar um diploma e exercer uma profissão. A Universidade, agora, não é mais considerada um instrumento de satisfação de interesses individuais, somente. É certo que o diplomado sai da Universidade com uma profissão. Mas a sua formação universitária não se exaure aí, nessa festa de formatura, ou no registro do diploma. Evidentemente, o profissional *nasce* nesse dia, mas, nesse dia surge, também, amadurecido para uma tarefa política, o *cidadão*. Pois na Universidade o estudante não se prepara unicamente para a obtenção de um título profissional, pois se capacita para o exercício de uma atividade política de que só as elites — a que ele passa a pertencer — são capazes.

É então que o papel da Universidade se confunde com o papel do próprio Estado. Porque o Estado (tal como deve ser e é o Estado autêntico), quando um Estado de fins precisos, é um ente possuído de uma ideologia, ou seja, tem um objetivo superior a alcançar, objetivo que ele perseguirá através de homens superiormente qualificados, normalmente saídos da Universidade, onde se formam as elites.

Se possuídos de uma filosofia humanista — segundo a qual o homem é posto como o centro da vida terrena, mas o homem compreendido em sua integralidade de ser feito à imagem e à semelhança de Deus —, então saberemos compreender, dentro de uma escala racional de valores, o posicionamento do homem como agente da civilização, apto, assim, a conduzir a sociedade para metas pré-determinadas. E os homens serão tanto mais completos quanto melhor desenvolvidos em todas as suas potencialidades, o que é função da Universidade, ao formar as elites. Isso entendido, estarão traçados os caminhos políticos a palmilhar: “Quando ganhamos a consciência do primado dos recursos humanos como fator decisivo do desenvolvimento, nada mais prioritário do que o reconhecimento do papel das elites no encaminhamento dos problemas nacionais” (JOSÉ GARRIDO TORRES) (4)

Falar em recursos humanos é falar nos homens de elites, e, falar em homens de elites, é falar em idéias e ideais.

As elites, que, normalmente, se criam e se desenvolvem nas Universidades, não evoluem “à vol d’oiseau”. São formadas em conformidade com um propósito ideológico. Os moços não estudam por estudar. Estudam

(4) TORRES, José Garrido. “Algumas observações ao problema dos quadros dirigentes” in *Carta Mensal*, Rio, n. 212, abril/1973.



para saber. Para ter uma profissão e vencer em sua vida individual, sim. Mas, também, para, como elemento de uma sociedade, ajudar a esta na luta pela sua plenitude. Na verdadeira Universidade adquire-se um instrumental para um trabalho privativo e outro para um trabalho coletivo. O estudante se serve da Universidade para sua realização pessoal, nas lides profissionais futuras, ao mesmo tempo em que a sociedade nacional, através da Universidade, dele se servirá para construir-se, aperfeiçoar-se e afirmar-se, no concerto internacional, como um ente livre e soberano.

O russo, o japonês e o norte-americano, ao deixarem suas Universidades, automaticamente se engajam num projeto político nacional, direta ou indiretamente, sem prejuízo de seus interesses individuais. Estado e Universidade agem, em seus países, em parceria. Um colaborando com outro. Mas a tônica ideológica da sociedade é sugerida pelas elites, mediante sua permanente aproximação com as Universidades, cujas conquistas indicam as atitudes políticas: "A concepção do mundo que consegue se difundir e guiar a prática das classes sociais torna-se hegemônica. No quadro da dominação do capital sobre o trabalho é que a ideologia dominante é a ideologia da classe dominante. Sendo a burguesia a classe dominante, não só ela domina, mas também tenta se tornar hegemônica, tendo na educação escolar um elemento mediador de extrema relevância" (CARLOS ALBERTO JAMIL CURY) (5). É assim nas sociedades informadas pela ideologia demoliberal. Enquanto nos países socialistas, de ideologias inspiradas no marxismo, domina a classe proletária, resultando essa situação de uma programação cultural desenvolvida nas escolas.

## II — A Universidade, em cada Estado, está ligada a um sistema de valores. Como agem as grandes potências. Educação e Estado

Nos Estados Unidos, por exemplo, a educação superior está associada ao sistema capitalista, tentando responder aos desafios de sua indústria. As escolas e faculdades de administração de empresas são, praticamente, centros preparatórios para a tecnoestrutura. Já nos países socialistas, a concepção dominante se inverte, impondo-se a dominação do trabalho sobre o capital. Desse modo, será possível, igualmente, tentar-se uma terceira posição, em que se busque a conciliação, a irmanização do capital com o trabalho, talvez possível numa sociedade solidarista, de inspiração cristã. A Universidade, neste ou naquele país, será a oficina onde se construirão os alicerces culturais da sociedade que se quiser construir. A Universidade se faz, portanto, à semelhança de cada sociedade.

O Estado é a nação em sua forma perfeita. É o ente jurídico em que a nação se projeta, como pessoa, no plano nacional e no concerto internacional. Ele expressa, pois, a nação. Revelando-a em seu caráter, em seu

(5) CURY, Carlos Alberto Jamil. "Educação e ideologia" in *Cadernos de Pesquisa*. São Paulo, Fundação Carlos Chagas n. 35, novembro/1982.

espírito, em sua vontade: "No es para nosotros una necesidad convenir en que el carácter y las costumbres de un Estado se encuentran en cada uno de los individuos que lo componen, puesto que sólo de ahí pueden haber pasado al Estado?" (PLATÃO) (6). O Estado é, assim, a própria nação. Tem uma personalidade. É um ser consciente. Age segundo um projeto. Obedece a princípios. Tem uma razão de ser, busca a realização de metas preestabelecidas: "La ciudad — ensina Aristóteles — es agrupación; las agrupaciones se organizan con miras al bien; porque el hombre obra siempre con el fin de lograr lo que cree bueno. Si toda agrupación tiende al bien, la ciudad o sociedad política, que es la superior entre ellas y las comprende todas, tiende al bien en mayor grado que las demás, y al mejor bien" (ARISTÓTELES) (7). Assim, o Estado, quando autêntico, tem fins precisos. O que supõe uma ideologia. Porque são ideologias que informam os Estados. Estes são o que forem as nações que eles expressam. E as nações valem pelo valor dos homens que as compõem. Esses homens, cujos líderes nascem na Universidade, traçarão as diretrizes da nação, que é o conjunto, integrado e orgânico, de todos os homens, articulados em uma ambiência existencial.

No Brasil, cabe-nos procurar um Estado que não se estruture em termos de interesses de classes, nem em função de pretensões hegemônicas de umas sobre as outras. Um Estado que seja, realmente, um instrumento de construção nacional. Estado humano, que se sobreponha às classes e sirva aos homens de todas as classes. Porque o homem transcende das categorias profissionais. Nossa Universidade há de estar capacitada para essa obra. Sua missão estará em, pelo conhecimento, servir ao Estado na implantação de uma política autenticamente humanística, ou seja, que vise à valorização do homem brasileiro, sem consideração por seu posicionamento profissional, isto é, indiferentemente à "classe" a que pertencer. Isso quer dizer que, preliminarmente, como ponto de partida para a fixação da posição da Universidade nos quadros do Estado, haveremos de concordar em que procuremos ordenar o Estado em conformidade com a ideologia cristã, em que se inspira, desde os primórdios, a nossa civilização, e a única capaz de responder às necessidades essenciais e totais do homem.

Informada politicamente a sociedade brasileira pelo cristianismo, estaríamos atuando consoante uma motivação humanística básica, em busca, certamente, de uma finalidade superior, qual a da plena realização da pessoa humana, de todas as pessoas humanas vivendo no espaço político nacional.

Um Estado assim, preso a uma ideologia cristã, necessita de uma Universidade engajada em sua estrutura. Pois o papel das elites formadas

(6) PLATÃO. *La República*. Nueva Biblioteca Filosófica, vol. XXI, edición preparada y traducida por D. Francisco Gallach Palés, Madrid, Imp. de L. Rubio, 1935.

(7) ARISTÓTELES. *Política*. Nueva Biblioteca Filosófica, vol. XIX, traducción de Francisco Gallach Palés, Madrid, Imp. de L. Rubio, 1935.

na Universidade há de estar em, através do Estado, modelar uma sociedade em que todos os homens participem equitativamente dos bens da civilização e da cultura.

A Universidade, assim posta como órgão do Estado, será de capital importância para que se tenha uma visão ampla e elevada dos problemas, se o Estado estiver possuído dessa compreensão cristã do homem e das coisas, visto ser na Universidade que se pesquisam, se estudam e se equacionam os problemas da sociedade e se descobrem os elementos, culturais e técnicos, em que balizar as soluções para os mesmos.

O Estado, fundamentado numa ideologia, propõe os rumos, e a Universidade, pelas conquistas das diversas ciências, fornece os materiais necessários à construção dos caminhos que levem aos fins colimados. Ora, o fim último "da educação é desenvolver ao máximo as capacidades do homem" (JEAN JACQUES SERVAN SCHREIBER) (8). O que se busca, portanto, na Universidade, é a formação integral do homem, para que este, no comando político do Estado, busque, por sua vez, uma civilização humanística plena.

Como tudo começa do começo, e o homem, antes de filosofar, tem de viver, o fortalecimento econômico da sociedade é fundamental à obra do desenvolvimento global do Estado. Havemos, por isso, de procurar a riqueza, e, nesse mister, a Universidade tem, igualmente, de estar presente, pois já proclamava o Presidente Getúlio Vargas (9): "Anda em moda afirmar-se que a educação é corolário da riqueza, quando o contrário expressa maior verdade".

Realmente, a educação capacita o homem para todas as atividades. O homem pobre, aprendendo, pode ficar rico. O mesmo sucede com os povos. O japonês, pelo estudo, superou em pouco tempo as carências materiais de seu país, transformando-o numa potência mundial. O progresso é o resultado do trabalho de todos os homens, em todos os setores. Quanto mais capazes em suas profissões, mais e melhor eles produzem. Isoladamente, cada qual produz para si; em conjunto, todos produzem para todos. Tentam, assim, sob a supervisão do Estado, um trabalho articulado, visando à riqueza pessoal e à coletiva. Ora, quem sabe mais, produz mais e melhor. E sabe mais quem é melhor educado nos diferentes misteres. O certo é que a educação favorece a riqueza e a riqueza favorece a educação. A propósito, é edificante o *Relatório Denison* (tese de 1964, de EDWARD F. DAVIES - Teoria sobre os fatores de produção) de que nos dá notícia JEAN JACQUES SERVAN SCHREIBER (10):

(8) SCHREIBER, Jean Jacques Servan. *O Desafio Americano*. Rio, Editora Expressão e Cultura, trad. de ALVARO CABRAL, 1968.

(9) VARGAS, Getúlio. *Mensagem lida perante a Assembléia Nacional Constituinte*, no ato de sua instalação, em 15 de novembro de 1933.

(10) SCHREIBER, Jean Jacques Servan. Ob. cit.

"Hoje, os fatores mais importantes na expansão econômica, os que figuram na cabeça da lista de trinta e um dos fatores de expansão recenseados por Denison, são: a educação geral e as inovações tecnológicas."

E encarece:

"A principal conclusão do Relatório Denison é que o ensino constitui o fator mais importante e coloca-o à cabeça dos fatores econômicos de expressão."

Como se observa, fortalece-se a convicção de que é cada vez mais estreita a vinculação entre o conhecimento e o progresso. Ou seja: entre a educação e o desenvolvimento. Melhor: entre a Universidade e a Sociedade (Estado).

O ensino está, pois, na base do desenvolvimento econômico. Da riqueza do país. E essa riqueza há de estimular a educação em geral, do que se aproveitará a sociedade em seu desenvolvimento global.

Voltemos, porém, a JEAN JACQUES SERVAN SCHREIBER, em sua análise do Relatório Denison:

"Sendo o progresso da educação considerado agora, segundo a teoria de DENISON, o primeiro dos fatores do desenvolvimento econômico, o segundo é o que ele chama o "progresso dos conhecimentos", do qual resulta o enriquecimento da própria educação recebida e a sua generalização entre os adultos, com os novos dados da tecnologia" (11).

Assim acontece, efetivamente. A educação produz riqueza, esta favorece novas aplicações nos estudos e pesquisas, os conhecimentos aumentam, a sociedade progride, o Estado se fortalece, todos se beneficiam. Dessarte, se a Universidade, que é o centro propulsor da educação e do conhecimento, for colocada como um órgão do Estado, isto é, se for posta a serviço da sociedade nacional, que o Estado reflete e representa, então haverá uma disciplinação racional de esforços em favor de um projeto comum.

Sobre o Relatório Denison, é oportuno e interessante ressaltar, ainda, que o Estado americano esteve atento à importância da Universidade no papel que lhe cabe no desenvolvimento da sociedade, destinando-lhe generosos recursos financeiros:

"Em 1930, o total das verbas consagradas à educação era de 3,2 bilhões de dólares. Em 1965, essa importância foi multiplicada dez vezes e eleva-se, por ano, a 39 bilhões de dólares" (J. JACQUES SERVAN SCHREIBER).

(11) SCHREIBER, Jean Jacques Servan. Ob. cit.

O que fazem os Estados Unidos fazem também a URSS, o Japão, a Alemanha, a França etc. É que, observa GEORGES GUSDORF (12), “a pesquisa científica é uma fonte de riqueza e de poderio”, e, por isso, “entre as principais nações, existe uma competição incessante pela dominação”.

A Universidade serve, por conseguinte, ao fortalecimento, à segurança e ao desenvolvimento do Estado. É como que um poder dentro do Poder. Esse poder, poder do conhecimento, que inclui e promove o poder econômico e se impõe, afinal, como poder político, precisa, no entanto, ser humanizado. Porque o conhecimento em si é neutro. As conquistas da ciência podem servir tanto ao bem quanto ao mal. Ora, salienta BRANCA BORGES GÓES BAKAJ (13), “cabe à educação não deixar que o homem seja triturado pela sua própria tecnologia, que vem sendo endeusada, em detrimento dos valores maiores do homem enquanto ser”.

Incumbe, dessa maneira, a todos os homens responsáveis pela educação, tentar a humanização da cultura. Ou seja, cumpre colocar o saber a serviço do homem. E isso só será possível se os Estados, onde as Universidades atuam, forem informados em uma ordem jurídica que traduz uma ideologia humanista, isto é, uma filosofia que tenha do homem, da vida e do universo, uma visão ampla, profunda e elevada. Ao fim, e em última instância, o aproveitamento das conquistas científicas promovidas pela Universidade será feito pelo Estado, ao qual, conseqüentemente, caberá a responsabilidade de imprimir um sentido e propor uma finalidade ao labor cultural de suas elites.

“A contribuição dos estudos processados no âmbito universitário pode ser valioso subsídio para a ação política”, reconhece Magalhães Pinto (14). Está certo o eminente político. E mais certo ainda estaria se em vez de dizer *pode ser*, afirmasse *é*. Porque essa contribuição da Universidade à tarefa governamental é, realmente, de um valor inquestionável. Se a política é a ciência do Estado, se o Estado é a nação politicamente organizada, se a nação é o povo, se povo são os homens todos de um país, e se esses homens são tanto mais úteis, criativos e independentes quanto mais educados e instruídos, e, ainda, sendo a Universidade que os educa, os instrui, os valoriza, os dignifica, os coloca na vanguarda social, então, é indiscutível que a ação política há de estar permanentemente associada ao trabalho universitário. Porque ação política é a ação do Estado no

(12) GUSDORF, Georges. *Ciência e Poder*. São Paulo, Editora Convívio, trad. de Homero Silveira, 1983.

(13) BAKAJ, Branca Borges Góes. “Educação, arte, literatura e ideologia” in *Universitas*. Revista de Cultura. Brasília, CEUB, a. 6, n. 6, 1985.

(14) PINTO, Senador Magalhães. “O Legislativo e a Universidade” (discurso em resposta à saudação do Reitor da UnB) in *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 14, n. 53.

sentido do fortalecimento e do aperfeiçoamento da nação, donde a procedência da observação de BRANCA BORGES GÓES BAKAJ<sup>(15)</sup>, quando assevera que "a dimensão política do homem é dada pela atuação do poder, de que a escola é um reflexo".

No que tange ao Brasil, havemos de reconhecer que, infelizmente, estamos muito distanciados dos exemplos americano, japonês e soviético, entre outros. Nem mesmo temos, em verdade, uma Universidade. As Universidades oficiais não têm sido devidamente assistidas pelo Estado e as particulares, salvo as exceções, não passam de aglomerados de escolas que mais se assemelham a estabelecimentos comerciais. "A Universidade no Brasil" — registra JOSÉ ARTHUR RIOS<sup>(16)</sup> — "nunca foi entendida como algo mais que um conjunto de escolas; sempre foi um somatório burocrático de unidades isoladas e não um todo orgânico". Ora, Universidade é integração de saberes. Conjunto orgânico e organizado de conhecimentos: ciências, letras, artes, técnicas, filosofia. Para formar profissionais. Para formar elites. Para formar *homens*. Para formar a sociedade. Universidade é força criadora, porém dentro de um contexto: não pode isolar-se do complexo nacional em que se situa. Ao contrário, deve estar capacitada a responder a todas as solicitações de todos os segmentos da sociedade. É, a rigor, um órgão do Estado, porque um órgão pelo qual o Estado promove o desenvolvimento sempre atualizado de todos os setores de atividades da nação, ajustando-os às conquistas sempre renovadas do saber. A sociedade e a Universidade operam como que através de um sistema de vasos comunicantes. Influenciam-se reciprocamente. Há um metabolismo incessante entre elas: "Se é verdade que a sociedade determina a educação, também esta determina aquela. Educação e sociedade não são entendidas, aqui, como duas realidades exteriores, completamente determinadas, que mantenham entre si uma mera relação de contigüidade, mecânica e quase atomística. A educação apresenta-se antes como uma das dimensões da vida concreta dos homens na sociedade" (ILDEU MOREIRA COELHO)<sup>(17)</sup>. O mesmo é dito, em outros termos por STEWART RANSON<sup>(18)</sup>: "Education is shaped by, but also serves to constitute, the principles which underlie the social order." Assente está, pois, que a Universidade se inspira no meio, mas também atua sobre o meio. Está sujeita a pressões, porém pressiona, igualmente. Recebe e dá. Por isso, a sociedade fascista refletirá uma educação fascista, o mesmo acontecendo em relação à sociedade comunista, que espelhará uma educação marxista, e

(15) BAKAJ, Branca Borges Góes. Ob. cit.

(16) RIOS, José Arthur. "A Universidade brasileira: esperança e frustrações" in *Carta Mensal*, Rio, a. 16, n. 190, 1971.

(17) COELHO, Ildeu Moreira. "Universidade atual e comunidade brasileira" in *Cadernos de Pesquisa*. São Paulo, Fundação Carlos Chagas, n. 35, novembro/1980.

(18) RANSON, Stewart. (Prof. da Universidade de Birmingham). "Contradictions in the Government of Educational Change", in *Political Studies*. Editor Jack Cively — Butterworths, vol. XXXIII, Nuinhar Chardi, 1985.

em uma sociedade capitalista burguesa, que retratará uma educação inspirada na liberal-democracia. Essas Universidades, servindo aos Estados onde funcionam, procurarão educar os homens em função da filosofia política dominante. Daí a necessidade de insistirmos em que, no equacionamento dos problemas sociais, econômicos e políticos de um país, devemos partir, sempre, de um posicionamento ideológico que nos faça ver esses problemas em função dos superiores anéis da pessoa humana. Desse modo, como nota, ainda, BRANCA BORGES GÓES BAKAJ<sup>(19)</sup>, “se sabemos que o fator político é uma decorrência natural da educação humana sobre o mundo, só poderemos depreender daí que a educação não pode se manter alheia às perspectivas políticas”.

Isso posto, importa reconhecer que a questão fundamental é a da essência filosófica da ideologia que adotamos, pois esta é que nos levará a instituir o Estado em termos realmente humanísticos ou não.

O Estado, repitamos, vale como um instrumento de *construção* nacional dos povos. Logo, como um órgão a serviço de todos os homens de um país. Seus fins são o bem comum. O bem de todos os homens. Ora, para se ter essa visão humanística do Estado, haveremos de estar inspirados na doutrina cristã. Só esta vê os homens em sua autenticidade, em sua totalidade, em sua dignidade de pessoas. Só ela irmana os homens pelo amor. Só ela possibilita aos homens o cumprimento de um destino transcendente, como seres, que são, feitos à imagem e à semelhança de Deus. Importa, por isso, antes de tudo e sobretudo, encontrar-se e fixar-se um rumo ideológico, em função do qual sejam as instituições organizadas e movimentadas, entre elas o Estado, e, dentro deste, a Universidade.

A Universidade há de ter, no caso, um papel primacial. Porque é nela que se formam as elites culturais que, um dia, chegarão ao poder: “A Universidade não é apolítica. Ao contrário, hoje, sabemos nós, ela é essencialmente política, por destinação. A política partidária sim, pára nos seus muros, não atravessa seus portões, não passeia pelos seus jardins, não caminha pelas suas alamedas. Mas política é participação na vida pública, é exercício da administração, é alcance e realização do poder conquistado. Assim, nela, por natureza e destino, a Universidade está presente. Não lhe cabe, a ela, Universidade, apenas formar elites de laboratório, profissionais liberais, poetas e pensadores. As elites culturais que ela forma devem dirigir-se, também, à luta pela conquista do poder e pelo exercício do poder” (MOZART VICTOR RUSSOMANO)<sup>(20)</sup>.

A função específica da Universidade é transmitir o saber. Mas o saber há de ser utilizado para um fim. Não se estuda por estudar. Quando a

(19) BAKAJ, Branca Borges Góes. Ob. cit.

(20) RUSSOMANO, Mozart Victor. “Comprometimento democrático da Universidade” (Palestra feita na UnB, por ocasião do Sesquicentenário do Senado) in *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal. a. 14, n. 53, 1977.

Universidade forma elites é para que estas assumam o comando da sociedade. Aí o liame que une, indissolivelmente, a Universidade à política. Dissociada do saber, a política se fossiliza. É pela Universidade que ela se renova, se atualiza, se aperfeiçoa, colocando o Estado no ritmo desenvolvimentista da civilização. É aí que se pode asseverar, com JOSÉ MARCELINO MONTEIRO (21), que a Universidade "funciona como aparelho ideológico do Estado".

Além, portanto, de utilizar o saber para bem posicionar os homens em seu setor privado de atividades, a Universidade o usa como um instrumental básico na formação da sociedade e no fortalecimento do Estado. Assim, agindo isoladamente ou em conjunto, o homem, pelo que aprende na Universidade, movimenta-se como um agente do progresso da sociedade: "Mesmo os técnicos, os pesquisadores, os profissionais liberais, os homens que vivem curvados sobre suas provetas, sobre seus microscópios, manejando histuris, seus livros, seus tratores, seus códigos, mesmo eles, amanhã, serão utilizados pragmaticamente pela nação. Por isso, sua obra também tem sentido político na construção do país; quero dizer: na construção do país em bases concretas, e essas bases concretas, sobre as quais se cria o Estado, essencialmente, são, também, por paradoxal que pareça, bases ideológicas. Em síntese, a Universidade moderna está comprometida consigo mesma, com o destino político do seu país e com o futuro do mundo em que ela se insere" (MOZART VICTOR RUSSOMANO) (22).

Realmente, cada profissional participa do desenvolvimento de determinada área da sociedade: a econômica, a jurídica, a científica, a militar, a educacional, a social ou a política. Agricultura, indústria, comércio, esporte, ensino, artes, letras, tecnologias, códigos, armas, saúde, templos, tudo isso tem seu valor medido pelo valor dos especialistas que com isso lidam, cada qual operando num setor, mas todos, na sociedade, em comunhão com os demais, em perseguição a um objetivo geral, por cuja consecução todos são responsáveis. Colaboram todos, portanto, no progresso da comunidade. Cada qual por si e todos por todos, os homens lutam, afinal, pelo bem-estar e a grandeza da sociedade nacional que integram. É visando essa meta que o Estado estrutura e dinamiza as suas instituições, entre estas a Universidade, que só esta, pela pesquisa, pelo estudo, pela integração das ciências, e, principalmente, pelo direcionamento filosófico dos conhecimentos, pode implantar os pilares de um desenvolvimento consciente e pleno da nação.

Como afirma o antigo reitor da UnB, JOSÉ CARLOS DE ALMEIDA AZEVEDO, compete à Universidade "moldar o cidadão que irá dirigir o Brasil

(21) COSTA, José Marcelino Monteiro da. "A Universidade e o desenvolvimento nacional" in *Educação Brasileira* — Revista do Conselho de Reitores das Universidades Brasileiras. Brasília, a. IV, n. 9, 1982.

(22) RUSSOMANO, Mozart Victor. Ob. cit.



nos próximos anos" (23). Cumpre, assim, à Universidade formar homens de Estado.

E aqui tocamos no ponto crucial do problema: educar como? educar para quê?

FRANCISCO CAMPOS (24), em discurso proferido na sessão inaugural do IV Congresso Nacional de Educação, viu — como sempre — fundo a questão: "Os processos ou métodos de educação dependem da resposta que dermos a esta pergunta: que queremos fazer do homem, educando-o? Aí está toda a filosofia da educação, e a educação que resultar da resposta àquela pergunta valerá o que valer a resposta. Pode ser uma educação para animais, uma educação para térmitas, uma educação para escravos, uma educação para máquinas, uma educação para o passado, ao invés de uma educação para o futuro, uma educação para a mediocridade ou para as aventuras das grandes aspirações, uma educação para a impaciência ou para a resignação, uma educação para repetir ou uma educação para criar, uma educação para a eficiência, no sentido industrial ou dos valores econômicos, ou uma educação para a eficiência no grande sentido e em grande estilo, uma educação para a personalidade e para a plena expressão de todos os valores."

A compreensão dessas verdades faz-nos retornar ao tema central de nosso ensaio: o da estruturação ideológica do Estado, ou seja, a sua inserção numa filosofia, condição essencial para que ele possa cumprir sua missão natural, visando a fins humanos.

Lógico, por tudo isso, que não podemos compactuar com uma educação demoliberal. Nem pretender uma educação marxista. Nem aceitar uma educação fascista. Queremos uma educação que enseje o desenvolvimento harmonioso e conjugado de todas as potencialidades humanas, no plano individual e no plano coletivo. Educação para a formação plena do homem. Que só o homem pleno dará uma sociedade plena. A Universidade há de ter em mira esse projeto. Fazendo dos homens bons profissionais e bons cidadãos. Buscando o homem que, pelo saber, possa não só situar-se favoravelmente na vida como, também, participar do engrandecimento de sua sociedade. A educação tem em vista a formação integral do homem. Do homem todo e de todos os homens, logo, da nação. A Universidade, no Estado autêntico, posiciona-se como o instrumento pelo qual se pode tentar esse *desideratum*. Donde se conclui que o Estado, para possibilitar esse projeto, há de ser informado por uma filosofia que

(23) AZEVEDO, José Carlos de Almeida. Discurso de saudação ao Presidente do Senado Federal nas comemorações do sesquicentenário dessa Casa Legislativa in *Revista de Informação Legislativa*, cit.

(24) CAMPOS, Francisco. Discurso proferido na sessão inaugural do IV Congresso Nacional de Educação in *O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e a Educação*. Rio, Vol. I, Serviço Gráfico do IBGE, 1941.

estabeleça uma constelação de valores hierarquizada, no centro o homem, mas o homem posto em sua realidade total, de pessoa, agindo como pessoa e visando a uma sociedade para pessoas.

### III — *Que é Universidade. Sua inserção no contexto social. Seu posicionamento no Estado. Estado, Universidade, ideologia. As elites devem estar na vanguarda*

Do já exposto depreende-se que não se pode confundir a Universidade com um simples amontoado de escolas superiores, onde se preparam os alunos com o mero propósito de lhes garantir, privativamente, o exercício de uma profissão, com vistas à competição no mercado de trabalho.

Quando se conceitua assim a Universidade — e há os que defendem esse ponto de vista — “retira-se dela qualquer atuação na produção de conhecimentos necessária à compreensão, domínio e intervenção no contexto em que se insere” (SILK WEBER) <sup>(25)</sup>. A Universidade não é isso, porém. Sua função é, *também*, preparar os homens para as diferentes profissões em que se divide o trabalho social. Mas a Universidade vai mais além. Ela busca a integração das ciências e a sua inserção num contexto de conhecimentos mais amplo e profundo, envolvido e dominado pela filosofia. Porque a Universidade se encaixa no organismo do Estado, tendo uma participação prioritária na dinamização da sociedade. Porque é nela que, através de estudos, pesquisas e descobertas, se colhem os elementos capazes de, em todos os planos de atividade, possibilitar o encaminhamento do trabalho de cada um e do trabalho de todos, segundo os propósitos comuns e maiores da coletividade.

O aluno frequenta uma Faculdade para aprender. Mas isso não é tudo. A Universidade moderna não pode ser orientada por princípios de uma filosofia individualista, pois ela é peça do próprio Estado e participa da ação política. Serve, sim, ao indivíduo, habilitando-o para competir no mercado de trabalho, mas tem de servir, acima de tudo, à sociedade nacional. Daí a importância que se reconhece, hoje, à Universidade, no papel de estimulador e renovador do contexto sócio-econômico, com reflexos necessários no comportamento político do Estado. Talvez por isso OSVALDO TRIGUEIRO <sup>(26)</sup> tenha dito que a educação tem, hoje, “merecidamente, um dos lugares predominantes entre os problemas do governo”, sendo considerada “matéria da mais alta importância legislativa, pela necessidade da ação normativa do Estado em campo jurídico que tão de perto condiciona o progresso social e a vida política”. E tanto é assim que o atual Ministro da Educação, Marco Maciel, assinou, com o Ministro

(25) WEBER, Silk. “Universidade — sinal fechado” in *Cadernos de Pesquisa*. São Paulo, Fundação Carlos Chagas, n. 33, maio/1980.

(26) TRIGUEIRO, Osvaldo. “Problemas do Governo Democrático” (Conferência pronunciada na Associação Brasileira de Educação, em 1951). Brasília, 1976.

do Interior, Ronaldo Costa Couto<sup>(27)</sup>, um “protocolo de colaboração mútua que assegura e define a participação das Universidades na formulação e execução das políticas governamentais de desenvolvimento regional e local”, bem como uma “portaria conjunta, criando a Comissão Nacional de Integração Universidades—organismos regionais —, composta por representantes dos dois Ministérios e do Conselho de Reitores das Universidades Brasileiras”.

De acordo com o noticiário, “a atuação das Universidades, junto aos órgãos do Ministério do Interior, será feita através de ações de planejamento, consultoria de técnicos especializados, elaboração de projetos, treinamento de pessoal e execução de pesquisas de interesse dos órgãos. Estarão envolvidos professores, técnicos e alunos de graduação e pós-graduação”. Segundo, ainda, o divulgado pela imprensa, “a Universidade poderá contribuir para superar a visão regional setORIZADA, consagrando novas práticas de avaliação, articuladas com o desenvolvimento do país numa perspectiva global”.

Aí está um passo seguro dado pelo governo no sentido da integração Estado-Universidade. Aí a boa política. Porque, como diz GLADSTONE RODRIGUES DA CUNHA FILHO<sup>(28)</sup>, as Universidades “representam um complexo institucional forte e consolidado, com uma oferta diversificada de cursos de graduação e de pós-graduação e com liderança definida em desenvolvimento e pesquisa, graças à disponibilidade de pessoal docente cientificamente qualificado e em dedicação completa à atividade acadêmica” e “o debate de temas e problemas, freqüentemente radicalizado, tende a sofrer um processo de decantação, para dar espaço e clima à pesquisa e descoberta de soluções modernas equilibradas e estáveis, além de compatíveis com a nossa tradição cultural e ajustadas à realidade brasileira”.

Entendidas essas verdades e buscando-se colocar a Universidade como órgão de propulsão cultural do Estado, em razão e com propósitos de construção global da sociedade em termos adequados ao espaço geoeconômico nacional e ao homem nacional, e em função de uma ideologia, estaremos ensejando a realização daqueles objetivos políticos maiores que estão na edificação de um Estado humano, forte e independente.

A Universidade há de ser o carro-chefe do Estado, na caminhada para o futuro, pois é ela a entidade naturalmente indicada, por suas funções, para o desempenho desse papel de aparelho captador dos anseios do país e de mola propulsora de seu desenvolvimento racional e cons-

(27) *O Globo*. Notícia sob o título “Universidades vão atuar como órgãos regionais” — edição de 1º de agosto de 1985.

(28) CUNHA FILHO, Gladstone Rodrigues da. “Atualidades e perspectivas da Universidade no Brasil” in *Revista do Curso de Direito da Universidade de Uberlândia*. Vol. 14, n. 1, jan./dez. 1985.

ciente, a partir da formação integral do homem, agente da civilização, que se pretende justa, fraterna, humana e igualitária.

Efetivamente, a que visa a Universidade? Seus fins principais podem ser assim sintetizados:

a) valorizar a pessoa humana, procurando possibilitar ao homem o desenvolvimento pleno de todas as suas virtualidades;

b) preparar o homem para servir a si, à família, à comunidade e à nação;

c) posicionar o homem na sociedade como o agente principal no processo de desenvolvimento nacional;

d) tentar esse desenvolvimento do homem sem esquecer que ele vive num tempo e num espaço, ou seja, de que, além de humano — *universal* —, ele é, também, um ser *nacional*, ligado a uma raça, a uma história, a um meio físico, a uma situação política;

e) demonstrar que só como um ser nacional, o homem, em cada país, pode atingir seus objetivos humanos maiores, pois a humanidade se faz presente, no mundo, dividida em nacionalidades;

f) demonstrar que o homem só poderá fazer, em cada país, uma grande civilização se, embora contingentemente nacional, não se alienar de sua condição humana de pessoa;

g) mostrar que é ela, a Universidade, em realidade, um órgão do Estado, entendido este em sua exata conceituação de nação politicamente realizada;

h) provar, portanto, que o Estado, em que ela se acha inserida, é, em suma, um instrumento de construção da sociedade nacional;

i) demonstrar que, buscando-se o homem-pleno numa sociedade-plena, o trabalho social há de ser feito por todos os homens, em todas as atividades, mas segundo um processo hierarquizado de funções, em que o comando deve caber às elites;

j) atuar associada a outros órgãos e outras instituições;

k) equipar esses outros órgãos e essas outras instituições de elementos científicos e tecnológicos atualizados, necessários a uns e outras em suas atividades setoriais; e

l) orientar-se pelos parâmetros indicados pela ideologia que informar o Estado, e, se, como pretendemos, o Estado for modelado segundo os princípios da doutrina cristã, ajudar na implantação de uma política global, orgânica, humana e nacionalista.

Falando em "homem-pleno", estamos, implicitamente, falando no *homem-cristão*. E falando em sociedade-plena, falamos, é claro, em uma sociedade inspirada e orientada pelos princípios do cristianismo.

No Brasil, onde, desde o começo dos tempos históricos, nossa sociedade se veio constituindo sob o signo do cristianismo, será talvez mais fácil postular a implantação de um Estado possuído dessa doutrina, e, se tal conseguirmos, caberá à Universidade, através de suas diversas escolas, utilizar as suas conquistas e descobertas em favor da realização de um Estado assim, que nos poderia proporcionar uma sociedade realmente humana, livre, fraterna e igualitária. Com esse espírito e essa orientação, a Universidade estaria apta a alcançar os resultados certamente sonhados pelos brasileiros que pretendem ver o Brasil em posição de destaque no cenário internacional. Porque, então, ela disporia daqueles grupos de vanguarda aptos a abrir, sob a tutela e o estímulo do Estado, os caminhos do futuro. MANOEL TURBINO (29) viu claro o assunto, comentando: "A integração dos problemas do País às Universidades espalhadas pelo território nacional deveria ser considerada como uma das metas principais dos nossos governos desde há muito tempo. O mínimo que se pode afirmar é que são as Universidades que formam as elites que dirigem os destinos nacionais em quaisquer circunstâncias. Isso sem contar as atividades de pesquisa da Universidade, que por certo têm uma influência decisiva na aceleração do desenvolvimento." Assim é. O Estado serve à Universidade e se serve da Universidade em sua tarefa de construção da nação. A Universidade é, pois, um órgão do Estado. Donde a necessidade de, sem prejuízo de sua natureza humanista, forrar-se de um caráter nacionalista. O homem é a meta final do Estado. E quem "forma" o homem é a Universidade. Mas todo Estado, por imposições históricas, é nacional. Cada Estado é um só e ele só. Porque situa-se num espaço próprio e organiza realisticamente, isto é, de acordo com as condições existenciais ambientes, a vida dos homens aí localizados, diferenciados na raça, nas origens, nas condições de vida, nos recursos, nas dificuldades, nas pretensões, na história. A Universidade, em seus estudos, suas pesquisas e seus projetos, há de pesar todos esses fatores condicionantes da estrutura política do Estado.

"O ensino superior" — escreve, ainda, MANOEL TURBINO (30) — "é uma das variáveis fundamentais na evolução da sociedade e da economia". Assim, tanto o Estado quanto a Universidade propõem-se projetos humanos, a Universidade atuando no plano cultural, o Estado no político, mas ambos obedecendo às linhas ideológicas de uma filosofia política — em nosso caso, a cristã. O Estado, repisemos, é a nação e nação são os homens, os homens são entes imperfeitos em processo permanente de aperfeiçoamento.

(29) TURBINO, Manoel José Gomes. "A Universidade brasileira e o processo de desenvolvimento sócio-econômico do país" in *Ciências Humanas*. Rio, vol. III, n. 11, 1979.

(30) TURBINO, Manoel José Gomes. *Ob. cit.*

E o homem se aperfeiçoa pelo estudo. Pelo estudo ele se posiciona na sociedade como um elemento consciente, ativo, voluntarioso. E o estudo é feito na Universidade. Esta, ao integrar-se no Estado, ingressa no projeto de formação global da sociedade, pois, como órgão do Estado, a Universidade é um órgão da nação e participa de todo processo civilizatório como um agente criador, renovador e atualizador das instituições, que crescem, se fortalecem e se valorizam pelas conquistas levadas a efeito na Universidade: "a Universidade cria, recria, reinventa, operando aquela contínua montagem-desmontagem de idéias e valores, essencial em toda atividade que se quer criadora. Evidentemente, esse processo se desenvolve não sem contradições, mas de modo equilibrado, somente em tempos normais, quando subsistem em toda a vida de uma sociedade as franquias democráticas, e uma vida política tal capaz de vincular fortemente a vida acadêmica-cultural à totalidade da vida social de uma nação, através das respostas dadas pela Universidade aos problemas imediatos e mediatos postos pela atividade da comunidade" (WILMAR DO VALLE BARBOSA) (31). A Universidade é, portanto, a um só tempo, sujeito e objeto da sociedade. Nasce dela e a recria. Vive dela e para ela. É a base e o cume da pirâmide social. Dessa maneira, num Estado verdadeiramente democrático, ou seja, um Estado onde se procure, efetivamente, implantar condições existenciais que proporcionem uma civilização igualitária, justa e fraterna, num Estado assim, onde, por pressuposto, o homem é considerado na totalidade de um ser aberto às solicitações materiais e espirituais, individuais e pessoais, biológicas e sociais, econômicas e políticas, num tal Estado — um Estado cristão — a Universidade se integra facilmente, posicionando-se, em sua estrutura, como órgão vital, pois agente principal de seu desenvolvimento. "A Universidade, escreve LUIZ ALBERTO GOMES DE SOUZA (32), ao mesmo tempo, é um elemento da sociedade civil determinado pela infra-estrutura econômica e pela articulação concreta das classes sociais, condicionado pelos parâmetros que lhe impõe a sociedade política, refletindo além disso o clima ideológico do debate na sociedade civil mais ampla, mas também, e isso não pode ser esquecido, não deixa de ser um elemento ativo na criação e no desenvolvimento do debate ideológico, na formação da consciência política e na transformação da situação e da prática das classes sociais. Levando também em conta que ela tem uma função importante na formação dos intelectuais e de que esses, ao mesmo tempo, expressam e transmitem a situação geral, mas igualmente atuam sobre ela e a modificam, podemos concluir pelo papel estratégico e contraditório que a Universidade pode desempenhar na manutenção e na transformação de um determinado bloco histórico". Assim, a Universidade traduz, dinamiza, conserva e renova a sociedade. Depen-

(31) BARBOSA, Wilmar do Valle. "Universidade e Política" in *Encontros com a Civilização Brasileira*. São Paulo, Editora Civilização Brasileira S.A., n. 14, agosto/1979.

(32) SOUZA, Luiz Alberto Gomes de. "Universidade brasileira: crescimento para quê e para quem?" in *Encontros com a Civilização Brasileira*. Rio, Editora Civilização Brasileira S.A., n. 13, 1979.

dendo da ideologia pela qual se direcione o Estado em que está inserida, ela pode refletir uma sociedade de classes (a capitalista), uma sociedade materialista (comunista), uma sociedade reacionária (fascista). Mas pode, do mesmo modo, contribuir para a formação de uma sociedade solidária, humana, orgânica. Tudo depende de seus rumos ideológicos. Ora, se a Universidade for estruturada e se orientar pelos postulados cristãos, conforme os quais terá por meta a formação de uma cultura humanista, a sociedade, de que ela é o centro de propulsão, certamente será uma sociedade onde os homens, todos os homens, fora e acima das classes, se confundam em sua condição de pessoas e como tal sejam considerados. Daí a importância de se tomar como ponto de partida para qualquer projeto político a existência de um Estado realmente democrático. Não há, portanto, como pactuar com o Estado totalitário, comunista ou fascista, em que o homem não passa de mera categoria econômica ou simples atributo do próprio Estado. Nem com o Estado liberal-democrata, abster-se, passivo, omissivo, ausente, instrumento de dominação de classes, de escravização do homem, nele tratado como simples mercadoria. Há que se tentar um Estado que seja, em verdade, o espelho da própria sociedade nacional. Estado humano e nacional, isto é, ordenado em termos humanísticos mas sem fugir aos condicionamentos do espaço físico e social em que se instala. Num Estado assim, vivo, atuante, teleológico, a Universidade exerce um papel de vanguarda, pois é ela que se adianta no progresso das ciências e dos conhecimentos que conduzem a civilização. A Universidade, num Estado desse tipo, será um aparelho conservador, dinamizador e renovador do próprio Estado.

Por ser humano o Estado, e porque o homem vive, historicamente, num espaço específico e em condições existenciais personalíssimas — econômicas, sociais e políticas —, o Estado há de ser, também, necessariamente, nacional, o que indicará, à Universidade, uma função cultural vinculada aos propósitos estatais de busca de uma ordem política adequada às realidades existenciais de cada país, as permanentes, universais, e as típicas, contingenciais, próprias de cada sociedade, em cada tempo e em cada ambiente.

*IV — O ensino é função do Estado. A Universidade e a nação. Escola não é estabelecimento comercial. Fortalecimento da cultura nacional pela Universidade*

Um Estado assim, a serviço do homem, mas do homem colocado num tempo e num espaço, teria na Universidade o melhor instrumento de pesquisa e implantação de condições existenciais favoráveis a todos os homens, em cada momento histórico. Disso tudo resulta, logicamente, a necessidade de se estatizarem os institutos de ensino. Dessarte, a Universidade não deve estar em mãos de particulares, pois é algo de muito valioso para que possa ficar sujeita às pressões capitalistas, tão vinculadas, de ordinário, a interesses estranhos aos nacionais, ou, mesmo, colidentes

com estes. A educação, em sua acepção mais ampla, é função do Estado, e a Universidade, por isso mesmo, há de ser posta como órgão do Estado, pois, diz ainda LUIZ ALBERTO GOMES DE SOUZA (33), "o trabalho teórico na Universidade não pode ser discutido em função dele mesmo, nem apenas por seu nível acadêmico, mas, principalmente, por sua repercussão social e pela gama de opções que recobre, no contexto das classes e dos grupos ideológicos".

Da importância da Universidade na obra política do Estado dão exemplo os Estados Unidos, a URSS e o Japão, entre outras nações. Contudo, mais do que nos países desenvolvidos, é em países em desenvolvimento, como o Brasil, que a Universidade há de ser posta acima dos interesses grupais e classistas, operando no sentido do aprimoramento da sociedade nacional.

Urge, por tudo isso, que saibamos reagir contra a postulação capitalística dos "liberalões redivivos", suspeitos que, em nome da liberdade e da livre iniciativa, insistem na defesa de Universidades particulares, as quais, no Brasil — e em qualquer país, em tese —, não passam de estabelecimentos comerciais, onde pouco se ensina e muito se lucra, e onde, não raro, a juventude é doutrinação com propósitos alienadores. Aí porque LAURA DA VEIGA (34) defende um projeto consoante o qual a "Universidade visasse criar o local onde a consciência crítica nacional pudesse florescer e crescer através de busca de soluções para os problemas nacionais", Universidade essa que "seria o centro de amadurecimento da consciência nacional e da busca de alternativas para liberar as potencialidades do País, reprimidas secularmente".

Sim, é bem isso a Universidade que precisamos: um instituto de libertação nacional pelo conhecimento. O que só será possível se ela for colocada como um órgão do Estado. O posicionamento do Estado brasileiro na história está em íntima correspondência com o valor de suas Universidades. Pois a verdade, por todos reconhecida e proclamada, é, como registra ANTÔNIO BARROS DE ULHÓA CINTRA (35), que "a nota característica das obras mais importantes publicadas recentemente sobre Universidades é a participação viva das instituições universitárias no processo evolutivo da civilização contemporânea".

O Estado é um complexo de forças, e uma destas reside na Universidade, que está na base das reformas sociais e econômicas, pois acompanha o progresso cultural do país e utiliza os dados oriundos do desenvolvimento científico e tecnológico, fornecendo-os ao comando político

(33) SOUZA, Luiz Alberto Gomes de. Ob. cit.

(34) VEIGA, Laura da. "Os projetos educativos como projetos de classe: Estado e Universidade no Brasil" in *Educação e Sociedade*. Revista Quadrienal de Ciência da Educação. CEDES, São Paulo, janeiro, 1982.

(35) CINTRA, Antônio Barros de Ulhôa. "A Universidade e os outros níveis de ensino" in *Ciência e Cultura*. São Paulo, v. 34, n. 5, maio/1982.



da nação, que neles assenta o seu comportamento. Assim, "o desenvolvimento integral, biológico, econômico, político e cultural de uma sociedade, como destaca BUNGE, exige a harmonia de fatores de propulsão, dentre os quais discutimos, em particular, os atributos da Universidade" (ANTÔNIO BARROS DE ULHÔA CINTRA) (36).

Assente o reconhecimento do papel da Universidade como órgão central do desenvolvimento cultural do país — e no termo *cultural* hão de estar contidas as tecnologias que possibilitem um desenvolvimento independente também no plano econômico, basilar no contexto estatal —, portanto, reconhecida, também, a sua importância na formação de todos os segmentos da sociedade, logo, e principalmente, na ordenação jurídica da nação, ou seja, na constituição do Estado, então não há como não posicioná-la como, realmente, um órgão do próprio Estado, conceituado este como um instrumento de construção da nação. Dessarte, não podemos transigir na defesa da tese de que a Universidade não deve ser largada ao sabor do jogo liberal-capitalista, pois o liberalismo, em sua projeção econômica, funciona como arma de dominação de classe, e, desse modo, nele a Universidade tem sua missão desvirtuada.

Em princípio (na prática a teoria é outra...), a Universidade, nos países demoliberais, é livre, independente do Estado. Ora, "será mais aconselhável", como "na sugestão do exemplo americano", a Universidade "não depender do Estado como órgão financiador?", pergunta-se DJACIR MENEZES (37), e ele mesmo responde: "Em países subdesenvolvidos, a interrogação comporta visivelmente respostas inteiramente diferentes *et pour cause*. Nem vale a pena demorar neste aspecto de uma alternativa esquemática entre a subordinação ao poder estatal ou às organizações empresariais e confessionais". Efetivamente, em países como o Brasil, a Universidade, se abandonada à própria sorte, está sujeita a ser absorvida por entidades alheias à formação cultural do país, ou, até mesmo, estrangeiras, que, inclusive, dela se podem servir com propósitos imperialistas. Assim, o ensino tem que ser não só nacionalizado como, também, estatizado. Autônomas em sua administração, livres em suas pesquisas e nos seus debates, as Universidades hão, porém, de ser integradas no Estado, como órgãos formadores e condutores da nacionalidade e obedecendo a diretrizes não só humanistas, mas também nacionalistas, pois elas valem como instrumentos de libertação. Ademais, cumpre observar que, mesmo nos Estados Unidos, o Estado não fica alheio ao trabalho das escolas; pelo contrário, favorece-as com financiamentos vultosos, com elas faz convênios, a elas encomenda projetos, delas recebe sugestões. O mesmo em outras grandes potências: França, Inglaterra etc. Na URSS ela está estruturada no organismo estatal. O certo é que as sociedades nacionais, em cada tempo e em cada lugar, têm necessidades específicas,

(36) CINTRA, Antônio Barros de Ulhôa. Ob. cit.

(37) MENEZES, Djacir. "Universidade, massificação, elite e outros problemas" in *Carta Mensal. Órgão do Conselho Técnico da Confederação Nacional do Comércio*. Rio, a. 15 n. 179, 1970.

cabendo às Universidades responder a esse desafio, pois são elas, por sua natureza, que descobrem, apuram e indicam os elementos renovados e renovadores que as ciências fornecem para o Estado impulsionar o progresso e civilização.

Concluindo este Capítulo, julgamos oportuno insistir na necessidade de procurarmos, com apoio, principalmente, na Universidade, um estilo próprio de vida, do que é condição um Estado *brasileiro*, que expresse a nação *brasileira* e vise a fins *brasileiros*. E então é de se lembrar que, para conseguirmos a nossa real independência, firmando-nos e afirmando-nos como nação soberana, precisamos organizar o Estado em termos políticos modernos e realísticos, vendo no Estado não um *mal necessário*, mas um organismo natural, uma pessoa, a Pessoa Nacional, porque a nação aperfeiçoada numa ordem jurídico-política, ou melhor, a própria nação em movimentos ordenados, conscientes, perseguindo fins predeterminados. Desse modo, aceitando o Estado como o órgão natural de comando da sociedade, hão os países, como o nosso, de, dentro de princípios humanistas, tentar um lugar próprio, o seu lugar, na sociedade internacional, o que só poderá ser obtido se eles se adequarem a suas condições personalíssimas, isto é, se respeitarem o meio — físico, social e político — em que se inscrevem. Ou as nações em desenvolvimento agem assim, ou não passarão jamais de simples colônias: “Difícil, senão impossível, é encontrar no mundo de nossos dias, tanto de um quanto do outro lado da Cortina de Ferro, país subdesenvolvido que esteja deixando esta condição, a não ser sob um Executivo forte e esclarecido, que ofereça liderança efetiva e corajosa para as *reformas de base* que se impõem e que consiga despertar no seio do povo a necessária mística para atravessar o Rubicão que leve ao *talke off*” (JOSÉ GARRIDO TORRES) (38).

Estado forte não significa Estado totalitário, tomado este vocábulo em sua acepção vulgar. Estado forte é o que enseje a formação integral do homem, que, assim, será um homem realmente forte, porque pleno. E homens fortes formarão uma nação forte, um Estado forte. Como será *forte* o homem? Por seu aperfeiçoamento cultural. Pelo aprimoramento da inteligência. Pelo conhecimento. Pelo saber. E é aqui que a Universidade tem uma função relevante, situando-se como o órgão de que o Estado se servirá, politicamente, para conduzir a sociedade nacional rumo ao fortalecimento e à independência.

V — *Educação é feita pelo homem, com o homem, para o homem. Quando a política tem um sentido pedagógico. O Estado deve subordinar-se a um sistema de valores*

De fato, a Universidade, situada como órgão do Estado, e inserido este em uma filosofia política — uma ideologia —, pode criar a sociedade. E esta é o que forem as suas escolas. Como o Estado é a própria nação

(38) TORRES, José Garrido. Ob. cit.

em sua forma jurídica perfeita, compete-lhe, por isso, indicar os objetivos maiores a perseguir, cumprindo à Universidade fornecer os elementos que proporcionem a execução dessa tarefa. A Universidade será, assim, um aparelho auxiliar, o mais importante, de que o Estado se valerá para *construir politicamente* a nação. Os estadistas modernos entenderam isso. Aí estão os exemplos dos Estados Unidos, da Rússia Soviética, da Alemanha nazista, da Itália fascista etc. Donde a necessidade de uma ideologia como norte — uma ideologia alta, humana, nela interessando a juventude estudiosa: "... de todos os elementos de que dispõem os Estados modernos, para a obra de assimilação, nenhum prepondera ao da escola, não só porque a ação das instituições educacionais, incidindo diretamente sobre as novas gerações, é tanto mais eficaz quanto mais se exerce sobre massas mais plásticas e maleáveis pela idade, como também porque, só por meio da ação sistemática das forças sociais, concentradas nos sistemas de cultura e de educação, é possível dar à sociedade uma orientação, uma fé, uma atitude moral, que permita ao país reerguer-se, pelo acréscimo de domínio científico sobre o mundo exterior e, especialmente, pela plena posse e domínio moral de si mesmo. É por isso que na escola — um dos mais poderosos fatores de assimilação — o Estado tem ido sempre procurar apoio à sua política, quer de organização, quer de conquista, quando a necessidade o impele, como na Itália ou na Rússia, a canalizar todas as forças concretas de um povo para um fim supremo e único, e o leva, em consequência, a difundir uma educação que tenha por base a vivificação da consciência nacional adormecida" (FERNANDO DE AZEVEDO) (39).

O que não se deve perder de vista é o fato de que é o homem quem dirige os acontecimentos e que o homem é um ser teleológico, visa a fins, age em conformação com motivos, e, para atingir seus objetivos, usa processos condizentes com o meio em que vive. Entre esses processos, o mais valioso é a educação, pela qual ele pode desenvolver harmoniosamente e o mais completamente possível as suas potencialidades. Dessa maneira, é de se reconhecer, com LOURENÇO FILHO (40), que a educação "não é um fato isolado, uma prática que se possa pôr à margem da vida ou acima dela. Uma parte desse processo é intencionalmente organizada pelo homem, e passa a ser disciplinada ou sistematizada por objetivos que ele crê os melhores, dentro dos quadros da vida coletiva do momento. Nessa parte, há uma composição ideal, que não será nunca para desprezar-se". Disso ressalta a necessidade de se tentar uma sociedade modelada por um ideal, inspirado numa filosofia humana, que só esta pode indicar caminhos e rumos políticos seguros e elevados para os homens. E como é

(39) AZEVEDO, Fernando de. "A Universidade nacional e a educação" (Conferência pronunciada dia 7 de setembro de 1935, na Universidade do Paraná) in *O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e a Educação*, cit.

(40) LOURENÇO FILHO. "Tendências da educação brasileira" (Conferência realizada no DIP, em maio de 1940) in *O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e a Educação*, cit.

o Estado que incorpora, ordena, dinamiza e orienta a nação, a ele deve caber a responsabilidade do processo educacional do povo.

A Universidade — centro da educação em seu sentido mais amplo — cresce em valor na sociedade contemporânea, dada a missão superior que lhe está reservada na formação do homem e na vivificação do Estado. Não há mais, por isso, como separar-se a Universidade do Estado, a educação da política: “Existem, bem entendido, entre a ciência e a política, liames de interdependência. A ciência contemporânea está ligada ao poder por necessidade, porque só este é capaz de lhe fornecer os meios financeiros indispensáveis; daí a existência de uma política da ciência, justificada pelo fato de que a ciência, ao lado de suas aplicações, é uma auxiliar do poder, um instrumento de força. Estas reações inevitáveis se enredam não mais no espaço puro da utopia, mas no domínio conflitual da rivalidade entre as nações. Ainda menos do que a política, a ciência não é inocente; indiferente ao bem e ao mal, pode contribuir para curar certos males da humanidade; pode, também, suscitar o aniquilamento da humanidade em algum cataclisma atômico” (GEORGES GUSDORF) (41).

Estado e Universidade — cultura e política — agem, pois, irmanados. “O saber — diz ainda GEORGES GUSDORF — é um dos maiores instrumentos da potência das nações”. O comércio, a indústria, a própria guerra, tudo isso são confrontos culturais entre as nações. Donde a necessidade e a urgência de informar as sociedades mediante princípios de uma ideologia humanista, em que o homem seja posto como valor fundamental, em torno e em função do qual girem todas as coisas. Se não conseguirmos estruturar os Estados nesses modelos ideológicos de inspiração cristã, correremos o risco de utilizar o conhecimento para o mal, e não para o bem, e, então, por exemplo, a energia atômica não será usada para fomentar indústrias ou curar doenças, e, sim, para destruir Hiroximas e Nagazakis.

Tanto quanto o progresso científico, também o econômico está intimamente ligado à Universidade, vez que nela é que germinam e florescem as pesquisas que, cristalizadas em conhecimentos, favorecem o aproveitamento racional das riquezas de um país. Pelo menos nos países mais evoluídos assim aconteceu, o mesmo não sucedendo, infelizmente, no Brasil, onde, em diversas regiões, o processo econômico, seja na área industrial ou agrícola, na mineralógica ou na pecuária, funciona em formas obsoletas e com rendimento precário: “A evidência histórica tem revelado que a relação entre a educação superior e o desenvolvimento econômico sói diferir, no tempo e no espaço, e que o vínculo causal nem sempre atua na mesma direção. Enquanto algumas situações específicas evidenciam que o papel da Universidade foi ativo no sentido da promoção de transformações econômicas, políticas, sociais e culturais que acicataram o desenvolvimento, noutras — a brasileira, por exemplo — esse desempenho foi

(41) GUSDORF, Georges. Ob. cit.

nulo. A economia e a educação evoluíram de forma desvinculada” (JOSÉ MARCELINO MONTEIRO DA COSTA) (42).

A Universidade *não existe* para servir ao capitalismo ou a interesse classista. Mas *pode* ser usada para isso e assim tem acontecido. Entretanto, por sua natureza e funções, ela transborda das postulações das diferentes categorias profissionais e dos grupos financeiros e econômicos. Integração superior das diversas formas de educação — a moral, a social, a política, a científica, a jurídica, a militar, a espiritual etc. —, a Universidade busca uma compreensão global dos problemas de todos os homens, não, portanto, em função do posicionamento destes nas classes, e, sim, situando-os como valores humanos que ultrapassam as contingências profissionais, visando exclusivamente à composição da sociedade nacional em termos harmônicos, fraternos, solidários e humanos. Visa, assim, à educação do povo, e povo são todos os homens, é a nação, isto é, os homens todos vivendo num determinado espaço físico e unidos por laços de sangue, de interesses e de idéias. A Universidade é, pois, como órgão do Estado, um aparelho propulsor e coordenador do desenvolvimento global da nação, devendo colocar-se acima de interesses particularistas e de procedimentos discriminatórios.

A Universidade precisa, pois, de agir em sincronia com o Estado, neste integrada, e isto pressupõe um Estado de fins precisos, portanto, um Estado ideológico. O Estado, tendo na Universidade um instrumento de pesquisas, de estudos, de conhecimentos, poderá ser sempre um Estado atualizado, e a Universidade, assim posta como um aparelho estatal, melhor servirá à sociedade, equipando-a, quando necessário, para a execução de seus misteres, em todos os setores de atividade: “Ao voltar-se para a análise das condições concretas de vida dos homens, de suas necessidades e interesses, assim como de suas contradições e lutas concretas, a Universidade passa a tomar consciência do estreito relacionamento que entre ela e a sociedade existe. Ela passa a ser função da sociedade, só podendo ser entendida no âmbito dessa, não dispondo mais de autonomia de funcionar divorciada do momento histórico respectivo, de sua herança cultural e da necessidade de reflexão constante sobre o seu papel dentro da sociedade a que serve” (JOSÉ MARCELINO MONTEIRO DA COSTA) (43).

Instituição social, a Universidade reflete a sociedade, ao mesmo tempo que a dinamiza, a vivifica, a esclarece, a conscientiza. Ela está na base e na essência de todo desenvolvimento social. Buscando, em cada plano de atividade e em todos os segmentos sociais, o pleno desenvolvimento das virtualidades humanas. Através da filosofia, das artes, das letras e das ciências, ela tenta a sociedade perfeita. Donde a importância que o Estado lhe confere. *Aí porque, hoje, no Estado moderno, se deve conceituar a Universidade como órgão do Estado, órgão que é como um verdadei-*

(42) COSTA, José Marcelino Monteiro da. Ob. cit.

(43) COSTA, José Marcelino Monteiro da. Ob. cit.

ro Poder do Estado. Desse modo, a Universidade, "essencialmente uma organização social", "está condicionada ao sistema de crenças, interesses e forças dominantes em seu espaço sócio-cultural, devendo estar aberta às múltiplas solicitações advindas da sociedade que se desenvolve e se transforma, a fim de não se apresentar defasada" (MARIA DAS GRAÇAS TARGINO) (44). Conseqüentemente, se o Estado é um Estado informado em uma ideologia humanista, terá na Universidade, igualmente orientada por essa filosofia, um auxiliar poderoso em sua missão política de edificar a nacionalidade.

Atualmente, a Universidade, situada numa sociedade formada nos dogmas da liberal-democracia — ou seja, uma sociedade agnóstica, atômica, conservadora, classista, imediatista, reacionária e desumana —, não tem como contribuir para que o Estado execute um projeto político verdadeiramente humano e democrático: "O conjunto é sempre profundamente conservador e reacionário, pois a minimáquina administrativa e acadêmica da escola está estruturada à imagem e semelhança da grande máquina estatal capitalista" (PAOLO NOSELLA) (45). Isso explica a necessidade de se colocar como ponto prioritário de qualquer política a definição de uma ideologia pela qual se oriente o Estado. Porque é o homem quem faz a história. É o homem é o que forem seus ideais. No caso brasileiro, a doutrina cristã deve ser o norte político. O caminho. O rumo. Então, a Universidade, cristã, desempenhará todo o seu trabalho, filosófico ou científico, literário ou artístico, em função do homem e visando ao homem. Ou seja, atuará, sempre, no sentido da satisfação das necessidades do homem, de todos os homens, estes irmanados em uma sociedade orgânica e solidária. Enquanto, porém, sobexistir o regime liberal-democrata, o Estado será um Estado *ausente*, mero espectador da feroz e desigual competição entre os homens, abandonados estes à própria sorte, segundo o postulado fundamental do sistema: *laissez faire* ... E a Universidade, em um Estado assim, do *Não-Estado*, operará, igualmente, em função de um critério classista, privilegiador, explorador, escravizador, pois sem conteúdo humano. Basta, para se comprovar essa verdade, ter em conta o alto custo do ensino privado no Brasil. Tanto nas escolas primárias quanto nas secundárias e superiores, paga-se um preço muito elevado para se instruir. Ora, no mundo capitalista, de inspiração liberal, a sociedade dividida entre nababos e miseráveis, a educação fica praticamente vedada aos integrantes das camadas menos favorecidas: "O custo do ensino, por si só, explica a inadequação da escola aos segmentos menos privilegiados da população" (LIA FUKUI, EFIGÊNIA SAMPAIO, LUCILA BRIOSCHI) (46). Mas não é só no Brasil. A

(44) TARGINO, Maria das Graças. "A Universidade brasileira no momento atual" in *Educação Brasileira*, cit.

(45) NOSELLA, Paolo. "A Dialética na administração escolar" in *Educação e Sociedade*, cit.

(46) FUKUI, Lia; SAMPAIO, Efigênia e BRIOSCHI, Lucila. "Escolarização e Sociedade: um estudo de exclusivos da escola" in *Educação e Sociedade*, cit.

imprensa carioca divulgou notícias vindas dos Estados Unidos falando da existência, lá, de milhões de analfabetos. É que, como a Universidade reflete a sociedade, a sociedade capitalista favorece a implementação de Universidades de inspiração classista, discriminatórias, inacessíveis às pretensões das massas. É uma Universidade de elites, mas das elites do dinheiro, apenas, nem sempre as verdadeiras. Estas, tão necessárias, hão de ser constituídas à base do valor dos estudantes, sem preocupações com seu *status* financeiro ou social. Por tudo isso o ensino deve ser gratuito, em todos os graus, mas, para que isso aconteça, ele há de ser ministrado exclusivamente pelo Estado.

Voltando ao significado do ensino em si, como força motora da sociedade, é de se acentuar, com PEDRO LINCOLN CARNEIRO LEÃO DE MATTOS<sup>(47)</sup>, que “o ensino superior sempre foi área de atenções especiais do Governo por motivos político-estratégicos”. E ele relembra que, durante o período colonial, os esforços dos jesuítas, em prol do ensino no Brasil, esbarraram nos atos em contrário do poderoso Marquês de Pombal. Recorda o aparecimento das escolas superiores públicas e religiosas, no começo do século XX, sob a influência do credo positivista. Fala do Decreto nº 8.659, de 5 de abril de 1911, de Rivadávia Correia, instituindo a liberdade de ensino e a autonomia para as escolas superiores. Refere-se à criação da Universidade do Rio de Janeiro, em 1920. Cita a atuação, mais tarde, de Francisco Campos e Gustavo Capanema, quando se estabeleceu um estreito relacionamento entre a educação e as lideranças intelectuais e científicas da época e que colaboraram na feitura de projetos do Ministério da Educação. Refere-se ao Estatuto das Universidades Brasileiras (Decreto nº 19.851, de 11 de abril de 1931) que incorporou as conclusões do Congresso de Ensino Superior, e enumera outras iniciativas do Poder Público, sempre atento a todos esses eventos. Dessa maneira, a tendência desde a Colônia, é para o controle oficial do ensino. O que não só *pode* como *deve ser* feito. Mas, por um Estado que, de conteúdo cristão, tenha por meta servir ao homem. Estado que se insira num processo cultural a ser levado avante pela Universidade e outras escolas, com o apoio do Estado e rumo aos fins objetivados pelo Estado, em nome da nação que ele representa. A Universidade há de ser comprometida nessa ação política, pois ela “é um centro de poder ideológico e, portanto, uma instância fundamental, cujo controle é disputado por aqueles grupos sociais (frações de classe) que pretendem impor suas próprias concepções sobre a sociedade” (LAURA DA VEIGA)<sup>(48)</sup>. Tal é, em verdade. E eis porque havemos de querer uma Universidade em que se superem os interesses de classe, o que só será possível num Estado que promova a harmonização das classes, à base da redução das categorias profissionais à natureza humana dos que as

(47) MATTOS, Pedro Lincoln Carneiro Leão. “Quadro histórico da política de supervisão e controle do Governo sobre as Universidades federais e autárquicas” in *Forum Educacional*. Rio, Fundação Getúlio Vargas, v. 6, n. 3, 1982.

(48) VEIGA, Laura da. Ob. cit.

integram, coisa inexecutável no Estado demoliberal, no Estado comunista ou no Estado fascista, retratos de sociedades desumanas, pois, no Estado liberal, o homem não passa de simples mercadoria ao sabor do jogo da livre concorrência (entre concorrentes de forças desiguais...); no Estado comunista o homem é tido como simples joguete das forças e relações de produção; e no Estado fascista ele é posicionado como um mero atributo do próprio Estado. Em nenhum deles, portanto, o homem é.

A Universidade é, realmente, um centro de poder ideológico. E o rumo ideológico do Estado, quem o traça é o Estado, em que a Universidade se insere como um órgão propulsor do desenvolvimento cultural. Não é tarefa da Universidade, portanto, servir a classes ou frações de classes, à burguesia, à nobreza ou ao proletariado, e, sim, a todos os homens, de todas as profissões e de todas as camadas sociais, à nação. Que se proclame, então, mais uma vez: antes de tudo e sobretudo, temos que implantar, no Brasil, um Estado verdadeiramente democrático. só possível se ele for modelado e informado pela ideologia cristã.

#### VI — *A Universidade e a integração das ciências. A organização da cultura, a especialização e a atomização da sociedade. A sociedade é um todo orgânico e como tal deve agir. Papel da Universidade no Estado brasileiro*

Talvez decorrência da filosofia individualista que, através do sistema demoliberal, estruturou os Estados após a Revolução francesa, espalhou-se, pelos quatro cantos da terra, a mania das "especializações", que passaram a constituir mais uma marca dessa sociedade política atomizada e conflituosa que ainda perdura, os homens e as nações agindo em função apenas de apetites insaciáveis, num egoísmo feroz.

Se a filosofia individualista isolou os homens e as nações em seu egoísmo, a especialização separou as ciências em suas pretensões, uma e outra ferindo a organicidade natural das coisas.

Ora, assim como o homem, sobre ser um indivíduo, é uma pessoa e, como tal, se integra num contexto social, onde deve agir solidariamente, assim as ciências particulares não de, sem se descaracterizarem, ser integradas num todo de conhecimentos homogêneos, pois só assim os seus êxitos poderão ser racionalmente utilizados no sentido do progresso geral e total da sociedade.

Isso implica reconhecer que a Universidade tem de funcionar entrosada com as diversas instituições, num sistema de trocas, de fluxos e refluxos, em que tudo se movimenta segundo razões definidas e propósitos predeterminados.

O Estado estará na base e no centro de tudo, como motor que é da sociedade, desse motor sendo energia propulsora a Universidade: "... a discussão do problema do controle social é inteiramente abstrata quando



não se relaciona com o fundamento da sociedade como um todo, e sim artificialmente dividida em compartimentos estanques, como a economia, a ciência política, a administração, a educação. Enquanto nos especializarmos apenas num desses campos, sua natureza nos estará oculta. Não compreendemos que todas essas ciências aparentemente separadas estão de fato inter-relacionadas, que se referem a técnicas sociais cuja finalidade é assegurar o funcionamento da ordem social, fazendo com que uma influência adequada se exerça sobre o comportamento e as atitudes dos homens. Uma vez reconhecida essa unidade de propósito, o caráter político e social de todas as instituições humanas se tornará claro" (KARL MANNHEIM) (49).

Vendo as coisas com amplitude e profundidade, podemos qualificar a Universidade como, também, uma instituição política e social. Porque ela serve à construção da sociedade em função do desenvolvimento cultural do homem. Mas só cumprirá satisfatoriamente a sua missão se se identificar permanentemente com a sua própria natureza da instituição *universal*, isto é, que se orienta, em seus estudos e pesquisas, em busca do conhecimento em sua totalidade, como um saber completo, integrado por todos os saberes, e disso é pressuposto a colocação do homem (eixo da sociedade, em torno e em função do qual tudo se organiza) também na integralidade de ser material e espiritual, de indivíduo e de pessoa, de profissional e de cidadão, de ser do mundo e de ser nacional. As ciências não podem ser isoladas; o homem precisa da contribuição de cada uma de per si, e de todas em seu conjunto, para aperfeiçoar-se e aperfeiçoar a sociedade. Isso tem de ser feito na e pela Universidade, posta — repetamos — como órgão do Estado, este um Estado humano e de fins precisos: "A educação só poderá ser compreendida se soubermos para que sociedade e posição social os alunos estão sendo educados" (KARL MANNHEIM) (50). Educar é ensinar a viver. É formar o homem. Viver como? Formar para quê? Não se educa por educar, não se vive por viver, tudo que se faz é feito consoante uma razão e uma finalidade, e isso tanto vale para os indivíduos como para os povos.

Cresce, portanto, em significado e em importância, o processo ideológico a adotar no Brasil, com vistas à reformulação da estrutura política do Estado e, dentro desta, à identificação da Universidade com o homem brasileiro e os problemas do Brasil: "... há uma grande missão a desempenhar pela Universidade brasileira, desde que adequada ao nosso meio, e que há de ser a de acelerar a preparação de uma classe dirigente capacitada para encontrar as soluções que nos convêm. Não temos tempo para esperar que os novos líderes venham do curso médio e muito menos do primário. A Universidade é a trincheira onde a nova classe se terá de formar. Uma classe que viva menos de "slogans" e mais do estudo dos grandes autores que se debruçaram no passado sobre nossos problemas e

(49) MANNHEIM, Karl. *O Homem e a Sociedade*. Trad. de Waltencir Dutra. Rio, Zahar Editora, 1982.

(50) MANNHEIM, Karl. Ob. cit.

se debruçam no presente, e da consideração objetiva e pragmática de soluções brasileiras para problemas brasileiros. Uma tal atitude nos levará, fatalmente, à conclusão de que o homem brasileiro é o recurso em que mais se deve investir" (JOSÉ GARRIDO TORRES) (51). O homem é o valor fundamental, porque é o agente da civilização. Daí o papel marcante da Universidade no processo civilizatório. Porque é ela que *forma* o homem, preparando-o para a vida profissional e para a vida na sociedade. Ora, o homem mais perfeito é o que desenvolve de maneira harmoniosa e plena todas as suas virtualidades. O homem, portanto, mais *universal*. Mas o homem não vive no mundo das abstrações, e, sim, num meio determinado. Meio físico e meio social. E vive numa época. Em condições específicas. Assim, não vive, apenas, *universalmente*, mas, ainda, *nacionalmente*. A Universidade tem de considerar tudo isso, pois o homem que ela forma ela o forma para servir ao país, não somente como homem, mas como homem desse país.

Condição *sine qua non* para um desenvolvimento nacional brasileiro independente é nos libertarmos de vez dos prejuízos dessa ideologia demoliberal, já caduca, e que certos "medalhões" de nossa política se esforçam por salvar dos escombros. E nos convenceremos da verdade de que, fora de uma compreensão cristã do homem e do universo, não há salvação.

Temos, igualmente, que nos inspirar em nossas coisas, trabalhar nossas coisas, viver nossas coisas. É que o Brasil foi sempre "vítima do imperialismo cultural exercido por outros povos", lembra JOSÉ GARRIDO TORRES (52), que adverte, mais, ser "desastroso dispor de uma elite heterogênea, formada sob as influências mais distintas dos países onde estudou, romântica, desenraizada, inautêntica, atormentada por um complexo de inferioridade, que ignorava as virtualidades de nossa gente e confundia seus anelos, não conhecendo, tampouco, a chamada problemática deste imenso país, de tão acentuados contrastes, ou a tão decantada *realidade brasileira*, para a qual tanta preocupação havia em adotar modelos que, freqüentemente, nada em comum apresentavam com a nossa situação ou estágio evolutivo".

A adoção do regime liberal-democrata, a implantação do sistema federalista, o sufrágio direto universal, e, mais do que tudo, a Constituição de 1891, são exemplos gritantes dessa alienação cultural dos homens a quem estava afeta a condução política do Brasil. Homens como existem tantos, ainda hoje, perambulando por aí, nos palácios, nos Ministérios, no Parlamento, na imprensa, nas organizações empresariais, como verdadeiros fantasmas vindos de um outro mundo...

Integrada no Estado, e como este, sem desrespeito ao seu conteúdo humano, tem de ser nacional, a Universidade, conseqüentemente, entre nós, há de ser eminentemente brasileira. A cultura, em essência universal, inclui, necessariamente, elementos de todas as culturas, e estas se diferen-

(51) TORRES, José Garrido. Ob. cit.

(52) TORRES, José Garrido. Ob. cit.

ciam nos espaços e nos meios em que surgem e florescem, expressando valores típicos, razão por que, como quer NEILSON RODRIGUES (53), a Universidade, "força de transformação na sociedade", representa "a própria produção do saber, que se transforma em revolucionista na medida em que saber significa tomada de consciência histórica". Ora, tomada de consciência histórica é tomada de conhecimento, é assunção de atitude, num espaço e num tempo, face aos acontecimentos relacionados com os problemas dos homens, em sua condição humana e em sua condição de nacionais. A Universidade há de entender isso e funcionar sem fugir desse entendimento.

Entretanto, aceitando, embora, que a Universidade, por força de imposições históricas, atue dentro desse realismo, vinculando o universal ao nacional, o certo é que, em si, ela não poderá jamais fugir à sua essência humanista fundamental, pois é de sua natureza, prioritariamente, a perseguição de Projetos que envolvem o homem como homem, independentemente de sua nacionalidade. Porque, acima do ideal de cada homem, há o ideal comum de todos os homens, e, acima do ideal de cada povo, há o ideal de todos os povos. Há um ideal comum a todas as nações, e a Liga das Nações, ontem, hoje a Organização das Nações Unidas, são reflexos reais, conquanto bruxoleantes, desse sonho universalista de uma composição humana interessando todos os povos. Quimera? Talvez, o que não nos deve desesperançar, porque (GEORGES GUSDORF) (54) "a utopia tem um sentido positivo; não é ela aqui uma espécie de fantasma irrealista, pois é ela que inspira e transfigura o real. Carente desta inspiração escatológica, o mundo humano arrisca tornar-se um deserto de sentido e de valor, como se vê muito bem no vir-a-ser absurdo do mundo atual".

A Universidade surgiu com um sentido universal e assim deve continuar. Buscar as perdidas origens. Volver à sua intenção original, o propósito com que apareceu na era medieval: a liderança do processo civilizatório, entendido este como um desenvolvimento integral do homem e da sociedade, à base da integração das ciências e sua ordenação pela filosofia. Só assim conduzirá a sociedade para fins predeterminados. A filosofia dá, assim, as diretrizes. E é na Universidade que, pelo aprimoramento da cultura, se define, se apura e se firma uma ideologia, na qual se informa o Estado, que a institucionaliza, a dinamiza, a consolida. Os caminhos da sociedade devem, pois, ser traçados pelo Estado, através do estudo integrado das ciências, das artes, das letras e da filosofia, levado a efeito na Universidade. Esta é, repitamos, o dinamismo central da sociedade. Logo, tem que partir de uma motivação e se dirigir a um fim. Sim, porque — lembra CREUZA CAPALBO (55) — evocando o exemplo alemão, "a Universidade não é um *ser natural*, subordinado às leis naturais da natu-

(53) RODRIGUES, Neilson. "Autonomia e Universidade, uma questão política" in *Educação e Sociedade*, cit.

(54) GUSDORF, Georges. "Crise de Universidade e crise de valores" in *Convivium*. São Paulo, a. 15, n. 3, 1975.

(55) CAPALBO, Creuza. "Reestruturação da Universidade brasileira" in *Convivium*. São Paulo, v. 28, jul./ago. 1983.

reza. O seu reino é o de "dever ser", ou seja, o reino das relações ético-sociais. A sua unidade é a da ordem do significado que a Universidade terá, e que será obtido na tessitura da convivência social no meio acadêmico, em vista à finalidade da Universidade. E qual é esta finalidade? Mais uma vez o acordo se fazia quando diziam ser a busca da verdade científica e filosófica, em sua íntima vinculação com a dimensão social, ou seja, ela deve *servir ao homem* e portanto à nação alemã, mas sem perder de vista a busca desinteressada da verdade".

Sendo, assim, como realmente é, do reino do "dever ser", a Universidade se coloca no contexto social (que movimenta e qualifica, pois obedece a uma orientação filosófica que lhe abre uma visão global do homem e da sociedade) como um órgão do Estado, que, em sua autenticidade, é um instrumento de construção nacional do povo. Assim, o Estado há de ser como que uma *ideologia em ação*, isto é, movimentar-se em função de uma filosofia, que só esta diz *como e para que* construir, ou seja, dá os fins e indica os caminhos para alcançá-los.

Inspirado na filosofia cristã o Estado visa servir ao homem — o homem *todo e todos os homens*. Isto é, enfoca o homem na universalidade de suas virtudes, de modo a favorecer a sua plena realização como indivíduo, como ser familiar, como profissional, como membro de uma comunidade, como célula ativa de uma nação. Busca o homem na sua totalidade e, através do homem total, uma sociedade plenamente humana. Esse projeto, o Estado o persegue com e pela Universidade, centro de estudos, de debates e de pesquisas, onde se formam e desenvolvem as melhores inteligências do país. A Universidade, livre na procura da verdade científica, é, no entanto, um componente político do Estado, na medida em que participa, prioritária e predominantemente, do processo de edificação da sociedade. Através do conhecimento, serve ao homem, ao homem em si e ao homem situado num espaço e num tempo, ao homem que tem uma "raça" e uma história que pertence a uma nação. Assim, a Universidade deve, igualmente, estar a serviço da nação: "A universidade é subordinada ao Estado, devendo servir à nação e à humanidade" (FICHTE) (56).

VII — *A Universidade não pode ser neutra. A educação e o destino da sociedade nacional. Nossa formação é cristã. A educação é agente e não fruto da sociedade. Um sentido para a educação brasileira*

Escreve MIGUEL GONZÁLEZ ARROYO (57): "Nenhuma organização do trabalho é neutra, menos ainda a organização do trabalho educativo". Nessas poucas palavras está compreendido o sentido mais vasto e profundo do trabalho universitário. Porque o trecho contém a substância

(56) FICHTE apud Creuza Capalbo. Ob. cit.

(57) ARROYO, Miguel González. "A Reforma na prática: a experiência pedagógica do mestrado da FAE — UMFG" — in "Educação e Sociedade", cit.

mesma do processo educativo. A educação é teleológica: educa-se por uma razão e objetivando-se um fim. E se educa dentro de um tempo, de um espaço, de uma ambiência social, de um condicionamento político, de um projeto histórico. A "arte pela arte", a "ciência pela ciência", o "saber pelo saber", são "slogans", ou melhor, vícios de um liberalismo já superado. O Estado moderno quer o saber para fazer do homem o homem pleno e da sociedade uma sociedade fraterna, igualitária, livre, justa, responsável. E a Universidade, como órgão do Estado, deve ajustar-se a esse propósito, como viu, com amplitude, ANTÔNIO JOAQUIM SEVERINO<sup>(58)</sup>: "Acreditamos que a questão fundamental que se deve colocar à educação brasileira diz respeito a seu próprio significado de um projeto histórico, do projeto existencial que se deve dar à comunidade brasileira, a busca de seu destino e de sua civilização. Sem dúvida, estamos diante de uma questão eminentemente filosófica, tarefa que cabe à filosofia da educação equacionar adequadamente, não sem antes recorrer, também, à filosofia social e à filosofia da história, mediante as quais se fundamenta numa antropologia filosófica, alicerce último de toda reflexão sobre o realizar-se do homem. Esta questão antropológica situa-se, pois, no meio ontológico da problemática educacional brasileira: trata-se de explicitar qual o sentido possível da existência do homem brasileiro como pessoa situada na sua humanidade e em seus momentos históricos".

Esse, em verdade, o grande problema: como deve ser a sociedade brasileira? Como construir essa sociedade? Como agir nessa sociedade? Como direcioná-la? Como aperfeiçoá-la? É de procurar-se, então, o eterno e o contingente, o universal e o nacional no homem brasileiro, para dentro de um humanismo permanente e de uma realidade nacional variada e variável, tentar-se uma sociedade em que todos os homens usufruam equitativamente dos benefícios da civilização. Quem somos? Que desejamos? Para onde vamos? A Universidade incumbem as respostas. No Brasil, temos uma origem cristã, uma formação cristã. Cristão deve ser o sentido de nossa civilização. Assim, o trabalho educativo, no Brasil, deve ser balizado pelos parâmetros indicados pela doutrina cristã. "O que queremos ressaltar — comenta, ainda, ANTÔNIO JOAQUIM SEVERINO<sup>(59)</sup> — é que o desafio mais radical que se impõe à educação brasileira é o questionamento de seu próprio sentido em função do projeto civilizatório brasileiro. Afinal, estamos vivendo uma crise total de civilização e todo esforço para a articulação de um projeto político e social para a população brasileira pressupõe que se discutam questões básicas relativas à dignidade humana, à liberdade, à igualdade, ao valor de uma existência comunitária, às perspectivas de um destino comum, tendo em vista a civilização que se busca construir."

(58) SEVERINO, Antônio Joaquim. "A problemática educacional brasileira e a questão didática no ensino superior" in *Educação e Sociedade*, cit.

(59) SEVERINO, Antônio Joaquim. Ob. cit.

Perfeita, a análise. Pois o homem, sendo um ente teleológico, a educação — processo de formação do homem — há de, decorrentemente, ser teleológica. Como teleológico há de ser o Estado, onde se integra a nação. O marxismo informou o Estado soviético. O nazismo estruturou o Estado alemão. O fascismo modelou o Estado italiano. Os sacrifícios, as renúncias, as lutas, o desespero e as esperanças do povo russo, do povo alemão e do povo italiano tiveram uma motivação, uma explicação, e ditaram um objetivo, pelo qual eles lutaram, seus ideais projetados nos seus Estados. Já no Estado liberal nada disso ocorre. Estado e nação não se integram. O Estado liberal é mera ficção. Por isso, um Estado abstrato, ausente, abstermido. Que não reflete a nação. Que não modela nada, nada conduz. Vê as coisas acontecerem segundo as manejem os homens capazes de fazê-lo, sem delas participar. Estado do *deixar fazer*, *deixar passar*. Pelo que serviu à selvageria capitalista, responsável pela implantação no mundo de uma sociedade desumana, utilitária, materialista e escravocrata.

A educação brasileira há de orientar-se num sentido humano, eis que é inspirada na doutrina cristã. Buscando a realização do homem total, independentemente de sua raça, de sua classe, de sua nacionalidade, homem que não pode ser tratado como mercadoria, nem confundido com atributo do Estado, nem subordinado às forças e relações de produção... Do homem universal, eterno, feito à imagem de Deus. Mas de um homem que vive, igualmente, num espaço próprio e diferenciado, cercado de outros homens que vivem em outros espaços também diversificados. A Universidade, em sua missão de preparar o homem dentro desse ideal e dessa realidade, há de estar posicionada no organismo estatal, pois só pelo Estado se ordena racionalmente e se conduz conscientemente a sociedade. Por tudo isso, afirma, ainda, ANTONIO JOAQUIM SEVERINO<sup>(60)</sup>, “é radicalmente prioritário, em relação às questões didáticas, discutir o significado de nossa educação no contexto de nossa vida social concreta, uma vez que ela, a educação, é fruto, e deveria ser agente, desta vida social e política da nação. Todo projeto educacional será necessariamente um projeto político e não há como evitá-lo. Conseguir fazer, portanto, com que o nosso estudante, nos diferentes níveis de sua formação, adquira a consciência desta dimensão política da educação, parece inadiável compromisso dos educadores atuais”.

Educar, pois, o homem brasileiro para, sem prejuízo de sua condição humana, viver em função de uma realidade nacional específica, logo, para tentar caminhos próprios e rumos definidos em seu processo civilizatório, aí o papel a ser desempenhado pela Universidade, posta como órgão do Estado.

Que não se alegue, quando propomos a adesão da Universidade ao Estado, na busca de uma civilização cristã, que religião e política têm planos distintos de atuação. Religião se liga à filosofia, às ciências, também à política. O mundo dos conhecimentos é vasto e profundo, e nele os

(60) SEVERINO, Antônio Joaquim. Ob. cit.

valores estão interligados. Todos influem sobre todos. No caso do cristianismo, há que considerar um fato fundamental: Cristo. Que não é só Deus, mas também homem. Que viveu entre os homens e morreu pelos homens. Ele não preparou os homens somente para a "outra" vida, mas, igualmente, para a vida terrena. Quando Ele pregou o amor ao próximo fixou as bases do solidarismo. E quando expulsou os vendilhões do templo condenou os sistemas que colocam a voracidade do lucro acima da dignidade humana. Cristo quer a igualdade e a justiça, a hierarquia de valores, a dignidade, a fraternidade. Tudo aqui mesmo, neste mundo. Ele não pregou para os anjos, mas para os homens. Assim, havemos de compreender e proclamar, com LEONARDO BOFF (61): "A comunidade cristã e a comunidade política não são dois espaços fechados, mas abertos, por onde circula o cristão: na comunidade cristã, este celebra e alimenta sua fé; aí ele ouve a palavra de Deus que o envia para o compromisso para com seus irmãos; na comunidade política age e atua ao lado de outros, realizando concretamente a fé e a salvação; aqui ele escuta a voz de Deus que o chama a expressar-se na comunidade cristã. Tanto um espaço quanto o outro vem recoberto pela realidade do Reino de Deus que se realiza, embora sob signos diferentes, num e noutro espaço". Assim é, em verdade. Porque a doutrina não é só para ser pregada. É para ser, igualmente, realizada. O ideal nasce do real e tende a concretizar-se no real. A doutrina cristã não pode ficar insulada nos templos, tem de ser vivida na sociedade: nas ruas, nos quartéis, nos lares, no Parlamento, nos palácios, nas escolas, nas fábricas. Ali onde estão a cruz gamada, a foice e o martelo. As instituições políticas, que movimentam a sociedade, são a cristalização de ideologias. Dessarte, o cristão não pode limitar-se a propagandar o cristianismo, há de procurar vivê-lo. Ele tem de atuar onde atuam o ateu, o anticristão, o agnóstico. Para isso ele foi doutrinado. Por isso é que foi sacrificado no circo e viveu nas catacumbas. O campo político não pode, portanto, ficar fechado ao cristão, nele agindo, somente, os não-cristãos e os anticristãos. Cristianismo, em sua projeção terrena, é luta, é a cata de um ideal. A sociedade cristã, para ser mesmo uma sociedade cristã, há de expressar a doutrina cristã. Cristo em César, César em Cristo. No Brasil, País cristão, a Universidade, inserida no Estado, deve colaborar nessa missão. Isso tem de ser aceito, sentido, compreendido e procurado. Porque só assim teremos reencontrado a razão de um trabalho a efetuar, eis que, como ensina ALCEU AMOROSO LIMA (62), "o primeiro passo para dar à nossa pedagogia uma importância decisiva, para o futuro da nacionalidade, é reconhecer que nada será feito sem um trabalho prévio de fixação dos princípios que nos devem governar". E então, cabe perguntar: estudar para quê? E aí está por que os projetos políticos, vendo-se no Estado um ente teleológico, incluem os projetos pedagógicos. Ora, se é pelo Estado que se constrói a nação, se nação é a sociedade, se a sociedade é a totalidade

(61) BOFF, Leonardo. *Igreja, Carisma e Poder*. Petrópolis, Vozes, 1981.

(62) LIMA, Alceu Amoroso. "Educação, instrução, cultura" in *O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e a Educação*", cit.

dos seres humanos integrados num todo único — a nação — e se é a educação que “faz” o homem, então não há como não se colocar a Universidade como carro-chefe na luta pela condução do Estado.

Hoje, apesar dos remanescentes liberalóides (homens mortos no tempo, conquanto vivos no espaço), tem-se como necessário que o Estado — conceituado como instrumento de construção das sociedades nacionais — deve estar *presente* em tudo. Logo, também na educação. Donde admitir-se, com LOURENÇO FILHO <sup>(63)</sup>, “uma educação planejada, organizada, executada e controlada no sentido dos fins sociais”. Esse planejamento, hoje, é incontestável. Desse modo, entre os planos do Estado, situa-se o plano educacional. É através desses planos todos, devidamente inter-relacionados, com vistas ao desenvolvimento global da sociedade, que o Estado opera. Assim, não só a economia deve ser dirigida, também a educação, inclusive para o domínio e a humanização da economia. Pelo que a educação há de enquadrar-se em uma ideologia: “O ideal, portanto, deve governar toda pedagogia. Esta não é mais do que a formação do homem, a sua preparação para a vida. Ora, só se forma uma coisa para certo fim. Só se prepara uma coisa sabendo-se para que se vai preparar. Por isso, é necessário que haja, previamente, uma finalidade, um objetivo, um ideal a atingir”, diz ALCEU AMOROSO LIMA <sup>(64)</sup>, e adianta: “a pedagogia se forma de acordo com a nossa concepção da vida”.

As instituições não se movimentam por si, mas por seus agentes. Esses agentes são os homens. O Estado será o que forem os homens que o dirigirem. Donde a importância política da Universidade, onde se formam as elites dirigentes do país. E só homens superiormente formados na Universidade, por esta equipados em conhecimentos e técnicas, e homens dimensionados por uma convicção ideológica, estarão em condições de bem gerir os negócios do Estado.

Entre outros, o povo alemão soube compreender essa verdade e buscar na Universidade a força recuperadora de que necessitou, em difícil momento de sua história. É o que nos conta GEORGES GUSDORF <sup>(65)</sup>: “Após a derrota de Iena, em 1806, a Prússia, massacrada pelas tropas de Napoleão, e preocupada com seu soerguimento nacional, concebe o projeto admirável de recuperar pela força do espírito uma superioridade que ela havia perdido no campo de batalha. A fundação da Universidade de Berlim, em 1810, é uma resposta ao desafio de Iena. O filólogo Guilherme de Humboldt, encarregado de preparar a nova fundação, consultou nessa ocasião os melhores espíritos de sua época. Ele mesmo declarou que a grande tarefa de soerguimento nacional pedia, para ser levada a bom termo, uma categoria de homens de ciência e de razão, cujo

(63) LOURENÇO FILHO. “Estatística e educação” (Conferência realizada no Curso de Informações do IBGE, em julho de 1938) in *O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e a Educação*, cit.

(64) LIMA, Alceu Amoroso. Ob. cit.

(65) GUSDORF, Georges. “Crise da Universidade e crise de valores”, cit.



espírito teria uma amplitude suficiente para ultrapassar sempre os problemas técnicos, nos diversos postos aos quais teriam acesso em seguida. Estes homens, de uma formação superior para além de suas responsabilidades imediatas, não perderiam de vista suas responsabilidades fundamentais com relação à situação global do país". O que conseguiu a Alemanha, depois disso, todos sabem, pois constituiu-se, sob todos os aspectos, uma potência de primeira grandeza no cenário internacional.

Por tudo isso, já compreenderam, hoje em dia, os verdadeiros estadistas — isto é, os políticos autênticos — “que todo Poder responde a um sistema de valores sócio-políticos” (66). Conseqüentemente, quanto mais altos esses valores, tanto melhor o sistema. O Poder, em si, é neutro, só se qualifica pelo fim a que serve. Dessarte, o que se tem a buscar, pelo Poder, é a implantação social daqueles valores que marquem um posicionamento humano do Estado frente aos problemas sociais, econômicos e políticos: “El Poder — acrescenta BLANCO — no puede reducirse a fuerza ciega, bruta. Esta fuerza material debe estar plegada a unas normas, y las normas promulgadas en función de una cierta ideología”. É a ideologia que propõe os rumos. Mas uma ideologia é uma filosofia política, ligada à filosofia geral. A experiência sugere que a ideologia a implantar é o humanismo integral, que repele as ideologias totalitárias, comunista ou fascista, e a ideologia demoliberal, esta a humana, as outras inumanas.

Urge, assim, que nos libertemos, de uma vez por todas, dos prejuízos e dos preconceitos dos nossos “liberais”, intelectuais outrora *made in Coimbra*, hoje em Paris ou Washington, que vêem no Estado um Moloch pronto a devorar-nos. Que pregam a livre concorrência. Que condenam a intervenção do Estado. Que endeusam o individualismo. Que combatem o protecionismo. Porque esses homens estão culturalmente defasados. Daí a falsidade de suas posições. Daí a sua alienação. Fugindo às abstrações, aos mitos, ao irrealismo e ao “imperialismo cultural”, temos que reformular o nosso posicionamento político. Reformular, inclusive, o nosso próprio conceito de política, que anda bastante por baixo. Já advertia ALBERTO TORRES (67) que “a política precisa reconquistar a sua força e seu prestígio, fazendo reconhecer-se como órgão central de todas as funções sociais, destinado a coordená-las e harmonizá-las — a regê-las — estendendo a sua ação sobre todas as esferas de atividade, como instrumento de proteção, de apoio, de equilíbrio e de cultura”. Cabe-nos, assim, reintegrar a política em sua dignidade. Em sua natureza de ciência do Estado. Com o que estaremos, ao mesmo tempo, valorizando a ação política e justificando a sua alta função social. Dentro dessa compreensão, quando se fala em política, fala-se no Estado, que, em conseqüência, deve estar presente em todos os setores de atividade humana. Para bem de todos e de cada um. Por isso, o Estado tem de subordinar-se a uma ideologia, cuja definição há de ser feita em conjugação com a Universidade, através dos conhecimentos, descobertas e

(66) ANDE, J. BLANCO. *Teoria del Poder*. Madrid, Ediciones Pirâmide, S.A., 1977.

(67) TORRES, Alberto. *A Organização Nacional*. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1978.

técnicas que esta promove, em proveito da formação plena do homem e da sociedade.

O certo, como ensina FRANCISCO CAMPOS<sup>(68)</sup> é que "o futuro será o que a educação entender que ele seja". E aí está por que tanto insistimos na necessidade de informar o Estado brasileiro por uma filosofia cristã, e, ao mesmo tempo, nacionalista. O que seria conseguido pela conjugação de esforços e recursos de todos os órgãos do Governo, no centro dos quais, como dinamo desse movimento, há de ser colocada a Universidade.

Ainda recentemente o Ministro da Educação<sup>(69)</sup> reconheceu e proclamou que "estamos, todos, Governo e Universidade, submetidos indistintamente à mecânica inflexível do nosso ordenamento jurídico", e que "só sob o império desse primado poderemos contribuir para a evolução pacífica de nossas instituições e de nossa organização jurídica, de nossa estrutura política e de nossos padrões de desempenho econômico e de garantias sociais".

É assim, realmente. Acontece, todavia, que ainda estamos todos, povo, Governo e Universidade, submetidos a um ordenamento jurídico encaixado no sistema capitalista demoliberal, inspirado numa ideologia política agnóstica, individualista, imediatista, inorgânica, atomística, que, na prática traduz-se numa sociedade dividida em classes privilegiadas e classes desafortunadas, isto é, numa sociedade desumana, e, nela, a Universidade — como não poderia deixar de suceder — se ressentida dessa ambiência política opressiva, escravocrata, egoísta e deletéria.

Repitamos, então, mais uma vez, por necessário, que a sociedade nacional se completa no Estado. Este não é uma ficção, é um ser vivo. É a nação realizada política e juridicamente, a nação atuando como um ser consciente e responsável, como uma pessoa. Pois o Estado, conforme a sua forma e a sua estrutura, pode *construir* a nação ou *impedir* a sua construção. Há, por isso, de ser natural. Quer dizer, um Estado humano, mas que igualmente, corresponda às necessidades típicas dessa parte da humanidade localizada nesse espaço em que o Estado se instalou. É que só o verdadeiramente nacional é verdadeiramente humano, visto ser a sociedade internacional constituída de todas as nações, ligadas pelo que têm de humanas e diferenciadas pelo que têm de nacionais. Há, pois, o Estado brasileiro de, sem perda de sua substância humana universal, espelhar as realidades nacionais. Ora, a nação brasileira tem, como tônica, a sua qualidade cristã. Nossas origens, nossa formação, nosso caráter, nossa alma, têm raízes no apostolado evangélico. E o Estado tem que respeitar essa realidade. O Governo, inclusive pela Universidade, há de perseguir, através de caminhos cristãos, objetivos cristãos de vida.

Se não nos convenceremos dessas verdades, se fugirmos à nossa natureza humana e à nossa condição brasileira de vida, se não definirmos uma razão universal de vida e um rumo nacional de vida, se, pois, dentro de nosso condicionamento geoeconômico, não nos guiarmos por uma visão huma-

(68) CAMPOS, Francisco. *Disc. cit.*

(69) MACIEL, Marco. "Movimento estudantil e reforma universitária", *cit.*

nista das coisas, nada conseguiremos, porque “sem uma orientação total que desça ao íntimo das consciências onde se elaboram as decisões dos grandes rumos, todas as esperanças de reconstrução social estão fadadas a um malogro inevitável” (LEONEL FRANCA) (70). Essa orientação total “que desça ao íntimo das consciências, onde se elaboram as decisões dos grandes rumos” é a orientação cristã de vida. Na base da conduta dos homens está, pois, a preocupação com as causas e com os fins da vida, logo de seu destino. Por isso mesmo afirma, ainda, LEONEL FRANCA (71), “queiramos ou não, consciente ou inconscientemente, é uma visão filosófica da vida e uma compreensão metafísica do mundo que norteiam a nossa atividade. Todos os problemas, econômicos e políticos, morais e sociais, resolvem-se, em última análise, em problemas *humanos* e pedem soluções *humanas*, inspiradas num conceito da natureza e dos destinos do homem”.

Aí o ponto crucial do problema político impossível de resolver sem o concurso da Universidade: o delineamento de uma filosofia política a seguir, de modo a se conseguir humanizar o Estado. No caso brasileiro, havemos de nos guiar pelo cristianismo. O cristianismo como filosofia de vida. Como compreensão do homem e do universo. O cristianismo nos dá uma visão ampla, profunda, perfeita, do homem e do mundo. Tudo está em projetar politicamente na sociedade os seus princípios, o que é tarefa do Estado, através, principalmente, da escola.

O homem, pela ideologia cristã, procurará construir a sociedade à sua imagem. E fora do cristianismo não se alcançará uma sociedade autenticamente humana. O progresso científico, numa sociedade pagã ou agnóstica, pode, em vez de favorecer, prejudicar o homem. Sem uma finalidade superior a perseguir, a sociedade sucumbe ao egoísmo. Não adianta ir à Lua, nem conquistar os espaços celestes, nem penetrar os mistérios do átomo, se isso não for feito com vistas ao bem da humanidade. Em uma sociedade materialista, como as totalitárias e a liberal-democrata, as conquistas científicas — divorciada a ciência da filosofia, de uma filosofia humanista — acristã, podem até ser usadas contra o homem. O que, por exemplo, hoje se pretende, pelos foguetes, mísseis, satélites, raios laser etc. é o domínio do mundo. E a ciência deveria ser usada exclusivamente para libertar o mundo. Libertá-lo do medo, da fome, da violência, das injustiças. A energia atômica, numa sociedade realmente cristã, poderia fazer milagres em benefício da humanidade. Num mundo materialista, serve para destruir Hiroximas... É que, adverte, ainda, LEONEL FRANCA (72), nessa crítica definitiva: “a ciência põe-nos nas mãos elementos preciosos de progresso, mas não nos oferece uma norma que oriente a maneira de utilizá-los. Cientificamente vale tanto o laboratório químico que manipula lenitivos ao sofrimento humano como o que prepara gases asfixiantes para martirizar populações indefesas. A ciência é bela, é esplêndida, mas é também neutra e pode ser desumana sem deixar de ser ciência. Arma-nos com uma técnica formidanda, mas não nos infunde um

(70) FRANCA, Leonel. *A Crise do Mundo Moderno*. Rio, J. Olympio, 1942.

(71) FRANCA, Leonel. Ob. cit.

(72) FRANCA, Leonel. Ob. cit.

dinamismo moral. À filosofia e à religião está reservado o reino dos valores e dos fins que julguem os meios subministrados pelo conhecimento e pelo domínio das energias da natureza”.

O valor da ciência é, como se vê, um valor circunstancial. Pode valer para o bem ou para o mal. Tudo depende da filosofia, que integra, supera e dimensiona todas as ciências. Mas a filosofia está sendo esquecida. Atualmente, a Universidade é quase só ciência. Urge, portanto, que a Universidade seja também, e sobretudo, filosofia. E essa filosofia não pode ser outra senão aquela que informa o Estado, de que a Universidade é órgão fundamental. A Universidade tem, assim, uma responsabilidade política inquestionável, pois a ela cumpre, pelo desenvolvimento cultural, possibilitar a permanente atualização das instituições.

Diz CREUZA CAPALBO (73): “A Universidade não é uma abstração. Ela surge, a História nos ensina, como um produto cultural e político de uma sociedade determinada. Por isto a questão da reestruturação da Universidade brasileira não pode se dissociar da questão política. Não se trata da política de partidos, mas sim de concepção política da sociedade. Qual o tipo de sociedade com a qual ela está vinculada? Qual a aspiração política da sociedade brasileira? Liberal democrata? Social-democrata? Socialista democrática? Socialista popular? Democracia da maioria anulando a participação das minorias? Unitária e dominante de uma dada ideologia? Pluralista?” A resposta a essas indagações indicará os caminhos e apontará as soluções. Pois a Universidade está inscrita num contexto político. Não age por si e para si, e sim em função de um projeto a ser alcançado pela sociedade em que se insere. É uma entidade encaixada na estrutura do Estado e valendo como um elemento dinamizador de todas as atividades, tendo em mira o aperfeiçoamento global da sociedade. O que se tem em vista é o bem comum. A Universidade estuda todas as eras, mas se coloca em uma era determinada, num tempo próprio; tem uma visão global do mundo, mas vê o mundo de um prisma nacional, também, pois se localiza num espaço político específico; é, por natureza, uma instituição universal, porque humanística, mas tem que operar, igualmente, em função das necessidades do homem posto num tempo e num espaço, do homem que tem uma “raça”, um idioma, uma história. Do homem que pertence a uma nação. A Universidade não pode ficar à margem da história, é um produto desta, em dado momento da vida das nações. A Universidade é uma resposta a um desafio: resposta cultural a uma proposta política. Dentro do Estado, labuta no sentido da realização de um projeto existencial que cabe ao Estado para determinado povo. Universidade e Estado hão, portanto, de agir em harmonia. A Universidade firma-se no Estado, serve-se dele e serve a ele. E, quando serve a ele, está servindo à nação que ele representa. Desse modo, se informado na ideologia cristã, o Estado busca uma sociedade humana superiormente organizada. Queremos um Estado brasileiro desse tipo. E, nesse Estado, o papel da Universidade será de um valor imensurável.

(73) CAPALBO, Creuza. *Ob. cit.*

# Ministério Público, ambiente e patrimônio cultural

**PAULO AFFONSO LEME MACHADO**

Promotor de Justiça em Piracicaba-SP,  
Professor na UNESP — Rio Claro-SP, MS  
em Direito Ambiental pela Universidade  
de Estrasburgo, Presidente da Sociedade  
Brasileira de Direito do Meio Ambiente.

## 1. *Introdução*

A Lei nº 7.347, de 24-7-85, vem ensejar melhores instrumentos para a defesa de interesses difusos nominados: o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

O Ministério Público da União e dos Estados já fora contemplado na Lei nº 6.938, de 31-8-81, com legitimidade para intentar ação de reparação de danos ambientais. À época foi o máximo de avanço legislativo conseguido, mormente atentando-se que essa legitimação está prevista no mesmo parágrafo em que se deu a grande transformação no campo da responsabilidade, passando-se da subjetiva para a objetiva.

As associações que tenham por finalidade defender os interesses assinalados passaram também a ter legitimidade para agir. Foi uma grande conquista jurídica já tentada desde 1980, quando a Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente apresentara anteprojeto de lei

ao Senador PASSOS PÔRTO, que o propôs ao Senado Federal, conseguindo sua aprovação. Contudo, o projeto não chegou a ser votado na Câmara dos Deputados. De outro lado, essa mesma associação conseguiu fazer inserir no projeto de lei da política nacional do meio ambiente o art. 19, que instituiu a legitimidade das associações e de qualquer cidadão para defender o ambiente, mas o então Presidente da República vetou esse artigo na Lei nº 6.938/81.

No art. 1º da Lei nº 7.347/85 é dito que essa lei rege as ações de responsabilidade “por danos causados...”. A ação de responsabilidade está profundamente ligada ao conteúdo dos bens defendidos. Assim, a ação cautelar casa-se com a principal no sentido de não somente se tentar a reconstituição do bem, mas, sobretudo, de prevenir o seu perecimento ou deterioração. O caráter antecipatório da ação é relevante e não conflita com o vocábulo “dano causado”, pois a lei deu meios de evitar a causação do dano.

## 2. Foro competente para a ação

Disse o art. 2º da Lei nº 7.347/85 que “as ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo Juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”.

Importa salientar o conceito de ambiente e de patrimônio histórico, artístico, turístico e paisagístico, pois desse conceito decorre que nem sempre a Justiça Federal será competente para processar e julgar a matéria. Com referência ao ambiente vemos que ele é considerado “patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo” (art. 2º, I, da Lei nº 6.938/81). De outro lado atente-se que, na proteção dos bens culturais, não preceituou o Decreto-Lei nº 25, de 30-11-37, a sua tutela como bem estatal, mas como “patrimônio histórico e artístico nacional”. Se olharmos para o Código Florestal (Lei nº 4.771, de 15-9-65) vemos que as florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação são “bens de interesse comum a todos os habitantes do País” (art. 1º).

Os bens ambientais e culturais não merecem ser enquadrados estritamente como bens estatais. A sua noção de **res communes omnium** prevalece sobre uma possível conotação de **res publica** e anteriormente de **res nullius**. Nesse sentido, na lei da fauna silvestre (Lei nº 5.197, de

3-1-67), a Exposição de Motivos destaca que “mais do que um bem do Estado, é fator de bem-estar do homem na biosfera” (1). Assim, não se estaria descumprindo o art. 125, I, da Constituição”, quando diz que “aos juízes federais compete processar e julgar, em primeira instância: as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes”.

O entendimento defendido tem relevância, *por exemplo*, no tocante à proteção das florestas ou vegetação de preservação permanente, ao longo dos rios, no topo de morros ou encostas de grande declive. Pelo art. 18, da Lei nº 6.938/81, essas áreas estão “sob a responsabilidade da SEMA — Secretaria Especial do Meio Ambiente”. A lei ambiental foi sábia ao não tratar da dominialidade, mesmo porque as terras, onde esteja essa vegetação, poderão ser privadas ou públicas. Consoante a interpretação já expendida, entende-se que a Justiça estadual do local onde ocorrer ou puder vir a ocorrer o dano será competente para processar e julgar a questão. Muito pouco poderiam fazer as Procuradorias da República e as Varas Federais situadas nas Capitais dos Estados na tarefa de proteger esses bens, principalmente, quando necessário o processamento de ações cautelares ou da concessão de medidas liminares.

### 3. Objeto da ação

O art. 3º, da Lei nº 7.347/85 diz que “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer”.

A consecução da condenação em dinheiro está ligada à reconstituição dos bens lesados, conforme se vê do art. 13 da lei em exame. No que disser respeito à responsabilidade por dano ambiental comanda a matéria a responsabilidade objetiva ilimitada (somente limitada a um milhão e quinhentas mil obrigações reajustáveis do Tesouro Nacional em caso de dano nuclear). Assim, como não há responsabilidade presumida no Brasil (2), cumprirá ao autor provar a relação de causa-efeito

---

(1) MACHADO, Paulo Affonso L. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 318.

(2) *Direito Ambiental Brasileiro*. Ob. cit., pp. 97/99.

direta ou indireta dos danos com a ação ou omissão do réu. Se não é tarefa fácil, nem por isso é impraticável. Os levantamentos médicos (públicos ou privados) de áreas poluídas poderão fornecer dados para o estabelecimento do nexo entre os incômodos constatados e a emissão de material particulado ou de outros poluentes. Quantificar as despesas atuais e futuras das vítimas não é também matéria de pronta solução, mas nem por isso deve cair na vala da tarifação prévia, nem se podendo marginalizar o decréscimo futuro da força de trabalho das vítimas.

O cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer é exigível “sempre que, por lei ou convenção, haja pretensão a se exigir de outrem que se abstenha de ato, ou preste fato” (3). “A pretensão a haver de alguém um comportamento omissivo ou comissivo necessariamente deve encontrar apoio ou no contrato ou na lei” (4).

Parece-me de interesse apontar alguns exemplos que comportam postular-se no cumprimento da obrigação de fazer:

1) realização de reformas necessárias à conservação do bem tombado (serem feitas pelo organismo oficial ou pelo proprietário privado — art. 19 do Decreto-Lei nº 25/37) (5);

2) anulação de escritura pública de compra e venda ou de escritura de compromisso de compra e venda, quando se deixar de dar ao Poder Público o exercício do direito de preferência (art. 22, § 2º, do Decreto-Lei nº 25/37);

3) ação demolitória de construção efetuada na vizinhança do bem tombado (art. 18 do Decreto-Lei nº 25/37);

4) plantio de árvores nas áreas de preservação permanente (a lei usa a expressão “florestamento ou reflorestamento” — art. 2º e art. 18, da Lei nº 4.771/65 — Código Florestal);

5) ação para restaurar danos nas áreas especiais de interesse turístico (art. 24, IV, da Lei nº 6.513, de 20-12-77);

(3) MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo, Editora Forense, 1974, p. 46, Tomo IV.

(4) PASSOS, Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Editora Forense, III vol., p. 166.

(5) MACHADO, Paulo Affonso L. Tombamento — instrumento jurídico de proteção do patrimônio natural e cultural. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 563, pp. 15-41, set. 1982.



6) anulatória de licença para lotear ou desmembrar:

a) em terrenos alagadiços ou sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas;

b) em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados;

c) em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até sua correção (art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 6.766/79);

d) ausência de reserva de faixa **non aedificandi** ao “longo das águas correntes e dormentes” (art. 4º, III, da Lei nº 6.766/79);

e) ausência de publicação do edital de registro pelo Oficial do Registro de Imóveis (art. 19 da Lei nº 6.766/79);

7) obrigação de realizar estudo de impacto ambiental antes da aprovação de instalação nuclear (art. 10, §§ 2º e 3º, da Lei nº 6.803, de 2-7-80 c/c art. 18 do Decreto nº 88.351, de 1º-6-83 c/c art. 1º, IV, da Lei nº 6.453, de 17-10-77, onde se conceitua “instalação nuclear: a fábrica e local de armazenamento”);

8) obrigação de informar dados ambientais através de ação exibiratória (art. 6º, § 3º, da Lei nº 6.938, de 31-8-81) (6);

9) obrigação de publicar o pedido de renovação do licenciamento (art. 10, § 1º, da Lei nº 6.938/81);

10) obrigação de publicar a concessão do licenciamento (art. 10, § 1º, da Lei nº 6.938/81);

11) obrigação de recuperar os danos causados (art. 4º, VII), executando medidas de interesse para a proteção ambiental (art. 8º, IV), instalando-se sistemas adequados de controle da poluição;

12) ação objetivando a instalação de sistemas de tratamento de esgotos pelas Prefeituras Municipais.

ANTONIO AUGUSTO DE CAMARGO FERRAZ, ÉDIS MILARÉ, NELSON NERY JÚNIOR, a cujo tirocínio tanto deve a Lei nº 7.347/85, acentuam, antes mesmo da promulgação dessa lei: “dever-se-á preferir, sempre que possível, a reparação **in natura** (isto é, aquela que conduza à recomposição do **statu quo ante**) à pecuniária” (7).

(6) MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., p. 49.

(7) CAMARGO FERRAZ, Antônio Augusto de. MILARÉ, Édis & NERY JÚNIOR, Nelson. *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. São Paulo, Editora Saraiva, 1984, p. 49.

Como ação objetivando a obrigação de não fazer saliento:

1) ação visando a remoção ou a destruição de anúncios ou cartazes na vizinhança do bem tombado (art. 18, do Decreto-Lei nº 25/37);

2) ação para impedir a exploração dos recursos naturais nos parques nacionais, estaduais e municipais (art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 4.771/65 — Código Florestal);

3) ação para impedir a exploração de recursos das reservas nacionais ou reservas biológicas (art. I. 2, da Convenção para a proteção da flora, da fauna e das belezas cênicas naturais dos países da América — aprovada pelo Decreto Legislativo de 13-2-48);

4) ação para impedir exploração dos recursos naturais nas estações ecológicas (na forma do art. 7º, § 1º, b, da Lei nº 6.902/81);

5) ações visando proteger as áreas de proteção ambiental:

a) para não implantar e não funcionar indústrias potencialmente poluidoras capazes de afetar os mananciais de água;

b) para impedir a realização de obras de terraplenagem e a abertura de canais, quando essas iniciativas importarem em sensível alteração das condições ecológicas locais;

c) para impedir o exercício de atividades capazes de provocar uma acelerada erosão das terras e/ou num acentuado assoreamento das coleções hídricas;

d) para evitar o exercício de atividades que ameacem extinguir as espécies raras da biota regional (art. 9º, da Lei nº 6.902/81);

6) ação visando à cessação de atividade funcionando ilegalmente, sem licença de instalação ou sem licença de operação ou funcionamento (art. 10, da Lei nº 6.938/81) ou com a licença invalidada ou sem renovação (art. 10, da Lei nº 6.938/81);

7) ação visando a apreensão de pesticidas proibidos ou com licença vencida ou não renovada.

#### **4. Dever de informar o Ministério Público**

A Lei nº 6.938/81 já houvera estabelecido que os "órgãos central, setoriais, seccionais e locais mencionados neste artigo deverão fornecer os resultados das análises efetuadas e sua fundamentação, quando solicitados por pessoa legitimamente interessada".

Como já me referi em outro trabalho <sup>(8)</sup>, essa lei deveria proporcionar um fluxo de informação constante entre os cidadãos e a Administração Pública.

A noção do dever de informar ganha maior dimensão na Lei nº 7.347/85. Pelo art. 6º dessa lei se vê que “qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção”. Não é preciso a existência de convênios entre o MP e agências governamentais para que essa informação seja prestada sem interrupção. Contudo, os referidos convênios poderão agilizar essa prestação de serviço de informação que não deve ser entendida como favor ao MP, *obstaculando*, no futuro, quaisquer ações civis contra a própria instituição governamental.

Não é exagero entender-se que os servidores públicos (acentue-se que os empregados das empresas públicas, das sociedades mistas e fundações de direito público estão aí compreendidos) deverão comunicar espontaneamente ao Ministério Público — sem esperar requisição — cópias de autos de infração administrativa. Não serão os organismos administrativos que deverão fazer a triagem do que é útil ou não para embasar uma possível ação civil pública, pois essa é tarefa do Ministério Público.

O dever estabelecido pelo art. 6º, da Lei nº 7.347/85 está compreendido nos “atos de ofício” abrangidos pelo crime de prevaricação (art. 319 do Código Penal). “Quanto ao elemento moral da prevaricação, poderá ele ser deduzido de circunstâncias as mais variadas, quer de origem nobre (benevolência, solidariedade humana, caridade, sentimentalismo etc.), quer de impulsos desprimorosos como a vingança, paixão política, espírito de prepotência, comodismo etc.” <sup>(9)</sup>.

## 5. Direito do Ministério Público à informação

Seria uma intenção louvável, mas de difícil execução, o dever de informar já assinalado, sem a coercibilidade desse dever. A Lei

(8) Direito à Informação Ambiental. *Revista de Informação Legislativa*, a. 21, n. 84, out./dez. 1984, pp. 221/232.

(9) TACRIMSP. Rel. Azevedo Franceschini, RT 480/338, fev./1984.

nº 7.347/85 dá um salto extraordinário ao criminalizar a ação de recusar, de retardar ou de omitir dados técnicos ao Ministério Público, punindo-a com um a três anos de reclusão e multa de dez a mil ORTNs (art. 10). Não houve qualquer excesso nessa inovação no direito penal ambiental (aliás tão pobre e de tão moroso avanço). Não se pode esquecer que a administração ambiental no País, tanto na esfera federal como na estadual (a municipal é incipiente) sofreu o chamado processo de "celetização da função pública", isto é, os servidores desses órgãos geralmente são admitidos sem concurso público de provas e sem garantia de indemissibilidade relativa. Daí resulta a fraca atuação desses órgãos e o fundado temor de que a informação ambiental ou relativa ao patrimônio cultural não chegue ao Ministério Público por iniciativa dessa administração.

## 6. Acordos administrativos e Ministério Público

O princípio da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público não jugula, contudo, o princípio da autonomia funcional. São princípios institucionais do mesmo nível na Lei Complementar nº 40/1981. Geralmente, o Ministério Público não tem participado de órgãos colegiados administrativos que tenham poder de conceder ou negar licenças. Mesmo que participe de tais órgãos, e, por exemplo, um prazo para a execução de obras seja concedido por tais órgãos, não fica impossibilitada a propositura da ação civil pública pelo Ministério Público. Aliás, a concessão de prazos desarrazoados por organismos públicos (ou outras concessões) poderá também colocar esse organismo na posição de litisconsorte passivo na ação, ao lado da pessoa física ou jurídica privada ou pública, predadora, poluidora ou ofensora do patrimônio cultural.

Insurgindo-se o Ministério Público contra o acordo administrativo, acarretará para o juiz o dever de examinar o mérito do ato administrativo.

Oportuno trazer-se à colação a lição doutrinária e a prática jurisprudencial acerca da proporcionalidade. Uma das características fundamentais deste princípio é a "adequação da ação estatal". O nascimento, a aplicação, a execução do direito não são fins em si mesmo. Justificam-se na ligação comum a certos princípios de bem-estar, de promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais e de uma

comum compreensão de valores morais <sup>(10)</sup>. Prossegue o relatório: “na maior parte dos casos, os critérios de aplicação do princípio da proporcionalidade se baseiam sobre parâmetros comumente aceitos de ciência natural, de lógica etc.”. Cita alguns países, apontando que na Itália “o princípio da proporcionalidade parece equivaler ao princípio constitucional do bom andamento e da imparcialidade da administração — art. 97 da Constituição italiana”; na Bélgica, “a possibilidade da aplicação do princípio resulta estritamente da adoção de outros conceitos gerais de boa administração, de legitimidade de ação razoável”; na França, a jurisprudência do Conselho de Estado aplica a noção de proporcionalidade à planificação urbanística (fazendo-se a análise de custo-benefício do projeto). Nesse país, conforme explica o Prof. FROMONT, no relatório citado, “ocorre o controle jurisdicional de um razoável equilíbrio entre o interesse conflitante público e privado, como exemplo nos casos de uma central atômica ou de um aeroporto”.

Não só ao examinar o conteúdo de acordos administrativos, como de acordos propostos em Juízo, o juiz valer-se-á das lições da ciência (e para isso poderá ter peritos e assistentes técnicos) para que possa buscar a melhor e atualmente exequível tecnologia. Diante de alegadas dificuldades financeiras do poluidor, torna-se necessário investigar a ação do Poder Público frente a empresas semelhantes, evitando a concorrência desleal e o enriquecimento ilícito.

## 7. Acordos na ação civil pública

Parece um tema de fácil deslinde. Contudo, tem aspectos não totalmente claros. Pelo princípio da indisponibilidade <sup>(11)</sup> o Ministério Público não pode transigir na ação. A Lei nº 7.347/85 atribui ao Ministério Público a obrigação de assumir a titularidade ativa da ação, quando uma associação desistir da ação ou abandoná-la. Deduz-se que ao Ministério Público não é dado desistir da ação.

Suponhamos que a parte ré concorde com o pedido (por exemplo: instalação de filtros ou outro antipoluidor) mas peça determinado prazo para colocar tais equipamentos. Teria o Ministério Público de primeira instância atribuição para celebrar esse acordo judicial? Re-

(10) HAIBRONNER, Hay. “Il principio di proporzionalità” — *Revista Imprensa, Ambiente e Pubblica Amministrazione*, 6, nov. dic. 1979, pp. 543/564. Relatório geral da 10.<sup>a</sup> Conferência Internacional de Direito Comparado.

(11) CAMARGO FERRAZ, Antônio Augusto de; & outros. Ob. cit., p. 44.

flitamos que o pedido de dilação na instalação e funcionamento dos equipamentos pode significar delongas, com a continuidade dos prejuízos que a ação visa obstar. Esse acordo — mesmo no processo — poderia equivaler a um disfarçado arquivamento da ação. Ora, a Lei nº 7.347/85 inovou, instituindo uma nova forma de controle do arquivamento do inquérito civil, devendo ser o mesmo examinado necessariamente pelo Conselho Superior do Ministério Público. Parece-me, portanto, que para ser celebrado acordo judicial o Ministério Público de primeira instância deveria pedir a suspensão do processo e endereçar consulta ao referido Conselho. Só com a anuência desse colegiado poderá o Ministério Público de primeira (e até segunda instância) celebrar acordo, que, indubitavelmente, não contrarie a inicial.

## 8. Judiciário e Ministério Público com novas tarefas

Os valores defendidos nas ações civis públicas necessitarão de uma compreensão crescente dos juizes. Muitas vezes aparecerão formas sutis de pressão, acenando-se com o desemprego, como se o emprego tivesse como componente necessário a doença e o prejuízo ambiental. É de se trazer à colação acórdão do TJSP, em que foi Relator o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal SIDNEY SANCHES: "Sempre que o direito e a política puderem ser conciliados, nada obsta que esta seja invocada pelo juiz como argumento de reforço. Mas, quando houver choque, ao magistrado incumbe declarar o direito que incide na espécie. Se agir de outro modo, estará invadindo seara alheia, ainda que com os mais sadios e respeitáveis propósitos" (12).

Em Piracicaba, SP, alentadamente o Juiz da 1ª Vara Civil acolheu pretensão do Ministério Público e, aos 21-8-85, deferiu medida liminar de cessação da atividade nociva de uma usina de asfalto.

Os Ministérios Públicos federal e dos Estados tiveram as áreas de sua atuação fortemente alargadas. Novos cargos e novas funções não de ser criados. Cursos não de ser implementados.

A população brasileira — evidentemente a destinatária da lei — não só espera, como verificará se a nova lei ficará como um ornamento dos arquivos e bibliotecas, ou será, com serenidade, inteligência e tenacidade, efetivamente colocada em prática.

(12) RT 459/89 — Ação demolitória que o Tribunal julgou procedente.

# As cláusulas de “privilégio”, nos contratos administrativos

J. CRETELLA JÚNIOR

Titular Único de Direito Administra-  
tivo da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

## SÍNTESE:

1. *Introdução*
2. *O vocábulo “exorbitante”*
3. *Crítica à denominação*
4. *Influência negativa do direito civil*
5. *Método de trabalho do administrativista*
6. *A figura contratual*
7. *O referencial civilístico*
8. *“Exorbitância” e “derrogação”*
9. *Contrato administrativo*
10. *Conceito de “cláusulas”*
11. *A “cláusula”, categoria jurídica*
12. *Definição da “cláusula exorbitante”*
13. *“Cláusula exorbitante” e “contrato administrativo”*
14. *Exemplos de “cláusulas exorbitantes”*
15. *Regime jurídico do contrato administrativo*
16. *Modalidades de contratos administrativos*
17. *As “cláusulas de privilégio” no contrato de concessão*
18. *“Cláusulas exorbitantes”, na teoria e na prática*
19. *Conclusão*

## 1. *Introdução*

Toda doutrina francesa, alicerçada em reiteradas decisões do Conselho de Estado e do Tribunal de Conflitos, com exceção da voz isolada de FRANCIS-PAUL BÉNOIT (cf. *Le Droit Administratif Français*, Paris, 1968), é unânime em ressaltar a importância da chamada *cláusula exorbitante*

como traço, caráter ou índice típico do *contrato administrativo*, a tal ponto que o conceito deste será — e não poderá deixar de ser — “o acordo de vontades de que participa o Estado e que contém, inseridas, *cláusulas exorbitantes* do direito comum”. *Contrato administrativo é o que contém cláusula exorbitante*.

Desse modo, “cláusula exorbitante” é a proposição mandamental, formulada pela Administração, aceita pelo particular, e que, inscrita entre as demais cláusulas do contrato, o tipifica como *administrativo*.

A noção de *cláusula exorbitante*, cláusula derogatória (do direito comum), ou melhor, “cláusula de privilégio”, assume, assim, relevância extraordinária no campo do direito público, porque é o *divortium aquarum* entre o *contrato de direito privado* e o *contrato de direito administrativo*, este último, por sua vez, espécie do gênero *contrato de direito público*, motivo por que elegemos a *cláusula exorbitante do direito comum* que, na prática, ainda suscita algumas controvérsias, para a elaboração deste artigo especializado (cf. o artigo de GEORGES VEDEL, “Remarques sur la notion de clause exorbitante”, em *Mélanges Mestre*, ed. Sirey, 1956, p. 527).

“Cláusula de privilégios”, “cláusulas de prerrogativas”, “cláusulas exorbitantes” ou “cláusulas derogatórias” são as que permitem à Administração, “dentro do contrato”, inegável posição de supremacia, de desnível, verticalizando o Estado em relação ao particular contratante, mostrando ao intérprete que, ao contratar, a Administração “não desce”, “não se nivela”, “não se privatiza”, “não abdica de sua *potestade pública*” (*puissance publique*), mas, ao contrário, “dirige” o contratante, fiscaliza-lhe os atos, concede-lhe benefícios, aplica-lhe penalidades, baixa instruções, transfere-lhe alguns privilégios de que é detentora, impõe-lhe “sujeições”, sempre fundada no interesse público, do qual é guardiã ininterrupta.

## 2. O vocábulo “exorbitante”

“Exorbitante” e “derrogatório” são os dois atributos com que os cultores do direito público se referem a esta modalidade especial de “cláusula” que, inserida em acordos da Administração, vai caracterizar o *contrato administrativo*.

“Exorbitante” significa, ao pé da letra, “que sai da órbita”; “derrogatório” tem o sentido de “abolição”, “anulação”, “substituição” (de preceitos legais).

*Ad litteram*, “cláusula exorbitante” é a que sai da órbita do direito privado e passa a gravitar na órbita do direito administrativo; “cláusula derogatória” é aquela que substitui, que fica em lugar da “cláusula do direito privado”, precisamente porque entra na esfera do direito público. Ao passo que a *cláusula do direito comum* estabelece a *horizontalidade* dos contratantes, nivelando-os, a *cláusula exorbitante* acentua a *verticali-*



*dade*, desnivelando “para mais” a Administração e “para menos” o particular, revelando que o Estado ingressa no contrato “como Estado”, com toda sua “*puissance publique*”, assinalando o traço contínuo de “diretor” do particular, na execução de contrato. Não raro, a “potestade pública” é transferida ou delegada ao particular contratante.

### 3. Crítica à denominação

Denominar, por exclusão, residualmente, de “exorbitante” ou de “derrogatória” determinada cláusula, é atribuir ao *direito civil* a posição de matriz do *direito administrativo*, ou, em outras palavras, é esquecer a *categoria jurídica*, que transcende os dois ramos e imaginar que o arquétipo ou referencial absoluto da árvore jurídica é o “*jus civile*”, passando toda construção jurídica a ser elaborada a partir deste importante e mais antigo ramo do direito.

Dizer que *cláusula exorbitante* é a que não pode figurar no contrato de direito civil, sem desnaturá-lo, é o mesmo que afirmar: “cláusula exorbitante” é a que não é cláusula privada. Assim também, esclarecer que *cláusula derogatória* é a que substitui a *cláusula privada* é o mesmo que dizer: cláusula derogatória é que *fica em lugar* da cláusula civil. Tais afirmações nada acrescentam ao esclarecimento do tema, configurando estéril tautologia. Nem elucida também a afirmação que diz: a “cláusula exorbitante” é a *inabitual* nos contratos privados, por “ilícita”, nestes.

### 4. Influência negativa do direito civil

Quando se diz “exorbitante”, o referencial é o “direito civil”.

A verdade é que o *direito civil*, importante e tradicional ramo da ciência jurídica, não é nem raiz nem tronco principal da árvore jurídica, mas um dos ramos em que o tronco-matriz se biparte; é o cadinho comum, em que se misturam os ingredientes jurídicos, a principiar pela nomenclatura; é o ramo que despontou em primeiro lugar, que cresceu mais depressa e que se projetou no tempo. Nunca, entretanto, o tronco-mestre, do qual se foram desganhando os outros ramos.

A irradiação é sucessiva, convenhamos. Não sendo concomitante, deu a impressão de que uns ramos emergiram de outros, gerando a idéia de que o *direito civil* é o centro propulsor da própria ciência do direito. Cabe ao cultor do direito público reformular a experiência jurídica à luz de princípios próprios, estremando as matrizes públicas das matrizes privadas e submetendo os institutos do direito administrativo a tratamento adequado de direito público.

Diante do caso concreto a ser resolvido, a doutrina e a jurisprudência hesitam, custando a tomar posição no enquadramento de hipóteses peculiares ao direito público. O impacto dos princípios informativos do direito

privado atinge em cheio — e negativamente — o raciocínio desprevenido do cultor do direito público, ainda fortemente vinculado ao direito civil.

O jurista e o magistrado, muitas vezes, tomam conhecimento do instituto, chegam mesmo a intuí-lo de modo correto em suas linhas gerais, mas falta-lhes a *exata* cobertura doutrinária e a respectiva tradição pretoriana para tomada certa de posição.

Problemas jurídicos, simples, em si, por receberem tratamento inadequado, resolvem-se de maneira incorreta, já que tratados, depois de equacionados, em termos de direito privado.

Típicas questões de direito público, analisadas em moldes civilísticos, desvirtuam-se, conduzindo a desastrosos resultados, inaceitos, pois, pelos que trabalham sob o rigor que a ciência do direito exige.

Inúmeras vezes observa-se que são resolvidas com exatidão questões *de fato*. Aplicam-se-lhes, no entanto, fórmulas inadequadas. Falta, ao trabalho do jurista menos avisado, a *certa adaequatio*, o uso da mensuração compatível, enfim, o equacionamento e solução em termos e moldes de direito público.

Como proceder? Que *método* seguirá o cultor do direito no equacionamento e resolução de questões típicas de direito público?

O caminho é simples. Abandonem-se, antes de tudo, as fórmulas tradicionais elaboradas pelo direito civil. Elas servem para o direito privado, mas não se ajustam, mesmo depois de alteradas, para a solução de problemas do direito público.

Para o encontro da *via certa*, reexaminem-se as colocações adotadas, indague-se a respeito das “formas puras” e descompromissadas da *jurisprudência* de que fala STAMMLER. Desse modo, alcançam-se as *categorias jurídicas*, procedendo-se a seguir, em sentido inverso, isto é, parte-se destas e não dos resultados a que já chegou o direito privado para a identificação das espécies inerentes ao campo publicístico. Rejeite-se, portanto, e sempre, qualquer tentativa de *transposição de institutos* — mesmo adaptados — de um campo para outro campo do direito.

*Categoria jurídica* é a formulação genérica, *in abstracto*, com índices essenciais, mas gerais, não comprometida ainda com nenhum dos ramos do direito. Trata-se da *figura iuris* tomada em sua generalidade máxima, caracterizada por conotações típicas do gênero, mas não indentificadora da *espécie*.

##### 5. Método de trabalho do administrativista

Impossível, num primeiro momento de reflexão sobre tema tão complexo, equacionar e resolver teses de tal relevância. Nosso objetivo é, antes de tudo, chamar a atenção dos especialistas para o perigo da *transposição* (mesmo com *adaptações*) de institutos de um campo para outro campo do direito.

Até agora o primado civilista tem prevalecido, formando-se mesmo uma *mentalidade privatística*, que equaciona e resolve, em termos tradicionais, os problemas do direito público, levando para o novo campo os próprios resultados alcançados. Traduz-se. Pedese emprestado. Adapta-se. Transpõe-se. Não se fala a linguagem nova e específica do direito público.

Assim, quando se analisa a *fundação de direito público* ou o *contrato de direito público*, o ponto de partida é a *fundação privada* ou o *contrato privado*, ao invés de principiar-se pelas matrizes fundacionais ou contratuais. Chega-se ao cúmulo de raciocinar-se dentro dos esquemas rígidos do direito positivo, afirmando-se: “o Código Civil só admite e só regula a *fundação privada*. Logo, é claro que a *fundação* é instituto típico de direito civil”.

Ora, tanto o contrato como a fundação se caracterizam, no direito privado, por notas secundárias, acessórias, que, é claro, se encontram no setor do direito público. Uma espécie difere da outra espécie do mesmo gênero, precisamente, pela *diferença específica*. No caso, o contrato de direito privado difere do contrato de direito público, embora ambos se prendam ao protótipo contrato, que é a *categoria jurídica*, comum aos dois; assim também a fundação privada difere da fundação pública, ambas, porém, presas à matriz jurídica fundacional.

Partindo-se da matriz civilista para atingir o instituto administrativo, nega-se o contrato público e a fundação pública, pois nestes últimos institutos não se encontram as conotações que os distinguem no direito privado.

Evidente. Como encontrar, necessariamente, no irmão, um traço típico de outro irmão, se o primeiro pode ter herdado características típicas dos pais, inexistentes no segundo?

Não se pode deixar de lado a figura pura, *in genere*, antes de sua entrada em um dos ramos (privado ou público), para trabalhar-se com a matriz espécie, já reconhecida por traços típicos inconfundíveis.

A reformulação das matrizes do direito administrativo está ainda por fazer-se, mas a partir da *categoria jurídica*, não da espécie diferenciada. Definindo-se as figuras jurídicas, *in genere*, uma a uma, antes do ingresso na área privatística, trabalha-se com a matriz genérica, descendo-se desta, a seguir, para o campo que se pretende estudar.

Nessa fase de análise vestibular dos institutos, ter-se-á a cautela de separar o principal do acessório, o gênero da espécie, definindo-se de maneira sintética, mas inconfundível, a forma pura, a matriz, a *categoria*.

Em suma, deve-se comparar o instituto em vários ramos do direito. Daí, por meio da abstração e da generalização deve chegar-se à *categoria*.

Por fim, como contraprova, descer da região ôntica da categoria para cada espécie diferenciada.

Nesse trabalho, examinam-se os institutos aos pares (público e privado), dois a dois, lado a lado, procedendo-se indutivamente, da espécie ao gênero, do particular ao geral, eliminando-se o traço acessório e fixando-se o índice principal, num depuramento ascensional contínuo, até chegar-se ao modelo indiferenciado, por meio do superamento das formas privadas e públicas.

As modalidades diferenciadas nos vários campos da ciência do direito — as espécies — é que fornecerão os subsídios necessários para a construção do protótipo indiferenciado comum. Procedendo-se, depois, em sentido inverso, reversiva e dedutivamente, é possível descer a cada um dos campos, valendo as figuras tipificadas como meio científico de contraprova.

Pesquisa sistemática no capítulo da terminologia, das pessoas (privadas e públicas), das coisas (privadas e públicas), dos contratos (privados e públicos), das sucessões (privadas e públicas) irá fornecer os elementos básicos para a formulação dos problemas típicos do direito administrativo, dando respostas a indagações da seguinte natureza: quando é que uma pessoa jurídica se enquadra no direito privado? Quando no direito público? A figura do contrato é comum ao direito privado e ao direito público ou existe apenas no campo do direito privado? Quais os sinais ou índices que permitem distinguir o contrato de direito privado do contrato de direito público? Houve uma evolução no delineamento da figura contratual ou o direito atingiu tal fase de amadurecimento científico que permitiu a seus cultores visão mais penetrante de velhos problemas à luz de novas perspectivas?

Qual o conceito genérico de fundação? E de contrato? A fundação e o contrato, milenarmente trabalhados pelo direito privado romano e que chegaram a nossos dias mediante a estruturação elaborada pelo direito civil, petrificam-se no direito civil ou existem também no âmbito do direito administrativo? O ato administrativo não é o mesmo ato jurídico, numa de suas modalidades diferenciadas, estando um diante do outro como o gênero está para a espécie? A sucessão é típica do direito privado ou pode haver sucessão de direito público?

Essas figuras devem ser estudadas, em simetria, lado a lado, confrontando-se as modalidades do direito civil com as paralelas do direito administrativo.

## 6. A figura contratual

A opinião comum, esclarece FRITZ FLEINER (*Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, 1933, p. 133) vê no contrato uma forma do direito privado, chegando-se mesmo a afirmar que o contrato é um instituto de direito privado, só possível entre sujeitos iguais. Não se deve,

entretanto, conclui aquele autor, enfrentar o problema de modo tão superficial.

A verdade é que a conceituação do contrato é noção geral do direito e não, em particular, do direito privado (cf. KAMMERER, *La Fonction Publique en Allemagne*, 1899, p. 95). "O contrato", sustenta HANS KELSEN, "não é um conceito do direito privado, nem do direito público; em sua natureza formal, é um conceito da teoria geral do direito" (cf. nosso *Tratado de Direito Administrativo*, 1967, vol. III, p. 28).

O contrato gênero, o contrato categoria jurídica, é realidade imposta pela unidade ontológica do direito, dotado daqueles traços de universalidade que inexistem nas modalidades diversificadas, encontradas no campo do direito constitucional, do direito administrativo, do direito civil, do direito comercial, do direito internacional público e privado.

No domínio do direito privado, existem numerosos princípios que foram estabelecidos, fixados e desenvolvidos no domínio do direito privado, mas que por sua natureza não são princípios do direito privado, porém, princípios gerais do direito (cf. PAUL LABAND, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, 1900, Prefácio, vol. I, p. 4).

Eis por que é erro de método tentar a transposição do contrato do direito privado, já diferenciado, para o campo do direito administrativo, ao invés de trabalhar com a *categoria contratual pura*, antes da respectiva estruturação num dado ramo da ciência jurídica.

Falece, assim, total razão aos autores que, sob o impacto direto do direito privado, querem impugnar, primeiro, o vocábulo *contrato*, que julgam inexistir na terminologia do direito público, depois, a própria *figura contratual*, como instituto jurídico, pois pretendem ver nos acordos celebrados pelo Estado um ato bilateral, nunca um contrato, já que a Administração tem o direito de modificar, unilateralmente, certas cláusulas — as cláusulas regulamentares —, fundamentadas no princípio *salus populi suprema lex est*.

O erro de ótica dos que assim pensam é pretender trabalhar com a figura estruturada do direito civil, ao invés de partir da figura arquétipo, da matriz indiferenciada, da categoria jurídica, da forma pura. Contrato é, numa formulação genérica, o acordo de duas ou mais pessoas a respeito de declaração de vontade comum, destinada a regular os respectivos direitos e obrigações. Assim definido, categorialmente, o contrato não é nem privado, nem público. É a *figura iuris* matriz aproveitada depois pelas duas alas da ciência jurídica. Em nosso caso, passa-se do *contrato* ao *contrato de direito público*, deste ao *contrato de direito administrativo*, subespécie do *contrato de direito público*.

Não se pode tomar como ponto de partida o *contrato de direito civil* — locação, compra e venda, mútuo, comodato — para chegar-se a *contrato*

de direito público constitucional, contrato do direito internacional privado e público, *contrato de direito administrativo*.

Por que maravilha — indagava MAGALHÃES COLAÇO — é que, de um contrato de direito civil, derivariam para o concessionário direitos de poder público — os de desapropriação, política, fiscalização? (*Concessões de Serviços Públicos*, 2ª ed., 1918, p. 44).

A concepção do contrato como figura peculiar ao direito privado é um simples e pernicioso preconceito, que os princípios gerais de direito facilmente espancam e destroem (MÁRIO MASAGÃO, *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*, tese de concurso, 1933, p. 100).

## 7. O referencial civilístico

*Autonomia* não significa, porém, *emancipação total*, porque “o uso do cachimbo faz a boca torta”. O *direito civil* continuou a ser o *referencial obrigatório* para as construções do *direito administrativo*.

Mesmo em nossos dias, os dois dos mais autorizados mestres do direito administrativo francês, RIVERO e VEDEL, conceituam a nossa disciplina como o ramo *exorbitante e derogatório* do direito comum. Ao invés de definirem o novo ramo, em si e por si, conceituam-no *a partir do direito civil*, residualmente,

Permanecem, no âmbito do direito administrativo, matrizes do direito civil, ora íntegras, ora metamorfoseadas para o enquadramento de institutos do direito público. Em ambos os casos, erro de método; no primeiro caso, *transposição pura e simples*, no segundo caso, *transposição alterada*.

As *matrizes do direito civil*, adequadas àquele ramo do direito, não podem ser adaptadas para a tradução dos institutos típicos do direito administrativo. Matrizes diferenciadas, já passaram pelas transformações exigidas para a solução dos problemas do direito privado. Devem, pois, permanecer neste campo.

O direito administrativo trabalha com matrizes paralelas, mas inconfundíveis com as forjadas para a estruturação dos institutos do direito civil.

Postas lado a lado as matrizes do direito privado e as matrizes do direito público, podemos observar caracteres comuns a ambas, o que permite atingir as *matrizes categoriais*, as *categorias jurídicas*.

## 8. “Exorbitâncias” e “derrogações”

Ao tratar das chamadas “cláusulas exorbitantes” ou “cláusulas derogatórias”, queremos acentuar a inegável importância do direito civil, nos direitos do sistema romanístico, ao mesmo tempo que pretendemos também ressaltar a relação desse ramo do direito com os demais, frisando a conexão de espécie a espécie, não de gênero a espécie, como se tem feito.

Esta última colocação é contrária às regras da *lógica formal*, distorce a *ótica jurídica*, conduzindo ao criticável *método da transposição*, que consiste em levar para o campo do direito administrativo institutos já estruturados, que atingiram, no decorrer do tempo, o mais alto grau de desenvolvimento e perfeição, no setor privatístico.

Tomando-se como referência o direito civil, corre-se o risco de captar o instituto privado já trabalhado e diferenciado — a espécie — e de transpô-lo para o âmbito público, a fim de apresentar a outra espécie paralela. No caso, a espécie é alçada à categoria de gênero; na verdade, pseudogênero.

Ao contrário, partindo-se do gênero — a *categoria jurídica* —, trabalhar-se-á com a matriz, com o arquétipo, com a fórmula pura, com o modelo genérico, que se flexionará às modalidades peculiares aos vários ramos do direito. Como contraprova, os vários esquemas específicos fornecerão a matéria-prima indispensável para, mediante a abstração, proceder-se à escalada do *iter inverso* e ascender-se ao *modelo jurídico* descompromissado com cada instituto em particular dos diferentes setores do mundo do direito.

Colocando em primeiro plano o *direito civil*, irmão tradicional e prestigiado da árvore jurídica, nem por isso se permitirá que o cultor do *direito administrativo* dele se utilize como referencial obrigatório, o que, inobservado, tem conduzido, inclusive, à definição dos institutos públicos como “derrogatórios” e “exorbitantes” do direito comum, quando, na realidade, não ocorre nem “derrogação”, nem “exorbitância”, mas apenas diferenças específicas, sabidamente existentes nas espécies, ao serem confrontadas com os respectivos gêneros de que descendem.

Corrigida a distorção metodológica, será possível ao cultor do direito público proceder ao reexame crítico da nomenclatura, das pessoas, das coisas, das obrigações, à luz de nova ótica, desvinculada da tradição milenar que imantou os quadros jurídicos na direção do direito civil.

## 9. *Contrato administrativo*

“Contrato administrativo”, definimos em outra obra, repetindo, aliás, a colocação residual da maioria dos autores, “é todo acordo oposto de vontades de que participa a Administração e que, tendo por objetivo direto a satisfação de interesses públicos, está submetido a regime jurídico de direito público, exorbitante e derogatório do direito comum” (cf. *Direito Administrativo Brasileiro*, Forense, 1983, vol. I, p. 391). Em nossa definição, está implícita a inserção da *cláusula exorbitante*, no contrato.

A *teoria do contrato administrativo* constitui ponto dos mais relevantes, no âmbito do direito público, não só pela frequência com que é lembrado, como também porque aqui se localiza a fronteira menos definida do direito público e do direito privado (cf. THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, 3ª ed., 1955, vol. I, p. 309).

Versado embora por quase todos os especialistas, nem por isso deixa de ser "uma das mais controvertidas e sérias questões do direito público" (cf. JOÃO DE MELO MACHADO, "Teoria jurídica do contrato administrativo" e J. S. DA GAMA E SILVA, "Dos contratos administrativos", em RDA, I/fasc. 2, pp. 717-718).

Uma cautela preliminar se impõe, no tratamento deste assunto, qual seja a diferença que se deve estabelecer com toda a nitidez entre contratos "da" Administração e contratos administrativos, expressões que designam realidades diferentes (ver nosso *Direito Administrativo Brasileiro*, Forense, 1983, vol. I, p. 384 e ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 1953, p. 415).

Nem todos os *contratos*, celebrados pelo Estado, são *contratos administrativos*, pois a Administração pode celebrar *contratos de direito privado*, além de celebrar *contratos de direito público*. Contratos "da" e "de" administração.

O *contrato administrativo*, espécie do gênero *contrato de direito público*, é precisamente o "resíduo", aquilo que resta dos contratos "da" Administração, quando faz acordos ou ajustes.

*Contrato administrativo* é, para RAFAEL BIELSA, aquele que a Administração celebra com outra pessoa, pública ou privada, física ou jurídica, e que tem por objeto a prestação de utilidade pública (*Derecho Administrativo*, 5ª ed., 1955, vol. II, p. 142).

#### 10. Conceito de "cláusula"

"Cláusula" é a disposição especial inserta em ato ou em contrato. Do substantivo latino *clausula*, ligado à mesma raiz do verbo *claudere*, fechar, o vocábulo já tinha, na língua mãe, o sentido de "fim", "encerramento", "fecho", "conclusão", "artigo" (*Digesto*, 4, 3, 25).

"Cláusula" é toda manifestação de vontade encerrada ou inserida no contrato. Os contratantes "retiram" do sistema jurídico, em que vivem, vários dispositivos que são "petrificados", "encerrados", "inseridos", "fechados", "confinados". Eis as *cláusulas*, proposições mandamentais ou imperativas, que passam a reger o mundo dos contratantes. Trata-se de um menor e *particular mundo jurídico*, dentro do *mundo jurídico maior*, que é o sistema de direito a que pertencem os contratantes.

#### 11. A "cláusula", categoria jurídica

Definida a "cláusula", *in genere*, como toda proposição mandamental que, nos contratos, limita e ordena a vontade dos contratantes, estamos diante da *cláusula categorial*, ainda não comprometida nem com o direito público, nem com o direito privado, mas comum aos dois ramos, pois é arquétipo, modelo, matriz, categoria, *standard*, tipo indiferenciado, ainda não desdobrado.



A *cláusula*, assim conceituada, pode desdobrar-se, tipificando qualquer modalidade de contrato público ou privado, em todos os ramos da ciência do direito que admitam a figura contratual.

No contrato administrativo, a *cláusula*, nele inserida, adquire relevo todo especial a tal ponto que esse tipo de acordo celebrado pela Administração é caracterizado, de imediato, por conter proposição *sui generis*, que não poderia estar presente, nunca, nos ajustes horizontais privados, porque iria descaracterizá-los.

## 12. Definição da "cláusula exorbitante"

Cabe à doutrina francesa a elaboração do conceito da "cláusula exorbitante" ou "cláusula derogatória" do direito comum, também denominada de "cláusula administrativa" (ROUVIÈRE, *Les Contrats Administratifs*, 1930, p. 141) e, para nós, "cláusula de privilégio".

A proposição mandamental que estamos estudando é designada por nome criticável, mas bastante expressivo: cláusula "que sai da órbita", "que se afasta dos cânones", ou que "foge dos parâmetros privatísticos". "Exorbita" do direito civil para entrar na órbita administrativa. *Desprivatiza-se* para publicizar-se. Despe os traços do direito civil, para vestir a roupagem administrativa.

A nosso ver, como dissemos adiante (cf. ainda nosso livro *Direito Administrativo Brasileiro*, Forense, 1983, p. 396), a expressão "cláusula exorbitante", embora expressiva, é criticável porque residual. Não é denominação válida, em si e por si, mas tomada com referência ao direito civil, ao chamado "direito comum". Melhor seria denominá-la "cláusula de privilégio", "cláusula vertical", "cláusula de prerrogativa", sem reportá-la, terminologicamente, ao direito privado, "por exclusão", "residualmente", em relação de minuendo-subtraendo-resto: *cláusula exorbitante* é a que não pode estar no contrato privado.

Tendo sido elaborada pelo Conselho de Estado francês, que lhe deu origem e a introduziu, no âmbito do direito público, a *teoria da cláusula exorbitante* impôs-se ao mundo jurídico, porque serviu de índice para estabelecer a diferença específica entre o *contrato de direito comum* e o *contrato administrativo*.

Em vários pronunciamentos, a elaboração pretoriana do Conselho de Estado firmou a colocação de que as "cláusulas exorbitantes são estipulações que têm por finalidade conferir, às partes, direitos, ou onerá-las com obrigações, diferentes, por natureza, daquelas que são suscetíveis de serem livremente consentidas por quem quer que contrate sob o império das leis civis ou comerciais" (Decisão do Conselho de Estado de 20 de outubro de 1950, STEIN, *Récueil*, p. 505, apud GEORGES VEDEL, *Droit Administratif*, 5ª ed., 1973, p. 233), ou, ainda "cláusulas que diferem, pela natureza, daquelas que podem ser insertas em contrato análogo de direito civil (Decisão do Tribunal de Conflitos, de 19 de junho de 1952, Société des

combustíveis et carburants nationaux. *Recueil*, p. 628, apud VEDEL, *Droit Administratif*, 5ª ed. 1973, p. 233).

Da jurisprudência, a *noção de cláusula exorbitante* passa à doutrina, recebe conceitos diversos, conforme os autores, todos, porém, unânimes, quando comparam a *cláusula exorbitante* com a *cláusula paralela do direito civil*.

ROUVIÈRE define a *cláusula exorbitante* ou *administrativa* como "a cláusula que o particular não poderia inserir no contrato celebrado com outro particular, porque ela postula a existência do poder público, atuando no contrato (*Les Contrats Administratifs*, 1930, p. 161). A atuação do Poder Público é força "de fora" que vai incidir sobre o que o particular contratante já pactuou.

VEDEL elucida que a *cláusula exorbitante* confere ao contrato, celebrado por uma pessoa pública, um caráter administrativo, mesmo que tal contrato não se relacione com o serviço público" (*Droit Administratif*, 5ª ed., 1973, p. 233).

LAUBADÈRE não oferece nenhuma definição própria, mas expõe com clareza a noção jurisprudencial, que parece adotar: "deve ser considerado *administrativo* o contrato, no qual se acha inserida qualquer cláusula que não poderia ser encontrada nos contratos concluídos entre particulares. A estipulação de tais cláusulas faz presumir que a Administração entendeu dever recorrer ao *procedimento de direito público*. Ao contrário, o contrato de direito comum é aquele que não contém senão *cláusulas análogas* às que se encontram habitualmente nos contratos privados" (*Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 3ª ed., 1963, vol. I, p. 286). O que disse LAUBADÈRE contraria os princípios lógicos da definição, caindo em verdadeiro *círculo vicioso*, que nada esclarece.

RIVERO, adotando também a colocação jurisprudencial, particularizada em decisão do Conselho de Estado prolatada em 10 de maio de 1963. *Société La Prosperité Fermière*, na *Revue de Droit Public*, 1963, p. 597, assinala que "exceto nos casos de participação na própria execução do serviço, um contrato, mesmo que tenha por objeto um serviço público, somente é *administrativo* se as partes manifestaram a vontade de *subtrai-lo ao direito civil*, adotando cláusulas que o derogam. Eis a *cláusula exorbitante*, ou *derrogatória do direito comum*, que, nestes casos, constitui o critério decisivo do contrato administrativo" (*Droit Administratif*, 11ª ed., 1983, p. 120). Quando, porém, temos uma *cláusula derogatória*? É difícil responder com certeza, sabendo-se que o *direito civil* consagra o *princípio da liberdade contratual*, autorizando as partes a adotar cláusulas as mais variadas. São, certamente, *derrogatórias* as *cláusulas* que excedem essa liberdade, e, nesse caso, *insuscetíveis de figurar em contrato celebrado entre particulares, por serem contrárias à ordem pública*" (cf. *Droit Administratif*, 9ª ed., 1980, p. 121).

WALINE, apoiando-se em decisão do Conselho de Estado, prolatada em 11 de maio de 1956, quando a Suprema Corte, em matéria administra-

tiva, julgou questão em que era parte a Société Française des Transports Gondrand Frères (cf. MARCEL WALINE, *Droit Administratif*, 9ª ed., 1963, p. 572), esclarece que, “se o contrato, concluído embora para a satisfação das necessidades de um serviço público, não tem por finalidade confiar ao particular contratante a própria execução de serviço, ele é contrato de direito privado, a menos que contenha referência ao *caderno de encargos* ou à *cláusula exorbitante do direito comum*”.

Criticando a definição de VEDEL que diz ser *exorbitante* “toda cláusula inabitual nos contratos de direito privado”, WALINE propõe o critério da *ordem pública*, para caracterizar a *cláusula exorbitante*. “Cláusula exorbitante é aquela que, por natureza, não poderia ser inserida em contrato de direito privado sem infringir a ordem pública” (cf. *Droit Administratif*, 9ª ed., 1963, p. 572).

“Parece-me todavia mais exato dizer”, acrescenta WALINE, “que a *cláusula exorbitante do direito comum* é aquela que não se encontra, normalmente, no *contrato de direito privado*, seja porque ela, nele inserida, seria nula como contrária à ordem pública, seja ainda porque ela tem sido inserida no contrato pela autoridade administrativa, em função de preocupações de interesse público estranhas às pessoas de direito privado, quando estas contratam entre si” (*Droit Administratif*, 9ª ed., 1963, p. 572).

“Para que o *contrato celebrado* pela pessoa pública seja considerado *administrativo*, ou deve conter *cláusulas exorbitantes do direito comum*, ou permitir a participação do particular contratante na própria execução do serviço público, conceituando-se como *exorbitante* a cláusula que, usualmente, não se encontra nos contratos privados, na maior parte das vezes porque, se figurasse nesse contrato, seria *ilícita*” (CHARLES DEBBASCH, *Droit Administratif*, 1968, p. 273). “Inabitualidade” e “ilicitude” são vocábulos empregados pela doutrina francesa, quando se refere à cláusula exorbitante, ausente dos contratos privados.

Em dois livros assinalamos que são, entre outros, *exorbitantes do direito comum*: a) as chamadas cláusulas “penais”; b) as cláusulas que prevêem o direito de rescisão unilateral em proveito da Administração; c) o poder que a Administração tem de baixar instruções; d) as que impliquem o exercício do poder de polícia; e) as que possibilitem a edição dos denominados *atos de império* (cf. *Tratado de Direito Administrativo*, Forense, 1967, vol. III, p. 51, e *Direito Administrativo Brasileiro*, Forense, 1983, vol. I, p. 397).

### 13. “Cláusula exorbitante” e “contrato administrativo”

Quando se estuda, pois, o *contrato administrativo*, várias noções precisam ser esclarecidas, a de “cláusula exorbitante”, a de “*puissance publique*” e a da “*execução do serviço pelo próprio particular contratante*”. Qual o entrelaçamento dessas noções?

As seguintes afirmações, a respeito, encontram-se nos autores e devem ser levadas em consideração.

A primeira afirmação, incontestável, é a de que "basta a presença da *cláusula exorbitante*, para conferir o caráter de *administrativo* ao contrato celebrado pela pessoa jurídica pública, mesmo que o objeto do contrato não se refira ao serviço público". Em síntese, *contrato administrativo* é o que encerra *cláusula exorbitante*. Assim, o *contrato* no qual se acha inserta a cláusula derogatória é *contrato administrativo*, mesmo que ele não tenha por objeto a *execução* do serviço público pelo próprio particular. Se o objeto desse contrato fosse realmente esse, a da participação do particular na execução do contrato, a presença da *cláusula exorbitante* seria supérflua, o que, em outras palavras, significa que, mesmo sem relação alguma com o serviço público, é *contrato administrativo* aquele que contenha, no mínimo, uma cláusula administrativa.

Analisando a Decisão "Bertin", proferida pelo Conselho de Estado, a doutrina conclui que todo contrato cujo conteúdo é a própria *execução do serviço público* tem, por si mesmo e independentemente da presença de qualquer *cláusula exorbitante*, o caráter *administrativo*, o que assinalaria vitoriosa volta da *doutrina do serviço público* e tenderia a condenar a idéia segundo a qual o regime dos contratos da Administração depende de saber se eles admitem ou não *cláusulas exorbitantes*, isto é, se eles revelam o emprego, pela Administração, da "puissance publique" (potestade pública).

No entanto, tal afirmação deve ser vista com reservas. Na maioria dos casos concretos, o que prevalece é o *critério da cláusula exorbitante*.

Com efeito, raro é o *contrato administrativo* que tem por finalidade confiar ao particular "a própria execução do serviço". Ao contrário, numerosíssimos são os contratos que não permitem ao particular a execução do serviço e, por conseqüência, para tais contratos, o caráter de "administrativo" dependerá da presença ou ausência de *cláusula exorbitante*.

Não se deve esquecer também que o contrato que comete ao particular a *execução do serviço público* encerra, em decorrência dessa circunstância, uma cláusula exorbitante do direito comum e que é precisamente a que confia a uma pessoa privada, que não se enquadra entre os agentes públicos, a responsabilidade do serviço. O critério da *execução do serviço público* não se contrapõe ao critério da *cláusula exorbitante*, do mesmo modo que as idéias de *potestade pública* e de *serviço público* não se repelem (cf. GEORGES VEDEL, *Droit Administratif*, 5ª ed., 1973, pp. 234-235).

#### 14. Exemplos de "cláusulas exorbitantes"

A doutrina, esquematizando, abstraindo e generalizando, resume, *in genere*, hipóteses de *cláusulas exorbitantes*, tiradas da prática administrativa e condensadas em proposições sintéticas, que teorizam a reali-

dade. Assim, são *cláusulas administrativas*, “derrogatórias”, “exorbitantes” ou de “de privilégio”:

1) as que, configurando hipóteses do “fato do príncipe”, permitem que a Administração altere, sem consulta, unilateralmente o contrato;

2) as que permitem que a Administração, por interesse público, proceda à rescisão do contrato;

3) as que permitem que a Administração aplique sanções ao particular contratante, inidôneo, como, por exemplo, a de não mais poder contratar;

4) as que impedem expressamente ao contratante eximir-se de executar o que foi pactuado, fundamentado no princípio da *exceptio non adimpleti contractus*, ou, em outras palavras, as que consagram o princípio da inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido;

5) as que permitem que concessionárias promovam desapropriação de bens particulares, declarados de utilidade pública pelo Estado;

6) as que permitem a ocupação do domínio público pelo particular (cf. RUI BARBOSA, *Os Privilégios Exclusivos, na Jurisprudência Constitucional dos Estados Unidos*, 1908, ed. de 1911, Rio de Janeiro, Empresa Fotomecânica do Brasil, p. 4);

7) as que facultam o exercício do poder de polícia pela Administração;

8) as que possibilitam ao Poder Público baixar instruções;

9) as que, inseridas em contrato de execução de obra pública, impõem servidões, gravando a propriedade do particular confinante, em benefício do particular contratante;

10) as que impõem ao contratante o aprimoramento técnico, com vistas à prestação de serviço público mais adequado;

11) as que permitem a delegação de moderada parcela do poder de polícia ao contratante para que este possa desempenhar plenamente o serviço público concedido;

12) as que impõem ao contratante diversidade de tratamento entre o usuário comum e o funcionário público, dando a este o uso do serviço, com abatimento e até gratuitamente, nos transportes coletivos urbanos;

13) as que facultam ao particular isenção temporária de tributos.

#### 15. *Regime jurídico do contrato administrativo*

LOUIS ROLLAND (cf. *Précis de Droit Administratif*, Paris, 1947, 9ª ed., pp. 52 e seguintes), embora evite o emprego da expressão “cláusula exor-

bitante", elucidada que não existem disposições gerais concernentes ao regime dos *contratos administrativos*. Para ter-se visão de conjunto das regras constitutivas deste regime, é preciso que nos reportemos aos textos relativos a certos contratos determinados e, a seguir, à prática administrativa.

Cada Administração tem, em matéria de contrato, regras bem definidas, devendo-se observar que o Poder Público somente celebra acordos quando, no contrato, são inseridas determinadas *cláusulas*. O Poder Público, em consequência, redige um *caderno de cláusulas e condições gerais*, que inclui em seus *contratos*. Há princípios que inspiram e informam essas cláusulas especiais, como, a saber:

a) o emprego pela Administração de processos particulares, na conclusão do acordo;

b) o emprego de meios de ação, para assegurar a execução do contrato, meios desconhecidos pelo particular, como, por exemplo, a expedição de ordens de serviço;

c) a possibilidade ou faculdade de modificação das disposições contratuais, de impor ao particular obrigações, bem como de impor obrigações suplementares, inexistentes no momento da assinatura do acordo;

d) a faculdade de rescisão do contrato a qualquer momento, sem intervenção do Judiciário;

e) a aceitação de encargos, que passam a onerar o particular, quando circunstâncias sociais, políticas ou econômicas produzem sensível desequilíbrio na economia do contrato (cf. LOUIS ROLLAND, *Précis de Droit Administratif*, 9ª ed., 1947, pp. 52 a 54).

## 16. Modalidades de contratos administrativos

O contrato, gênero, ou *categoria jurídica*, classifica-se em *privado* e *público*. O *contrato público*, por sua vez, é comum a vários ramos do direito. O *contrato administrativo* é espécie do gênero *contrato de direito público*, admitindo diversas modalidades: contrato de função pública, *contrato de concessão de serviço público*, contrato de concessão de uso privativo de bem público pelo particular, contrato de obra pública, contrato de trabalho público, contrato de fornecimento contínuo, contrato de fornecimento descontínuo, contrato de empréstimo compulsório, contrato de empréstimo público, contrato de doação de bem público, contrato de mútuo de direito público, contrato de comodato de direito público. O contrato de comodato de direito público pode ser considerado como espécie do gênero contrato de concessão de uso de bem público, assumindo esta última forma. O contrato de mútuo de direito público e o empréstimo compulsório podem ser considerados como espécie do gênero contrato de empréstimo público.

Para efeitos de raciocínio, tomemos a concessão de serviço público, ou, sua *figura iuris* irmã, a concessão de uso privativo de bem público pelo particular.

Desde que se atribuiu, à concessão de serviço público, a natureza jurídica de “contrato de direito público, oneroso, sinalagmático, comutativo, realizado *intuitu personae*” (MÁRIO MASAGÃO, *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*, tese de concurso, 1933, p. 101), a que acrescentaríamos *contrato administrativo* (BIELSA, *Derecho Administrativo*, 5ª ed., 1955, vol. II, p. 225 e autores citados em nosso livro *Direito Administrativo Brasileiro*, Forense, 1983, vol. I, p. 425) e “do tipo dos contratos de adesão” (cf. nosso *Tratado de Direito Administrativo*, Forense, 1967, vol. III, p. 128), vamos escolher este tipo inequívoco de *contrato administrativo* para ver, na prática, em concreto, como nele estariam situadas as *cláusulas exorbitantes*.

### 17. As “cláusulas de privilégio” no contrato de concessão

A natureza jurídica da concessão de serviço público é a de contrato administrativo. Se se trata de contrato administrativo, no acordo celebrado entre a Administração e o particular, que vai explorar o serviço ou já o está explorando, deverão estar inseridas, presentes, atuando, as “cláusulas de privilégio”, “cláusulas de supremacia”, “cláusulas exorbitantes” ou “cláusulas derogatórias” de direito comum.

A existência das denominadas “cláusulas exorbitantes” é, precisamente, a diferença específica entre o contrato privado e o contrato administrativo. “Contrato de direito privado” é o que não admite a existência de “cláusula derogatória”. “Contrato administrativo” é o que se caracteriza pela existência desse tipo de cláusula, conotação que derroga, exorbita ou afasta o pacto da área do direito privado e o coloca na órbita do direito público. Cláusula exorbitante é a que não se encontra, de hábito, usualmente, no contrato privado, pois, inserta neste, seria ilícita (CHARLES DEBBASCH, *Droit Administratif*, p. 273).

### 18 “Cláusulas exorbitantes”, na teoria e na prática

Partindo, como dissemos, do contrato de concessão, quer em sua primeira modalidade, concessão para a exploração de serviço público, quer na sua segunda modalidade, a concessão para uso privativo de bem público pelo particular, mas, fixando-nos, para efeito de raciocínio concreto, na primeira modalidade, vamos assinalar alguns exemplos concretos de cláusulas “de privilégio”, também denominadas “exorbitantes” ou “derrogatórias”:

a) *promoção expropriatória* – “Os concessionários de serviços públicos poderão promover desapropriações, mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato” (art. 3º do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941). Como se sabe, apenas o Chefe do Executivo, nas três

esferas do Brasil, pode declarar de utilidade pública (de necessidade pública, ou de interesse social) determinado bem imóvel, para efeitos expropriatórios; pode ainda a mesma pessoa política — a União, o Estado-Membro, o Município — promover, efetivar, concretizar, mais tarde, a desapropriação, ingressando em juízo com a respectiva *ação judicial expropriatória*. No entanto, se, no contrato de concessão, celebrado com o particular, estiver inscrita a cláusula exorbitante da promoção expropriatória, ou, se esta possibilidade estiver prevista, em lei, temos inserida no contrato uma faculdade transferida ao concessionário privado, verdadeira delegação, que jamais um particular poderia outorgar a outro particular, pois do contrário haveria atentado à ordem pública. Conclusão: a outorga do concedente-Estado ao concessionário-particular para promover desapropriação, entrando em juízo com a respectiva ação expropriatória contra outro particular, é cláusula exorbitante, “de privilégio”, de “prerrogativa”, derogatória, pois jamais pode ser inserida em *contrato privado*, mas, tão-só, inserta em contrato administrativo, porque, do contrário, ocorreria, se inscrita em contrato privado, atentado flagrante ao direito de propriedade;

b) *direito à percepção de tributos*, no todo ou em parte, é outro exemplo de exorbitância, devendo observar-se quanto à percepção que “não existe incerteza, o que tornaria aleatório o contrato”, pois “essas prestações, quando futuras, são esperadas como certas” (MÁRIO MASAGÃO, *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*, tese de concurso, 1933, p. 101, nota 67). Como nota o clássico HENRI BERTHÉLEMY, “a incerteza é relativa ao *quantum* dos tributos, e não ao direito de percebê-los” (*Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, 1906, p. 616). ANDRÉ DE LAUBADÈRE menciona também a possibilidade ou direito que tem o concessionário de cobrar tributos, em razão da prerrogativa de “*puissance publique*” que a Administração, para tal efeito, lhe transfere (cf. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 3ª ed., 1963, vol. I, p. 286);

c) *exigência de demissão de empregados da concessionária*, é exemplo de cláusula exorbitante, fundamentada em motivos de polícia, quando se trata de contrato administrativo celebrado entre a Administração concedente-locadora e concessionário-locatário privado, cláusula que não poderia constar de contrato de locação privada, mas que figurava no contrato celebrado entre o Poder Público e a Nova Sociedade de Exploração das Praias (Decisão do Tribunal de Conflitos, de 20 de abril de 1959, no *Recueil*, p. 866, citado por WALINE, *Droit Administratif*, 9ª ed., 1963, p. 572, motivação reiterada por Decisão do Conselho de Estado, de 25 de novembro de 1959, na mesma causa);

d) *contratos referentes ao emprego de mão-de-obra penitenciária* têm, por natureza e em razão das obrigações assumidas pelo empreiteiro, caráter administrativo (decisão do Conselho de Estado, de 14 de dezembro de 1927, no caso da Sociedade de exploração de quartzitas e pórfiros do Orno, p. 1.209, referida por WALINE, *Droit Administratif*, 9ª ed., 1963, p. 573);



e) a “*mabitualidade*”, no contrato civil, em decorrência do caráter de “*ilicitude*”, que apresenta, é outro traço que caracteriza a *cláusula exorbitante* (Decisão do Tribunal de Conflitos, de 19 de junho de 1952, ao julgar feito em que era parte a Sociedade dos Combustíveis e Carburantes Nacionais, em *Recueil*, p. 629, citada por CHARLES DEBBASCH, *Droit Administratif*, 1968, p. 273), na maioria das vezes porque tal inserção seria “*ilícita*”, se tivesse por finalidade conferir às partes direitos ou de impor-lhes obrigações estranhas, por natureza, ao que é suscetível de ser livremente pactuado pelo particular que contrata nos quadros das leis civis e comerciais (Decisão do Tribunal de Conflitos, de 20 de outubro de 1950, STEIN, *Recueil*, p. 505 e 26 de fevereiro de 1958, Companhia das Minas de Famelé, Gâmbia, *Recueil*, p. 128, citada por CHARLES DEBBASCH, *Droit Administratif*, 1968, p. 273);

f) *direito que a Administração tem de rescindir unilateralmente e a qualquer tempo o contrato*, sem indenização, é outro caso de *cláusula exorbitante*, embora algumas decisões o neguem (decisão do Tribunal de Conflitos, de 28 de março de 1955, citada por CHARLES DEBBASCH, *Droit Administratif*, 1968, p. 273);

g) a *substituição do contratante particular pela Administração* é outro exemplo de *cláusula exorbitante* (CHARLES DEBBASCH, *Droit Administratif*, 1968, p. 282);

h) *possibilidade de aplicar sanções ao particular contra contratantes*, decorrente de poder contínuo de controle que o Poder Público exerce sobre o concessionário. Sem recorrer ao Judiciário, mas diretamente em decorrência da regra do “*privilégio ou préalable*” (privilégio do preliminar, do prévio), a Administração tem o poder-dever — e não a mera faculdade discricionária — para o melhor desempenho e execução do serviço público (CHARLES DEBBASCH, *Droit Administratif*, 1968, pp. 281-282). LAUBADÈRE mostra os limites que, neste caso, existem para a aplicação das sanções ao concessionário inadimplente (*Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 3ª ed., 1963, vol. I, p. 300);

i) a *imposição, pelo Poder Público ao particular, dos meios de execução das obrigações*, principalmente no que diz respeito ao contrato de trabalhos públicos, no qual o concessionário é obrigado a executar as *ordens de serviço* que lhe dá a Administração, em sua qualidade de “*mestre de obra*” (decisão do Conselho de Estado, de 22 de fevereiro de 1952, Sociedades para a Exploração dos Processos Ingrand, p. 130, citada por LAUBADÈRE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 3ª ed., 1963, vol. I, p. 300).

## 19. Conclusão

Não deve, por fim, ser esquecida, antes, aproveitada, a contribuição francesa, na estruturação da *cláusula exorbitante*, primeiro, pelo Conselho de Estado e Tribunal de Conflitos, que decidiram casos referentes a *contratos administrativos*, depois, pela doutrina que, com base nas constantes decisões, extraiu elementos para a elaboração da *teoria jurídica da*

*cláusula de privilégio*. "A comparação com os direitos estrangeiros leva o administrativista a conhecer melhor seu próprio sistema jurídico" (cf. nosso *Direito Administrativo Comparado*, 1972, p. 26), trazendo "grandes vantagens para o estudioso do direito administrativo, porque assinala os instrumentos que a Administração usa, nos vários sistemas, quando pretende atender ao interesse público" (cf. nosso *Direito Administrativo Comparado*, 1972, p. 29).

O *direito administrativo comparado* aperfeiçoa, antes de tudo, o homem — o doutrinador e o administrador, alargando o quadro doutrinário com novos modelos e possibilitando maior visão para os governantes na compreensão e solução dos problemas administrativos. O estudo da Administração, nos vários direitos, é indispensável não só para o entendimento desses mesmos direitos como para a do próprio. A comparação do direito administrativo local com o direito positivo estrangeiro é útil como meio eficaz de rejuvenescer e de vivificar os estudos da Administração nacional. O jurista que estuda apenas seu direito administrativo regional não conhece bem nem mesmo esse direito" (cf. nosso *Direito Administrativo Comparado*, 1972, p. 220).

Ora, a comparação do instituto da "cláusula exorbitante", na jurisprudência francesa, que firmou rigorosa colocação jurídica, a partir do julgamento de centenas de questões, que envolveram *contratos administrativos*, permite que o jurista brasileiro, diante de hipóteses semelhantes, decididas pelos tribunais brasileiros, empreenda o *regime jurídico do contrato administrativo*, ressaltando, neste, o papel fundamental da *cláusula de privilégio*.

Partindo da jurisprudência pátria, a doutrina brasileira, inspirada pela comparação com a experiência francesa, elaborará, diante de nosso direito, a *doutrina da cláusula de privilégio*, com os traços especiais que os nossos casos emergentes apresentarão.

O objetivo deste trabalho foi assinalar, tão-somente, a existência, no mundo jurídico, da "cláusula de privilégio", denominada, erradamente de "cláusula exorbitante" ou "cláusula derogatória". Realidade incontestável, da mais alta relevância e que, presente num contrato, tem o condão de tipificá-lo, como administrativo, a cláusula exorbitante é "inabitual", como dizem os doutrinadores franceses, "inexistente", como dizemos nós, nos contratos de direito privado, porque os descaracterizaria. A "cláusula de privilégio", ao contrário, é de obrigatória presença no contrato administrativo, porque vai revelar o traço onímido, onipresente, onipotente do Estado, através de sua "puissance publique", no acordo celebrado com o particular, caso em que a Administração, por interesse público, tem o poder-dever de impor ao contratante as regras do jogo, ao mesmo tempo que pode transferir-lhe a parcela necessária de prerrogativas de que é detentora para que a execução do contrato — o desempenho do serviço público — se processe da melhor maneira possível, em benefício da coletividade.

# Da Consolidação das Leis Civis à teoria das consolidações: problemas histórico-dogmáticos

JOÃO BAPTISTA VILLELA

Professor Titular da Universidade  
Federal de Minas Gerais

## SUMÁRIO

- 1 — Introdução
- 2 — Juízo de constitucionalidade
- 3 — A questão do método classificatório
- 4 — Liberdade doutrinária
- 5 — Validade formal
- 6 — "Proposições claras e sucintas"
- 7 — Conclusão

### 1 — Introdução

O espírito de ordem é conatural à idéia de direito. O mesmo dinamismo, que pela regulação normativa quer alcançar a **ordenada** convivência dos homens em sociedade, dispõe, por assim dizer, de um olho interior, de uma visão voltada para dentro de si mesmo, que repele o caos, a obscuridade, a imprecisão. Expressar o ordenamento jurídico em formulações límpidas e articuladas impõe-se como ideal tanto mais caro ao jurista quanto mais a civilização se distancia do período mítico do direito. Progressivo, portanto, à medida mesma em que a racionalidade se faz presente na história. Resistente, porém, à efetivação. Entre outras razões, porque a ânsia de ordem externa, que leva o Estado a multiplicar os instrumentos de controle social, acaba gerando, por artes de uma proporcionalidade invertida, o indesejável efeito de comprometer a ordem interna do sistema de comandos, cuja vulnerabilidade aumenta em função do volume e da complexidade de seus componentes. A aspiração de saneamento formal da legislação converteu-se, por esse motivo, em fenômeno típico do Estado moderno, reduzido, em certa medida, a um aprendiz de feiticeiro, que se perde nos labirintos por ele mesmo abertos, que se enleia no cipóal que fez crescer, que se sufoca na **selva selvaggia** dos seus produtos, que se

---

Comunicação a congresso internacional sobre "Augusto Teixeira de Freitas e o Direito Latino-Americano" (Roma, 12 a 14 de dezembro de 1983).

Texto revisto pelo autor, após o congresso.

revela, enfim, perplexo e impotente ante o crescimento e desgoverno de sua própria criatura.

Se, de algum modo, as leis se podem considerar o alimento do Estado, no sentido de que é delas que se deriva a legitimidade da ação política, maior é hoje o risco de que a polis se desestabilize por indigestão do que por carência, o que mostra quanto tinha razão TÁCITO quando sentenciava, "corruptissima respublica plurimae leges" (1).

De passagem, conviria advertir-se de que a superabundância de leis sequer garante maior legitimidade ao Estado. Ao contrário. Em trabalho de fina argúcia, responsabiliza CARNELUTTI a hiperprodução legislativa pela crise da lei, que — acrescenta-se — resulta na do Estado e alcança os fundamentos éticos de sua práxis:

"A crise do direito não é apenas, mas é principalmente crise da lei; e a crise da lei decorre de um fenômeno de inflação. O mecanismo do direito sofre de uma hipertensão cada dia mais grave. O comandado deve obedecer sem saber efetivamente o que lhe é comandado" (2).

O Estado brasileiro de meados do século passado está longe de recordar os tempos intervencionistas que hoje vivemos. Nos quadros da legislação civil, contudo, pode-se bem imaginar o clima de confusão e o índice de incerteza do direito a que se havia chegado. As **Ordenações Filipinas**, que continham o núcleo fundamental de disposições sobre a matéria, eram velhas de mais de dois séculos. Já quando de sua promulgação não estavam à altura dos tempos e, de modo algum, se podem considerar um **código** no sentido que a expressão evoca desde a viragem do século XVIII para o XIX. Seu Livro IV, que se ocupava do direito civil, privilegiava as sucessões e os contratos, em detrimento dos outros conteúdos. A esta legislação, já por isso lacunar, veio reunir-se ao longo do tempo o que se chamou a "imensa teia das leis extravagantes" (3). Mais se agravava o estado de desordem que daí emergia, com a deficiência que assim registra TEIXEIRA DE FREITAS, ao tempo em que escreveu sua monumental **Introdução à Consolidação das Leis Civis**:

"Também não existe um só escritor, antigo ou moderno, que puramente se limitasse a coligir e ordenar o direito pátrio" (4).

(1) *Annales*, 3, 27. Cf. TACITE. *Annales*, Livres I-III, texte établi et trad. par Henri Goelzer. Paris, Les Belles Lettres, 1953, p. 136 [dr.].

(2) CARNELUTTI, Francesco. Crise da arte e crise do direito [Crisi dell'arte e crisi del diritto]. Trad. e notas de JOÃO BAPTISTA VILLELA. *Kriterion*, Belo Horizonte, 20(67), 1973-1974, p. 278.

(3) TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Garnier, 1878, p. XXXII.

(4) *Consolidação* ..., cit., p. XXXII.

Esse conjunto de circunstâncias, os excepcionais méritos que se reconhecem à **Consolidação das Leis Civis**, e, finalmente, o preparo e talento de seu autor, fazem-na um objeto por excelência paradigmático para os estudos de teoria das consolidações.

A presente comunicação pretende, fundamentalmente, considerar alguns pontos críticos da teoria geral do direito que se põem a quem consolida textos jurídicos e como, em relação a eles, se comportou TEIXEIRA DE FREITAS na sua **Consolidação das Leis Civis**.

## 2 — Juízo de constitucionalidade

Pode o consolidador deixar de incluir norma formalmente em vigor, ao fundamento de sua suposta incompatibilidade com o texto constitucional?

Na **Ordenação em Texto Único das Leis de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e Legislação Conexa**, possivelmente a mais recente experiência brasileira no gênero, a respectiva comissão elaboradora, integrada por JOÃO BAPTISTA VILLELA (Presidente), CLECI MAYER, ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ, MOACYR EXPEDITO M. VAZ GUIMARÃES e YESIS ILCIA y AMOEDO PASSARINHO, optou, segundo está declarado na respectiva Exposição de Motivos, por não exercer qualquer avaliação de constitucionalidade, não estando, porém, indicados os motivos por que assim procedeu<sup>(5)</sup>. Em favor da opção considere-se, no caso, o fato de que se realizava então trabalho encomendado por órgãos públicos subordinados, aos quais faltam poderes para aprovar consolidações ao nível da que se empreendia. Ademais, era omissa, no particular, a portaria que cometeu à comissão executar a obra.

Na verdade, a presente questão resolve-se nesta outra, que é identificar o destinatário da norma constitucional. Se se entender que destinatário são os Poderes do Estado, nas suas funções primárias de legislar, julgar e executar, a resposta há de ser que não cabe a quem consolida entrar nesse nível de indagação, pois ele não legisla, não julga, nem executa normas. Será, ao contrário, de seu dever fazê-lo, se se admitir que a norma constitucional se endereça a todo cidadão enquanto tal. Nesta hipótese, o conteúdo, alcance e extensão de qualquer norma de hierarquia infraconstitucional se supõem universalmente limitados à integral observância do preceito maior.

TEIXEIRA DE FREITAS não abordou a questão de modo sistemático ou principiológico. Fica, porém, claro pelos seus textos que a referência constitucional pairava no horizonte da **Consolidação**.

(5) Cf. VILLELA, João Baptista. Exposição de Motivos. In: VILLELA, João Baptista et alii (elab.). *Ordenação em Texto Único das Leis de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e Legislação Conexa*. V. 1, Brasília, Conselho Federal de Educação, 1983, p. XIX.

Assim é que, depois de ter lembrado que a "legislação civil é sempre dominada pela organização política", pergunta-se:

"Quantas leis entre nós não incorrerão desde logo em virtual e necessária revogação por se tornarem incompatíveis com as bases da Carta Constitucional?" (6).

Concluía, por isso, que os hereges e os apóstatas não estavam inibidos de fazer testamento, já que a Constituição do Império estabelecia no art. 179, item 5º:

"Ninguém pode ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado, e não ofenda a moral pública" (7).

Coerentemente, não trouxe para o texto consolidado a **Ord.** 4, 81, 4.

A julgar pelos seus comentários, tampouco teria FREITAS trazido a "odiosa diferença nos direitos de sucessão hereditária" entre filhos de nobre e filhos de peão, mesmo que não tivesse sido antes editada a disposição do art. 1º do Decreto nº 463, de 2 de setembro de 1847. Motivo: a supressão de privilégios e a proclamação da igualdade, inscritas no art. 179 da Constituição, **verbis**:

"13) A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um".

.....  
"16) Ficam abolidos todos os privilégios que não forem essencial e inteiramente ligados aos cargos por utilidade pública" (8).

Menos transparente é a invocação da referência constitucional para ignorar a categoria dos chamados **servos da pena** e admitir, portanto, que os condenados à morte pudessem dispor por testamento, assim como para recusar, com veemência, a **morte civil**, não obstante a sua previsão pelo Código Comercial, de 1850. Aqui não alude TEIXEIRA DE FREITAS expressamente à Constituição como razão determinante, podendo-se concluir que a idéia de **morte civil** fosse, para ele, de si, um contra-senso, "um quimérico estado de cousas", "um nome sem sombra de realidade", uma expressão que não existia no direito romano nem nas **Ordenações Afonsinas** (9). Pelo que toca ao confisco, que segundo TEIXEIRA DE FREITAS não implicava a

(6) *Consolidação ... cit., p. XXXIII.* A linguagem não parece a mais feliz. Melhor fora dizer ... *por se terem tornado ...*

(7) Cf. *Consolidação ... cit., p. 596.*

(8) Cf. *Consolidação ... cit., p. XXXIII.*

(9) *Consolidação ... cit., pp. CXXXIII-IV.*

idéia de **morte civil**, lembra, contudo, que a Constituição o havia abolido, indicando, a propósito, equivocadamente, o seu art. 20<sup>(10)</sup>. Como quer que seja, tanto a respeito dos **servos da pena**, como a respeito da **morte civil**, os contextos autorizam a supor que, independentemente de outras razões, uma incompatibilidade estivesse sendo percebida, mais difusa do que analiticamente, por referência à “nova ordem de cousas” ou como decorrência do “império de instituições liberais”, expressões de que se utiliza TEIXEIRA DE FREITAS a propósito do **comisso** e com as quais parece querer denotar a organização política instaurada pela Constituição de 25 de março de 1824<sup>(11)</sup>.

Merece consideração à parte e mais acurado exame a posição de TEIXEIRA DE FREITAS em relação ao **comisso**, a cujo respeito pareceu menos empenhado na vigência constitucional ou mais preso à literalidade determinativa da legislação ordinária.

### 3 — A questão do método classificatório

A importância que TEIXEIRA DE FREITAS atribuiu à classificação dos institutos na **Consolidação das Leis Civis** e sua obsessiva procura de um sistema imune a reparos evidencia bem o quão livre se sentia em relação aos quadros categoriais explicitamente vigentes na legislação.

O seu longo e metucioso exame do método de ordenação é um puro discurso doutrinário, sem qualquer tributo a limites supostamente intransponíveis da legislação positiva. Tendo considerado a diferença entre direitos reais e direitos pessoais “a chave de todas as relações civis”<sup>(12)</sup>, fá-la dominar a distribuição da matéria especial. E, do mesmo modo, havendo pressentido a necessidade de um espaço próprio para as disposições comuns, como precursor que foi da **allgemeiner Teil**<sup>(13)</sup>, não hesita em garanti-lo.

Não é de se supor que FREITAS ignorasse o condicionamento topográfico das regras de direito. Isto é: a determinação de seu alcance em função do compartimento ou classe em que se situam. A sua resoluta liberdade, aqui, em contraste com a escrupulosa observância da positividade das normas, que, de outro lado, professa, parece poder explicar-se antes por uma certa ambivalência da **Consolidação**. Com esta não se tratava apenas de revelar o direito vigente, mas ainda de preparar o direito futuro. Por isso, não foi a **Consolidação**, em rigor, somente uma **fonte de cognição**: traz, em certa medida,

(10) Cf. *Consolidação* ..., cit., p. CXXXIV. A remissão correta é para o art. 179, 20.

(11) *Consolidação* ..., cit., pp. XXXV e 79.

(12) *Consolidação* ..., cit., p. XLVII.

(13) Cf. DAVID, René. *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*. 5.<sup>e</sup> ed., [s.l.], Dalloz, 1973, p. 91.

também o caráter de fonte de produção do direito, para usar uma clássica distinção da doutrina italiana<sup>(14)</sup>. É reiterada em FREITAS a visão propedêutica da **Consolidação**. “Última parte dos trabalhos preparatórios, que para a reforma da Legislação Civil empreendera o Governo Imperial” — é como a considera seu autor nas primeiríssimas linhas com que a introduz<sup>(15)</sup>. “Trabalhos preparatórios” — chama-a ainda quando, em outro texto, refere-se ao Projeto de Código Civil português e à identidade de cometimentos que o ligava ao Visconde de Seabra<sup>(16)</sup>. É como se a **Consolidação**, exprimindo embora a ordem vigente, lançasse *ex tunc* as bases de sua transcendência. Um antigo testamento que também prefigurasse uma nova aliança e que, por isso mesmo, não se contivesse na visão do passado.

Confrontando a empresa de TEIXEIRA DE FREITAS na **Consolidação** com a que teria, depois, redigindo o **Esboço**, assim se manifesta JOAQUIM NABUCO:

“Na **Consolidação** o seu gênio tinha tido que se sofrer, que se curvar à lei escrita, à rotina dos tribunais, à estreiteza da velha jurisprudência, às vezes obsoleta; fora apenas chamado a repetir, não a reformar, a lei existente, a renová-la com maior clareza e individuação, qualquer que fosse o seu defeito intrínseco, a sua incongruência e insuficiência perante a nossa época; no **Código Civil**, podia, porém, exercitar as suas faculdades criadoras, dar a sua medida; não tinha mais que se escravizar às idéias e às formas do passado; tinha a mais ampla liberdade, podia adaptar a sua concepção do Direito, como a sua imaginação lhe inspirasse, às condições reais do nosso País, transformar-lhe mesmo o destino, tal fosse o seu gênio”<sup>(17)</sup>.

São, de fato, empreendimentos distintos, a que correspondem posturas mentais próprias e irredutíveis entre si. Havia, contudo, entre

(14) Cf., a propósito, entre outros: BARILE, Paolo. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Padova, CEDAM, 1972, pp. 41-2; CHELLI, Enzo. Testo unico. In: AZARA, Antonio & EULA, Ernesto (dir.). *Novissimo Digesto Italiano*. V. 19, Torino, UTET, 1973, p. 308; ESPOSITO, Carlo. Testi unici. In: D'AMELIO, Mariano (cur.). *Nuovo Digesto Italiano*. V. 12, parte 2ª, Torino, UTET, 1940, p. 182; OSPITALI, Giancarlo. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 5ª ed., Padova, CEDAM, 1966, p. 111; PISANELLI, Giuseppe Codacci. Fonti di produzione e fonti di cognizione. *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*. Milano, 1(1-4), 1947, pp. 224-71; SANDULLI, Aldo M. *Manuale di Diritto Amministrativo*. 12ª ed., Napoli, Jovene, 1974, pp. 65-6; ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. V. 1º, 8ª ed., Milano, Giuffrè, 1958, p. 92.

(15) *Consolidação* ..., cit., p. XXIX.

(16) TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Nova Apostilla à Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projecto do Código Civil Portuguez*. Rio de Janeiro, Laemmert, 1859, p. 5.

(17) NABUCO, Joaquim. *Um Estadista do Império*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Nova Aguilar, 1975, p. 906.



a **Consolidação** e o **Código** conexão histórica que seria ingênuo ignorar. A partir dela ter-se-ia instaurado um regime de trocas: assim como o fervor criativo peculiar ao segundo fecundava a primeira, o empenho de ordem e método a esta inerente iria refletir-se na elaboração do segundo até, de alguma forma, o extremo de inviabilizá-la.

Expressivo indicador da intencionalidade prefigurativa de TEIXEIRA DE FREITAS pode ser encontrado na sua atitude relativamente ao regime jurídico da escravidão. Como se sabe, **TEIXEIRA DE FREITAS** não incluiu na **Consolidação das Leis Civis** qualquer disposição sobre os escravos. Não podendo, porém, negar que as houvesse no direito positivo brasileiro, deu por esta solução genial: figurariam em corpo à parte, para o qual retomou a velha expressão **Código Negro**, polissemia sutil e ferina, com a qual, ao mesmo tempo em que indicava a matéria, profligava e golpeava a escravatura, contribuindo, assim, para abreviar sua vigência. Ao dizer que esse conjunto de normas estaria "condenado a extinguir-se em época mais ou menos remota" (18), **TEIXEIRA DE FREITAS** comportava-se como o sociólogo do direito (19), que apenas registra, em linguagem neutra, uma tendência em curso. Segregando-o em texto avulso e chamando-o **Código Negro**, ia além: Expressia juízos de valor e fazia obra de dogmática. Em conjunto, o tratamento de **TEIXEIRA DE FREITAS** à questão dos escravos constitui síntese lapidar entre fidelidade ao direito positivo e aptidão para superá-lo. Um consórcio notável entre as exigências de segurança, por um lado, e os imperativos de justiça, por outro.

Esta leitura prospectiva da **Consolidação das Leis Civis** talvez possa servir à compreensão do **arranjo novo como operação legítima** de quem ordena em texto único. Não apenas porque a categorização integra-se na interpretação e é, portanto, inevitável, como também porque, implícito nas normas, está presente um dinamismo vital que as impulsiona para novas combinações, possibilitando-as transcender o quadro conjuntural para que foram editadas. Excluída a prática do arbítrio, o consolidador é livre para descobrir tais combinações, tanto mais adequadas quanto melhor respondam aos novos anseios do sistema de direito positivo e tanto mais fecundas quanto mais capazes sejam de ultrapassá-los.

#### 4. Liberdade doutrinária

Estivesse **TEIXEIRA DE FREITAS**, enquanto fazia a **Consolidação**, obcecado pela idéia de reproduzir um direito positivo pré-acabado,

(18) *Consolidação* ..., cit., p. XXXVII.

(19) GILBERTO FREYRE acentua a dimensão sociológica de **TEIXEIRA DE FREITAS**. Admitindo que pudesse ser qualificado como *jurista-sociólogo* ou como *sociólogo do Direito*, chama-o, por fim, "o quase sociólogo": FREYRE, Gilberto. *Teixeira de Freitas*. In: MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: O Jurisconsulto do Império*. Rio de Janeiro, J. Olympio, 1979, p. XXV.

o respectivo discurso de sustentação seria o descritivo, sem espaços para a persuasão. O raciocínio, analítico, jamais o dialético.

O que se impõe, contudo, ao exame é a figura do homem de doutrina, que se lança na recuperação objetiva do direito vigente, instrumentado com a visão axiológica. Ou seja: Ainda quando fazia obra supostamente neutra, TEIXEIRA DE FREITAS, se mantinha a vista no horizonte do *Sollen*, conservava seus pulmões abertos à atmosfera do *Sein*.

Veja-se a disputa entre o princípio da tradição e o princípio do consenso na transferência da propriedade. TEIXEIRA DE FREITAS mais se ocupa em persuadir as excelências do primeiro sobre o segundo que em demonstrar ser aquele e não este o que prevalecia na legislação brasileira. Nem se explicaria, de outro modo, o ímpeto com que investe contra o Código de Napoleão, que adotara o princípio do consenso. E seria apressado concluir que o assunto não comportasse dúvidas no marco do direito positivo. Em estudo recente, RÖTHLISBERGER afirma que é matéria doutrinária a apuração do princípio de transferência dominical acolhido nas **Ordenações Filipinas**, cujos textos se comporiam com um ou com outro (20). Observa que "se procura em vão em todas as três Ordenações por dispositivos que regulem a posse, a propriedade, a transferência da posse ou da propriedade, ou, por exemplo, a distinção das coisas em móveis e imóveis" (21). Surpreendente omissão, como nota o próprio RÖTHLISBERGER, porque, antecedendo a mais antiga delas, havia tradução portuguesa das **Siete Partidas**, do Rei Afonso X, o Sábio, que disciplinavam minudentemente o direito das coisas e serviram de modelo na legislação lusitana (22). Foi ampla, de resto, a autoridade que as **Siete Partidas** exerceram em Portugal, tendo alcançado os níveis da legislação e da prática forense, segundo atestava há pouco MOREIRA ALVES, saudando o Rei de Espanha em visita ao Brasil (23). RÖTHLISBERGER adianta mais que a doutrina sobre qual dos princípios fosse o vigente nas **Ordenações Filipinas** está dividida (24). Contra o entendimento de TEIXEIRA DE FREITAS poder-se-ia invocar, desde logo, quem expressamente sustente o contrário. Tal é o caso de CUNHA GONÇALVES, que afirma:

"Mas não foi só por imitação do direito francês que o nosso legislador se afastou do sistema do direito romano. Já

(20) Cf. RÖTHLISBERGER, Andreas. *Traditionsprinzip und Konsensprinzip bei der Mobilienübertragung: Eine Vergleichend Untersuchung zu den Iberischen und Lateinamerikanischen Kodifikationen*. Zürich, Schulthess, 1982 (Copr.), S. 18-20.

(21) *Op. cit.*, S. 18.

(22) *Cf. op. cit.*, S. 18.

(23) MOREIRA ALVES. [Saudação]. *Diário da Justiça*, Brasília, 24 maio 1983, p. 7.219.

(24) *Cf. op. cit.*, S. 18.

as **Ordenações Filipinas**, Liv. IV, Tit. II, e Tit. V, § 3º, declaravam que a propriedade se transferia ao comprador **logo que o acordo era perfeito e acabado**" (25).

De outra parte, é razoável ver com RÖTHLISBERGER o princípio do consenso refletido na posição de autores, que entende serem "muitos", para quem tal sistema "defluía de modo absolutamente natural e conseqüente da práxis jurídica" (26).

OLIVEIRA ASCENSÃO, por exemplo, sem situá-lo, com precisão, no tempo, registra assim o fenômeno da espiritualização da **traditio**, o qual pode muito bem ter convivido, sem conflitos, com os textos que a exigiam:

"[ . . . ] durante séculos os juristas da Europa latina se empenharam na descoberta de fórmulas que permitissem substituir a tradição efectiva, ou tradição real, por outros processos que dispensassem na prática o facto da entrega. Continuou a falar-se em **traditio**; mas, à medida que a metamorfose se processava, esta referência perdeu todo o significado substancial. Na prática, o que se produzia fora a atribuição de eficácia real aos contratos que tivessem por fim a transmissão de direitos reais. Quando esta evolução chegou ao seu termo, os legisladores puderam abandonar totalmente a referência artificial à **traditio**" (27).

É bem verdade que pelo princípio da tradição falaria também o Alvará de 4 de setembro de 1810, segundo o que parece constituir o entendimento geral sobre a matéria. Mas não seria absurdo ver sua intenção reduzida ao propósito de excluir o pacto comissório implícito nas vendas feitas **habita fide de pretio**. Vale dizer: uma intervenção de natureza tópica para favorecer o crédito em seu conflito com a propriedade, antes que um indicador genérico do regime de transmissão dos bens. Estabilizando a propriedade nas mãos do **accipiens**, ainda que o preço não tivesse sido pago, o Alvará estimulava a circulação da riqueza pela confiança que imprimia às aquisições imediatas e sucessivas. Embora afirmando nos **consideranda** que "por meio da tradição passa o domínio para o comprador", punha-se o segmento propriamente prescritivo de suas disposições mais próximo ao princípio do consenso que ao princípio da tradição, neste sentido de que limitava os poderes do **tradens** sobre a coisa, indiscutivelmente mais extensos no segundo que no primeiro sistema.

(25) CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de Direito Civil em Comentários ao Código Civil Português*. V. 4, Coimbra, Coimbra Ed., 1931, p. 569.

(26) *Op. cit.*, S. 19.

(27) OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Direitos Reais*. Lisboa, Centro Est. Dir. Civ. Fac. Dir. Univ. Lisboa, 1971, pp. 236-7.

O presumível acordo doutrinário do tempo e do meio terá inspi-  
rado a TEIXEIRA DE FREITAS o relativo desdém pela demonstração  
de vigência do princípio da tradição, levando-o a concentrar forças na  
sustentação das respectivas vantagens, precisamente a um momento  
em que a influência do Código Civil francês e do Projeto Seabra sobre  
a anunciada codificação brasileira poderia pender os espíritos para a  
solução que tinha por indesejável.

Paradoxalmente, a maior liberdade doutrinária de TEIXEIRA DE  
FREITAS poderia estar favorecida pelo seu mesmo apego à lei, atitude  
que, no caso, como lucidamente captou SANDRO SCHIPANI, signifi-  
cava liberação da interpretação e da praxe<sup>(28)</sup>. Interpretação e praxe  
que, presumivelmente, haviam assumido então vulto e importância  
exagerados. "Não se sentindo vinculado" nem por uma nem por outra,  
arremata SCHIPANI, "recupera um vasto espaço de autonomia inter-  
pretativa no acabamento do próprio trabalho"<sup>(29)</sup>.

Contudo, a distinção entre a doutrina que se devia expressar no  
texto consolidado e a que refletia exclusiva opinião pessoal não foi  
estranha a TEIXEIRA DE FREITAS. Assim é que, em nota ao art. 963,  
manifesta sua viva resistência a que os filhos naturais concorressem  
com os legítimos na sucessão da mãe. Reconhece-o, porém, como direi-  
to vigente à época, pelo que seria "forçoso" concedê-lo. E acrescenta:  
"É uma concessão, que repugna!"<sup>(30)</sup>. Conservadorismo que mereceu  
justo reparo de REBOUÇAS<sup>(31)</sup>, mas que serviu a atestar a consciência  
de TEIXEIRA DE FREITAS quanto aos limites que a natureza da obra  
lhe impunha.

Entretanto e por outro lado, não deixa de ser estranhável que  
TEIXEIRA DE FREITAS tenha mantido na **Consolidação** disposições  
que, em notas, considerasse sem consistente validade. No art. 100,  
admite-se a prova do casamento por testemunhas que deponham terem  
estado os cônjuges "em casa teúda e manteúda; e em pública voz e fama  
de marido e mulher por tanto tempo, quanto baste para presumir-se o  
matrimônio entre eles". Observa TEIXEIRA DE FREITAS que houve  
aqui "uma inadvertência" dos compiladores das **Ordenações Filipinas**  
e que os praxistas ensinavam "judiciosamente" que a prova indicada  
não podia ser acolhida após a aceitação do Concílio de Trento<sup>(32)</sup>. Ora,  
sendo assim, parece, não haveria por que recolher a determinação  
contida no artigo. Na mesma linha, o art. 118 faz derivar a comunhão  
de bens do fato de terem vivido os cônjuges "na mesma casa, em públi-

(28) Cf. SCHIPANI, Sandro. *Dal diritto Romano alle Codificazioni Latinoamericane: L'opera di A. Teixeira de Freitas*. Estr. di Studi Saresani, Milano, 5, 1981, p. 597.

(29) *Op. cit.*, p. 597.

(30) *Consolidação* ..., p. 565.

(31) REBOUÇAS, Antonio Pereira. *A Consolidação das Leis Civis: Observações*. Rio de Janeiro, Laemmert, 1867, p. 129.

ca voz e fama de casados, por tempo suficiente para presunção do matrimônio”. Aí volta a insurgir-se TEIXEIRA DE FREITAS, lembrando que “depois da aceitação do Concílio Tridentino não podem [sic] haver esses **matrimônios presumidos**” (33). Por que manteve a disposição?

Ainda: Intencionalmente não coligiu o Aviso de 8 de junho de 1837, que estabelecia diferença entre pupilos nacionais e estrangeiros. Dele disse não ser “*aplicável na prática senão às tutelas dativas*” (34). A omissão valeu reparo de ANNA MARIA VILLELA, que a teve por “um pecado venial” (35), indulgência certamente explicável também pela circunstância de que o ato se teria inspirado no salutar propósito de não restringir direitos civis dos estrangeiros.

Esta síndrome pendular que conduzia TEIXEIRA DE FREITAS ora para o pólo da liberdade, ora para o da autocontenção, constitui possivelmente risco inevitável de quem consolida, ao mesmo tempo que reenvia para os desconfortos psicológicos, que parecem inerentes à atividade, um fazer que suscita, nas suas expressões paroxísticas, o sonho do impossível: formular sem produzir, reescrever sem alterar, dispor sem impor, eliminar mas não extinguir, criar o novo e no entanto manter o velho.

Fora da **Consolidação**, mas ainda a propósito dela, a contraposição entre os poderes e os limites de quem consolida ganha expressiva manifestação em pequeno trabalho de TEIXEIRA DE FREITAS. Respondendo a crítica que PERDIGÃO havia produzido na oportunidade em que veio a lume a terceira edição da **Consolidação das Leis Civis** (36), a certa altura diz TEIXEIRA DE FREITAS:

“Ainda que tal disposição não fosse justa, a Consolidação não podia deixar de sumariá-la” (37).

Aqui é o fiel escudeiro das disposições quem fala. Mas, à página seguinte, se permite entrar em outro nível de considerações e se apóia em razões de natureza axiológica:

“Ao autor da **Consolidação das Leis Civis** ocorreu em algum tempo essa idéia, porém hoje assim não pensa; porque

(32) *Consolidação* ..., cit., p. 109.

(33) *Consolidação* ..., cit., p. 127.

(34) *Consolidação* ..., cit., p. CXXXIX.

(35) *O Direito Internacional Privado no Esboço de Teixeira de Freitas* (texto não definitivo). Roma, Congresso Internazionale “Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano”, dez. 1983, p. 12.

(36) Cf. PERDIGÃO, Carlos. *Consolidação das Leis Civis*. *Gazeta Jurídica*, Rio de Janeiro, 12, jul.-set. 1876, p. 553.

(37) TEIXEIRA DE FREITAS, A. *Incapacidade dos Loucos*. *O Direito*, Rio de Janeiro, 11, set.-dez. 1876, p. 7.

nada lhe merece mais respeito nas relações da vida civil, que o livre desenvolvimento da **liberdade individual**, sempre que não há motivo muito justo para restringi-la" (38).

Como quer que seja, o comportamento de TEIXEIRA DE FREITAS reforça a idéia de que não há consolidação rigorosamente neutra. Onde está o direito, aí está a interpretação. Onde está a interpretação, aí está a liberdade. Em expressão exemplar, verifica-se na obra de consolidação a passagem a que alude SABINO CASSESE de uma idéia objetiva para uma idéia subjetiva de sistema, com a conseqüência de que "pode haver tantos sistemas quantos sejam os intérpretes" e de que, então, "o acento se desloca para os 'modelos' dos juristas, para o seu embasamento científico e para o controle de seu arbítrio" (39).

## 5 — Validade formal

Aspecto obscuro na **Consolidação das Leis Civis** é o nível de validade formal que se pretendeu com ela alcançar. Aprovada por decreto do Imperador, teria tido força de lei? Não parece acertado concluí-lo. Em primeiro lugar, porque a Constituição do Império tinha bem demarcada a divisão de poderes, a que, agregada à harmonia, chegava a considerar "o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias" que ela própria oferecia (art. 9º). Depois, inscrevia expressamente entre as atribuições da Assembléia Geral "fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las" (art. 15, 8º), e estabelecia circunstanciadamente o processo legislativo (arts. 52 et seq.). Ao Imperador se assegurava, entre outros poderes, o de "expedir os decretos, instruções e regulamentos adequados à boa execução das leis" (art. 102, 12), mas não o de legislar em sentido estrito. Finalmente, não há notícia de que, cometendo o encargo a TEIXEIRA DE FREITAS e aprovando-lhe a execução, estivesse o Imperador agindo por delegação do Poder Legislativo. Não pode, evidentemente, ser havido por delegação ao Imperador a previsão constitucional de que se organizasse "quanto antes, um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade" (art. 179, 18). Tratava-se aqui, na verdade, de uma ordem ao legislador ordinário. Nem diversamente se praticou em relação ao Código Criminal promulgado em 1830.

As reações de TEIXEIRA DE FREITAS a eventuais equívocos da **Consolidação** mostram, de um lado, que os preceitos ali reunidos eram havidos como passíveis de **correção**. De outro lado, que havia

(38) Incapacidade ..., cit., p. 8.

(39) *Cultura e Política del Diritto Amministrativo*. Bologna, Il Mulino, 1971 (copyright), p. 180.

um **texto estabelecido** em que não se podia tocar, ainda sob o entendimento de seu próprio autor, de que tivessem resultado de erro. A que modelo corresponde tal tratamento?

Mais: no **Promptuario das Leis Civis**, uma espécie de versão **prêt-à-porter** da **Consolidação**, organizada pelo mesmo TEIXEIRA DE FREITAS, é ele quem diz na **Advertência** com que abre o texto:

“Duas observações, de resto, faz o Autor, como para justificar um quase-desvio do seu plano; mas em complemento, do trabalho, e para aumento do valor dele. Vêm a ser:

1º) Que algumas vezes invoca a própria **Consolidação das Leis Civis** para apoiar as súmulas, não sendo possível apoiá-las em lei pátria conhecida, já que invoca um livro aprovado pelo Governo Imperial:

2º) [...]”<sup>(40)</sup>.

Esta passagem induz a duas suposições da maior relevância:

1º) Que houve matéria a cujo respeito, por lacuna ou outro qualquer motivo, a **Consolidação** exprime norma que não se achava preestabelecida;

2º) que a aprovação imperial à **Consolidação** dava-lhe, aos olhos de TEIXEIRA DE FREITAS, valor de lei, pelo menos ao nível das que correspondiam àquelas **criadas** à falta de “lei pátria conhecida”.

Ainda na **Advertência** parece reconhecer TEIXEIRA DE FREITAS que as súmulas de que se constitui o **Promptuario** só teriam valor **direto** e não **indireto** (via **Consolidação**), se estivessem dispostas em ordem<sup>(41)</sup>.

Retomando a explicação, observa SANDRO SCHIPANI que o **Promptuario** “serve, pois, apenas para se encontrar rapidamente a indicação precisa de uma fonte, mas quando não se deva interpretá-la, porque ele, por si só, não dá indicações para este fim; limita-se a reenviar, de modo quase mecânico, a um fragmento imerso em um complexo do qual não oferece a chave para decifrar, cuja ordem permanece inexpressa”<sup>(42)</sup>.

(40) T. de FREITAS, A. *Promptuario das Leis Civis*. Rio de Janeiro, Inst. Typographico do Direito, 1876, p. VII.

(41) Cf. *Promptuario* ..., cit., p. VI.

(42) *Il 'metodo didattico' di Augusto Teixeira de Freitas: Prime osservazioni*. [Texto em via de publicação, apresentado no Instituto dos Advogados Brasileiros, em agosto de 1983], p. 11.

Se é a ausência de ordem (**sistemática**, entenda-se) que degrada o **Promptuario** à condição de fonte **indireta** e o faz manifestação acessória relativamente à **Consolidação**, parece lógico concluir-se que, só expresso na mesma ordem desta, alcançaria o correspondente nível de autoridade. **TEIXEIRA DE FREITAS**, contudo, pensava alcançar a condição de fonte direta, dispondo as súmulas de modo a corresponderem à ordem que as matérias guardavam na **Consolidação**, "ou então à outra qualquer ordem" (43). Podem sistemas com ordens diferentes na matéria ser rigorosamente equípolentes? São formalmente intercambiáveis duas leis que tenham as mesmas proposições distribuídas, porém, segundo ordens diversas? Não estaria **TEIXEIRA DE FREITAS** relativizando em demasia a objetividade do sistema?

A matéria pede, no seu todo, mais acuradas investigações. Quanto à validade formal da **Consolidação** parece não ser prematuro adiantar a hipótese de que, na prática, a questão tenha ficado superada pela ampla aceitação do texto e pela autoridade intrínseca que se lhe reconheceu.

## 6 — "Proposições claras e sucintas"

Os termos sob que a empresa de consolidar foi cometida a **TEIXEIRA DE FREITAS** revelam, desde logo, que àquele tempo já se reconheciam inerentes à atividade os poderes de expressão nova. No contrato que entre si celebraram o Governo Imperial e **TEIXEIRA DE FREITAS**, determinava-se que a consolidação seria "feita por títulos e artigos, em os quais serão reduzidas a proposições claras e sucintas as disposições em vigor" (44).

Não sendo o consolidador alguém que legisla, é natural que se guarde de formular livremente os textos que encontra. Mas seria reduzir de muito a utilidade de seu trabalho, atrelá-lo à expressão formal preexistente, não só porque muda o alcance dos preceitos, em virtude da incessante atividade legislativa, como também porque evolui o entendimento das regras, cuja expressão atualizada se busca precisamente alcançar. Haveria, portanto, uma dupla fonte de legitimidade para reproduzir o texto em linguagem reprocessada: adequar a determinação preceitual ao estado da legislação e conformá-la com o sentido vigente das regras de direito.

A enorme distância cronocultural que separava as **Ordenações Filipinas** da **Consolidação das Leis Civis** criou um proveitoso antecedente para a teoria das consolidações, na medida em que revelou os inaceitáveis limites de uma interpretação fundamentalista do princípio de que o consolidador ordena mas não altera.

(43) *Promptuario* ..., cit., p. VI.

(44) Cf. **MEIRA**. *Op. cit.*, p. 101.



## 7 — Conclusão

Da **Consolidação das Leis Civis** disse PONTES DE MIRANDA ser obra “ampla, erudita, fiel, em que se casam o espírito de organização e a técnica codificadora, de modo a constituir admirável construção, com os mais esparsos e infirmes elementos legislativos então vigentes e oriundos de 1603 a 1857” (45). Produto também de paciência e método, encerra um inestimável repositório de circunstâncias úteis ao processamento dos problemas que se põem ainda hoje, ou hoje mais do que ontem, para a atividade ordenatória das regras de direito positivo. Consolidar tornou-se, em muitas situações, um imperativo inadiável. Síntese de conciliação entre o passado e o presente, a consolidação poderá significar, com frequência, o ato fundamental e único de **aggiornamento** do direito. Ou uma estação obrigatória no iter mais ou menos longo de sua reforma. Ao menos se se quiser que a operação de legislar não se submeta às recorrentes tentações do racionalismo, mas expresse, antes, uma linha de continuidade histórica, que é, ao mesmo tempo, garantia de adequação e promessa de eficácia. Sob um e outro destes aspectos o menos que se poderá dizer da **Consolidação das Leis Civis**, de AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, é que constitui exemplo extraordinário e preciso.

(45) *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 80.

### BIBLIOGRAFIA

- BARILE, Paolo. **Istituzioni di Diritto Pubblico**. Padova, CEDAM, 1972.
- CARNELUTTI, Francesco. Crise da arte e crise do direito. [Crisi dell'arte e crisi del diritto]. Trad. e notas de João Baptista Villela. **Kriterion**, Belo Horizonte, 20 (67), 1973-1974.
- CASSESE, Sabino. **Cultura e Política del Diritto Amministrativo**. Bologna, Il Mulino, 1971 (copyright).
- CHELLI, Enzo. Testo unico. In: AZARA, Antonio & EULA, Ernesto (dir). **Novissimo Digesto Italiano**. V. 19, Torino, UTET, 1973.
- CUNHA GONÇALVES, Luiz da. **Tratado de Direito Civil em Comentários ao Código Civil Português**. V. 4, Coimbra, Coimbra Ed., 1931.
- DAVID, René. **Les Grands Systèmes de Droit Contemporains**. 5ª ed., [s.l.], Dalloz, 1973.
- ESPOSITO, Carlo. Testi unici. In: D'AMELIO, Mariano (cur.). **Nuovo Digesto Italiano**. V. 12, parte 2ª, Torino, UTET, 1940.
- FREYRE, Gilberto. Teixeira de Freitas. In: MEIRA, Sílvio. **Teixeira de Freitas: O Jurisconsulto do Império**. Rio de Janeiro, J. Olympio, 1979.
- MEIRA, Sílvio. **Teixeira de Freitas: O Jurisconsulto do Império**. Rio de Janeiro, J. Olympio, 1979.

- MOREIRO ALVES. [Saudação]. *Diário da Justiça*, Brasília, 24 de maio 1983.
- NABUCO, Joaquim. *Um Estadista do Império*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Nova Aguilar, 1975.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Direito Real*. Lisboa, Centro Est. Dir. Civ. Fac. Dir. Univ. Lisboa, 1971.
- OSPITALI, Giancarlo. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 5ª ed., Padova CEDAM, 1966.
- PERDIGÃO, Carlos. *Consolidação das Leis Civis*. *Gazeta Jurídica*. Rio de Janeiro, 12, jul.-set., 1876.
- PISANELLI, Giuseppe Codacci. Fonti di produzione e fonti di cognizione. *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*. Milano, 1(1-4), 1947.
- PONTES DE MIRANDA. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- REBOUÇAS, Antonio Pereira. *A Consolidação das Leis Civis: Observações*. Rio de Janeiro, Laemmert, 1867.
- RÖTHLISBERGER, Andreas. *Traditionsprinzip und Konsensprinzip bei der Mobilienübergang: Eine Vergleichend Untersuchung zu den Iberischen und Lateinamerikanischen Kodifikationen*. Zürich, Schulthess, 1982 (Copr.).
- SANDULLI, Aldo M. *Manuale di Diritto Amministrativo*. 12ª ed., Napoli, Jovene, 1974.
- SCHIPANI, Sandro. *Dal Diritto Romano alle Codificazioni Latinoamericane: L'Opera di A. Teixeira de Freitas*. Estr. di Studi Sassaresi, Milano, 5, 1981.
- \_\_\_\_\_. *Il 'metodo didactico' di Augusto Teixeira de Freitas: Prime osservazioni* [Texto em via de publicação, apresentado no Instituto dos Advogados Brasileiros, em agosto de 1983].
- TACITE. *Annales*. Livres I-III, texte établi et trad. par Henri Goelzer. Paris. Les Belles Lettres, 1953.
- T. DE FREITAS, A. *Promptuario das Leis Civis*. Rio de Janeiro, Inst. Typographic do Direito, 1876.
- \_\_\_\_\_. *Incapacidade dos Loucos*. *O Direito*, Rio de Janeiro, 11, set.-dez. 1876.
- \_\_\_\_\_. *Consolidação das Leis Civis*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Garnier, 1976.
- \_\_\_\_\_. *Nova Apostilla á Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projecto do Código Civil Portuguez*. Rio de Janeiro, Laemmert, 1859.
- VILLELA, Anna Maria. *O Direito Internacional Privado no Esboço de Teixeira de Freitas (texto não definitivo)*. Roma, Congresso Internazionale "Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano", dez. 1983.
- VILLELA, João Baptista. *Exposição de Motivos*. In: VILLELA, João Baptista et alii (elab.). *Ordenação em Texto Único das Leis de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e Legislação Conexa*. V. 1, Brasília, Conselho Federal de Educação, 1983.
- ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. V. 1º, 8ª ed., Milano, Giuffrè, 1958.

# O Código Civil peruano de 1984 (alguns aspectos)

SILVIO A. B. MEIRA

Catedrático da Universidade Federal do  
Pará. Da Academia Brasileira de Letras  
Jurídicas. Do Instituto dos Advogados  
Brasileiros. Senador Suplente

O Congresso Internacional sobre o Código Civil peruano, que ora se realiza na Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Universidade de Lima, sob a presidência do eminente Professor Carlos Fernandez Sessarego, ex-Ministro da Justiça, com a colaboração dos Drs. Carlos Torres y Torre Lara, decano da mesma Faculdade, e Oswaldo Hundskopf Exebio, diretor do Departamento de Ciências Jurídicas, é de invulgar significação para a cultura jurídica ocidental. Isso porque tal congresso tem por escopo o comentário crítico e comparativo do novo Código Civil peruano, a cargo de destacados juristas europeus e latino-americanos.

O Código tem sido examinado sob todos os aspectos, nos seus variados e multiformes domínios e as análises feitas com preocupação exclusivamente científica, quer quanto à sua substância, quer quanto ao seu relacionamento com muitos códigos, não apenas do Peru, mas de outras nações ocidentais.

Convidado que fomos pelo Ex.<sup>mo</sup> Sr. Prof. Sessarego, por ofício de 14 de junho do corrente ano, não poderíamos deixar de oferecer a nossa contribuição, modesta embora. É o que ora tentamos fazer, apresentando algumas reflexões que nos parecem oportunas.

1 — Tratando-se de um Código Civil, preocupa-nos sobretudo um aspecto que também está presente em outras codificações: a sua vinculação à Constituição e a outros diplomas legais vigentes.

Observamos, no atual Código peruano, demasiada vinculação ao Código de Processo Civil. Há normas que não são estritamente do domínio das leis civis, mas das leis processuais. Preceitos sobre

---

Trabalho apresentado ao Congresso Internacional sobre o Código Civil peruano, na Universidade de Lima, Peru, a 11-8-1985.

ações, execuções judiciais. A palavra *Juiz* está presente mais vezes do que seria necessário.

Assim também no que se refere à Constituição. É preciso traçar os limites exatos onde terminam os preceitos constitucionais — de caráter geral — e começam os de direito civil estrito.

Isso leva à colocação indevida de preceitos, conturbando o método, e dando ao diploma uma fisionomia inautêntica.

Poderíamos ver citados numerosos exemplos. Referimos, desde logo, o art. VI do Título Preliminar, matéria estritamente processual: “Artículo VI — Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de ley.”

E o art. seguinte, VII — “Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda.”

E o art. VIII — “Los jueces no pueden dejar de administrar justicia... etc.” Procurem-se todos os artigos que aludam a *jueces* e *acciones* e verificar-se-á que a nossa preocupação tem razão de ser.

São tantos os preceitos dessa natureza que deixamos de relacioná-los, lembrando apenas, entre outros, os arts. 276, 277, 278, sobre ação de nulidade (275), 334 (ação de separação de corpos), 1.513, 1.514 (ações sobre resolução do contrato), arts. 405, 406, 407 (ações sobre paternidade, 403 inclusive), art. 468 (sobre nomeação de curador) etc., etc.

Impregnado de preceitos processuais, muitos deles dispensáveis, o código se deixou invadir por normas que não lhe são próprias, salvo se fosse intenção dos seus redatores promover a unificação dos direitos civil e processual, voltando assim às tradicionais e antiqüíssimas fontes romanas.

O direito formal e o material não se confundem e pertencem a domínios diferentes e por esse motivo se concentram em códigos diferentes. Basta dizer que mais de cento e cinquenta artigos se referem à intervenção do *Juiz* em numerosíssimas circunstâncias.

Não são poucos, também, os dispositivos que aludem ao Ministério Público, deixando que o Código se impregne de normas de organização judiciária, o que não nos parece aconselhável. Vejamos, entre tantos, os artigos 117, 119, 120, no que diz respeito aos Comitês. E não poucas vezes alude também aos tribunais, como ocorre no campo do direito internacional privado, arts. 2.054, 2.057, estabelecendo até normas sobre competência: art. 2.057 — “Los tribunales peruanos son competentes para conocer de las acciones contra personas domiciliadas en el territorio nacional.” E mais os arts. 2.058, 2.060, 2.062, 2.063, 2.064, 2.065, 2.066 e 2.067.

II — Outras invasões de dispositivos alheios ao Código se observam em vários setores. Alguns são de caráter constitucional e ficariam melhor alocados num texto de Constituição, como os dos arts. 2.046 e seguintes, referentes a Disposições Gerais de Direito Internacional Privado.

No Livro VII, *Fuentes de las Obligaciones*, Sección Primera, *Contratos en General*, Título I, *Disposiciones Generales*, se inclui matéria estranha nos arts. 1.366 e seguintes. Neles se declara que “no pueden adquirir derechos reales por contrato, legado o subasta pública, directa e indirectamente o por persona interpuesta: El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Senadores y Diputados, los Ministros de Estado y funcionarios de la misma jerarquía, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los del Tribunal de Garantías Constitucionales, el Fiscal de la Nación y los Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia, los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, el Contralor General de la República, el Presidente y Directores del Banco Central de Reserva del Perú y el Superintendente de Banca y Seguros, *Los Bienes Nacionales*”.

Seguem-se incisos de números 2 a 9 estabelecendo semelhantes proibições a Prefeitos, autoridades políticas, quanto a bens situados na área de sua jurisdição; funcionários e servidores públicos, quanto a bens sob sua administração ou custódia; a Magistrados e árbitros, bem como a Auxiliares de Justiça, quanto a bens em litígio; Membros do Ministério Público, no que se refere a bens compreendidos nos processos em que funcionem: a advogados, os bens objeto de ação judicial em que intervenham; os “albaceas”, quanto aos bens que administram; e mais aqueles que por lei ou ato de autoridade pública administrem bens alheios, quanto aos mesmos; os agentes mediadores de comércio, leiloeiros e peritos, quanto aos bens cuja venda ou avaliação lhes foi confiada.

Esses dispositivos são altamente louváveis e moralizadores. As vedações se estendem aos parentes até o quarto grau consanguíneo e segundo por afinidade (art. 1.367) e se prolongam até seis meses depois que as pessoas impedidas cessem sua atividade (art. 1.368), em alguns casos.

Tecnicamente, porém, estão mal localizados no Código Civil, no livro referente a *Fuentes de las Obligaciones*.

Seu lugar é outro. Por sua relevância, poderiam constar do texto constitucional ou ser objeto de uma *lei especial*, que regesse as proibições no campo da administração pública, no âmbito dos três Poderes. No Código Civil, algo poderia ser prescrito, nunca, porém, no livro referente às fontes das obrigações.

III — Enquanto o Código traz para seu bojo normas constitucionais administrativas, processuais perfeitamente dispensáveis,

*exciui outras* que são típicas de direito civil e que, estas sim, deveriam constar minuciosamente de seu texto.

É o caso dos direitos autorais, da desapropriação, dos prédios rústicos e da propriedade incorpórea, para só citar esses exemplos.

*Direito autoral* — O art. 18 determina, com muita simplicidade: "Los derechos del autor o del inventor, cualquiera sea la forma o modo de expresión de su obra, gozan de protección jurídica de conformidad con la ley de la materia."

Manda para a legislação ordinária toda a complexa massa de direitos autorais e de invenção, relacionados com a composição musical, a literária, a das artes plásticas e os direitos de invenção, sem traçar os rumos, as diretrizes fundamentais.

Bem sabemos que as Convenções internacionais, especialmente a de Berna, limitam muito a ação dos legisladores, porquanto vinculam umas nações às outras. Mas as Convenções, dizemos nós, só devem ser subscritas quando respeitem a legislação dos povos que pretendem amparar. Não desejamos que o Código Civil se recheie de dispositivos relacionados com os direitos autorais e de invenção, mas que tragam o mínimo indispensável, de acordo com as características culturais de cada povo. Além do mais, as Convenções internacionais não são eternas e é bem possível que uma sugestão decorrente de lei civil venha a concorrer para sua modificação, desde que essa sugestão possa estender-se a todos os signatários do documento. O Código peruano, no entanto, no art. 18 citado, descarta-se das dificuldades que a matéria apresenta, deixando-a à margem de *conformidad con la ley de la materia*. Ora, a matéria é estrita de direito civil, e seu campo propicio é o Código, invadido por disposições processuais, administrativas, constitucionais e de outra natureza, que o desfiguram.

*Desapropriação* — É muito cômodo dizer, como o faz o art. 928, que "la expropiación se rige por la legislación de la materia". Também aqui cabem os mesmos argumentos expendidos quanto aos direitos do autor. Não desejamos que o Código concentre todas as normas a respeito da vasta e complexa legislação relacionada com a desapropriação. Mas deve trazer as normas gerais, que se vinculam também aos textos da Constituição. Está em jogo o direito de propriedade, todo um conjunto de interesses patrimoniais pode ser ameaçado por uma lei ordinária precipitada e casuística. O Código deve prever e prover. Traçar as diretrizes, deixando ao legislador ordinário a tarefa de suprir as lacunas, completar os preceitos, regular a maneira de fazer-se a "expropiación", sem danos maiores aos direitos dos proprietários. Os ilustres redatores do novo Código peruano preferiram a maneira simplista de legislar, comum em algumas outras codificações. Deixaram um hiato.

*Prédios rústicos* — O mesmo pode dizer-se com relação aos direitos reais sobre prédios rústicos a que se refere o art. 833: “Los derechos reales sobre predios rústicos se rigen por la legislación de la materia.”

Nada existe mais intimamente vinculado aos direitos civis do que os direitos reais e, entre estes, aqueles que recaem sobre coisas rústicas. É mais um vasto setor que fica abandonado, à margem da codificação e entregue aos azares da legislação ordinária. Todos sabemos que essa legislação ordinária obedece a influências momentâneas de ordem política, sujeita a modificações nem sempre felizes. O Código — para ser *civil* — deve trazer as diretrizes fundamentais nesse campo tão importante para a vida dos povos, relacionado com a atividade rural, a agricultura e a pecuária, em país de grandes extensões territoriais necessitadas de aproveitamento e cultivo. Se o Código é o primeiro a esquecer a gravidade desse problema, que se poderá esperar da *legislación de la materia*?

*Propriedade incorpórea* — Igual censura merece o artigo 884, *verbis*: “Las propiedades incorporales se rigen por su legislación especial.”

Outro extenso domínio do direito civil é marginalizado, o das propriedades incorpóreas. Os mesmos argumentos já expendidos aplicam-se perfeitamente a esse dispositivo, que nada diz de novo, apenas põe de lado o assunto, como se se tratasse, não de um Código Civil, mas de uma lei de categoria inferior.

*Utilização de órgãos e tecidos* — Idêntica análise merece o art. 6º, *in fine*, ao estabelecer: “Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia.”

Há tantas *leyes de las materias*, que não sabemos onde está o Código Civil! Por essa razão é que já se levanta em muitas nações a tese da *descodificação*, porquanto não se pode, em rigor, denominar *Código* (do latim *Codex*), diplomas que não codificam, que nem sequer consolidam, que bipartem e tripartem as matérias, sem unificá-las, realizando o ideal maior da chamada codificação. Afinal de contas, nada se codifica, porquanto se manda para os domínios instáveis da legislação ordinária o que há de mais nuclear, como o direito do autor, a desapropriação, os direitos reais sobre prédios rústicos, a propriedade incorpórea, a utilização de órgãos e tecidos humanos e muitas outras mais.

*Propriedade horizontal* — Pode haver algo mais atual e relacionado intimamente com o futuro das grandes cidades do que a propriedade horizontal? Representa importantíssimo papel na atualidade. Pois o art. 958 limita-se a dizer: “La propiedad horizontal se rige por la legislación de la materia.”

Reconhecemos ser muito fácil essa maneira de codificar, mas não enfrenta os problemas, deixa os mais importantes de lado e assimila outros de ordem secundária.

Não desejamos prosseguir na apresentação de outros casos semelhantes, de matéria substancialmente civil, que deve estar no corpo do Código em suas diretrizes gerais e que é deixada à margem do caminho.

O leitor interessado poderá caçar, aqui e ali, outros artigos que lancem para *la legislación de la materia* temas fundamentais de direito civil. Afinal de contas, *todas las legislaciones son de la materia*, vale dizer, de direito civil.

IV — Já tivemos oportunidade de, em uma das sessões do Congresso, analisar alguns artigos do Título Preliminar. Voltamos ao assunto.

O Código, no artigo I do Título Preliminar, começa pelo fim ao dizer que “La ley se deroga sólo por otra ley.” O preceito é multissecular e se entronca nas mais antigas tradições romanas, onde, na Lei das XII Tábuas, já se lia: *Quod postremum populus jussit, id jus ratum esto*.

O artigo primeiro, como porta de entrada, deve dizer que a lei *impera em todo o território nacional*. A derrogação ou ab-rogação constitui matéria adjetiva, de segunda categoria, subordinada à principal, que é o *imperium* da lei.

Todos conhecem a definição de lei do MODESTINO, ou melhor, a caracterização de sua substância, de sua *virtus*: “*Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire*.” (D.1.3.7).

O *imperare* está em primeiro lugar. A lei, antes de ser revogada, *impera*. É o *imperium legis*. Só depois de estar em vigor é que pode ser ab-rogada ou derogada.

O Código Civil brasileiro de 1916 atentou para o problema e no seu artigo 1º da Lei de Introdução, na redação original, preceituava: “A lei obriga em todo o território nacional.” Apesar de ter passado pelo crivo do eminente RUI BARBOSA, o artigo erra quando emprega o verbo *obrigar* em vez de *imperar*. A lei como fonte de obrigações é um aspecto apenas do universo jurídico que ela abarca. A lei não apenas obriga, ela principalmente *impera*.

O art. I do Título Preliminar do Código peruano, além de excluir o império da lei, alude apenas à derrogação, esquecendo a alteração de âmbito maior: a ab-rogação. Se usasse o verbo *revogar*, ainda seria aceitável, mas a derrogação nada mais é do que a revogação parcial. Começa mal; portanto, o Código.

Além disso, esquece, nesse Título preliminar, os *usos e costumes*, os *casos análogos*, ao lado dos *princípios gerais de direito*,



previstos no artigo VIII: "Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano."

Há duas críticas a essa redação. Esqueceu, conforme já foi dito, os *costumes* e os *casos análogos*. Antes de recorrer aos princípios gerais de direito, deve o juiz invocar os *costumes* nacionais e, em matéria cível, os casos análogos. Aliás, a analogia deve ter precedência sobre os costumes, como se acha no Código Civil Brasileiro, Lei de Introdução, 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."

Tratando-se de um código nacionalista, que manda aplicar os princípios que inspiram o direito peruano, não poderia esquecer os *costumbres*, matéria vital, nuclear, fonte eterna do direito em todos os povos e em todos os tempos.

Por outro lado, e aí vai a segunda crítica, alude a "principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano".

Que princípios são esses? Cremos que os "princípios gerais de direito" são de âmbito universal, inspiram igualmente a todas as legislações, de todos os povos, em todos os tempos. De direito natural ou não, fruto da razão ou não (*recta ratio*), de inspiração humana ou mística, os princípios gerais (é por isso que são *gerais*) cobrem a toda a espécie humana, não sendo lícito, a nosso ver, distinguir os que por acaso influenciam ou influenciaram o direito peruano, o mexicano, o brasileiro ou o chileno.

Há um excesso de palavras sem sentido, naquele dispositivo, e uma omissão grave, que deve ser suprida na primeira reforma a realizar-se de seu texto.

V — *Dereito das Pessoas* — Um dos aspectos positivos do novo Código peruano de 1984 é a atenção que dedica ao "derecho de las personas". Merecem, no entanto, alguns comentários vários artigos do Livro I, Título I, sob a epígrafe *Dereito das Pessoas* (*Derecho de las Personas*).

O art. 4º faz questão de distinguir o homem da mulher: "El varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles". Bastaria a expressão comum *hombre*, que desde o direito romano abrange os dois sexos e que se acha consagrada na "Declaración Universal de Derechos Humanos", de 10-12-1948. Ali se fala em "ser humano" (art. 6º); indivíduo (art. 3º); persona (art. 2º); persona (art. 15). Toda vez que se refere genericamente usa preferencialmente a palavra *persona*. Num dispositivo distingue, cremos que por falar em matrimônio, o artigo

16: "Los hombres y las mujeres... a casarse y fundar una familia." Logo a seguir, no art. 17, volta a dizer: "Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente." E no art. 18: "Toda persona tiene derecho a la libertad etc."

Muito embora essa "Declaração Universal" não seja nenhum primor de exatidão jurídica, os exemplos são válidos. Mas a verdadeira fonte, eterna, dos preceitos civis, o direito romano, consagrou sempre que na palavra *homo* se contém sempre os dois gêneros, o masculino e o feminino. Daí falar-se sempre na "Declaração dos Direitos do Homem". A herança latina está presente em todas as legislações ocidentais e seria ocioso citá-las, uma a uma. *Hominis appellatione tam foeminam, quam masculum contineri non dubitabatur* (D. 50.16.152.GAIO).

O art. 15 consagra a proteção à imagem e à voz de uma pessoa que não podem ser "aprovechadas sin autorizaci3n expresa de ella" ou de seu cônjuge e descendentes, ascendentes e irmãos, se houver falecido. Excetua, no entanto, "quando la utilizaci3n de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público e por motivo de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público." Reproduzimos apenas parte desse prolixo art. 15, de aplicação perigosa. Como saber se a utilização tem ou não finalidade cultural? Como definir o *interés general*? Se se tratar de cerimônias públicas, que podem ser artísticas e até políticas, e se utilizarem imagens e vozes de artistas afamados? De um cantor célebre, ainda vivo; de um orador notável, recém-falecido; de um texto de escritor consagrado, com direitos autorais vinculados a grandes editoras? Leia-se esse preceito, esse imenso artigo 15, e reflita-se sobre a sua aplicação objetiva...

O art. 16 dá um poder extremo ao juiz de autorizar a divulgação de correspondência epistolar, comunicações de qualquer gênero e gravações de voz, "quando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar". O juiz se sobrepõe aos próprios interessados, os parentes, que desejam proteção. Chegamos, assim, à conclusão de que os "derechos de la persona", neste caso, em vez de serem protegidos pelo art. 15, são expostos ao critério de um juiz, ser humano, que rompe toda a barreira legal protecionista.

O art. 18, por sua vez, declara que "los derechos del autor o del inventor, cualquiera sea la forma o modo de expresi3n de su obra, gozan de protecci3n jurídica de conformidad con la ley de la materia", aspectos que já apreciamos, mas se lermos o artigo anterior, 17, vamos verificar uma grave omissão ao deixar de referir, desde logo, o direito à indenização. Lê-se no art. 17: "La viola-

ción de cualquiera de los derechos de la persona, a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herderos acción para exigir la cesación de los actos lesivos. La responsabilidad es solidaria.” Só? E o direito à indenização? O dispositivo deveria aludir, ao lado da cessação à indenização, ou seja, a reparação, o ressarcimento do dano causado.

VI — *Registros Públicos* — O Código deu enorme extensão física à matéria referente a Registros Públicos, dos arts. 2.008 a 2.045, enquanto mandou para a legislação ordinária assuntos de vital importância, já mencionados.

Registros Públicos podem e devem ser objeto de legislação especial, não havendo necessidade de encher o código de normas sobre registro de propriedade imóvel, pessoas jurídicas, registro pessoal, mandatos e poderes, testamentos, declaratória de herdeiros e registro de bens móveis e, assim mesmo, quanto a estes, ainda preceitua que... “sob objeto de estos registrados los bienes muebles registrables de acuerdo a ley” (art. 2.043). Bastaria uma meia dúzia de artigos para a criação ou ratificação dos já criados Registros Públicos, evitando preceitos que são mais de regimento ou regulamento.

TEIXEIRA DE FREITAS, no Brasil, ao tempo do Império, sugeriu a criação de um Registro Conservatório de âmbito geral, cobrindo todos os campos do direito privado. Mas essa sua idéia, vazada em poucos artigos do *Esboço*, se casava com outra por ele defendida: a da unificação do direito privado.

O Código peruano de 1984, mandando para a legislação ordinária o direito autoral, a expropriação, a propriedade de bens rústicos, a propriedade horizontal e outras matérias vitais, não tinha por que dar tanto relevo ao Registro Público, constante de sete registros especiais, minuciosamente regulamentados.

VII — Outro aspecto que mereceu nossa atenção é o referente à *prescrição aquisitiva*.

Matéria de suma gravidade, dedicou-lhe apenas quatro artigos, enquanto trinta e sete se destinam aos registros públicos.

Num país como o Peru — assim como o Brasil —, com grandes extensões territoriais a ocupar e valorizar, o problema da prescrição aquisitiva (que preferiríamos chamar usucapião), assume singular importância. Ajusta-se a questões sociais do uso da terra, vincula-se às chamadas reformas agrárias, muitas delas fracassadas, justamente porque o problema da “posse” não foi bem equacionado.

Pelo art. 950 há dois tipos de aquisição pela prescrição: a) posse contínua, pacífica (?) e pública durante dez anos; b) posse com justo título e boa fé, por cinco anos.

Na primeira hipótese, não alude à má fé, que se subentende. Mas, perguntamos, uma posse de má fé pode ser pacífica?

Não desce a mínúcias quanto à interrupção da prescrição, nem refere a situação do proprietário que deseja reivindicar o imóvel objeto da posse "pacífica". O art. 953 é lacônico, quanto à interrupção.

Já o art. 950 se refere apenas aos *imóveis*.

O art. 951 declara que "La adquisición por prescripción de un bien mueble requiere la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante dos años *si hay buena fe, y por cuatro si no la hay*".

Não distingue os casos de coisas perdidas, como o fazia o Código Civil português de 1867; nem das coisas furtadas ou roubadas, como ocorria com a legislação mexicana, para não citar outros exemplos.

Vale dizer que os ladrões que têm sempre a posse de má fé de bens móveis alheios, estes ficarão com seus direitos assegurados, decorridos quatro anos...

Essa grande falha se acha também no projeto de Código Civil brasileiro, ora em curso no Senado Federal, e já tivemos oportunidade de apontá-la em conferência que proferimos na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás.

O art. 952 prevê que quem adquire um bem por prescrição (não distingue móveis de imóveis) *pode* entrar com ação judicial para que se declare proprietário. O "pode" dá um sentido opcional. O verbo exato seria o *deve*, a fim de não deixar do lado de fora os casos de bens furtados e roubados, sendo certo que o posseiro nunca vai confessar que o adquiriu por ato criminoso. Inventará outra história diferente a fim de confundir a autoridade judicial. E na prática não cremos que ninguém utilize esse dispositivo no que se refere a bens móveis.

Falha assim o projeto ao tratar sob um único subcapítulo V e de forma tão lacônica matéria de tal responsabilidade, dando igual tratamento a bens móveis e imóveis usucapíveis.

VIII — O Código peruano não adotou a divisão em *Parte Geral* e *Parte Especial*, constante de vários códigos, inclusive o brasileiro de 1916, o alemão de 1896, com ascendência no Esboço de TEIXEIRA DE FREITAS, e demais codificações dele decorrentes.

Não adotou expressamente, mas adotou-a implicitamente ao distribuir gradativamente as matérias no Título Preliminar, Livro I

(Derecho de las Personas), Livro II (Acto Jurídico), deixando de incluir, exatamente após, o "ato jurídico", um livro a respeito dos Bens (*Bienes*), de caráter geral, passando logo do *Ato Jurídico* para o *Derecho de Familia* (Livro III), *Sucesiones* (Livro IV), *Derechos Reales* (Livro V), *Obligaciones* (Livro VI), *Fuentes de las Obligaciones* (Livro VII), *Prescripción y Caducidad* (Livro VIII), *Registros Públicos* (Livro IX) e *Derecho Internacional Privado* (Livro X), e mais o Título Final.

Seguiu em parte a classificação pandectista, quadripartida, com acréscimos polêmicos.

Não situou preceitos gerais sobre *Bienes*, logo depois do Livro II, cremos, dado o difícil ajuste com o Livro V — *Derechos Reales*. Nesse passo se aproxima mais da *Consolidação* das Leis Cíveis de TEIXEIRA DE FREITAS, do que do *Esboço*, em que a *parte geral* veio bem definida, com preceitos sobre *Pessoas*, *Bens* e *Fatos*, estes abrangendo os *Fatos em Geral* e os *Atos Jurídicos*, voluntários e involuntários.

O Código peruano alude apenas a *Atos Jurídicos* (arts. 140 e segs.), sem dar ênfase aos *Fatos*, com tanta repercussão na vida social e jurídica, principalmente numa nação em que os fatos da natureza, como os terremotos, são freqüentes.

O ato jurídico é manifestação da vontade, o fato jurídico independe da vontade. Ambos apresentam resultados jurídicos inestimáveis.

Por outro lado, a fim de completar aquela *Parte Geral*, insita nos dois Livros I e II, as normas sobre bens, também de caráter geral, fazem falta evidente. Elas só aparecem mais adiante, no Livro V, *Derechos Reales*, Sección II, *Bienes*.

Também não consideramos de boa técnica deixar para o final do Código preceitos sobre *Direito Internacional Privado*, que mais se ajustaria ao começo da codificação, por tratar de direitos civis comuns a peruanos e estrangeiros, a aplicação da lei, princípio e fim da pessoa natural, existência e capacidade de pessoas jurídicas, estado e capacidade da pessoa natural, matrimônio, filiação, adoção, legitimação, nulidade de casamento, reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, um universo de normas relacionadas sempre *Com a Pessoa Humana e seus Direitos*, que melhor se situaria no pórtico de um Código, do que no seu último escalão.

IX — Cremos que, entre as fontes utilizadas para a elaboração do Código peruano de 1984 se encontra o Código Civil brasileiro de 1916, oriundo do projeto de CLÓVIS BEVILÁQUA, o excelso jurisconsulto do Brasil.

Essa convicção surge de alguns aspectos do novo diploma peruano, que sofreu, sem dúvida, a influência de outros códigos, aliada ao timbre peculiar que lhe imprimiram os eminentíssimos autores de sua redação.

Bastam pequenos exemplos:

Art. 896 — “La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad” (CP).

Art. 485 — Considera-se possuidor todo aquele que tem de jato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou *propriedade*” (CB).

Art. 897 — “No es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes suyas” (CP).

Art. 487 — “*Não é possuidor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.*”

Trata-se, evidentemente, de tradução.

Numerosos outros exemplos poderiam ser captados e que demonstram que a América Latina, em matéria de codificação, se identifica e se entrelaça, o que é louvável.

**X — Conclusão** — Muito teríamos ainda a dizer a respeito do Código Civil peruano de 1984, obra meritória, com aspectos altamente positivos, no seu afã de atualizar-se, estabelecendo normas sobre os Direitos da Pessoa Humana, sobre Pessoas Jurídicas e outros campos avançados do direito, com vistas ao futuro.

Seus aspectos positivos são muitos. Abordamos apenas aqueles que nos pareceram dignos de menção e crítica, sem desejar, com isso, retirar-lhe os grandes méritos já apregoados por eminentes conferencistas neste Congresso.

Por angústia de espaço e de tempo, deixamos de apreciar outros temas relacionados com o Direito da Família, Sucessões e Obrigações, o que poderemos fazer oportunamente, em outros Congressos.

Desejamos prestar modesta contribuição, desde que fomos convocados para tal, ressaltando que o Código Civil peruano, consubstanciado em 2.122 artigos, ora em estudos, constitui valiosa conquista desse grande povo sul-americano, de tão gloriosas tradições culturais.

# Divórcio romano versus divórcio canônico (\*)

DES. DOMINGOS SÁVIO BRANDÃO LIMA

## SUMARIO

1. Antecedentes
  2. Matrimônio e divórcio
  3. Divórcio e repúdio
  4. Como se exercia esse direito
  5. As restrições ao divórcio
  6. O divórcio sob Justiniano
  7. Divórcio canônico
- Conclusões

Apesar de algumas restrições próprias da época e imperantes na mentalidade do povo, a admirável estrutura do matrimônio romano, pela excelência de sua profunda humanidade e pela simplicidade de sua conservação ou dissolução, merece um estudo pormenorizado, por interessar mais de perto ao nosso estudo e ao nosso direito.

### 1. Antecedentes

ALTAVILA (1), ao contemplar as causas do divórcio estabelecido no Código de Hamurabi, extasiou-se diante deste dispositivo humano e sensato, o único que se encontra nos direitos orientais e mesopotâmico sobre a mulher-pessoa — “Ela pode desposar em seguida o homem de seu coração” — uma verdadeira carta de alforria à mulher repudiada para escolher o eleito de seu coração e com ele recomeçar uma nova vida mais feliz e sem erros do passado!

---

(\*) *Obra póstuma.*

(1) ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos Direitos dos Povos*. 2.<sup>a</sup> edição, São Paulo. Edições Melhoramentos, p. 44.

Por isso aduziu logo o meu saudoso e querido mestre:

“Já se vê que no diorito de Susa, onde há 22 artigos que prescrevem pena de morte — há também alguns parágrafos que reconhecem a existência de uma lei não escrita, porém mais poderosa do que o Código de Pedra, que é a lei do amor, impressa na alma e no coração de todas as criaturas.”

Era apenas um parágrafo em 282 artigos do código exumado em Susa... um **rari nantes**, um naufrago perdido na imensidão de tantos textos e leis da antigüidade contrários à mulher.

Que dizer então de uma cidade em que, desde a sua fundação, “houve várias coisas estabelecidas e ordenadas em honra das damas, como ceder-lhes o lugar mais elevado quando encontradas pelo caminho; não dizer nada de sujo nem de desonesto em sua presença; não se despir diante delas” (2) pois os romanos sentiram, mais que nenhum outro povo, a necessidade fundamental da presença feminina em sua recém-fundada cidade?... Que dizer de Roma, onde desde os seus primórdios, “surgiu um direito matrimonial humano, quer dizer, baseado na idéia humana de um matrimônio concebido como união livre e dissolúvel em que vivem ambos os cônjuges em pé de igualdade” (3)?... Que dizer de um matrimônio que não constitui um ato jurídico que se completa pela observância das formalidade especiais, mas que, à semelhança da posse, estava integrado por um elemento objetivo, oriundo do fato da convivência do homem e da mulher, e outro subjetivo ou intencional representado pela  *affectio maritalis*, ou seja, pela consciência em ambos os cônjuges de que a comunidade que integram é um matrimônio?... Que dizer de um povo onde o amor à vida doméstica é um dos aspectos mais característicos de sua civilização?... Que dizer de um matrimônio que significava, em geral, para a mulher alargamento do horizonte de suas atividades, pois passava a participar da classe social do marido, das honras de que estava investido e de seu culto privado?... Que dizer de um povo para quem “o belo sexo era, de fato, para o temperamento áspero e guerreiro do romano, como para o espírito polido e artístico do grego, o sexo forte”? ... (4). Que dizer de um povo para o qual “não é bastante ser bela a mulher que deseja agradar, não há de satisfazer-se com o que basta ao comum das mulheres. Os ditos finos, o espírito, a graça e a alegria sobrelevam aos mais caros dons da natureza. Pois a arte realça a formosura; e sem desejo de agradar, perde todo o seu valor e beleza” (5). Que dizer ainda

(2) PLUTARCO. *Vida dos Homens Ilustres*. São Paulo, Editora das Américas, s/d, I/153, n. XXXI.

(3) SCHULTZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico*. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1960, pp. 99/100, n. 180/1.

(4) AZEVEDO, Fernando de. *No Tempo de Petrónio — Ensaio sobre Antigüidade Latina*. S. Paulo, Editora Nacional, 1930, p. 269.

(5) *Idem*, *ibidem* p. 68.



de um povo que, ao falecer o esposo ou esposa, o cônjuge sobrevivente o elogiava com a abreviatura familiar S.V.Q. -- (= sine una querela: sem uma queixa), demonstrando a existência de um matrimônio feliz?

Foi por isso que HUGH LAST <sup>(6)</sup>, ao tratar do papel da mulher romana, observara que com esses temas atingimos "o verdadeiro centro da civilização romana" e SCHULTZ <sup>(7)</sup> proclamou que "o direito clássico do matrimônio é, sem dúvida alguma, o resultado mais impressionante do gênio jurídico de Roma", assegurando, logo abaixo: "o direito romano sobre o divórcio é, na realidade, a pedra angular sobre a qual descansa a construção jurídica de Roma."

O casamento romano constitui um vasto campo de controvérsias. Os juristas não o encararam como um instituto jurídico, senão como uma situação de mera convivência de duas pessoas de sexos diferentes. Conhecemos apenas três títulos de obras que se extraviaram: *De Nuptulis*, de NERACIO PRIESO; *Liber Singularis de Rito Nuptiarum*, de MODESTINO; *De Sponsalibus Liber Singularis*, de ULPIANO. Os textos que lhe são dedicados pelo *Código Teodosiano* e pelo *Corpus Juris Civilis* representam, como anota GAUDEMMENT <sup>(8)</sup> tardios ensaios de sistematização, incompletos e não muito coerentes.

Para MARGADANT <sup>(9)</sup>, "é difícil entender o que tenha significado o matrimônio romano, mas por outra parte os romanos tinham considerado monstruoso o fato de que os cônjuges perpetuem às vezes um matrimônio contra a vontade de um deles, desde que tenha desaparecido a *affectio maritalis*." Talvez, por estas razões, o tenham entendido como uma relação continuativa que se mantinha enquanto existisse entre os cônjuges a *affectio maritalis*. A honorabilidade do matrimônio consiste na consideração e apreço sociais e na intenção subjetiva dos cônjuges que se respeitam e se amam sem se importar com formalidades e especulações jurídicas. O casamento romano perdurava mesmo que os cônjuges vivessem separados, um longe do outro (D.24, 1, 32, 13).

Na época atual merece destaque a observação de MONTAIGNE, com as restrições que lhe fazemos seqüência:

"Acreditamos tornar mais firme o nó de nossos casamentos, por ter afastado todo o meio de dissolvê-lo. Mas tanto se há descuidado e relaxado o nó da vontade e da afeição, que o do constrangimento se distendeu, e, ao inverso o que manteve, por tanto tempo, em honra e segurança os casamentos

(6) LAST *apud* GIORDANI, Mario Curtis. *História de Roma*. Petrópolis, Editora Vozes, 1965, p. 165.

(7) SCHULTZ, Fritz. *Ob. cit.*, p. 100, n. 181.

(8) GAUDEMMENT *apud* DINIZ *Almachio*. *Tratado de Teoria e Praxe do Divórcio no Direito Brasileiro*. Rio, Jacintho Ribeiro dos Santos. Editor, 1916, p. 57.

(9) MARGADANT S. Guillermo Floris. *El Derecho Privado Romano*. México, Editorial Esfinge, 1970, p. 207, n. 103.

em Roma foi a liberdade de os romper quem quisesse. Os maridos zelavam melhor suas mulheres desde que lhes era fácil perdê-las e, em plena liberdade de divórcio, passaram-se quinhentos anos e mais antes que algum dele se utilizasse."

Inegavelmente, a tradição refere e inúmeros historiadores afirmam ter sido o primeiro divórcio ocorrido em Roma o de Spurio Carvilio Ruga, 227 a.C. há mais de quinhentos anos da fundação de Roma "Carvilio Ruga — diz-nos AULO GÉLIO <sup>(10)</sup> —, homem de família nobre, separou-se da mulher, pelo divórcio, porque dela não podia haver filhos. Amava-a com ternura e só tinha de felicitar-se pela sua conduta." É que a Lei das XII Tábuas (6.9) exigia: "Se alguém quer repudiar sua mulher que apresente as razões desse repúdio."

O matrimônio romano jamais foi indissolúvel. "Deste fato histórico" — argumenta JORS <sup>(11)</sup> — "não se deve induzir que anteriormente não estava reconhecido juridicamente o divórcio". Para BONFANTE <sup>(12)</sup>, "teria sido este o primeiro divórcio cuja causa — esterilidade da mulher — não fora até então reconhecida pelos costumes." "O divórcio de Ruga" — assegura-nos D'ORS <sup>(13)</sup> — "tornou-se um escândalo por ter sido o primeiro repúdio de uma mulher inocente por causa da esterilidade". "E por mais razoável que parecesse esse motivo, não se deixou de censurar, pois não se acreditava que o próprio desejo de ter filhos prevalecesse sobre a fé conjugal" (VALÉRIO MÁXIMO 2. 4. 4.).

## 2. Matrimônio e divórcio

O matrimônio romano, observado segundo sua natureza, era uma convenção privada. Os romanos, preocupados com o aspecto prático do direito, não consideraram a natureza jurídica do matrimônio. Os glosadores, pós-glosadores, canonistas e os primeiros romanistas conceberam o casamento romano como um contrato, ou seja, como um ato jurídico em que o consentimento juridicamente relevante seria tão-só o consentimento inicial.

"A forma do matrimônio" — leciona ORTOLAN <sup>(14)</sup> — "se achava abandonada ao puro direito privado, sem necessidade de nenhuma solenidade pública, não obstante encontrar-se alocado na categoria dos

(10) AULO GÉLIO apud COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1957, 1/70.

(11) JORS, Paul — KINKEL, Wolfgang. *Derecho Privado Romano*. Barcelona, Editorial Labor, 1965, p. 398, § 177, nota 4.

(12) BONFANTE, Pietro. *Corso di Diritto Romano* — I — *Diritto di Famiglia*, p. 344.

(13) D'ORS, Alvaro. *Derecho Privado Romano*. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1968, p. 323, § 88, nota 12.

(14) ORTOLAN, Compendio del *Derecho Romano*. Buenos Aires, Editorial Atalaya, 1947, p. 44, n. 17.

contratos reais: verificava-se pelo só consentimento das partes e pela tradição da mulher, isto é, pelo ato de colocá-la à disposição do marido e de uma maneira qualquer; simplicidade bárbara, austeridade inculta do direito, que os costumes e as crenças populares ocultam sob formas simbólicas mas lisonjeiras, embora destituídas de utilidade jurídica”.

Ora, a nota distintiva de todos os contratos reais é que ao consentimento se segue uma **datio rei**, a entrega da coisa. Ao consenso, segue-se a **deductio in domum**. Observamos ainda que há requisitos considerados naturais pelas substâncias típicas de cada figura contratual, constituindo um integrante indispensável da própria natureza de cada espécie contratual, contribuindo a dotar de especialidade e singularidade a um contrato.

“Originariamente”, aduz MONTES<sup>(15)</sup>, “significava celebrar um ato e se usava acompanhado de um substantivo em genitivo”. E, para o mesmo autor, “podemos considerar contrato o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas, reconhecido e amparado pelo **Jus Civile** e destinado a constituir uma relação obrigatória”.

Por isso, o consentimento, no matrimônio, não coincide com os demais contratos e pactos. A relação, que estabelece, não é perfeitamente acabada, não tem termo, depende da vontade. É uma união livre dos cônjuges, cuja essência se realiza e fortalece na intenção contínua de permanecerem casados, na **affectio maritalis** que “não é unicamente manifestação de consentimento inicial emitida de uma só vez: é bem mais que um estado de vontade quotidiano”<sup>(16)</sup>. É um acordo vivo que se renova ou se extingue a cada hora, a cada dia que passa. Aí reside a lógica e a certeza por que o divórcio foi sempre uma instituição concomitante ao matrimônio.

Ora, a obrigação (**obligatio** = equivale a atar, amarrar) gerada por este acordo nada mais é senão a relação meramente jurídica, o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa tem a faculdade de exigir de outra determinada pessoa a prestação. Desfeito o acordo, cessa o seu efeito, extingue-se o vínculo, o elo, o liame que une os contratantes.

Por isso, assegura-nos CHAMOUN<sup>(17)</sup>, “quem fixou as bases para a determinação da verdadeira natureza jurídica do matrimônio romano foi MANENT. Seria ele uma relação de fato entre homem e mulher. O consenso significaria o desejo mútuo, duradouro e continuativo de serem os cônjuges marido e mulher (**affectio maritalis**). O novo **status**

(15) MONTES, Angel Cristobal. *Curso de Derecho Romano*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1964, p. 150.

(16) RAMOS, Ja. Arias. *Derecho Romano*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, II-III/879, § 292.

(17) CHAMOUN, Ebert. *Natureza Jurídica do Matrimônio* — in *Revista Forense*, Rio, 1959, vol. 183/37.

em que se investem os nubentes tinha, com efeito, a vida da  *affectio maritalis*, a qual, por sua vez, exteriormente se traduzia na coabitação. A teoria do consenso continuativo alcançou grande vitória. Perfilharam-na quase todos os romanistas modernos e contemporâneos, de todas as nacionalidades”.

Imperou desde sua gênese o princípio incontestável de que o matrimônio era fundamentalmente dissolúvel —  *liberum matrimonium esse antiquitus flacuit* (ALEX. SEV., C. 8. 38, 2). A idéia de que os cônjuges possuíam a mais absoluta liberdade de romper o vínculo matrimonial, tão logo cessasse a  *affectio maritalis*, estava demasiado arraigada na mentalidade e costumes romanos que, por vontade própria, os cônjuges não podiam limitar a liberdade do divórcio contratualmente, nem dificultá-lo por meio de penas convencionais (ALEX SEV. —  *ibidem* — GAIO, 1, 137).

Para o divórcio nunca se estimou necessária a existência de qualquer causa especial. Segundo MACKENZIE<sup>(18)</sup>. “não se precisava para o divórcio de sentença de um juiz, nem eram necessários os procedimentos judiciais. Considerava-se um ato privado, sendo costume fazer-se uma declaração expressa do desígnio”, pois, “se alguém quer repudiar a sua mulher — exige a Lei das XII Táguas, 7.9 —, que apresente as razões desse repúdio”.

Mesmo no período da decadência do direito romano, sob a influência da Igreja e do direito imperial pós-clássico, onde se estabeleceram penas para os divorciados sem causa, nenhuma constituição influíu sobre a sua eficácia.

Os romanos possuíam duas espécies de casamento:  *justae nuptiae* ou  *justum matrimonium* —  *cum manu* ( *usus* —  *confarreatio* —  *coemptio*) e  *sine manu*; para dissolvê-los: a morte, a ausência, a modificação do estado da pessoa e o divórcio.

No  *matrimonium cum manu*, a mulher deixava a família do seu  *paterfamilias* para fazer parte integrante da família civil do marido que exercia autoridade sobre ela, como um pai sobre o seu filho e, conseqüentemente, a faculdade de divórcio se reduzia a um mero direito de repúdio, que apenas se efetuava quando a mulher incorria em falta grave e, por essa razão, era condenada em um conselho organizado pela família do marido, um verdadeiro tribunal familiar.

A  *manus*, poder marital ou vínculo conjugal, assemelha-se ao direito de propriedade, podendo o marido dispor da mulher como lhe aprouver. Esta amplitude de poderes somente esteve limitada pelos costumes antigos e, mais que isso, pelo reconhecimento do respeito e consideração devidos à família da mulher, que funcionou sempre

(18) MACKENZIE.  *Estudios de Derecho Romano*. Madrid, Francisco Góngora Editor, 1876, p. 134.

como um eficiente freio contra os excessos no exercício desse poder, além do peso que o dote representava no rompimento da união. No mais, os maridos preferiam conservar a mulher para poder continuar na posse do dote, pois refere PLUTARCO <sup>(19)</sup> que Rômulo não permitiu que a mulher deixasse o marido e deu licença ao marido para deixar a mulher quando acaso ela tenha envenenado os filhos, ou falsificado as chaves, ou cometido adultério; e, se por outro motivo, a repudiasse, a metade dos bens era adjudicada à mulher e a outra à deusa Ceres; e mandava que aquele que repudiasse a mulher sacrificasse aos deuses da terra". Era uma razão simples para impedir os repúdios sem causa grave. Outro freio para justificar o raciocínio sistemático e prático de que o seu próprio direito era a personificação, dificultando sem, contudo, proibir.

*Foi no **matrimonium sine manu**, onde os cônjuges possuíam direitos idênticos, que o divórcio passou a ser praticado livremente, inclusive pelo **paterfamilias** da mulher na hipótese de ser menor.*

Depois do triunfo sobre Cartago, quando o espírito cosmopolita amenizou a autoridade rústica dos quirítários e a civilização romana se refinou um pouco, "a discórdia, a avareza, a ambição e os males decorrentes, filhos ordinários da prosperidade, depois da devastação de Cartago, tiveram um prodigioso crescimento" <sup>(20)</sup>, as mulheres passaram a exigir o **matrimonium sine manu** que, na época clássica, era o único existente. Os divórcios se tornaram mais freqüentes, chegando CARCOPINO a assegurar ser ele "a moeda corrente das relações familiares". Em fins da República, o direito de dissolução do matrimônio para ambas as partes se estende a todos os matrimônios **cum manu**.

Historiadores há que recriminam o aumento de divórcios como uma conseqüência da degradação social. Puro equívoco. Houve excessos, não os negamos, até os reputamos naturais. Houve a euforia comum a quem comemora a conquista da liberdade. "Assim pela abolição das velhas leis, pela transformação de antigas máximas, as mulheres haviam se tornado livres. Ora, note-se que, em geral, o primeiro emprego que se faz da liberdade reconquistada é abusar da mesma. Não podemos desfrutar com calma direitos dos quais estivemos privados durante longo tempo, e há sempre, nesses primeiros momentos, uma espécie de embriaguez difícil de conter. Foi o que sucedeu à sociedade romana desta época, e todos os desregramentos que se anotam então no comportamento das mulheres explicam-se, em parte, pelo encanto e enlevo da nova liberdade" <sup>(21)</sup>.

(19) BOISSIER, Gaston. *Ciceron et ses Amis* — apud GIORDANI, Mário Curtis, ob. cit., p. 115.

(20) SALUSTIO apud Santo AGOSTINHO. *La Ciudad de Dios*. Barcelona, MCMLIII, Lib. II, 18, 3, p. 93.

(21) BOISSIER, Gaston. *Ciceron et ses Amis* — apud GIORDANI, Mário Curtis, ob. cit., p. 116.

### 3. Divórcio e repúdio

O vocábulo **divortium**-ii originou-se do verbo **diverto** (ou **divórcio**, arcaísmo), **is, ti, sum, tere**, significando ir-se embora, ausentar-se, separar-se, divergir, divorciar-se; enquanto que **repudium**-ii provém de **repudio** — **as — avi — atum — are**, que quer dizer rejeitar, enjeitar, recusar, divorciar-se de, termo esse que se lê na Lei das XII Tábuas (VII, 9). GAIO (Dig. 24, 2,2) informa que o “divórcio era assim chamado por causa da divergência de pensamento dos cônjuges ou porque cada um tomava o seu caminho”.

“Inicialmente” — lembra MOREIRA ALVES (22) —, “é preciso esclarecer o significado dos dois termos que se encontram nos textos: **divortium** e **repudium**. Os autores divergem a respeito. Alguns — como BONFANTE e GIANNETO LONGO — entendem que, até à época dos imperadores cristãos, **divortium** (divórcio) indica a ruptura do casamento (quer seja pela vontade de ambos os cônjuges, quer seja pela vontade de um deles), enquanto que **repudium** (repúdio) significa o ato pelo qual se manifesta a vontade de dissolver o casamento; a partir dos imperadores cristãos, porém, **divortium** passa a designar o rompimento do matrimônio pela vontade comum de ambos os esposos, e **repudium** a ruptura unilateral do casamento. Outros romanistas — e essa é a opinião dominante — julgam que comumente no direito clássico e constantemente no direito pós-clássico os textos empregam **divortium** para indicar o divórcio bilateral, **repudium** para designar divórcio unilateral” (23).

O divórcio, à semelhança do matrimônio, nunca exigiu para a sua execução o concurso de formalidades especiais. Não representava um negócio jurídico, senão um fato de caráter privado, bastando a manifestação exterior para a separação material dos cônjuges, sem qualquer arrimo em motivos prefixados nem submissão à fiscalização judicial, pois, se o mútuo afeto consolida as núpcias, com razão as dissolve pelo consentimento uma vontade contrária (Nov. 140, I — JUSTINO)

“O divórcio — esclarece KASER (24) — consiste em suprimir, por iniciativa de um dos cônjuges ou de ambos, a comunidade de vida que o matrimônio implica, com plena consciência de que com ele se faz cessar o vínculo matrimonial.”

### 4. Como se exercia esse direito

No período quintário, era exercido pelo marido, em caso de repúdio, se culpada fosse a mulher por adultério ou outras faltas gra-

(22) ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio. Borsoli, 1966, II/382, n. 294.

(23) D'ORS, Alvaro. *Ob. cit.*, p. 232 — § 87 — esclarece: **divortium** se diz do fato da separação; **repudium** do ato unilateral.

(24) KASER, Max. *Derecho Romano Privado*. Madrid, Reus, 1968. p. 260, § 58 — 2.º.

ves. Operava-se através de fórmulas violentas e cheias de ódio. O marido ordenava à mulher que abandonasse o lar conjugal — **uxor vade foras; vade foras**, anunciava tão-só o término da sociedade conjugal — **mas res tibi habeto; thoro meo divorte, tibi que res tuas habeto; Valeas, tibi habeas res, reddas meas**; ou apenas tomava as chaves da casa — **claves adimere**.

No direito clássico além do repúdio, existia **divortium bona gratia**, ou seja, por mútua vontade dos cônjuges. Cada um dos cônjuges ou ambos podiam promover o divórcio, independentemente de qualquer formalidade ou justificativa, uma vez que o desacordo dissolve o que o consentimento havia unido. Caso estivessem submetidos à **patria potestas**, caberia a seu pai o direito de dissolver o matrimônio de seus filhos, sem que fosse necessário o consentimento destes. Embora este princípio patriarcal sempre estivesse conflitando com a **humanitas**, tal arcaísmo só foi derogado por Antonio Pio ou por Marco Antonio, segundo outros.

Nesta época o divórcio efetivava-se por convenção informal, ou por declaração de um dos cônjuges seguida de uma separação real dos cônjuges. Inexistindo a separação ou renovando a vida comum depois de uma separação temporária, a declaração de divórcio não produzia efeitos.

Augusto (que condenava o divórcio, se havia divorciado e casado com uma divorciada, sem falar de seus desafogos extraconjugais e de sua mancebia com a mulher de seu ministro Cecenas) <sup>(25)</sup> foi o primeiro a tomar providências contra o **repudium**. A **Lex Julia de Adulteris** exigiu a presença de sete testemunhas, unicamente, para o caso de adultério. De outra forma, depois de violenta discussão conjugal, a mulher não podia saber exatamente se estava ou não repudiada, porque, já argumentava PAULUS (**Dig. 24, 2, de divortiis et repudiis, 3**): “não é divórcio, senão o verdadeiro, que se faz com ânimo de constituir perpétua separação. E assim, o que no calor da ira se faz ou se diz, antes de que, por sua perseverança, resultasse que foi resolução de ânimo; por isso, tendo-se enviado por acaloramento o repúdio, se há pouco tornou a mulher, não se considera que se divorciou.”

O envio de um **núncio (nuntium remittere)** é usual, mas não obrigatório. A comunicação podia ser oral ou escrita (**libellus repudii**). “Esta formalidade” — afirma HUVELIN <sup>(26)</sup> — “tem por finalidade fixar a data do divórcio. E tem muita importância, por várias razões. Com

(25) PICHON, René. **Hombres y Cosas de la Antigua Roma**. Madrid, Daniel Boro Editor, 1928, p. 50.

(26) HUVELIN, Paul. **Derecho Romano**. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1969, I/265.

efeito, durante 60 dias a partir dessa data, o marido e seu **paterfamilias** tinham o direito de demandar à mulher por adultério. Também a mulher divorciada podia tornar a casar, depois de transcorridos 18 meses do divórcio e, durante esse prazo, não lhe eram aplicáveis as penalidades estabelecidas pelas leis caducárias, contra as pessoas solteiras. Graças às formalidades exigidas pela Lei Júlia, a data do divórcio ficava estabelecida e não era possível o repúdio tácito". Segundo SUTÓNIO (27), Augusto "impôs um limite aos divórcios", sem esclarecer, contudo, quais as restrições impostas.

A legislação do império (princiado) limitou-se, em síntese, a reprimir o adultério, disciplinar a restituição do dote (28) e punir os repúdios sem motivo justo.

## 5. As restrições ao divórcio

A luta contra o divórcio não mereceu vitória fácil. Demorou séculos para triunfar e apenas algumas gerações para retornar à legislação civil com o desenvolvimento da personalidade do homem e da mulher nos países mais adiantados. As razões da religião sempre conflitaram com as razões jurídicas e humanas dos povos convertidos, por isso a Igreja se limitou a negociar e a transigir com a sociedade civil, em vez de dominá-la completamente, como só conseguiu fazer na Idade Média, onde usou e abusou de sua autoridade temporal e espiritual.

BONFANTE (29) comenta: "Declarar que o matrimônio perdura, não obstante o divórcio, que significa a cessação da  *affectio maritalis*, era uma coisa que não podia caber em um intelecto romano; estabelecer penas para os cônjuges que se divorciavam, era uma violência à liberdade."

A legislação hostil ao divórcio desponta com o primeiro César Cristão, dócil às influências religiosas, prolongando-se até Justiniano. Um camponês macedônio elevado à culminância do trono dos Césares, com um programa político sintetizado em "um Estado, uma Lei, uma Igreja," se transformou no "último dos grandes imperadores de Roma", no dizer de DIEHL. Atingiu apenas o seu objetivo na Idade Média, sob o total domínio do direito canônico e prestígio temporal do papado.

A *Lex Julia de Adulteris* de 18 a.C., ao criar formalidades para o repúdio, obrigou o marido complacente a divorciar-se da mulher adúltera, sob pena de incorrer em lenocínio. Estabeleceu sanções, concedendo ao marido o direito de reter o dote, se a mulher fosse

(27) SUTÓNIO. *As Vidas dos Doze Césares*. S. Paulo, Atena Editora, 1956 p. 87.

(28) Ver LONDRES DA NÓBREGA, Vandick. *A Restituição do Dote no Direito Romano*. Rio, tese de concurso.

(29) BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1959, p. 192, § 61.



culpada; à mulher concedeu a restituição do dote, na culpa do marido. A *Lex Julia de Maritandis Ordinibus* impediu que a mulher liberta repudiasse o marido, sem o consentimento do mesmo. Negado o consentimento, a mulher, embora separada de fato, não podia contrair outro casamento, o que contrariou frontalmente o princípio de que a cessação da vida em comum era o suporte para a dissolução do matrimônio.

Diocleciano, ao decretar, no dizer de GIFFARD<sup>(30)</sup>, “a primeira intervenção do Estado na dissolução do casamento”, estatuiu que, em caso de indignidade de um dos cônjuges ou de divergência entre eles quanto à pessoa dos filhos, em sua segurança e proteção, o assunto passaria à responsabilidade da decisão judicial (Cod. 5, 24, 1).

Constantino permitiu o divórcio por mútuo consentimento, passando a reprimir o repúdio, mediante a imposição de justas causas, discriminadas em uma Constituição de 331. O divórcio passou a ser facultado ao marido, cuja mulher incorresse em adultério, utilizasse veneno ou exercesse torpe mediação (alcoviteira). A mulher podia libertar-se do marido se fosse culpado de envenenamento, de homicídio ou de violação de sepulcro. As justas causas isentavam o repudiante de toda a punição. Entretanto, ao marido infrator impunha-se a restituição do dote e a proibição de contrair segundas núpcias, autorizando-se à mulher, em caso de desrespeito à proibição, a invadir a casa do marido e apossar-se do dote da outra mulher. Se a mulher repudiasse o marido sem a ocorrência dos *tria crimina* mencionados, perdia o dote e a doação *ante nuptias*, incluindo os pequenos objetos, além do desconforto da deportação para uma ilha (*deportatio ad insulam*).

Juliano, chamado pelos cristãos de Apóstata, tentou organizar uma igreja pagã, modificou a orientação de Constantino e revigorou o princípio da mais ampla liberdade de repúdio.

Honório retificou, em 421, as penas instituídas por Constantino, imprimindo-lhe modificações substanciais. Segundo TROPLONG<sup>(31)</sup>, “admitiu um divórcio semilegal, assim pode chamar-se, para o caso em que a mulher se tornara culpada de faltas leves. O marido conservava a doação e só estava obrigado a devolver o dote, e podia casar-se depois de dois anos... Com efeito, o divórcio entabulado injustamente pelo marido ou pela mulher, a seu próprio risco, dissolvia o matrimônio. A mulher repudiada com desprezo a estas proibições podia casar-se depois de um ano. O marido a quem a mulher havia abandonado, intimando-lhe com o divórcio, tinha também liberdade de contrair imediatamente um segundo matrimônio”.

(30) GIFFARD, A. E. *Précis de Droit Romain*. 2.<sup>a</sup> edição, Paris, Daloz, 1934. p. 250.

(31) TROPLONG. *La Influencia del Cristianismo en el Derecho Civil Romano*. Buenos Aires, Ediciones Desciée de Brouwer. 1947. p. 135.

Teodósio e Valentiniano, cujos preceitos se encontram no Código de Justiniano (5, 17, 8)<sup>(32)</sup>, não hesitaram em estabelecer penalidade aos que repudiassem sem causa.

“Ordenamos que se possa contratar legitimamente casamento pelo simples consentimento e que aquele que for contratado não possa dissolver-se senão por meio da remessa do libelo de repúdio: pois que a proteção devida aos filhos exige que o casamento, uma vez realizado, não possa ser facultativamente dissolvido.

§ 1º — Designamos claramente por esta lei muito útil as causas que podem permitir o repúdio: pois, da mesma forma que proibimos que, sem justa causa, o casamento possa ser dissolvido, assim também, quando há necessidade, nós assistimos por um funesto socorro, é verdade, mas necessário, o cônjuge prejudicado.

§ 2º — Logo, se uma mulher descobriu que o seu marido é adúltero, homicida, envenenador, ou conspirou contra nós ou foi condenado por crime de falsidade, ou se ela prova que ele violou os túmulos, furtou qualquer coisa às Igrejas, que é ladrão ou receptador de furtos, ou ladrão de rebanho, plagiário, ou por desprezo de seu lar e de si mesmo, trouxe a sua presença mulheres impudicas no lar conjugal (o que justamente atinge à castidade) ou que tentou contra sua vida com veneno, arma branca ou por qualquer outra forma, ou enfim, que a feriu (o que é proibido a respeito das mulheres ingênuas), nós lhe concedemos, se ela o provar, conforme já dissemos, a existência de uma dessas causas, a liberdade de usar das medidas necessárias ao repúdio.”

## 6. O divórcio sob Justiniano

Justiniano reordenou todo o direito romano e reformulou o divórcio, encerrando a fase imperial. Na **Novela 22**, classificou os divórcios nas seguintes espécies:

— **Divortium communi consensu**, ou seja, produzido pelo mero acordo dos cônjuges — **consensus nuptias facit, dissensus divortium facit** —, vigente durante séculos no Império Romano, foi admitido, inicialmente, por Justiniano, sendo abolido na **Novela 117**, de 542. Mais tarde, Justino II, sucessor de Justiniano, em 556, na **Novela 140**, libera de qualquer sanção o divórcio por mútuo consentimento.

— **Divortium bona gratia** ou divórcio fundado em uma causa não proveniente de culpa do outro cônjuge: impotência incurável, loucura,

(32) *Corpus Juris Civilis*, Academicum Parisiense, Paris (Lutetiae Parisiorum), MDCCCLXXXI, p. 371.

prisioneiro de guerra após cinco anos de ausência, esterilidade da mulher, voto de castidade.

— **Repudium ex justa causa** — divórcio por motivo permitido em lei, implicando na culpabilidade do outro cônjuge.

Segundo a **Novela 117**, era “permitido ao marido repudiar a mulher quando ela, tendo conhecimento de conjuração contra o Imperador, não a denunciava ao marido; quando pratica adultério; quando, por qualquer forma, tentou contra a vida do marido ou deixou que outras pessoas tentassem contra a vida do marido, sem denunciar; quando a mulher, contra a vontade do marido, toma refeições ou vai a banhos com pessoas estranhas; quando, igualmente contra a vontade do marido, permanece fora do lar, exceto se for em casa de seus pais; quando, sem comunicar ao marido ou contra proibição sua, comparece a circos, teatros e anfiteatros; em caso de ter o marido expulsado a mulher do lar sem a ocorrência das causas supramencionadas e, não possuindo a mulher pais que possam abrigá-la, for obrigada a passar a noite fora de casa, proibimos que por tal motivo lhe possa o marido enviar libelo de repúdio, considerando que foi ele próprio quem deu motivo para isso.

Igualmente, podia a mulher repudiar seu marido se ele concebeu alguma rebelião contra o Império ou, sabendo que tramavam, não denunciou às autoridades diretamente ou através de qualquer pessoa; se o marido, por qualquer forma, tentou contra sua vida ou, tendo conhecimento de que outros desejavam tentar, não a previne nem toma providências para vingá-la de acordo com as leis; se o marido tentou contra a castidade da mulher, procurando entregá-la a outros homens para o fim de praticar adultério; se o marido acusou a mulher de adultério, sem conseguir prová-lo, será permitido à mulher enviar ao marido o libelo de repúdio, receber o próprio dote e a doação **propter nuptias** e, além do mais, para punir o marido por semelhante calúnia, caso não haja filhos do casamento, a mulher perceberá a título de propriedade sobre os bens do marido um valor igual a um terço da doação **propter nuptias**. Havendo filhos, determinamos que o patrimônio do marido lhe seja reservado. Mantemos a esse respeito todas as disposições sobre a doação **ante nuptias**, contidas em outras leis; e o marido será submetido, por motivo de acusação de adultério não comprovado, às mesmas penas que a mulher sofreria se o adultério fosse comprovado.

E se algum, desprezando o que deve à esposa, mantém em seu próprio lar outra mulher; ou se, morando na mesma cidade, ficar provado que frequenta a casa de outra mulher e que, embora advertido uma ou duas vezes por seus pais ou pelos pais da mulher ou por pessoas dignas de fé, não se abstém dessa prática, será permitido à mulher por esse motivo dissolver o casamento e perceber o dote constituído e a doação **ante nuptias**; e para puni-lo por essa injúria exigir

sobre os demais bens do marido a terça parte do valor da doação **ante nuptias**. Se a mulher possuir filhos, terá ela apenas o uso da doação **ante nuptias** e o valor da terça parte dessa doação, sobre os demais bens do marido; sendo obrigada a conservar a propriedade para os filhos comuns. Mas, se a mulher não tem filhos, ordenamos que ela seja proprietária de tais bens."

Durante cerca de treze séculos de sua existência física os romanos exerceram o seu direito ao divórcio e ao repúdio. A legislação da decadência do Império e do direito romano, mesmo sob o peso do novo espírito cristão, não conseguiu apagar o conceito e a liberdade que os romanos possuíam do matrimônio e do divórcio. A influência cristã provocou uma tendência à objetivação formal e precisa para modificar o **consensus** inicial, por meio de elementos cerimoniais, grande parte dos quais (anel, junção das mãos, véu, coroa nupcial) já eram anteriores, para ir impregnando na mentalidade do povo a indissolubilidade do vínculo e a impossibilidade do divórcio. Castigou-se este, na inocorrência de motivo justo, contudo jamais se lhe negou os efeitos da dissolução, que era considerada como fato consumado. Houve casos em que se chegou a considerar o divórcio como meramente ilícito, como no curto período da **Novela 134, de 556**, nas hipóteses **sine causa** — mas nunca o declararam inválido ou destituído de seus efeitos jurídicos.

Somente na Idade Média, com domínio espiritual e temporal absoluto da Igreja, é que o direito canônico conseguiu transformar o conceito de matrimônio, impor sua conceituação sob as penas do inferno e tornar indissolúvel o vínculo, embora considerasse o casamento um contrato.

### Conclusões

Em resumo, com o auxílio incontestável dos inúmeros autores mencionados e de SILVIO MEIRA<sup>(33)</sup>, podemos anotar os seguintes resultados da evolução do **divortium** dos romanos:

a) desde o alvorecer da civilização romana, a história revela e atesta que o divórcio sempre foi uma instituição concomitante ao casamento sob a denominação de **repudium** ou **divortium**, realizado sem qualquer solenidade e fiscalização estatal;

b) no período quiritário, talvez devido ao **matrimonium cum manu**, às condições rudimentares de um povo agrícola e à necessidade de justificar as razões do repúdio perante o tribunal familiar e perante os censores, para não incorrer nas sanções patrimoniais, os divórcios se tornaram raros ou tiveram pouca divulgação por serem usuais e constantemente praticados;

(33) MEIRA, Sílvio A. B. *Novos e Velhos Temas do Direito*. Rio. Forense, 1973, pp. 11. usque 38. |

c) com as novas características da vida romana após a expansão mediterrânea, os soldados trouxeram para a casa os hábitos de luxúria oriental, contribuindo para a aceleração das estatísticas de divórcios, já agravadas pela prática do matrimônio *sine manu*, que posicionava a mulher na mesma liberdade masculina;

d) para coibir os excessos naturais, enumeramos a reação fraca da legislação de Augusto e o rigor demasiado da de Constantino até Justiniano que, mesmo sob a influência severa da Igreja, não se atreveu a impor a proibição absoluta do divórcio. Restringiu a liberdade de dissolução matrimonial, estabeleceu as justas causas para fundamentá-la, determinou penalidades pecuniárias para as infrações, objetivando indenizar o cônjuge inocente dos prejuízos que a culpa ou a responsabilidade pelo rompimento acarretara, mas nunca lhe declarou a ineficácia;

e) o divórcio intentado injustamente por qualquer dos cônjuges, mesmo que os motivos invocados não fossem comprovados, dissolvia o casamento, embora sujeitando o infrator às penas patrimoniais;

f) para o caso em que a mulher se tornasse culpada por faltas leves (*morum culpa*), mas que afetassem irremediavelmente a convivência marital, também se admitiu o divórcio;

g) a legislação civil jamais considerou o princípio da indissolubilidade do matrimônio, embora sempre propugnasse pela estabilidade dos casamentos e, não obstante a interferência decisiva da Igreja, entendeu que a sociedade não poderia ser governada por um punhado de *homens espiritualistas* com uma visão unilateral e dogmática e adotou um regime misto, um sistema de concessões que limitava o divórcio com justas causas e penalidades patrimoniais, sem contudo proibi-lo ou extingui-lo de vez e, se por conseqüência de um impulso cego, rompia-se o laço conjugal, o considerava como fato consumado pela inconveniência da coabitação, mesmo impondo penalidades pecuniárias por considerá-las mais sensíveis e disciplinadoras;

h) o domínio irretorquível do direito canônico e a imposição coativa da indissolubilidade do vínculo matrimonial só se efetivou na Idade Média, quando o cristianismo se armou do poder temporal;

i) sua imposição foi realizada pela prepotência do dogma, jamais pelo convencimento, pela aceitação geral, pelo consenso de sua naturalidade, assim mesmo no declínio da civilização romana quando, no diagnóstico de ROSTOVITZEFF<sup>(34)</sup>, “sua capacidade de criação e sua energia se esgotam, o homem se cansa e perde interesse na criação, deixando de valorizá-la. Desencanta-se, sua vida já não é mais um esforço em prol de um ideal criador em benefício da humanidade.”

(34) ROSTOVITZEFF, M. *História de Roma*. Rio, Zahar Editores, 1967, p. 296.

O atual instituto do divórcio não fez senão agrupar uma série de causas de anulação de casamento, sem revigorar o direito romano e o germano, fundado numa idéia e ideal completamente distanciados do matrimônio de antanho.

Como já tivemos oportunidade de advertir, anteriormente <sup>(35)</sup>, “humana e sabiamente, conseguiram os romanos, já no dealbar de sua cultura jurídica, legar-nos mais uma lição — não impedir o divórcio, mas apenas condicioná-lo a determinados motivos, regulamentando-o”.

Resta-nos aprender a lição da sabedoria romana, milenar mas sempre atual, em toda a sua impressionante evolução, sem temer as reações nem se vergar às influências da intransigência eclesiástica que, noutras partes do mundo, vem se amoldando e transigindo sem querer impor sua hegemonia sacramental sobre a lei civil, numa convivência útil e salutar ao nosso povo e à própria Igreja. Conviver, sem vencer, convencer pelo argumento, sem impor — deve ser o caminho a ser palmilhado, mormente agora que, em nosso País, a indissolubilidade do vínculo matrimonial passou a ocupar o seu verdadeiro lugar canônico...

## 7. Divórcio canônico

No resumo que efetuamos nos capítulos anteriores, emerge exuberante a prova histórica de que a quase unanimidade das legislações mais evoluídas da Antiguidade reconhecia o divórcio e o repúdio, com amplos efeitos, sem tentar estabelecer filigranas entre divórcio e separação de corpos, fato que eles jamais concebiam.

No Ocidente, a Grécia iniciou a liberalização da mulher, facultando o divórcio consensual. Roma haveria de suplantá-la, transformando o matrimônio na reiteração quotidiana da vontade, numa união *in fieri*, num estado de espírito, onde o divórcio era o anverso da  *affectio maritalis*. Os cônjuges eram os únicos juizes de sua conduta matrimonial, os responsáveis diretos pela sua conservação ou extinção. Podiam separar-se sem a menor interferência estatal, através do repúdio ou do divórcio.

A realidade de um divórcio inteiramente livre e informal é um fato incontestável! Os filósofos estoicos e os Césares, convertidos ao Cristianismo, evidaram seus melhores esforços, não para proibir o que estava tão arraigado na mentalidade do povo, mas para reprimir os excessos e disciplinar a sua prática, sem contudo admitir que convicções religiosas ou políticas viessem a influenciar um fato tão natural quanto costumeiro. TEODÓSIO e VALENTINIANO chamaram-no de “funesto socorro, mas necessário” (Cod. 5. 17, 8), um mal necessário,

(35) LIMA, Domingos Sávio Brandão. *Desquite Amigável — Doutrina — Legislação — Jurisprudência*, 2.<sup>a</sup> ed. (esgotada), Rio, Editor Borsoli, 1972, p. 7.

inevitável e insubstituível, quando necessita sanar sofrimentos mais graves e insustentáveis.

As nações nascem estoicas e terminam epicuristas... A Igreja não faria exceção à regra geral!

A estrutura e a natureza do matrimônio católico nunca foram originais nem muito diferentes das demais religiões e crenças da Antiguidade. Em sua mor parte foram edificadas nas velhas bases e princípios fundamentais romanos, inteiramente adulterados, transformando apenas o consentimento inicial renovável a cada instante da vida conjugal, em consentimento irretirável, irrevogável e eterno.

Sua doutrina matrimonial, entretanto, provém das pregações evangélicas de Jesus Cristo, deduzida de textos muito escassos, objetos de vigorosas polêmicas teológicas e dissensões entre os doutores da Igreja. A indissolubilidade do casamento, proveniente da perenidade do consentimento, é uma exclusiva criação do cristianismo e de sua Igreja, que, desde os seus primórdios vem propugnando pela sua implantação, como reação aos hábitos da sociedade greco-romana e obediência aos preceitos dos Evangelhos.

A nova doutrina, que considerava o casamento dissolúvel apenas pela morte, subtraindo ao cônjuge prejudicado o direito de corrigir o erro verificado na escolha do parceiro, procura solidificar-se nas seguintes passagens bíblicas:

**GÊNESIS, 2, 24:** "Por isso o homem deixará o seu pai e sua mãe para se unir à sua mulher; e serão os dois uma só carne;"

**MATEUS, 5, 32:** "Todo aquele que rejeita sua mulher, a faz tornar-se adúltera, a não ser que se trate de mau comportamento; e todo aquele que desposar uma mulher rejeitada, comete um adultério;"

**MATEUS, 19, 6:** "Assim eles já não são dois, mas uma só carne. Portanto, não separe o homem o que Deus uniu;"

**MATEUS, 19, 9:** "Ora, eu vos declaro que todo aquele que rejeitar sua mulher, exceto no caso de mau comportamento, e esposar outra, comete adultério. E aquele que esposar uma mulher rejeitada, comete também adultério;"

**MARCOS, 10, 11-12:** "Quem abandona sua mulher e se casa com outra, comete adultério contra ela. E se a mulher abandona o marido e se casa com outro, comete adultério;"

**LUCAS, 16, 18:** "Todo aquele que abandonar sua mulher e casar com outra, comete adultério; e quem se casar com a mulher rejeitada, comete adultério também;"

**SÃO PAULO, I Coríntios, 7, 10-11:** "Aos casados mando (não eu, mas o Senhor) que a mulher não se separe do marido.

E, se ela estiver separada, que fique sem se casar, ou que se reconcilie com seu marido. Igualmente, o marido não deixe sua esposa;"

SÃO PAULO, Efésios, 5, 28-30: "Assim os maridos devem amar as suas mulheres, como a seu próprio corpo. Quem ama a sua mulher, ama-se a si mesmo. Ninguém certamente jamais aborrece a sua própria carne; ao contrário, cada qual a nutre e dela cuida, como também Cristo o faz à sua Igreja, porque somos membros de seu corpo" (36).

A doutrina ainda não estava oficialmente estabelecida. Eclesiásticos do porte de Tertuliano, Epifânio, Ambrósio e Asterius admitiam o divórcio vincular em caso de adultério da esposa. Mas, a generalidade dos doutores, como João Crisóstomo, Jerônimo e Agostinho, manteve a indissolubilidade, sustentando que somente por adultério se pode repudiar a mulher, mas não se pode casar enquanto ela estiver viva.

Agostinho, apesar de sua veemente oposição ao divórcio, reconhece uma grande obscuridade desta matéria, sendo livre a cada um seguir a opinião que melhor lhe parecer.

Os princípios doutrinários da nova ordem eram absolutamente inconciliáveis com a legislação e os costumes do matrimônio e do divórcio romano. Não obstante o empenho e a boa vontade dos imperadores cristãos, as dificuldades eram insuperáveis e, ainda ao tempo de Justiniano, o divórcio era uma instituição legal.

A Igreja oriental ou grega não se atreveu a abolir totalmente o divórcio, admitindo a dissolução do vínculo matrimonial, além da morte, pelo adultério e outras causas graves como o desaparecimento, a prisão, a escravidão, a loucura, a consagração episcopal, a profissão religiosa, a recusa do débito conjugal (*divortium sine damno*), tentativa e ameaça à vida do outro cônjuge, impedir o batismo do filho (*divortium cum damno*).

"A Igreja" — escreveu Tertuliano — "prepara o matrimônio que erige em contrato, a oblação das preces o confirma, a bênção é o seu selo; Deus o ratifica. Dois fiéis levam o mesmo jugo; não são senão uma só carne, um só espírito; oram juntos, jejuam juntos; estão juntos na Igreja, na mesa de Deus, nas adversidades e na paz" (37).

Na Igreja do Ocidente, a indissolubilidade vai-se impondo não obstante graves dificuldades. A luta durou quinhentos anos e "o cris-

(36) Citações colhidas da *Bíblia Sagrada* — Centro Bíblico Católico de São Paulo. S. Paulo, Editora Ave Maria Ltda., 1959.

(37) Apud TROPLONG. *La Influencia del Cristianismo en el Derecho Civil Romano*. Buenos Aires, Ediciones Desclée de Brouwer, p. 131.



tianismo não tomou posse plena da sociedade civil até a Idade Média, quando as velhas raças caíram rejuvenescidas com a mescla de homens novos. Antes desse tempo, afirma TROP LONG<sup>(38)</sup>, se limitou a negociar e a transigir com a mesma sociedade civil em vez de dominá-la completamente”.

“A política de Constantino sobre o repúdio é clara prova do que afirmamos. Por maior que fosse seu amor à fé cristã, jamais se atreveu a impor a seus povos tão diversos de origem, de religião, de costumes, a proibição absoluta do divórcio. Advertiu que existiam em seu império almas débeis, espíritos temerosos aos quais não convinha desanimar ou afastar com princípios demasiadamente severos. Quando o poder quer obrar por via de fusão, tem que se dirigir a todas as consciências, e ter em conta todos os temperamentos. A Igreja, entretanto, não parece ter desaprovado a conduta de Constantino. Contenta-se, no momento, com manter na ordem espiritual a pureza de sua doutrina, não se opondo a que o poder temporal entrasse em um regime misto, num sistema de concessões. Podia dizer-se que o comoviam as dificuldades encontradas pelo poder temporal, porque o Concílio de Arles, celebrado em 314, sob Constantino, inclina-se indulgentemente a favor do marido jovem piedoso que surpreendera em adultério sua mulher”, aconselhando ao marido a não se casar enquanto a mulher estivesse viva. Antes de 313, pelo Concílio de Elvira, era ferida de excomunhão a mulher repudiada, que tornava a casar, estando vivo o marido.

Os concílios ecumênicos, como o de Constantinopla, Éfeso e de Calcedônia, deixaram o pronunciamento a cargo da lei civil. O Concílio de Soissons, em 744, continha, no cânon 9, o seguinte ordenamento: “a mulher, durante a vida do seu marido, não pode casar-se com outrem, assim como o marido não deve repudiar sua mulher, senão quando a encontra em flagrante delito de adultério”.

Concílios houve que admitiram o divórcio, especialmente em caso de adultério. O de Verbéria admitiu o divórcio por adultério e para o caso de tentativa de morte. O de Compiègne, para o caso de lepra. O de Toledo e o de Roma (em 826), por adultério.

A luta da Igreja contra o divórcio teve sua conclusão com a imposição da indissolubilidade do matrimônio. Até o século X, respeitou a legislação civil, procurando influir em alguns aspectos da lei temporal. Durante a Idade Média avocou para si toda a disciplina matrimonial, conseguindo paulatinamente erradicar a prática tradicional. Nos séculos XII e XIII, quando seu domínio era incontestável, constrói, jurídica e cientificamente, o arcabouço de seu direito matrimonial, colocando-o exclusivamente sob a jurisdição eclesiástica. Nessa estru-

(38) *Idem*, *ibidem*, p. 133.

turação utiliza-se das bases e ensinamentos encontrados nos Evangelhos, Livros Sagrados, Concílios, aproveitando muito da legislação civil vigente, especialmente do antigo e insubstituível direito romano.

Foram cinco séculos de imposição do matrimônio católico sem qualquer oposição no Ocidente (sécs. X a XVI). Lutero, encarnando a reação, restaura, em 1517, o divórcio, negando o caráter sacramental do matrimônio, para colocá-lo sob a égide do Estado. Esta ameaça desafiou toda a cristandade, e a Igreja compreendeu o momento de preparar-se para uma longa luta, consolidando sem rebuscos suas doutrinas num grande concílio ecumênico.

Chegamos ao ápice com um concílio que, reagindo ao desafio reformista, radicalizou ainda mais as posições da Igreja, modificando profundamente o direito matrimonial de seus crentes. O Concílio Ecumênico de Trento<sup>(39)</sup> estudou com especial dedicação as questões referentes ao matrimônio e, em dezembro de 1563 (na sessão 24), proclama, em doze cânones, na doutrina da fé sobre o matrimônio, de modo irredutível, a indissolubilidade do casamento e a anatematização do divórcio.

"Se alguém disser que a Igreja erra, quando ensinou e ensina que, de acordo com a doutrina evangélica, o adultério de um cônjuge não pode dissolver o vínculo matrimonial e que nenhum dos cônjuges, nem mesmo o inocente, o que não cometeu adultério, pode contrair um novo matrimônio enquanto viver um deles, e que comete adultério o homem que depois de abandonar a adúltera se casa novamente, o mesmo que a mulher que se casa com outro homem logo após abandonar o seu esposo adúltero, *anathema sit*".

Não obstante, a doutrina protestante, negando a sacramentalidade do matrimônio, pregava a admissão da dissolubilidade e tomava corpo. O divórcio era sancionado para os seguintes casos:

a) adultério de um dos cônjuges;

b) **malitiosa desertio**, afastamento de um dos cônjuges para local inacessível ao poder judicial;

c) **quasi desertio**, verificada quando um cônjuge que se afastou recusa-se terminantemente a recomeçar a vida em comum, ou quando é condenado ao desterro, a prisão perpétua, ou por muitos anos;

(39) "Esta assembléa eclesiástica funcionou em Trento (1545—1563), com prolongadas interrupções, ao largo de 18 anos, para consolidar a unidade do Cristianismo e reformar a Igreja Católica. No que diz respeito aos seculares, o Concílio confirmou o caráter indissolúvel do matrimônio, que fora atacado pelos reformistas" — ELLAURI, O. Secco — BARIDON, Pedro D. *História Universal — Época Moderna*. Buenos Aires, Editorial Kapelusz, V/173-5.

d) *prae fracta debiti conjugalis denegatio*, a obstinada recusa à prestação do débito conjugal;

e) sevícias e injúrias de um cônjuge contra o outro <sup>(40)</sup>.

A secularização do casamento conseguiu novo alento com a teoria teológico-jurídica da Igreja Anglicana, intimamente relacionada à Reforma Protestante, segundo a qual o matrimônio possui, simultaneamente, duplo caráter — de sacramento e de contrato civil —, estando, conseqüentemente, atento às leis da Igreja e às do Estado. Também auxiliou a tendência destinada a independizar o casamento da tutela religiosa a teoria do direito natural dos séculos XVII e XVIII; ao sustentar que o casamento é um contrato civil e jamais um sacramento, estendeu, naturalmente, a concepção aos casos de divórcio, admitindo entre eles o do consentimento recíproco dos cônjuges sem prejuízo das idéias ou sentimentos religiosos de cada um, entregues exclusivamente a sua consciência.

A Igreja cristalizou, através dos séculos, um *corpus juris* que granjeou o prestígio e a importância de dogmas entre os seus adeptos. Esta coleção de leis é o que constitui o *Corpus Juris Canonici*, o direito canônico, que disciplina todas as relações da Igreja.

Foi, assim, o direito canônico, mesmo antes de converter-se em autêntico Código, que tornou o matrimônio um sacramento. *Sacramentum* (palavra latina proveniente do verbo *sacro, as, avi, atum, are* = consagrar, dar caráter sagrado a, dedicar) quer dizer, inicialmente, depósito que os litigantes colocavam em mãos do pontífice, posteriormente, acordo, sociedade, ministério, a palavra de Deus, um sinal sensível instituído por Cristo que confere a graça *ex opere operato*. O termo foi, originariamente, empregado por São Paulo (Efésios, 5, 32): "*Sacramentum hoc magnum est: ego autem dico in Christo et in ecclesia.*"

Foi o Concílio de Latrão (1215) o primeiro a ocupar-se desta matéria, considerado como legislação canônica por excelência em questão de matrimônio até a recente Consolidação de 1917. Esta doutrina também foi defendida dogmaticamente nos Concílios II de Lião (1274) e de Florença (1439-1441), ao incluir o matrimônio como sacramento da Nova Lei, sancionada pelo Concílio de Trento, em sua sessão 24, cân. 1 (1563) e lembrada constantemente pelos Pontífices, citando apenas os mais importantes: Pio IX e sua alocução *Acerbissimum vobiscum*, de 27-9-1852, e na proposição 65 do Sílabo, de 8-12-1864; Leão XIII, em sua Encíclica *Arcanum* (10-12-1880); Pio X, na proposição 51 do Decreto *Lamentabile*, de 3 de julho de 1907; e Pio XI, na Encíclica *Casti Connubii*, de 31 de dezembro de 1939.

(40) Apud GANGE, Calogero. *Derecho Matrimonial*. Madrid, Anguilar, 1960, p. 21.

A aliança matrimonial, pela qual o homem e mulher constituem entre si uma comunhão da vida toda, conforme o Cód., cân. 1055, é ordenada por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, e foi elevada, entre os batizados, à dignidade de sacramento.

Dissolução também possui o significado de extinção do contrato ou sociedade e provém do latim *dissolutio — onis* (verbo *dissolvo — is — vi — olutum — olvere* = desatar, desligar, desunir, separar, desobrigar, destruir), com o sentido de decomposição, separação das partes, enfraquecimento, destruição.

Por isso RUGGIERO (41) conceitua o vocábulo como a “cessação do vínculo conjugal que existiu legalmente”, caracterizando a separação como “uma suspensão (temporária ou permanente) das principais manifestações do matrimônio — a convivência, a assistência mútua, a subordinação da mulher ao marido — sem que cesse ou se extinga o vínculo conjugal e com possível repercussão nas relações patrimoniais, se acompanhada da separação de bens”.

Com isso, enveredou o Código para uma terminologia própria, objetivando distinguir separação e divórcio, empregando a primeira para a simples separação de corpos e o último para a instituição civil, absolutamente contraposta ao direito canônico, que torna inexistente o vínculo originário de um matrimônio válido, restituindo aos casados a liberdade de realizarem outro casamento.

Separação conjugal, em sentido amplo, equipara-se ao divórcio do linguajar clássico e dos primeiros tempos da Igreja, compreensivo da rutura total do vínculo matrimonial contraído; ao passo que a separação conjugal, em sentido restrito, corresponde ao divórcio imperfeito ou mera separação de corpos, a simples suspensão da sociedade conjugal em virtude de separação pessoal dos cônjuges, referente ao dever de coabitação, deixando intacto o vínculo conjugal.

Para MARCH (42), a separação conjugal, *separatio thori, mensae et coabitationis*, pode ser compreendida como “a proibição ou suspensão do direito à integridade matrimonial ou a ausência legítima e material da mesma”.

## Conclusões

A palavra divórcio, embora seja a mais apropriada para designar o desfazimento da união conjugal, está mais pejada de preconceito

(41) RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid, Instituto Editorial Reus, trad. da 4.ª ed. italiana, tomo II, vol. II/176, § 114.

(42) MARCH SABATER. *Derechos y Deberes de los Seglares en la Vida Social de la Iglesia*. Barcelona, 1954, § 235, p. 670.

que de conceitos, represa um sentido de cunho pagão, uma carga de aversão, vítima de permanente objeção e abjeção, gerada pela própria Igreja durante todo o tempo em que se viu obrigada a conviver e a transigir com ela, por isso nunca pôde suportá-la, chegando mesmo a riscá-la do seu vocabulário, para substituí-la por dissolução, sem contudo, livrar-se do problema que não reclama nomenclatura, mas unicamente uma solução justa e imediata.

“Perseguido antes de ser dominante, dominante antes de ser universal, dono das almas antes de chegar a ser dono das instituições, esteve submetido à luz temporal do progresso das coisas deste mundo”<sup>(43)</sup>, assim foi o cristianismo. Mas, desde o momento em que dominou e se firmou no poder, transformou-se de humilde em despótico, de escravo em senhor e soube ser tão intransigente, radical e fanático quanto o foram seus adversários. O combate mais renhido foi travado, sem dúvida, com o direito civil, que nunca foi batido inteiramente, por ser um reflexo das aspirações humanas universais cristalizado através dos séculos. O divórcio foi a última cidadela, disputada com pertinácia e sofreguidão incontidas. Aí, a filosofia e teologia cristãs encontraram uma tremenda resistência e dificuldades sem conta, pois, diante da conceituação romana do matrimônio e do consenso dos povos, o divórcio era uma consequência natural e lógica, cujos excessos somente os costumes podiam dosar e condicionar.

Merecem reprodução integral algumas das quarenta e três ponderações com que SANTOJA<sup>(44)</sup> procurou responder às indagações, formuladas por vários doutores cristãos que, inspirados pelo Concílio Vaticano II, se reuniram em Simpósio para discutir o vínculo matrimonial e sua dissolução dentro do mundo inteiro:

“4 — A lei canônica, como qualquer outro sistema legal, se aproxima de uma realidade que nunca pode refletir exatamente. Dentro de sua finalidade se refletem aspectos aceitáveis e aceitos pela sociedade a que serve. Mas como a sociedade evolui, esses princípios devem ser examinados de novo para que sejam coerentes com a própria vida. A evolução é sempre importante, não porque consideremos os princípios antiquados, mas porque sua formulação vai perdendo o impacto ante sucessivas gerações. A Igreja deve suscitar tal reavaliação reflexiva, pondo os fundamentos para uma transição válida que enfrente as necessidades pastorais de futuro.”

---

(43) TROPLONG. *La Influencia del Cristianismo en el Derecho Civil Romano*. Buenos Aires, Ediciones Desclee de Brouwer, 1974, p. 11.

(44) SANTOJA, Vicente Luis Simo. *Divorcio y Separación — Derecho Comparado e Conflitual Europeo*. Madrid, Editorial Tecnos, 1973, pp. 43 usque 54.

“5 — A legislação canônica atual sobre o matrimônio se baseia fundamentalmente nos princípios de uma teologia pós-tridentina que estava preocupada pela organização, institucionalização e codificação em termos da ciência aristotélica. Está marcada pela certeza, necessidade e universalidade dessa visão do mundo, que não condiz com o homem atual. Muitos, dentro da mesma Igreja, estão sinceramente convencidos de que os velhos tipos da lei canônica são demasiado quebradiços para conter a problemática matrimonial atual.”

“14 — Duas pessoas humanas que se casam devem desenvolver-se pessoal e conjuntamente em sua mútua adaptação, de forma que nunca possa surgir alguma causa de divórcio. Jesus insiste na cabal realização deste ideal, posto que somente isto trará a felicidade permanente ao homem. Onde o marido e a mulher estão unidos em uma fé cristã vivente, realizar-se-á o ideal da indissolubilidade do matrimônio. Mas esta afirmação, correta, deixa a nós próprios como deixou antes a São Mateus e a São Paulo, isto é, com o problema de como proceder na vida com seres humanos fracos. O problema para os apóstolos foi manter a paz entre os matrimônios convertidos de judeus e gentios. E a paz triunfou sobre a indissolubilidade. O problema atual é diferente, mas continuam existindo casos e hipóteses que requerem não só compreensão, mas solução. Se o Novo Testamento consagrou duas exceções, conforme exigia sua experiência vital, haverá desgraçadamente muito mais exceções, muito mais casos em que o divórcio e matrimônio ulterior terão que ser dolorosamente aceitos como parte de nossa debilidade comum e nosso fracasso de formar uma comunidade de vida?”.

“41 — Não há, então, esperança alguma que a Igreja possa dar a essas pessoas destroçadas que fracassaram em seu primeiro matrimônio e depois têm de enfrentar uma longa vida de solidão?

42 — Os matrimônios destroçados não são causados pelos divórcios. O rompimento do matrimônio é já um fato antes de que seja juridicamente estabelecido. Neste sentido, é ilusório assinalar o constante crescimento da proporção do divórcio e demandar uma legislação mais rígida sobre o divórcio. As causas do rompimento do matrimônio são profundamente pessoais em vez de sociais. Ainda que não tenhamos estatísticas sobre o número dos matrimônios desfeitos nos países em que se admite o divórcio, não é maior em

países onde não se reconhece e onde as crises matrimoniais se *solucionam com separação amistosa*, o abandono familiar ou o adultério por compensação que cubra as aparências externas.”

“O Papa em virtude do poder ministerial ou vicário que só encontra como limite fundamental o princípio da indissolubilidade do matrimônio rato e consumado” — afirmamos anteriormente <sup>(45)</sup> —, “pode dissolver o matrimônio válido *celebrado entre dois cristãos e não consumado*, em virtude de profissão religiosa solene ou dispensa por justa causa; o *celebrado entre batizado e infiel, não consumado*; o de dois batizados, *celebrado na infidelidade de ambos e somente consumado quando ambos eram infiéis*; o de batizado e infiel, *celebrado assim mesmo na infidelidade de ambos e consumado nela, mas não depois da conversão do batizado*; o existente entre batizado e infiel, ainda que nesta situação tenha sido *consumado*.”

“Noutras palavras, podemos asseverar que a Igreja Católica admite a *dissolução do vínculo conjugal pelo privilégio paulino e privilégio petrino*. O Pontífice Romano pode exercer a vicaria de modo direto e imediato, concedendo a *dissolução em um caso concreto e determinado*, ou estabelecendo um regime geral em virtude do qual deva entender-se *dissolvido um matrimônio legítimo, quando se produzam determinadas circunstâncias*.”

Fazendo inúmeras filigranas sobre matrimônio rato e não consumado e matrimônio não rato e consumado, matrimônio entre fiéis e infiéis, a Igreja conseguiu implantar um sistema de divórcio branco, intitulado *dissolução do vínculo matrimonial*, com base na teoria da *indissolubilidade intrínseca e extrínseca*, além de erigir um sistema flexibilíssimo de nulidades matrimoniais que conduzem ao mesmo fim, embora o Tribunal da Sagrada Rota Romana, em processo de anulação do vínculo matrimonial jamais “anule” um casamento ou dissolva o vínculo, *limitando-se a declarar válido ou não o caso que lhe foi submetido a julgamento, concluindo sua decisão, regularmente, com a fórmula constare ou non constare de validitate*, posição bastante cômoda e incompatível com a posição moral que sempre defendeu e sempre professou . . .

Felizmente, o mundo atual não mais aceita dogmas e imposições que não sejam inspirados no consenso universal e em razão direta de

(45) LIMA, Domingos Sávio Brandão. O Abandono do Lar Conjugal como Causa de Dissolução Matrimonial — in *Revista de Informação Legislativa*, a. 15, n. 57, jan./mar. 1978, p. 147.

suas necessidades mais prementes, e a Igreja, hábil diplomata como é, vem dando mostras, como o fez ultimamente em Itália, Portugal e Espanha, de que está compreendendo a conjuntura atual e não quer ser alijada do processo e soluções reclamadas...

Por isso, foi o próprio PAPA PAULO VI que, em 28 de março de 1971, em carta apostólica, em forma de **motu proprio**, ao reconhecer a necessidade de agilização das normas para os processos a respeito das nulidades dos casamentos religiosos, "enquanto se espera por uma reforma mais completa do processo matrimonial, que está a ser preparada pela nossa comissão para a revisão do Código de Direito Canônico", declarou:

"Dado que, no nosso tempo, o número destas causas, cada dia, se torna maior, a Igreja não pode deixar de ocupar-se solícitamente de tal matéria. Este aumento de causas, conforme dizíamos aos prelados auditores da Sagrada Rota Romana, "é um indicio particular da diminuição do sentido do caráter sagrado que é insito àquela lei sobre a qual, como em fundamento adequado, se baseia a família cristã; é sinal de inquietude e da perturbação que caracteriza a vida hodierna. é, enfim, manifestação das condições sociais e econômicas incertas em que a mesma família vive e, por isso, do perigo que pode ameaçar a solidez, a vitalidade e a felicidade da instituição familiar" (CM, ASS, LVIII 1 (1966), p. 154).

"A Santa Igreja confia, entretanto, que aquela aplicação, posta pelo recente Concílio Ecumênico em ilustrar e promover o bem espiritual do matrimônio e os cuidados pastorais a dispensar-lhe, virá a dar os seus frutos, também pelo que diz respeito à firmeza do vínculo matrimonial; mas, ao mesmo tempo, ela deseja evitar, mediante o estabelecimento de normas oportunas, que o prolongarem-se demasiado os juízos matrimoniais torne mais gravosa ainda a situação espiritual de muitos de seus filhos" (O Estado de S. Paulo 12-6-1971, p. 5).

E, logo após, o padre SALVATORE LENER, redator de *Civiltà Cattolica* (revista dos jesuítas) e o monsenhor VINCENZO FAGLIO, auditor da Sagrada Rota Romana (tribunal da Igreja que processa e julga as causas matrimoniais), em uma série de estudos publicada nos **Anais de Doutrina e Jurisprudência Canônica**, sobre o tema "o amor, elemento ignorado pela fria letra dos códigos, inclusive o canônico", afirmaram que "a falta de amor" poderá ser, futuramente, uma das causas de anulação do casamento na Igreja Católica. Caso em que — afirmam — colocar-se-ia a legislação católica à frente de todas as legislações civis do mundo. A falta de amor no casamento poderia ser a longo prazo incluída na cláusula "defeitos de consentimento", que permite a anulação do sacramento.



# O esgotamento dos recursos internos e a evolução da noção de "vítima" no direito internacional

(com atenção especial à prática referente aos Estados da América Latina)

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Ph.D. (Cambridge), Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Professor Titular de Direito Internacional da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco (Itamaraty), Coordenador da Pós-Graduação em Relações Internacionais da Universidade de Brasília

## SUMÁRIO

I. *Introdução.* II. *O esgotamento dos recursos internos na prática dos Estados americanos.* 1. *A prática dos Estados latino-americanos.* 2. *A prática dos Estados Unidos e Canadá.* 3. *Avaliação.* III. *Questões doutrinárias relativas ao esgotamento dos recursos internos (com atenção especial às teses prevalecentes nos Estados americanos).* IV. *O esgotamento dos recursos internos nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos in-*

---

*Trabalho de pesquisa apresentado pelo Autor, em versão original em forma de conferência ministrada, como Professor Visitante, na Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Ferrara, Itália, em 9 de maio de 1983 e, em versão revista, ampliada e atualizada, em forma de duas conferências proferidas no XII Curso de Direito Internacional da Comissão Jurídica Interamericana, aos 12 e 13 de agosto de 1985, realizado na Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, sob os auspícios da Consultoria Jurídica da Organização dos Estados Americanos (OEA).*

*Ressalta o Autor que os conceitos e argumentos contidos no presente trabalho de pesquisa — aqui reproduzido com autorização prévia do Itamaraty — são emitidos unicamente em sua capacidade puramente pessoal, e em nada hão de ser interpretados como refletindo posições oficiais do Ministério das Relações Exteriores.*

dividuais: antecedentes históricos. V. O esgotamento dos recursos internos no sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos. 1. A prática da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; a) inadmissibilidade e arquivamento de petições por não-esgotamento; b) adiamento da continuação do exame de petições devido ao não-esgotamento; c) pedidos de informações adicionais sobre o esgotamento; d) arquivamento de casos sem prejuízo de reabertura de seu exame; e, adoção de resoluções; f) presunção de ineficácia dos recursos internos; g) atrasos indevidos e denegação de justiça; h) não-aplicação da regra do esgotamento nos chamados "casos gerais"; i) o ônus da prova quanto ao esgotamento. 2. A prática da Corte Interamericana de Direitos Humanos 3. Avaliação e perspectivas. VI. O esgotamento dos recursos internos sob a Convenção Europeia de Direitos Humanos. VII. O esgotamento dos recursos internos em experimentos contemporâneos das Nações Unidas de proteção dos direitos humanos. 1. O pacto das Nações Unidas de Direitos Civis e Políticos e seu protocolo facultativo. 2. A Convenção Internacional das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. 3. O sistema de petições sobre direitos humanos enviadas às Nações Unidas (Comissão de Direitos Humanos da ONU). 4. Avaliação: breve paralelo com o experimento interamericano. VIII. O esgotamento dos recursos internos e a evolução da noção de "vítima" na proteção internacional dos direitos humanos. 1. A construção jurisprudencial europeia. 2. As soluções interamericana e das Nações Unidas. IX. Considerações finais. Notas.

## I. Introdução

No contencioso internacional, tanto no exercício da proteção diplomática de cidadãos no exterior quanto na operação de mecanismos de proteção de direitos individuais, é argumento dos mais utilizados o de que, como os meios de reparação a nível nacional não foram devidamente esgotados, não é permitida a intervenção diplomática ou ação internacional. Esta regra, do esgotamento dos recursos do direito interno, em virtude da qual se deve estender ao Estado a oportunidade de reparar um suposto dano ou ato ilícito no âmbito de seu próprio sistema jurídico interno antes que se possa questionar sua responsabilidade internacional no plano internacional, tem passado por longa evolução histórica, que parece ser hoje estimulada em parte pelos contextos emergentes e distintos em que tem sido invocada.

A exposição da matéria e dos argumentos desenvolvidos no presente estudo segue uma seqüência lógica. Abordaremos de início a questão do esgotamento dos recursos internos na prática dos Estados do continente

americano, para a seguir nos determos em questões doutrinárias — como a da determinação do surgimento da responsabilidade internacional dos Estados e a da denegação de justiça — com atenção especial às teses prevalentes nos Estados americanos. Passaremos, então, gradualmente — através dos experimentos internacionais pioneiros outorgando capacidade processual aos indivíduos —, do plano do direito internacional consuetudinário ao do direito internacional convencional concernente à proteção internacional dos direitos humanos. Assim como anteriormente foi a matéria enfocada com atenção particular à prática dos Estados americanos, a partir daqui a abordaremos com igual atenção à prática dos órgãos internacionais referente aos Estados americanos. De um exame mais detalhado da questão do esgotamento dos recursos internos no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, passaremos a seu tratamento em sistemas congêneres de proteção, a níveis regionais (europeu) e global (mecanismos das Nações Unidas), sempre que possível os relacionando à prática sob o referido sistema interamericano.

Há aspectos da matéria em estudo que parecem permanecer em grande parte inexplorados, a requererem maior estudo e discussão, e constituindo possivelmente *terra nova* ou *incógnita* do direito internacional contemporâneo, em que se adentra o presente estudo: tal é o caso da evolução — ainda inexplorada — da noção de “vítima” na proteção internacional dos direitos humanos, que por isso mesmo merecerá atenção toda especial no presente estudo, em um esforço para ligar certos elementos cuja relação não parece estar até o presente claramente estabelecida. Apresentaremos, enfim, as considerações finais, com base nos dados, argumentos e razões detalhadamente expostos e desenvolvidos no decorrer do presente estudo.

## II. *O esgotamento dos recursos internos na prática dos Estados americanos*

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 (séculos IX e XVII), e posteriormente à intervenção diplomática, em casos sempre de origem *privada* ainda que subsequente patrocínados pelo soberano ou Estado do indivíduo lesado. A consagração da referida regra em cartas de represália, tratados, pareceres e doutrina contribuiu decisivamente para a gradual cristalização do princípio do esgotamento dos recursos do direito interno no direito internacional e sua definitiva consolida-

ção como regra do direito internacional consuetudinário já em fins do século XIX <sup>(1)</sup>.

Em sua evolução histórica, a regra do esgotamento dos recursos internos revestiu-se de um caráter essencialmente *preventivo*: como *conditio sine qua non* para o exercício de represálias (em passado mais distante) e para o exercício da proteção diplomática (nos tempos modernos), não raro a referida 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>(2)</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>(3)</sup>.

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>(4)</sup>. Mas se a jurisprudência dos tribunais internacionais sobre o tema possa vez por outra ter-se mostrado inconclusiva <sup>(5)</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 <sup>(6)</sup>, é sempre recomen-

(1) Para um estudo detalhado, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Origin and Historical Development of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law" 12 *Revue Beige de Droit International / Belgisch Tijdschrift voor Internationaal Recht* (1976) pp. 409-527.

(2) 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.

(3) A. A. CANÇADO TRINDADE, "A Denegação de Justiça no Direito Internacional: Doutrina, Jurisprudência, Prática dos Estados", *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal n. 15, n. 62, abr./jun. 1979, pp. 23-40.

(4) L. REITZEL, *La Réparation comme Conséquence de l'Acte Illicite en Droit International*, Paris, Sirey, 1938, pp. 131-133.

(5) J. R. W. VERZIJL, *International Law in Historical Perspective*, vol. VI, Leiden, Sijthoff, 1973, pp. 634-636, cf. também pp. 637-639 e 731-735.

(6) Cf., recentemente, A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 1-421.

dável que se proceda a tal estudo com uma visão clara do contexto histórico em que evoluiu a regra no decorrer de muitos séculos<sup>(7)</sup>. O exame da prática dos Estados pode em muito auxiliar nesse propósito; como já procedemos ao exame da rica prática dos Estados europeus a respeito em estudo à parte<sup>(8)</sup>, nos parágrafos que seguem destacaremos exemplos extraídos da prática dos Estados americanos em particular.

### 1. A prática dos Estados latino-americanos

Um estudo da regra dos recursos internos na prática dos Estados latino-americanos poderia desenvolver-se no contexto mais amplo do princípio do *dever de não-intervenção*<sup>(9)</sup> consistentemente defendido por aqueles Estados. Ultrapassando tal tarefa os propósitos do presente estudo, limitar-nos-emos ao exame da posição assumida pelos Estados latino-americanos em relação à questão do esgotamento dos recursos internos em particular. Foi esse requisito invocado em diferentes casos de reclamações de estrangeiros na América Latina<sup>(10)</sup> assim como de reclamações de latino-americanos no exterior<sup>(11)</sup>.

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<sup>(12)</sup>. 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"<sup>(13)</sup>. Este foi apenas um dos muitos casos de aplicação da chamada cláusula Calvo, pela qual uma pessoa, ao concluir um contrato com um governo

(7) 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.

(8) Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Origin and Historical Development..."; *op. cit.* supra n. 1, pp. 514-518, para a prática do Reino Unido, França, Itália e Suíça.

(9) 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, documento OEA/Ser. I/VI. 2 — CIJ-61, de janeiro de 1962, pp. 3-27.

(10) *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", 47 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1934) pp. 107-108 n. 1; *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, Série B, seção 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 Apresentado...*, *op. cit.* infra n. 24, pp. 19-20.

(11) 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).

(12) OEA, documento OEA/Ser. I/VI. 2 — CIJ-61, de janeiro de 1962, p. 39; A. V. FREEMAN, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, London, Longmans, 1938, p. 458.

(13) Cf. in J. M. Yepes, *op. cit.* supra n. 10, p. 106.

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 (14).

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 (15). Tem-se também asseverado que a cláusula Calvo codifica a regra do esgotamento dos recursos internos (16). 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 (17) (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 (18); 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) (19).

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

(14) C. CALVO, *Le Droit International Théorique et Pratique*, 5.<sup>a</sup> ed., Paris, A. ROUSSEAU ed., 1896, vol. I, §§ 185-205, pp. 322-331; vol. III, §§ 1280-1297, pp. 142-156; vol. IV, § 256, p. 331; e cf. também *ibid.*, vol. I, § 110, p. 267; vol. III, § 1278, p. 140.

(15) P. GUGGENHEIM, *Traité de Droit International Public*, vol. II, Genève, Georg, 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 ARECHAGA, "International Responsibility", *Manual of Public International Law* (ed. M. Sorensen), London, MacMillan, 1968, pp. 590-593; e cf. C. SEPOLVEDA, *Curso de Derecho Internacional Público*, 5.<sup>a</sup> 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. 1 ss.

(16) A. SARHAN, *L'épuisement des Recours Internes en Matière de Responsabilité Internationale* (tese), Paris, Université de Paris, 1962, p. 77.

(17) C. H. F. LAW, *The Local Remedies Rule in International Law*, Geneva, Droz, 1961, pp. 127-130.

(18) J. CHAPPEZ, *La Règle de l'épuisement des Voies de Recours Internes*, Paris, Pédone, 1972, 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.

(19) J. CHAPPEZ, *op. cit.* supra n. 18, pp. 81-83; cf. também D. R. SHEA, *op. cit.* supra n. 15, pp. 256-266.

vários tratados celebrados entre países latino-americanos e europeus<sup>(20)</sup> assim como países latino-americanos entre si<sup>(21)</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>(22)</sup>.

Outro experimento (utilizado pelo México) consistia em estabelecer comissões de reclamações internas (em 1911) com a finalidade de julgar ações interpostas por estrangeiros<sup>(23)</sup>. A prática do Brasil registra diversos exemplos de aplicação do requisito do prévio esgotamento dos recursos de direito interno, no segundo meado do século XIX<sup>(24)</sup> e em diferentes épocas<sup>(25)</sup>, em casos de reclamações de estrangeiros no Brasil; o Ministro das Relações Exteriores reafirmou em termos inequívocos o princípio do esgotamento dos recursos internos ao expor em 1895 as diretrizes do

(20) Cf. sete desses tratados enumerados in J. M. YEPES, *op. cit. supra* n. 10, pp. 104-105 n. 1; cf. também C. P. PANAYOTACOS, *La Règle de l'Épuisement des Voies de Recours Internes*, Marseille, Mouillot, 1952, p. 56 n. 39.

(21) Cf. onze desses tratados in J. M. YEPES, *op. cit. supra* n. 10, pp. 103-104 n. 1.

(22) A. V. FREEMAN, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, London, Longmans, 1938, 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 e 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.

(23) 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, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, N.Y., Banks Law Publ. Co., 1916, 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.

(24) Para exemplos ocorridos em 1856, 1882, 1895 a 1897, cf. *Relatório da Repartição dos Negócios Estrangeiros* (apresentado à Assembléa Geral Legislativa na 4.ª sessão da 9.ª 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*, Rio de Janeiro, Typ. do Jornal do Commercio (de Rodrigues & Cia.), 1912, vol. I (1493-1870), p. 208, e vol. II (1871-1912), pp. 114, 217-218 e 251; 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 opoñdo 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 — CLJ-61, de janeiro de 1962, p. 38; e cf. também J. M. CARDOSO DE OLIVEIRA, *op. cit. supra*, vol. II, pp. 55-56; e cf. J. Irizarry y Puente, *op. cit. supra* n. 22, pp. 386-388.

(25) Como, *inter alia*, o do caso *H. Loundes v. Banco do Brasil* (1897); cf. J. IRIZARRY Y PUENTE, *op. cit. supra* n. 22, pp. 392-393. Cf., ademais, parecer de 1951 de Levi Carneiro, in Ministério das Relações Exteriores, *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das Relações Exteriores* (1946-1951), ed. MRE, 1967, pp. 539-542. Cf. também *Relatório do M.R.E. de 1896*, cit. supra n. 24, pp. 16-17, e cf. p. 14 e Anexo 1, n.º 7, p. 16.

governo brasileiro no tratamento de reclamações estrangeiras<sup>(26)</sup>. Em recente caso de pedido de proteção diplomática (de 1976) de escritório do Banco do Estado de São Paulo (BANESPA) em Beirute, por danos sofridos em decorrência da guerra civil no Líbano, o Ministério das Relações Exteriores do Brasil opinou que o Banco deveria primeiramente esgotar os recursos internos no Líbano, só se justificando intervenção diplomática — uma vez esgotados tais recursos em caso de denegação de justiça<sup>(27)</sup>.

No tocante à solução pacífica de controvérsias internacionais, o artigo VII do Tratado Americano de Soluções Pacíficas (ou Pacto de Bogotá, de 1948) condiciona as representações diplomáticas — na proteção de cidadãos no exterior — ao prévio esgotamento dos recursos internos<sup>(28)</sup>. A prática dos Estados latino-americanos sobre o esgotamento de recursos do direito interno deixou traços também em tentativas de codificação do direito relativo à responsabilidade do Estado por danos causados a estrangeiros<sup>(29)</sup> (cf. infra). O estudo da posição dos países latino-americanos em relação à regra dos recursos internos se estende igualmente à sua vasta prática de conferências internacionais, que deu origem a diversos instrumentos relevantes contendo asserções do princípio do esgotamento dos recursos internos<sup>(30)</sup>. Aos 25 de agosto de 1961, a Comissão Jurídica

- (26) 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. — Mas, para casos cuja solução não foi muito clara, cf. J. M. CARDOSO DE OLIVEIRA, op. cit. supra n. 24, vol. I, pp. 280 e 304, e cf. p. 393; CLOVIS BEVILÁQUA, *Direito Público Internacional*, vol. I, Rio de Janeiro, Livr. Francisco Alves, 1910, pp. 217-218.
- (27) A. A. CANÇADO TRINDADE, *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1961-1981)*, Brasília, FUNAG/MRE, 1984, pp. 155-156.
- (28) Texto in OEA, documento OEA/Ser. I/VI. 2 — CIJ-81, 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 Exponeto de las Reclamaciones Internacionales", *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional* (1963) pp. 51-52.
- (29) Cf. principalmente: *Reporteur G. GUERRERO* (Subcomissão, 1926), "Report of 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 — Documentos (ed. S. Rosenne), N.Y., Oceana, 1972, pp. 116-117 e 127-128, cf. pp. 118-131; F. V. GARCIA AMADOR, "First Report on State Responsibility", *Yearbook of the International Law Commission (1956)* — II, p. 205 § 189.
- (30) Cf. principalmente: I Conferência (1889-1890): declaração de uma comissão de estudo; II Conferência (1901-1902): artigo 3 de uma convenção sobre direitos de estrangeiros; VI Conferência (1928): artigo 2 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; VIII Conferência (1938): proposta mexicana segundo 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; I. Fabela, *Intervention*, Paris, Pédone, 1961, pp. 156-186 e 178; OEA, documento OEA/Ser. I/VI. 2 — CIJ-81, de janeiro de 1962, p. 39.



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 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>(31)</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>(32)</sup>.

## 2. A prática dos Estados Unidos e Canadá

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<sup>(33)</sup>, 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 tornaria-se 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"<sup>(34)</sup>; ou onde os recursos internos não mais tivessem sido utili-

(31) 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.

(32) OEA, documento OEA/Ser.L/VI.2 — CIJ-61, de 1962, p. 37, cf. pp. 37-41. Em seu primeiro relatório (de 1956) sobre a responsabilidade dos Estados à Comissão de Direito Internacional da ONU, García Amador (*op. cit. supra* n. 29, p. 205, § 186) 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 estaria, de qualquer modo, 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.

(33) J. B. MOORE, *A Digest of International Law*, vol. VI, Washington, Government Printing Office, 1906, pp. 652-671.

(34) J. B. MOORE, *op. cit. supra* n. 33, vol. VI, p. 677.

zados<sup>(35)</sup>, ou ainda onde fossem considerados insuficientes<sup>(36)</sup>. 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<sup>(37)</sup>.

A prática norte-americana do século presente aparentemente não sofreu quaisquer transformações substanciais com relação ao tema<sup>(38)</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>(39)</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>(40)</sup>. Em diversas ocasiões subsequentes foi tal princípio expressamente reiterado pelo Departamento de Estado<sup>(41)</sup>.

(35) Cf. *ibid.*, p. 682.

(36) In *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. 681 e 686-689.

(37) Cf. vários casos ilustrando pontos diversos. in *ibid.*, pp. 651-693.

(38) Cf. o caso *Ferrás*, in *ibid.*, pp. 672-675.

(39) MS. Department of State, file 10877, cit. in G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, Washington, Government Printing Office, 1943, p. 501.

(40) Cit. in M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 3, Washington, Department of State Publ., 1970, p. 770.

(41) In M. M. WHITEMAN, *op. cit.* supra n. 40, vol. 3, pp. 771-772; G. H. HACKWORTH, *op. cit.* supra n. 38, 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 da aplicação da regra dos recursos internos in E. M. Borchard, *op. cit.* supra r. 23, 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 permitida 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. 40, vol. 3, 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. 185.

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 (42). 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 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” (43). E, em parecer de 1965, a Comissão Jurídica Interamericana (cf. também supra) 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” (44).

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 (45). 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” (46). 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 esgota-

(42) 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, *op. cit.* supra n. 22, 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. 39, vol. V, p. 511, e *cf.* p. 519, e *cf.* também supra.

(43) 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.

(44) OEA, documento OEA/Serv. I/VI.2-CIJ-78, de setembro de 1965, pp. 10-11.

(45) 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. Gotlieb), in *Canadian Yearbook of International Law* (1965) pp. 326-327.

(46) *Canadian Practice — 1964*, *ibid.*, p. 327.

mento 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 (47).

Esse mesmo ponto de vista foi adotado pelo governo canadense em outras ocasiões (48). 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 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" (49).

### 3. Acaliação

Foi após 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 (estes últimos limitando-a aos recursos jurisdicionais e as primeiras estendendo-a também aos recursos não-jurisdicionais) (50); hoje, no entanto, após vasta prática internacional e numerosas decisões sobre a matéria, a terminologia e expressões utilizadas na definição da regra parecem ser empregadas como se fossem sinônimas (51).

(47) *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.

(48) *Canadian Practice — 1967*, cit. supra n. 47, pp. 264-265; cf. também *Canadian Practice — 1968* (ed. J.A. Beesley), in *Canadian Yearbook of International Law* (1970) p. 359.

(49) *Canadian Practice — 1968* (ed. A. E. Gotlieb e J. A. Beesley), in *Canadian Yearbook of International Law* (1968) pp. 314-315.

(50) A. A. CANÇADO TRINDADE, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 48, e fontes ali citadas.

(51) *Local redress rule e rule of exhaustion of local remedies; la règle de l'épuisement des voies de recours internes; Die Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe (ou Rechtswege); la regla del escaurimento del ricorsi interni; la regla del agotamiento de los recursos internos; a regra do esgotamento dos recursos internos.* 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).

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 jurídico 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>(52)</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. Como é sabido, os casos clássicos de aplicação da regra dos recursos internos sempre tiveram uma origem *privada*, envolvendo uma reclamação de um particular, subsequentemente patrocinada 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. No decorrer de seu desenvolvimento histórico, o âmbito da regra dos recursos internos limitou-se invariavelmente 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.

(52) Cf. discussão *infra*, e, para um exame recente em detalhes, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "A Determinação do Surgimento da Responsabilidade Internacional dos Estados", 49-50 *Revista de Direito Público* (1980) pp. 133-153.

Há aqui, no mínimo, uma presunção a favor da proteção dos direitos individuais fundamentais a ser exercida por órgãos internacionais, em contexto fundamentalmente 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>(53)</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*.

### III. *Questões doutrinárias relativas ao esgotamento dos recursos internos (com atenção especial às teses prevaletentes nos Estados americanos)*

O relato acima revela a contribuição da prática dos Estados americanos à consolidação da regra do esgotamento dos recursos internos como princípio consagrado do direito internacional. A contribuição dos Estados americanos manifestou-se, porém, também no campo doutrinário e em tentativas de codificação da matéria. Fornecem ilustrações pertinentes à questão da determinação do surgimento da responsabilidade internacional dos Estados e a noção de denegação de justiça.

Quanto à primeira, as duas correntes teóricas principais acerca da relação entre a regra do esgotamento dos recursos internos e o nascimento da responsabilidade internacional do Estado derivam da consideração da natureza jurídica da regra como sendo de direito substantivo ou processual. Se se admite ser ela uma regra substantiva, tanto a responsabilidade do Estado quanto sua possível implementação por meio do exercício da proteção diplomática se configuram no mesmo instante, uma vez esgotados os recursos internos. Se se admite ser ela uma regra processual, embora coincida o nascimento da responsabilidade do Estado com o ato internacionalmente ilícito (e sua imputação ao Estado), não se permite a implementação da responsabilidade por meio da proteção diplomática até que se esgotem os recursos internos. As duas correntes de opinião se manifestaram nos trabalhos da Conferência de Codificação de Haia de 1930, tanto em seus trabalhos preparatórios (1928-1929) quanto nos debates da Conferência propriamente dita (1930).

(53) Cf. considerações infra, e cf., em nível global: resolução 1 (XXIV) de 13/08/1971, da Subcomissão (da ONU) de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias, art. 4 (b), consoante a resolução 1503 (XLVIII) do ECOSOC, de 27/5/1970, art. 6 (b) (1); Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU, art. 41 (c); Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Civis e Políticos, arts. 2 e 5 (2) (b); Convenção Internacional da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, arts. 11 (3) e 14 (7) (a); Regulamento do Conselho de Tutela da ONU, regra 81. E, em nível regional: Convenção Europeia de Direitos Humanos, arts. 26 e 27 (3); Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 46 (1) (a) e (2) (b); Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, arts. 19 (a) e 20 (c); Regulamento da Comissão Interamericana, art. 34.

O primeiro dos documentos preparatórios, o Relatório de J. G. Guerrero (1926) sobre a responsabilidade dos Estados, endossou implicitamente a tese substantiva da regra do esgotamento de recursos<sup>(54)</sup>. Em resposta a questionário enviado aos governos pela Comissão Preparatória, Canadá<sup>(55)</sup> e Estados Unidos<sup>(56)</sup> — dentre os Estados americanos — favoreceram de modo geral o parecer de que a responsabilidade estatal tinha início e se implementava somente após o esgotamento dos recursos internos, ao passo que, e.g., o Chile<sup>(57)</sup> preferiu não identificar sua posição sobre este ponto. Durante os debates da Conferência de 1930, enquanto o México<sup>(58)</sup> e a Colômbia<sup>(59)</sup> se inclinaram pela tese de que somente após o esgotamento completo de todos os recursos internos poder-se-ia na prática invocar a responsabilidade do Estado, El Salvador<sup>(60)</sup> apoiou o ponto de vista de que enquanto a iniciação do processo dependia do esgotamento dos recursos internos, a responsabilidade do Estado se configurava no próprio momento de ocorrência do fato. Os Estados Unidos<sup>(61)</sup> pareciam buscar uma “acomodação” entre as duas correntes de pensamento.

Tornou-se claro desde o início que o âmago da questão residia no problema clássico, não resolvido pela doutrina jurídica, do momento do surgimento da responsabilidade (para o propósito de sua invocação) — se após esgotados os recursos do direito interno (a regra do esgotamento sendo assim de natureza substantiva), ou se no momento do cometimento do ilícito internacional (a regra assim se revestindo de natureza processual), anteriormente ao exercício da proteção diplomática. Os Estados participantes nem sempre compreenderam claramente a própria distinção básica entre o nascimento e a implementação da responsabilidade dos Estados (em relação à regra do esgotamento dos recursos internos), muito embora jamais se tenha pretendido — conforme indicam os trabalhos preparatórios da Conferência — discutir a questão do nascimento da responsabilidade dos Estados *in abstracto*, mas sim debatê-la para os propósitos de sua implementação nas relações internacionais. Donde a grande importância da regra do esgotamento dos recursos internos nesse contexto.

(54) Liga das Nações, doc. C.46.M.23.1926.V, anexo ao questionário n.º 4, parte VI. Mas cf. os pareceres subsequentes de J.G. Guerrero sobre a regra do esgotamento, transcritos in 45 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1954-I, pp. 67/68). E cf. os comentários sobre o relatório de Guerrero de 1926, de E.M. Borchard, “Theoretical Aspects of the International Responsibility of States”, 1 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1929) pp. 223/250, esp. pp. 237/238, 241/246 e 250; e cf. E. M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, NY, Banks Law Publ. Co., 1916, pp. 350 e 354.

(55) Liga das Nações, doc. C.75a.M.69a.1929.V, *Bases of Discussion for the Conference Drawn up by the Preparatory Committee*, vol. III, 1929, p. 4.

(56) *Ibid.*, p. 23 (de certo modo hesitante ou menos categórico).

(57) Cf. *ibid.*, doc. C.75.M.69.1929.V, pp. 183-184 (carta de 23-8-1928).

(58) Liga das Nações, doc. C.351(c) M.145(e) 1930.V, *Acts of the Conference for the Codification of International Law*, vol. IV, *Minutes of the Third Committee*, 1930, p. 72.

(59) *Ibid.*, p. 78.

(60) *Ibid.*, pp. 80-81.

(61) *Ibid.*, pp. 73-74 e cf. p. 186.

As controvérsias e incertezas que persistiram <sup>(62)</sup> levaram os dezessete países participantes dos trabalhos à conclusão (em 4 de abril de 1930) de que o projeto de convenção lhes era insatisfatório; mesmo assim, já então a tese substantiva da regra angariara mais apoio do que a tese processual, a exemplo das intervenções dos delegados do México (Suarez) <sup>(63)</sup> e da Colômbia (Urrutia) <sup>(64)</sup>, para os quais a regra do esgotamento condicionava o próprio nascimento da responsabilidade internacional. Mas os desacordos foram fatais aos trabalhos da Conferência sobre a responsabilidade dos Estados. Como posteriormente confessou um de seus ativos participantes, as incertezas em que incorreram muitas delegações entre as questões distintas do nascimento e da implementação da responsabilidade dos Estados, e a polarização das delegações nos dois campos opostos da regra do esgotamento dos recursos internos — um mantendo que a responsabilidade internacional dos Estados surgia somente após o esgotamento de tais recursos, outro sustentando que a responsabilidade tinha início no momento da concretização do ato ilícito — constituíram “indubitavelmente” as principais razões do “fracasso” da Conferência de Codificação de Haia de 1930 <sup>(65)</sup>.

Somente três décadas depois a matéria seguiria novo e elucidativo desenvolvimento, no âmbito regional, com o já citado Parecer de 1961, da Comissão Jurídica Interamericana, em que esta declarou que, no entender de dezesseis países latino-americanos, no continente americano a regra do prévio esgotamento dos recursos internos antecedendo as reclamações diplomáticas era “não meramente processual mas substantiva” <sup>(66)</sup>. Dentre os autores latino-americanos, e.g., ACCIOLY <sup>(67)</sup> e JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA <sup>(68)</sup> defenderam a teoria substantiva da regra do esgotamento de recursos internos. Em outro Parecer, de 1965, a Comissão Jurídica Interamericana, ao expor a posição dos Estados Unidos sobre os princípios regendo a responsabilidade dos Estados (distinta da posição latino-americana, supra), observou que era a implementação — e não o nascimento — da responsabilidade do Estado que ordinariamente se subordinava à regra do esgotamento <sup>(69)</sup>. A teoria processual da regra encontrou apoio, e.g., na tese de Eagleton <sup>(70)</sup> e no projeto de convenção de 1961

(62) Para um estudo detalhado, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “The Birth of State Responsibility and the Nature of the Local Remedies Rule”, 56 *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques* (1978) pp. 158-163.

(63) *Acts — Minutes of the Third Committee*, cit. supra n. 58, p. 72.

(64) *Ibid.*, p. 78.

(65) Declarações de J. G. GUERRERO transcritas in 45 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1954)-1, p. 87.

(66) Organização dos Estados Americanos, doc. OEA/Ser. I/VI. 2 — CIJ-61, capítulo XI, p. 37.

(67) H. ACCIOLY, *Tratado de Direito Internacional Público*, volume I, Rio de Janeiro, Imprensa Oficial, 1933, p. 352.

(68) E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, “International Responsibility”, in *Manual of Public International Law* (ed. M. Sorensen), London, MacMillan, 1968, pp. 583/584.

(69) Organização dos Estados Americanos, doc. OEA/Ser. I/VI. 2 — CIJ-78, artigos I e IX, pp. 7 e 10/11.

(70) C. EAGLETON, *The Responsibility of States in International Law*, N. Y., University Press, 1928, pp. 95 e 97/99.



da Harvard Law School (Sohn e Baxter) sobre a Responsabilidade dos Estados <sup>(71)</sup> (invertendo seu ponto de vista anterior, de 1929, de Borchard).

Assim, em suma, para os adeptos da teoria processual da natureza da regra do esgotamento dos recursos internos — a posição norte-americana — o aspecto ou momento crucial é o da violação inicial do direito internacional ou o ato internacionalmente ilícito, ao passo que, para os partidários da tese substantiva — a posição latino-americana — o momento crucial para o nascimento da responsabilidade internacional é o da denegação de justiça após o esgotamento dos recursos internos. Na primeira hipótese, pode o Estado eximir-se da responsabilidade ao reparar os danos (*local redress*), enquanto que na segunda, o Estado somente incorrerá em responsabilidade se deixar de reparar os danos (falta de *local redress*). Todas as chamadas teorias *explanatórias* da regra do esgotamento dos recursos internos — *délit international complexe*, *dédoublement fonctionnel*, regra de conflito, regra de *policy* ou conveniência — tendem em última análise a convergir para a dicotomia básica das teses substantiva e processual <sup>(72)</sup>.

Um estudo sério da regra do esgotamento dos recursos internos não pode minimizar o fato de que, na prática, e especialmente em nossos dias, a regra tem sido invocada e aplicada em contextos fundamentalmente distintos. No contexto da responsabilidade dos Estados por danos causados a estrangeiros, muitas vezes os Estados atribuíram expressamente à regra um caráter substantivo, talvez desejosos de enfatizar seu caráter *preventivo vis-à-vis* o exercício da proteção diplomática de base interestatal discricionária. Todavia, persiste a impressão de que, ao levantar exceções de não-esgotamento de recursos como um “obstáculo substantivo” à intervenção diplomática, na prática os Estados se preocuparam e se preocupam menos com o nascimento da responsabilidade internacional do que com sua *implementação* pelo exercício da intervenção diplomática.

Em contexto distinto, o da proteção internacional convencional contemporânea dos direitos individuais, a formulação expressa da regra em tratados internacionais toma a forma de uma condição de admissibilidade de reclamações internacionais. Pouco se pode duvidar de que nesse contexto a regra do esgotamento se aplique como regra de processo, como uma objeção dilatória ou exceção temporal de caráter processual. Contudo, tendo em vista a atual função e prática dos tribunais nacionais na aplicação da regra do esgotamento dos recursos do direito interno de acordo

(71) Cf. texto (artigo 1) in 55 *American Journal of International Law* (1961) p. 548; e vd. L. B. SOHN e R. R. BAXTER, “Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens”, 55 *A.J.I.L.* (1961) p. 548; L. B. SOHN e R. R. BAXTER, “(Draft) Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens”, in *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens* (by F. V. GARCÍA AMADOR, L. B. SOHN, R. R. BAXTER), N. Y., Oceana, 1974, pp. 261/263.

(72) Cf. discussão in A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit. supra* n. 62, pp. 164-176.

com dispositivos de tratados sobre proteção de direitos individuais, e projetando sobre futuro próximo a atual natureza "processual" da regra nesse contexto, é bem possível se possa chegar a uma caracterização diferente da regra em futuro breve (73).

Quanto à segunda questão, a da denegação de justiça, já bem se observou que, no direito internacional geral, os conceitos de denegação de justiça e esgotamento dos recursos internos interagem para formar a base da maioria das reclamações internacionais (74). Com efeito, a jurisprudência arbitral internacional atinente a Estados latino-americanos fornece diversos exemplos da dificuldade de determinação do âmbito ou alcance da noção de denegação de justiça. É este um tema em relação ao qual não se pode negligenciar a contribuição latino-americana, particularmente no sentido de fazer vingar uma interpretação mais restritiva do conceito de denegação de justiça (75) (cf. infra). No entanto, na referida jurisprudência arbitral, advogou-se, por exemplo, ponto de vista particularmente amplo da denegação de justiça tanto no caso *El Triunfo Company (EUA) versus El Salvador (1902)* (76) quanto no caso *Robert E. Brown (EUA) versus Grã-Bretanha (1923)* (77), em que se afirmou que não só os atos dos tribunais, mas também os dos governantes de um país — recaindo assim sobre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário — poderiam acarretar e contribuir para a configuração da denegação de justiça. A sentença no caso *Interoceanic Railway of Mexico et al. (Grã-Bretanha) v. México (1931)* (78), igualmente, sustenta a teoria de que a responsabilidade por denegação de justiça pode não restar necessariamente com as autoridades judiciais apenas, mas também com as não-judiciais, embora no caso se tivesse concluído que não ocorrera denegação de justiça.

Adotou-se noção mais estreita de denegação de justiça no caso *Antoine Fabiani (França v. Venezuela, 1896)* (79), envolvendo falhas de execução de uma sentença arbitral estrangeira provida de *exequatur* interno; a denegação de justiça foi então considerada em relação a atos

(73) Cf. discussão in A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Remedies in International Law and the Role of National Courts", 17 *Archiv des Völkerrechts* (1978-77) n. 3, pp. 1/38.

(74) A. A. CANÇADO TRINDADE, "Denial of Justice and Its Relationship to Exhaustion of Local Remedies in International Law", 33 *Philippine Law Journal* (1978) pp. 404-420; A. A. CANÇADO TRINDADE, "A Denegação de Justiça no Direito Internacional: Doutrina, Jurisprudência, Prática dos Estados", *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, a. 16, n. 62, abr./jun. 1979, pp. 23-40; cf. os dois estudos acima também para o desenvolvimento histórico da noção de denegação de justiça.

(75) Adequadamente limitada a conduta errônea de tribunais ou juizes i.e. dos órgãos judiciais encarregados da administração apropriada da justiça. Tal é a posição adotada, e.g., no Brasil, por BEVILACQUA e ACCIOLY, cf. C. BEVILACQUA, *Direito Público Internacional*, vol. I, Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1911, p. 219; H. ACCIOLY, "Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence", 96 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1959) pp. 378-385.

(76) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XV, pp. 459-479.

(77) *Ibid.*, vol. VI, pp. 120-131.

(78) *Ibid.*, vol. V, pp. 178-190 e 133.

(79) *Ibid.*, vol. X, pp. 83-139.

de autoridades judiciais (negação de acesso aos tribunais, atrasos indevidos, pressão do Executivo sobre os tribunais, suspensão do processo). No caso *Cotesworth e Powell* (Grã-Bretanha v. Colômbia, 1875) <sup>(80)</sup>, examinou-se a denegação de justiça no contexto de má conduta na administração da justiça e impossibilidade de execução de um julgamento (devido a um ato de anistia livrando o culpado das conseqüências de seus atos); traçou-se uma distinção entre a denegação de justiça e atos de injustiça notória, o primeiro conceito cobrindo, e.g., atrasos indevidos e recusas dos tribunais a proferir julgamentos de modo apropriado, e o segundo aplicando-se a sentenças pronunciadas e executadas em manifesta violação do direito (estendendo-se, assim, além da recusa de acesso aos tribunais).

No caso *Janes (EUA) v. México* (1925) <sup>(81)</sup>, configurou-se a denegação de justiça em relação à falha das autoridades em apreender um homicida, ao passo que no caso *Massey (EUA) v. México* (1927) <sup>(82)</sup> disse ela respeito à falha das autoridades em punir um homicida, tendo se afirmado que a responsabilidade pode existir por atos de má conduta de quaisquer funcionários, qualquer que seja seu *status* ou posição hierárquica. No caso *North American Dredging Company of Texas (EUA) v. México* (1926) <sup>(83)</sup>, manteve-se uma cláusula Calvo, impedindo o reclamante de apresentar o caso a seu governo (em relação à matéria contratual em questão), mas a cláusula não seria operante no evento de uma denegação de justiça em violação do direito internacional.

No caso *Martini* (Itália v. Venezuela, 1930) <sup>(84)</sup>, considerou-se a denegação de justiça em relação a uma decisão de uma Corte de Cassação nacional, cobrindo as questões da conduta dos juizes e de julgamentos errôneos ou injustos (dos tribunais internos), contrários a sentenças internacionais. No caso *Neer (EUA) v. México* (1926) <sup>(85)</sup>, levantou-se a questão da denegação de justiça em relação a *standards* internacionais, considerando-se desnecessária ou impertinente a distinção entre seu sentido lato (i.e., aplicando-se a atos das autoridades do Executivo e Legislativo, assim como a atos dos tribunais) e seu sentido restrito (aplicando-se a atos do Judiciário) <sup>(86)</sup>. De modo semelhante, no caso *Eliza* (EUA v.

(80) In J. B. MOORE, *History and Digest of International Arbitrations*, vol. II, Washington, Government Printing Office, 1898, pp. 2050-2085. E cf. também o caso *Interocean Transportation Company of America (Grã-Bretanha) versus Estados Unidos* (1937), *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* (1935-1937) (ed. H. Lauterpacht), pp. 276-278 e pp. 272-274, para a regra do esgotamento dos recursos internos.

(81) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, pp. 82-98 e 138.

(82) *Ibid.*, pp. 155-164.

(83) *Ibid.*, pp. 26-35.

(84) *Annual Digest of Public International Law Cases* (1929-1930) (ed. H. Lauterpacht), pp. 153/158. Cf. também debate (sobre procedimentos em tribunais internos) no caso *Salem* (EUA v. Egito, 1932), in *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, pp. 1188/1203.

(85) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, pp. 60/66 e 138.

(86) Cf. *ibid.*, p. 61.

Peru, 1963) <sup>(87)</sup>, sustentou-se que o tratamento de estrangeiros deveria ser determinado em relação ao direito internacional (a denegação de justiça, no caso, consistindo em falha em dar efeito a uma decisão judicial de proteção).

No caso *Chattin (EUA) v. México* (1927) <sup>(88)</sup>, elaborou-se uma distinção entre responsabilidade indireta e direta, a primeira abrangendo, e.g., falta de proteção pelo Judiciário contra atos de indivíduos lesando um estrangeiro, e a segunda resultando de atos de funcionários do governo não relacionados com atos ilícitos prévios de indivíduos; a situação seria idêntica em relação ao dano, se causado pelo Judiciário ou pelo Executivo, e a denegação de justiça propriamente dita só ocorreria em relação a atos que implicassem ou acarretassem responsabilidade indireta.

Seria pertinente aqui observar que, por muito que tenham os casos acima clarificado a questão da denegação de justiça, desenrolaram-se eles no contexto mais amplo do tratamento de estrangeiros, em época em que o exercício da proteção diplomática era o mecanismo por excelência da implementação da responsabilidade internacional do Estado. Isto não é mais inteiramente verdadeiro hoje <sup>(89)</sup>, tendo tal prática se tornado alvo de crítica com fundamentos distintos, e tendo as condições e circunstâncias da vida internacional, e o comportamento e as atitudes dos Estados nas relações entre si modificado sensivelmente.

Não obstante, a jurisprudência (acima) revela uma certa uniformidade de opinião em um ou dois pontos: a ação internacional não pode se efetuar até que se tenham esgotado em vão os recursos do direito interno com o conseqüente estabelecimento de uma denegação de justiça, e não se pode presumir tal denegação até que se esgotem sem sucesso os recursos internos. Tal foi a posição tomada, e.g., nas *Arbitragens Venezuelanas* de 1903. O árbitro da Comissão Italo-Venezuelana sustentou no caso *De Caro* que, como o reclamante não se valera do direito — sob o Código de Processo Civil venezuelano — de interpor um recurso diante de um tribunal nacional, não poderia receber reparação pelos danos: “certamente antes que pudesse ele recorrer a um tribunal internacional, uma vez terminada sua ação diante do tribunal [interno], deveria estar ele em condições de demonstrar a ocorrência de real denegação de justiça concernente ao assunto de sua apelação” <sup>(90)</sup>. E no caso *Puerto Cabello etc., Railway*,

(87) A. de LA PRADALLE/N. POLITIS, *Recueil des Arbitrages Internationaux*, vol. II, Paris, Ed. Internationales, 1957, pp. 271/280. Em sua note doctrinale muito citada sobre o caso os autores se referem à “notion du déni de justice, dont le caractère fuyant et complexe semble défier toute définition” (ibid., p. 280).

(88) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, pp. 282/312.

(89) Reconhece-se hoje que o apogeu dos temas da denegação de justiça e do esgotamento dos recursos internos, tal como tradicionalmente abordados no tratamento de estrangeiros particularmente, pertence ao passado; cf. ROBERTO AGO, “First Report on State Responsibility”, *Yearbook of the International Law Commission* [1960]-II, p. 137.

(90) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, pp. 643/644.

o árbitro da Comissão Britânico-Venezuela declarou que não se poderia presumir uma denegação de justiça uma vez que a companhia reclamante havia preferido utilizar-se da ação diplomática sem ter recorrido previamente aos tribunais internos venezuelanos para solucionar as questões em litígio<sup>(91)</sup>.

O problema do alcance da denegação de justiça foi debatido também perante a Corte Permanente de Justiça Internacional (casos *Losinger*, 1936, e da *Companhia de Eletricidade de Sofia e Bulgária*, 1939)<sup>(92)</sup>. Tanto o contencioso judicial e arbitral internacional quanto a prática dos Estados levantaram o problema da interação entre a denegação de justiça e o esgotamento dos recursos internos<sup>(93)</sup>. No campo doutrinário, já se observou, e.g., que a denegação de justiça surge geralmente nos casos em que se aplica o princípio do esgotamento dos recursos internos (ocorrendo uma falha nestes); a primeira é um tipo de ato internacionalmente ilícito constituído pela falha do Estado em seus deveres de proteção judicial a estrangeiros, ao passo que o segundo constitui uma regra que afeta — segundo uma corrente de interpretação — menos as condições de existência da responsabilidade do que as condições de exercício da reclamação<sup>(94)</sup>.

Tanto o *Institut de Droit International* quanto a Comissão de Direito Internacional da ONU discorreram sobre a questão do relacionamento entre a regra do *local redress* e a denegação de justiça. A questão foi

- (91) *Ibid.*, vol. IX, p. 527 (o caso também ilustra o efeito da falha em esgotar recursos internos face a uma *demand for interest*). Outros casos poderiam ser aqui citados, como, e.g., o caso das reclamações de *R. Gelbtrunk e "Salvador Commercial Co." et al.* (El Salvador v. EUA, 1902), em que, levando em conta a regra do esgotamento dos recursos internos, os árbitros determinaram que uma reclamação internacional se justificaria em caso de denegação de justiça ou quando um recurso aos tribunais internos tivesse sido claramente inútil ou em vão; decidiu-se no caso que os reclamantes tinham direito à compensação. *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XV, pp. 476/478. Mas no caso do *S. S. "Lisman"* (EUA v. Grã-Bretanha, 1937), embora o reclamante não tivesse ainda esgotado os recursos internos, sua reclamação foi examinada pelo árbitro em virtude de alegações de denegação de justiça; mas enfim, como o árbitro não encontrasse mérito algum na reclamação, foi esta consequentemente rejeitada. *Reports of International Arbitral Awards*, vol. III, pp. 1789/1790 e 1793.
- (92) Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), Série C, n. 78, p. 313; CPJI, Série C, n. 88, p. 118.
- (93) A. A. CANÇADO TRINDADE, "Denial of Justice...", op. cit. supra n. 74, pp. 404-420; A. A. CANÇADO TRINDADE, "A Denegação de Justiça...", op. cit. supra n. 74, p. 23-40.
- (94) Ch. de VISSCHER, "Le déni de justice en Droit international", 52 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1935) p. 421, e cf. pp. 426/427; e para um estudo mais recente da questão, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts", 17 *Archiv des Völkerrechts* [1977-1978] pp. 333/370, esp. pp. 364/370. Cf. também discussão do problema acima in CLYDE EAGLETON, "Denial of Justice in International Law", 22 *American Journal of International Law* (1928) pp. 542/559; D. R. MUMMERY, "The Content of the Duty to Exhaust Local Judicial Remedies", 58 *American Journal of International Law* (1964) pp. 412-414. E para uma avaliação da noção de denegação de justiça, cf. J. G. DE BEUS, *The Jurisprudence of the General Claims Commission United States and Mexico*, Haia, M. Nijhoff, 1938, pp. 147-201, e pp. 130-132 para a regra do esgotamento dos recursos internos; e sobre a relação entre esta regra e a denegação de justiça (e.g., na prática das Comissões de Reclamações EUA-México), cf. também F. S. DUNN, *The Diplomatic Protection of Americans in Mexico*, N.Y., Columbia University Press, 1933, pp. 199-273 e 24.

debatida na sessão de 1954 do *Institut* <sup>(95)</sup>, e também levada à atenção da Comissão de Direito Internacional pelo *rapporteur* García Amador em 1957-1958, ao discutir a relação entre a denegação de justiça e a cláusula Calvo sob o título geral de "esgotamento de recursos internos" <sup>(96)</sup>.

No caso *Barcelona Traction* (Exceções Preliminares, 1964), e.g., a Corte Internacional de Justiça, ao proceder significativamente à junção da quarta exceção preliminar espanhola (de não-esgotamento de recursos internos) ao mérito, observou que a alegação de falha no esgotamento dos recursos internos encontrava-se, no caso, "inextricavelmente interligada à questão da denegação de justiça que constitui a maior parte do mérito", pois "a objeção do reclamado de que os recursos internos não se esgotaram confronta-se, em todo o decorrer do processo, com a argumentação do reclamante de que foi, *inter alia*, precisamente na tentativa de esgotar os recursos internos que se foi vítima das supostas denegações de justiça" <sup>(97)</sup>. A discussão da matéria prosseguiu nas audiências de 1969 perante a Corte, e particularmente no argumento oral do Professor Guggenheim, consultor da Espanha, de 23 de maio de 1969 <sup>(98)</sup>. Também abordou a questão o juiz Tanaka, em sua explicação de voto no caso *Barcelona Traction* (Segunda Fase, 1970) <sup>(99)</sup>.

Dentre os autores latino-americanos, coube a Jiménez de Aréchaga advertir para a importância prática da noção de denegação de justiça — dado que a maioria dos tratados de arbitragem que a utilizam não a definem — e sustentar sua interpretação restritiva (cobrindo tão-somente a recusa de acesso aos tribunais e o atraso indevido em proferir decisões) <sup>(100)</sup>. E coube a García Amador advertir para o agravamento do problema da denegação de justiça pela antinomia clássica entre os *standards*

(95) Cf. 45 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1954)-I, pp. 9-10, 24, 27-32, 35-39, 40-43, 50-57, 64, 67-68, 69, 72, 74, 76-83, 84, 88-97, 105 n. 1 e 111; cf. em particular observações de BOURQUIN in *ibid.*, pp. 51 e 57. Cf. também 45 *Annuaire I.D.I.* (1956) pp. 2-3, 12, 25-26, 29, 32-33, 40, 270, 277, 279-281, 309 e 313.

(96) Cf. *Yearbook of the International Law Commission* (1958)-II, pp. 58-59, e cf. também *Yearbook I.L.C.* (1957)-II, p. 112.

(97) Caso da *Barcelona Traction* (Exceções Preliminares), Bélgica v. Espanha, *ICJ Reports* [1964] p. 48.

(98) Cf. CIJ doc. C.R. 69/23 (tradução) de 23 de maio de 1969, pp. 2/4 e 15/25.

(99) Caso *Barcelona Traction* (Segunda Fase), Bélgica v. Espanha, *ICJ Reports* [1970], explicação de voto do juiz Tanaka, p. 144, e cf. pp. 141/160. Também sobre a "relação íntima" entre denegação de justiça e esgotamento de recursos internos, cf.: L. MARTÍNEZ-AGULLÓ, "El Agotamiento de los Recursos Internos y el Caso de la *Barcelona Traction*", 23 *Revista Española de Derecho Internacional* [1970] pp. 344/348 e 373/374; A. MIAJA DE LA MUELLA, "El Agotamiento de los Recursos Internos como Supuesto de las Reclamaciones Internacionales", 2 *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional* [1963] p. 44.

(100) E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, "International Responsibility", in *Manual of Public International Law* (ed. M. Borenson), London, Macmillan, 1968, pp. 555-557. Para um debate sobre denegação de justiça, se abrangendo ou não julgamentos injustos, à luz do caso *Barcelona Traction*, cf. E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, "International Responsibility of States for Acts of the Judiciary", in *Transnational Law in a Changing Society — Essays in Honor of Ph. O. Jessup* (ed. W. Friedmann, L. Henkin e O. Lisakbyn), N.Y., Columbia University Press, 1972, pp. 171/187.

nacional e internacional de tratamento de estrangeiros, antinomia subjacente ao tema <sup>(101)</sup>. Acrescenta-se que a noção de denegação de justiça foi interpretada restritivamente no já citado Parecer sobre os Princípios do Direito Internacional Regendo a Responsabilidade do Estado, proferido em 1961 pela Comissão Jurídica Interamericana (Parecer da maioria, *supra*), representando os pontos de vista de dezesseis países latino-americanos sobre a matéria; o Parecer dispôs que "o Estado não é internacionalmente responsável por uma decisão judicial que não seja satisfatória ao reclamante" <sup>(102)</sup>.

Com efeito, se se caracterizasse como denegação de justiça qualquer ilícito internacional (pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário) imputável ao Estado, a expressão se esvaziaria de todo sentido técnico. As tentativas de codificação da matéria e a maior parte da bibliografia especializada no tema deixam hoje pouca margem de dúvida de que o termo aplica-se própria e particularmente em relação a falhas na atividade *judicial* do Estado. Assim, *em seu sentido próprio*, a denegação de justiça implica na recusa de um Estado em estender proteção judicial aos direitos dos estrangeiros através de seus recursos e dos tribunais nacionais <sup>(103)</sup>.

Como o Comissário-Presidente Van Vollenhoven afirmou pertinentemente em seu Parecer no caso *Chattin (EUA) v. México (1927)*, se a denegação de justiça "se aplicasse a atos do Executivo e das autoridades legislativas assim como a atos das autoridades judiciárias [...] não existiria ilícito internacional algum que não fosse abrangido pela expressão 'denegação de justiça', e a expressão perderia seu valor como uma distinção técnica" <sup>(104)</sup>. Longe de ser tão-somente um problema terminológico, a questão da denegação de justiça depara-se com os fundamentos da responsabilidade do Estado no direito internacional.

Em relação ao esgotamento dos recursos de direito interno, a denegação de justiça diz respeito a falhas no dever do Estado de prover tais recursos, ou seja, em suma, na atividade do ramo *judicial* do Estado (e.g., atrasos indevidos ou outras irregularidades processuais). É possível, mesmo, que, em um contexto mais amplo, a cristalização mais recente do conceito de ilegalidade no direito internacional tenha tornado de certo

(101) Cf. *Yearbook of the International Law Commission (1957)-II*, p. 112, cf. pp. 110-112. — GARCIA AMADOR tentou apresentar uma síntese da matéria ao associar a noção de denegação de justiça à questão da violação dos direitos individuais fundamentais. Cf. *Ibid.*, e *Yearbook of the International Law Commission (1961)-II*, pp. 46-48.

(102) Doc. OEA/Ser. I/VI. 2, CIJ-61, p. 8. Para as posições conflitantes dos EUA sobre o assunto, cf. doc. (de setembro de 1965) OEA/Ser. I/VI. 2, CIJ-78, pp. 7/9. E sobre o background da prática latino-americana, cf. materials in *Yearbook of the International Law Commission [1956]-II*, p. 226.

(103) Ch. de VISSCHER, "La responsabilité des États", 2 *Bibliotheca Visseriana* [1924] p. 99.

(104) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, p. 286, cf. pp. 282/312. E cf. também o caso *Salem (Egito v. E.U.A., 1932)*, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, p. 1.202, cf. pp. 1.163/1.237.

modo supérflua uma interpretação ampla do termo "denegação de justiça" (105).

A rigor, há uma terceira questão a ser considerada na presente seção, a saber, a da relação entre as exceções do domínio reservado dos Estados e do não-esgotamento dos recursos internos. Mas como se trata de questão em relação à qual não se verifica uma contribuição propriamente latino-americana, limitar-nos-emos a uma breve referência à mesma. O domínio reservado e o não-esgotamento de recursos internos têm sido duas exceções processuais das mais frequentemente levantadas no contencioso internacional: por meio da primeira, o Estado reclamado tenta impedir a consideração de uma matéria a nível internacional alegando que ela recai essencialmente em seu domínio reservado ou competência nacional; por meio da segunda, o Estado reclamado objeta à consideração de uma matéria a nível internacional alegando que os recursos de direito interno não foram esgotados e que a ação internacional só é assim facultada depois de ter tido o Estado uma oportunidade de reparar o suposto dano dentro de seu próprio sistema jurídico interno. Embora ambas as objeções, de domínio reservado e de não-esgotamento de recursos internos, visem salvaguardar a soberania do Estado, diferem uma da outra em que a primeira é uma objeção substantiva impedindo qualquer ação a nível internacional, ao passo que a segunda enfatiza o caráter subsidiário da jurisdição internacional.

O domínio reservado e o não-esgotamento de recursos internos assim acarretam *efeitos distintos* que não podem ser equiparados um ao outro. Enquanto que a regra dos recursos internos enfatiza a competência subsidiária do órgão internacional para examinar o caso, a objeção de domínio reservado claramente nega aquela competência por completo. Na prática, por paradoxal que possa à primeira vista parecer, o princípio dos recursos internos, aparentemente a menos ambiciosa das duas objeções, tem-se mostrado um artifício bem mais eficaz e acionado com sucesso para rejeitar reclamações internacionais e salvaguardar a soberania do Estado. Em contraste, os Estados que levantaram a objeção de domínio reservado não têm logrado até o presente alcançar o objetivo proposto e não têm conseguido impedir a inclusão da matéria na agenda de órgãos internacionais e sua discussão a nível internacional (106).

Na prática, têm-se levantado as duas exceções de domínio reservado e de não-esgotamento de recursos internos separadamente, ou então simultaneamente como argumentos alternativos na mesma contenda. Em quatro

(105) Para a necessidade de se examinar a falha da justiça protetora em cada caso específico, à luz das circunstâncias do ato em questão, cf. H. W. SPIEGEL, "Origin and Development of Denial of Justice", 32 *American Journal of International Law* (1938) pp. 79-80.

(106) A. A. CANÇADO TRINDADE, "Domestic Jurisdiction and Exhaustion of Local Remedies: A Comparative Analysis", 16 *Indian Journal of International Law* (1976) pp. 123-158.



casos perante a Corte de Haia<sup>(107)</sup>, os Estados reclamados houveram por bem interpor objeções de domínio reservado como um fundamento *alternativo* a objeções de não-esgotamento de recursos internos<sup>(108)</sup>. Se há um denominador comum nesses quatro casos — independentemente de seus resultados concretos — no tocante ao presente tópico, é ele a constatação de que o levantamento das duas objeções alternativas — de não-esgotamento de recursos internos e de domínio reservado — não constitui garantia alguma ao Estado reclamado de maiores chances de sucesso (no decorrer do processo)<sup>(109)</sup>. Assim sendo, não deveriam os Estados permanecer na ilusão ou falsa impressão de que, ao insistirem no caráter supostamente interno ou doméstico de uma disputa, primariamente e aqui processualmente (não-esgotamento de recursos internos) *assim como* exclusiva e materialmente (domínio reservado), estariam desse modo assegurando a seus próprios argumentos maior probabilidade de sucesso.

Mas — mais importante — não é tanto por estas razões práticas, e antes por razões de princípio, que esta prática deveria ser abandonada e não ser repetida no futuro. Ao invés de fundamentar um argumento, pode ela torná-lo mais vulnerável; há uma certa estranheza e inconsistência lógica em manter que uma matéria recai exclusivamente no domínio reservado de um Estado e ao mesmo tempo manter que uma matéria só pode ser examinada a nível internacional depois de terem sido esgotados sem sucesso os recursos internos (i.e., nenhuma reparação local). Ou, reversamente, manter que porque os tribunais internos ou nacionais ainda não lidaram com a matéria, ela recai exclusivamente no domínio reservado

---

(107) Caso *Losinger*, Corte Permanente de Justiça Internacional, Suíça *versus* Iugoslávia, 1936; caso dos *Empréstimos Noruegueses*, Corte Internacional de Justiça (CIJ), França *versus* Noruega, 1957; caso do *Incidente Aéreo*, CIJ, Israel *versus* Bulgária, 1959; caso *Interhandel*, CIJ, Suíça *versus* Estados Unidos, 1959.

(108) No caso *Losinger* a Iugoslávia parece ter confundido inteiramente as duas exceções, ao manter que, porque os recursos internos não haviam sido esgotados, a matéria permanecera de domínio reservado. A Corte considerou que sob certos aspectos as duas exceções não se distinguem uma da outra. No caso dos *Empréstimos Noruegueses*, advogou a Noruega que o caso recaía no domínio reservado e, no entanto, tornava o caráter internacional da disputa dependente do esgotamento de recursos internos; um dos juízes da Corte Internacional de Justiça afirmou pertinentemente que o não-esgotamento de recursos internos não constituía fundamento algum para caracterizar o litígio como sendo de domínio reservado. No caso do *Incidente Aéreo*, a Bulgária manteve que a matéria recaía em seu domínio reservado e, no entanto, levantou uma objeção de não-esgotamento de recursos internos. Muito embora a Corte Internacional de Justiça não tivesse lidado com tais exceções, sugeriu o reclamante que a exceção de não-esgotamento de recursos internos surgia no caso como nada mais do que uma particularização da exceção de domínio reservado. E no caso *Interhandel*, os Estados Unidos, do mesmo modo, mantiveram que não apenas os recursos internos não haviam sido esgotados, mas em aditamento e alternativamente, a matéria pertencia ao domínio reservado. A Corte de Haia evitou pronunciar-se sobre este último ponto, e decidiu sustentar a objeção de não-esgotamento de recursos internos.

(109) Recorde-se que, no caso *Interhandel*, a exceção de não-esgotamento individualmente obteve sucesso, mas a exceção de domínio reservado não foi objeto de decisão da Corte (não necessitou sê-lo, em última análise, nas circunstâncias). Em ambos os casos do *Incidente Aéreo* e dos *Empréstimos Noruegueses* a Corte nem sequer tocou na exceção de domínio reservado ou na de não-esgotamento de recursos internos, porque em ambos os casos viu-se — por diferentes motivos — sem competência para julgar os litígios em questão.

do Estado, e desse modo os recursos internos deveriam ser utilizados. O equívoco de tais proposições torna-se bem mais evidente pelo fato de que a razão de ser do princípio dos recursos internos não é exatamente a mesma que a do argumento do domínio reservado; embora ambos sejam artificios a serviço da soberania do Estado, cada um opera de sua própria maneira específica, tendo cada um seguido um desenvolvimento histórico diferente e sido determinado por fatores distintos. Mas se, na busca de seus próprios interesses individuais, os Estados continuarem deliberadamente tentando interligar as duas exceções — de não-esgotamento e de domínio reservado — além do ponto em que já se encontram elas naturalmente interligadas, estarão eles apenas acrescentando um elemento de incerteza na conduta do processo internacional. Ao comprometerem a clareza de argumento que deveria acompanhar a interpretação e aplicação de normas jurídicas, estarão eles desse modo prestando um desserviço ao direito internacional.

#### IV. *O esgotamento dos recursos internos nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos individuais: antecedentes históricos*

Examinada a questão do esgotamento dos recursos do direito interno no direito internacional geral (teoria e prática), com atenção especial à contribuição dos Estados americanos à sua evolução e seu tratamento, cabe agora investigar a referida questão no âmbito do direito internacional convencional em que ela tem-se feito presente, ou seja, nos instrumentos internacionais de proteção de direitos individuais. Aqui, novamente, prestar-se-á atenção especial à incidência da regra do esgotamento no mecanismo de proteção próprio do sistema interamericano. A primeira pergunta que nos assalta é a da adequação ou não do abordamento da questão do esgotamento dos recursos internos em áreas emergentes e distintas do direito internacional — tal como a da proteção internacional dos direitos humanos — com a mesma visão e aparato conceitual com que foi ela abordada no âmbito clássico da proteção diplomática de cidadãos no exterior. Até que ponto — pode-se indagar — foram as soluções ao princípio da reparação local ou interna adotadas em experimentos internacionais pioneiros concedendo capacidade processual a indivíduos e grupos particulares no direito internacional (distintos da proteção diplomática costumeira) levadas devidamente em consideração pelos redatores de instrumentos internacionais contemporâneos de proteção de direitos humanos? Quais foram as razões básicas que levaram à incorporação da regra do esgotamento dos recursos internos nos instrumentos internacionais contemporâneos de proteção dos direitos humanos? Quais têm sido as contribuições de tais instrumentos e experimentos, a níveis global e regional, para a aplicação adequada e a evolução da regra dos recursos internos no direito internacional? Quais são as perspectivas para a aplicação da regra à luz da experiência acumulada nos últimos anos por órgãos internacionais encarregados de examinar petições ou reclamações sobre direitos humanos, tanto a nível global quanto regional?

Com efeito, um levantamento de experimentos pioneiros do direito internacional outorgando capacidade processual aos indivíduos na primeira metade do século XX (jurisdição especial do sistema de navegação do rio Reno, projeto do Tribunal Internacional de Presas de 1907, sistema de minorias sob a Liga das Nações, experimento da Alta-Silésia, outros sistemas de petições (Ilhas Aaland, Sarre e Dantzig), sistema de mandatos sob a Liga das Nações, tribunais arbitrais mistos e comissões mistas de reclamações) e na era das Nações Unidas (sistema de tutela da ONU) indica que a regra do esgotamento dos recursos internos não constitui requisito de aplicação inflexível ou mecânica, não sendo necessariamente inerente a todo e qualquer experimento internacional atribuindo capacidade processual aos indivíduos<sup>(110)</sup>. Com exceção da Corte de Justiça Centro-Americana (1907-1917)<sup>(111)</sup>, experimentos pioneiros como os acima mencionados revelaram notável flexibilidade na aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos, e em determinadas ocasiões foi tal exigência dispensada. Talvez mereçam aqueles experimentos maior atenção por parte dos responsáveis pela aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos nos sistemas contemporâneos de proteção dos direitos humanos, uma vez que revelaram tais experimentos bastante imaginação — que hoje provavelmente falta — no tratamento do princípio da reparação local. Demonstraram, por exemplo, que nesse contexto (fundamentalmente diferente do da responsabilidade do Estado por danos causados a estrangeiros e proteção diplomática), com acesso direto aos órgãos internacionais reconhecido e concedido aos próprios indivíduos, é possível regular a matéria por meio de regras e procedimentos detalhados ao invés de uma referência ambígua e enganosa a “princípios do direito internacional geralmente reconhecidos”, conforme hoje se faz (cf. infra). *Inclusio unius est exclusio alterius*. Mas mesmo a atual referência ao direito internacional geral encontrada nos instrumentos de direitos humanos não justifica ou autoriza uma rejeição sistemática das queixas sobre violações de direitos humanos na aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos como condição de admissibilidade das reclamações internacionais: ao invés disso, chama ela atenção para as limitações da regra do esgotamento dos recursos internos, reconhecidas e endossadas pelo direito internacional geral, particularmente quando estão em risco direitos fundamentais.

Com estas considerações em mente, podemos passar a um exame da aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos nos experimentos contemporâneos de proteção internacional dos direitos humanos. Aborda-

(110) 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. 373-392.

(111) Durante os seus dez anos de existência (1907-1917), a Corte de Justiça Centro-Americana observou e aplicou estritamente a regra do esgotamento dos recursos internos. Dez casos foram levados perante a Corte, cinco inter-estatais e cinco movidos por indivíduos; em um destes, no entanto, dois dos juizes, em voto dissidente conjunto, argumentaram que a regra do esgotamento deveria ser aplicada “con critério humano” (caso *F. Molina Larios versus Honduras*, 1913); *ibid.*, pp. 376-377.

remos de início, com destaque e atenção especial, a aplicação da referida regra no sistema interamericano de proteção; a seguir, passaremos em revista o tratamento da matéria no outro sistema regional (o da Convenção Européia de Direitos Humanos) e nos atuais mecanismos das Nações Unidas de proteção dos direitos humanos.

## V. O esgotamento dos recursos internos no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos

### 1. A prática da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Aos familiarizados com a jurisprudência da Comissão Européia de Direitos Humanos, talvez o primeiro traço marcante da prática da Comissão Interamericana de Direitos Humanos — à luz dos dispositivos pertinentes<sup>(112)</sup> — sobre a questão específica do esgotamento dos recursos internos seja a diversidade de abordamentos e soluções dados ao problema, conforme se pode verificar de uma análise da prática da Comissão Interamericana sobre a matéria. Exerce a Comissão — o que deve ser aqui enfatizado — uma função bastante importante durante o processo: após examinar se as condições de admissibilidade foram devidamente cumpridas em cada caso concreto, a Comissão reúne as petições (as que sobreviveram à fase da admissibilidade) de acordo com as violações de direitos humanos de que se queixa, trazendo assim à tona o estado de observância de cada um dos direitos protegidos nos países em questão. Por conseguinte, dificilmente poder-se-ia encarar o indivíduo reclamante estritamente como “parte” em um caso; ao invés disso, todo o procedimento se desenrola diretamente entre a própria Comissão Interamericana e o Estado reclamado. Dito isto, vejamos as condições de aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos pela Comissão.

#### a) Inadmissibilidade e arquivamento de petições por não-esgotamento

Em alguns casos<sup>(113)</sup> a constatação do não-esgotamento dos recursos internos pelos reclamantes tem simplesmente acarretado a rejeição das petições pela Comissão Interamericana como inadmissíveis por este

(112) Cf., antes da Resolução 447 de 1979: artigo 9° (bis) (d) do Estatuto da Comissão, e artigo 54 do Regulamento da Comissão. E, atualmente: artigos 46(1) (a) e (2) (a, b, c) e 47 da Convenção Americana de Direitos Humanos; artigos 19 (a) e 20 (c) do novo Estatuto (aprovado em 1980) da Comissão; e artigo 34 do novo Regulamento (aprovado em 1980) da Comissão.

(113) Casos n.ºs 1.589 e 1.578 (conjuntamente), Inter-American Commission on Human Rights (IACHR), *Report on the Work Accomplished during Its Twentieth Session — 1968* (doravante abreviado *Report — Session*), pp. 13-14; caso n.º 1.625, IACHR, *Report 24th Session — 1970*, p. 16; caso n.º 1.575, IACHR, *Report 21st Session — 1969*, pp. 22-23; caso n.º 1.671, IACHR, *Report 24th Session — 1970*, pp. 20-22; caso n.º 1.579, IACHR, *Report 20th Session — 1968*, pp. 22-23; caso n.º 1.744, IACHR, *Report 31st Session — 1973*, p. 61, e cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), *Relatório 30.º Sessão — 1973*, p. 64; caso n.º 1.752, IACHR, *Report 31st Session — 1973*, p. 44; caso n.º 1.740, CIDH, *Informe Anual Correspondiente a 1973*, p. 103, e cf. CIDH, *Relatório 30.º Sessão — 1973*, p. 19; caso n.º 1.773, CIDH, *Informe Anual Correspondiente a 1974*, p. 76.

motivo. Em outras ocasiões<sup>(114)</sup> a Comissão, sem mencionar expressamente “inadmissibilidade”, decidiu que, como os recursos internos não haviam sido esgotados, não se tomaria qualquer outra medida nos casos em questão e as petições seriam arquivadas e a decisão comunicada aos reclamantes.

*b) Adiamento da continuação do exame de petições devido ao não-esgotamento*

Os casos de inadmissibilidade pura e simples, por não-esgotamento, não têm, no entanto, sido os mais numerosos na prática da Comissão. Com efeito, em casos em que a Comissão verificou a certa altura que os recursos internos não haviam sido esgotados, decidiu adiar a continuação do exame da questão justamente por aquele motivo<sup>(115)</sup>, por vezes precisando o recurso que cabia esgotar<sup>(116)</sup>. Em tais casos a Comissão parece ter aplicado a regra dos recursos internos com notável flexibilidade: ao invés de declarar as petições de imediato inadmissíveis por não-esgotamento dos recursos internos, preferiu adiar um estudo mais aprofundado dos casos até que os reclamantes tivessem esgotado os recursos internos dentro de um prazo razoável. Ao aplicar assim a regra dos recursos internos, a Comissão de certo modo beneficiou os reclamantes. Por outro lado, no entanto, em outros casos o adiamento da decisão parece ter beneficiado os governos reclamados, ao estender o prazo — supostamente para uma consideração mais cuidadosa dos casos — para a reparação local dos supostos danos<sup>(117)</sup>. Em outros casos<sup>(118)</sup> as razões do adiamento não foram suficientemente claras.

*c) Pedidos de informações adicionais sobre o esgotamento*

Talvez o maior número de decisões tomadas pela Comissão Interamericana em relação à aplicação da regra dos recursos internos tenha tomado a forma de pedidos de informações adicionais concernentes ao esgotamento, de modo a possibilitar à Comissão tomar subsequente uma decisão definitiva sobre a matéria. Tais pedidos podem em geral ser classificados em três categorias. Em primeiro lugar, pedidos de infor-

(114) Caso n.º 1.628, IACHR, Report 23rd Session — 1970, p. 11; caso n.º 1.704, IACHR, Report 25th Session — 1971, p. 18; caso n.º 1.725, IACHR, Report 26th Session — 1971, pp. 15-16; caso n.º 1.731, IACHR, Report 27th Session — 1972, p. 10.

(115) Caso n.º 1.586, IACHR, Report 19th Session — 1968, p. 10; caso n.º 1.679, IACHR, Report 24th Session — 1970, p. 16; casos n.ºs 1.680 e 1.682, IACHR, Report 24th Session — 1970, p. 16; caso n.º 1.689, IACHR, Report 25th Session — 1971, pp. 30-31; caso n.º 1.673, IACHR, Report 23rd Session — 1970, p. 10; caso n.º 1.681, IACHR, Report 24th Session — 1970, p. 16; caso n.º 1.735, IACHR, Report 31st Session — 1973, p. 41.

(116) E. g., caso n.º 1.738, IACHR, Report 31st Session — 1973, p. 42 (“recurso de amparo”, pendente).

(117) Caso n.º 1.683, IACHR, Report 26th Session — 1971, pp. 19-22, e Report 27th Session — 1972, pp. 20-24; caso n.º 1.684, IACHR, Report 26th Session — 1971, pp. 22-25.

(118) Caso n.º 1.705, IACHR, Report 27th Session — 1972, pp. 35-38, e Report 26th Session — 1972, pp. 29-31; caso n.º 1.697, IACHR, Report 27th Session — 1972, pp. 24-27, e Report 28th Session — 1972, pp. 8-13.

mações, dirigidos aos próprios governos reclamados, acerca dos recursos internos a serem esgotados<sup>(119)</sup>. Em um desses casos esta atitude da Comissão levou a um resultado surpreendente: a Comissão havia reiteradamente solicitado ao governo reclamado informações pertinentes ao esgotamento dos recursos internos, mas como não fora atendida em seus pedidos e tampouco o reclamante atualizara sua petição, decidiu a Comissão arquivar o caso "sem prejuízo de reabrir seu exame se as informações fossem fornecidas dentro de um prazo razoável", uma vez que naquele estágio sentia que não possuía informações suficientes para tomar uma decisão no caso<sup>(120)</sup> (cf. *infra*). É, entretanto, difícil evitar a impressão de que o governo reclamado seja indevidamente favorecido por essa maneira de aplicar a regra dos recursos internos. Se um governo reclamado não se prevalece da chance de levantar uma objeção de não-esgotamento e fundamentá-la, não há aparentemente razão cogente alguma para que a Comissão não deva decidir a favor do reclamante.

Em segundo lugar, em outras ocasiões a Comissão solicitou aos reclamantes informações adicionais acerca das medidas tomadas para esgotar os recursos internos<sup>(121)</sup>. E, em terceiro lugar, a Comissão solicitou — na maioria de tais casos — informações adicionais, sobre o esgotamento dos recursos internos, tanto dos indivíduos reclamantes quanto dos governos reclamados<sup>(122)</sup>. Os recursos internos a serem esgotados

(119) Caso n.º 1.631, IACHR, Report 24th Session — 1970, pp. 29-31, e Report 25th Session — 1971, pp. 37-38; caso n.º 1.693, IACHR, Report 26th Session — 1971, pp. 30-31; caso n.º 1.748, IACHR, Report 29th Session — 1972, pp. 13-14; caso n.º 1.683, in *ibid.*, p. 23; caso n.º 1.684, *ibid.*, pp. 23-26; caso n.º 1.690, in *ibid.*, pp. 26-28; caso n.º 1.755, IACHR, Report 31st Session — 1973, p. 53, e CIDH, Relatório 30a. Sessão — 1973, p. 52 (pedido de informações sobre recursos de *habeas corpus*); caso n.º 1.789, IACHR, Report 32nd Session — 1974, p. 15; caso n.º 1.789, *ibid.*, pp. 20-21; caso n.º 1.733, IACHR, Report 32nd Session — 1974, p. 29; caso n.º 1.774, CIDH, Informe Anual Correspondiente a 1974, pp. 52-56; caso n.º 1.810, *ibid.*, p. 67; caso n.º 1.752, *ibid.*, pp. 69-70; caso n.º 1.773, in *ibid.*, pp. 70-71 e 73-75; caso n.º 1.788, CIDH, Informe Anual Correspondiente a 1975, pp. 80-81; caso n.º 1.844, *ibid.*, pp. 84-85; caso n.º 1.897, *ibid.*, pp. 86-87; caso n.º 1.736, *ibid.*, pp. 103; caso n.º 1.799, *ibid.*, p. 104; caso n.º 1.840, *ibid.*, pp. 110-111; caso n.º 1.843, *ibid.*, p. 112; caso n.º 1.849, *ibid.*, p. 114; caso n.º 2.711, CIDH, Informe Anual — 1982-1983, p. 139.

(120) Caso n.º 1.631, IACHR, Report 25th Session — 1971, pp. 37-38.

(121) Caso n.º 1.621, IACHR, Report 21st Session — 1969, p. 16; caso n.º 1.461, IACHR, Report 22nd Session — 1969, p. 35; caso n.º 1.751, IACHR, Report 29th Session — 1972, p. 15; caso n.º 1.754, IACHR, Report 29th Session — 1972, p. 18; caso n.º 1.751, IACHR, Report 31st Session — 1973, p. 43; caso n.º 1.789, CIDH, Informe Anual Correspondiente a 1974, p. 42; caso n.º 1.771, CIDH, Informe Anual Correspondiente a 1975, p. 91.

(122) Caso n.º 1.620, IACHR, Report 21st Session — 1969, pp. 15-16; caso n.º 1.615, *ibid.*, pp. 20-21, e Report 22nd Session — 1969, p. 35; caso n.º 1.641, IACHR, Report 24th Session — 1970, pp. 24-26; caso n.º 1.700, IACHR, Report 25th Session — 1971, pp. 16-17; caso n.º 1.705, *ibid.*, pp. 18-19, e Report 26th Session — 1971, pp. 31-32; caso n.º 1.723, IACHR, Report 26th Session — 1971, p. 15; caso n.º 1.701, *ibid.*, pp. 17-19, e Report 27th Session — 1972, pp. 13-15; caso n.º 1.713, IACHR, Report 27th Session — 1972, pp. 15-17, e Report 29th Session — 1972, pp. 19-21; caso n.º 1.666, IACHR, Report 27th Session — 1972, pp. 32-34; casos n.ºs 1.736 e 1.738, IACHR, Report 29th Session — 1972, pp. 8-8; casos n.ºs 1.745 e 1.747, *ibid.*, pp. 10-12; caso n.º 1.726, CIDH, Relatório 30a. Sessão — 1973, pp. 57-59, e IACHR, Report 31st Session — 1973, pp. 53-57, e Report 32nd Session — 1974, pp. 32-33; caso n.º 1.769, CIDH, Informe Anual Correspondiente a 1974, p. 32; caso n.º 1.736, *ibid.*, p. 78. Estes casos apresentaram diferenças não apenas em relação ao conteúdo do dever de esgotar os recursos internos, mas também em relação às medidas subsequentemente tomadas pela Comissão.

têm variado de caso a caso, desde, e.g., recursos fornecidos por um decreto-lei (123) até um recurso de amparo pendente (124). Em um determinado caso a questão do esgotamento de um recurso (apelação) complicou-se por alegações de atrasos indevidos na administração da justiça; conseqüentemente, a Comissão decidiu manter o caso suspenso (125). Em outra ocasião, como os reclamantes deixaram de fundamentar sua queixa, a Comissão decidiu arquivar o caso (126). Em vários outros casos, na pendência de obtenção de informações mais detalhadas, a Comissão optou pelo adiamento do exame das petições, até que dispusesse de tais informações (127).

Em um desses casos a Comissão, após haver adiado consideração da petição até que informações adicionais fossem fornecidas pelo reclamado, tomou nota da resposta do governo em questão, em que este “não fez qualquer objeção” com relação ao requisito do esgotamento dos recursos internos, como “teria sido normal que o fizesse” caso estivesse pendente um pedido de *habeas corpus* ou outro recurso interno (128). Em outro caso, significativamente, a Comissão considerou que quando o governo reclamado não apresenta as informações solicitadas sobre o esgotamento dos recursos internos dentro de um prazo razoável, a observação *in loco* constitui um meio de verificar a aplicação de tal requisito (129). E, em outra ocorrência, mesmo de posse das informações apresentadas pelo governo reclamado sobre a utilização de recursos internos, a Comissão ainda assim decidiu proceder a uma verificação *in loco* (130).

#### d) Arquivamento de casos sem prejuízo de reabertura de seu exame

Em casos em que a Comissão não conseguiu obter provas atualizadas sobre a questão do esgotamento dos recursos internos, decidiu arquivar a reclamação “sem prejuízo de reabrir seu exame se as infor-

(123) Caso n.º 1.620, IACHR, *Report 21st Session — 1969*, pp. 15-16.

(124) Caso n.º 1.738, IACHR, *Report 29th Session — 1972*, pp. 7-8, e CIDH, *Relatório 30a, Sessão — 1973*, pp. 39-40.

(125) Caso n.º 1.705, IACHR, *Report 28th Session — 1972*, p. 31 e *Report 25th Session — 1971*, p. 19, e *Report 26th Session — 1971*, p. 31.

(126) Caso n.º 1.615, IACHR, *Report 22nd Session — 1969*, p. 35, e cf. *Report 21st Session — 1969*, p. 21. Quanto às medidas acima adotadas pela Comissão (e.g., pedidos de informações adicionais, e, *infra*, arquivamento temporário do caso), pode-se indagar se, uma vez que o exame de um caso é apenas adiado ou seu arquivamento pode ainda levar a uma investigação subsequente, seria realmente necessário ou conveniente a Comissão indicar em que estágio do processo a regra dos recursos internos deve ser cumprida: pode-se argumentar que impõe-se aqui uma resposta negativa.

(127) Caso n.º 1.850, CIDH, *Informe Anual Correspondiente a 1975*, p. 115; caso n.º 1.809, *ibid.*, p. 108; casos n.ºs 1.855 e 1.857, *ibid.*, pp. 118-119; caso n.º 1.864, *ibid.*, p. 123; casos n.ºs 1.876, 1.877, 1.878 e 1.879, *ibid.*, pp. 128-131; caso n.º 1.775, *ibid.*, pp. 176-177 (neste caso a Comissão adiou o exame de parte da petição, e declarou outra parte inadmissível ainda que reconhecesse que os recursos internos a respeito tinham sido esgotados.)

(128) Caso n.º 1.757, IACHR, *Report 31st Session — 1973*, p. 34.

(129) Caso n.º 1.683, CIDH, *Informe Anual Correspondiente a 1973*, p. 35, e cf. pp. 38 e 42.

(130) Caso n.º 1.840, CIDH, *Informe 33a. Sesión — 1974*, p. 9.

mações fossem fornecidas dentro de um prazo razoável" (131), ou se informações adicionais sobre o assunto "justificassem um novo estudo" (132). Diversos outros casos (133) foram arquivados pela Comissão sem prejuízo de reabrir a consideração dos mesmos, caso se recebessem informações adicionais sobre a matéria dentro de um prazo razoável.

Um determinado caso, com efeito, que havia sido inclusive declarado inadmissível por não-esgotamento dos recursos internos, à luz de novas alegações dos reclamantes foi *reaberto* pela Comissão para exame mais detalhado, em clara demonstração da flexibilidade da operação ou procedimento da Comissão; esta prontamente solicitou informações adicionais ao governo reclamado (134). Posteriormente, no entanto, de posse das informações solicitadas, como sobre estas os reclamantes não tivessem se manifestado, a Comissão decidiu arquivar o caso mas novamente sem prejuízo de eventual reabertura de seu exame no futuro (135).

### e) Adoção de resoluções

Várias vezes, o exame, pela Comissão, *inter alia* da questão do esgotamento dos recursos internos levou à medida mais formal de adoção de resoluções (136). Tem isto geralmente ocorrido em casos longamente debatidos (137). O conteúdo dessas resoluções tem naturalmente variado de caso a caso: têm elas declarado que os atos relatados no caso constituem *prima facie* uma violação dos direitos humanos (138), ou recomendado uma ampla investigação do que parecia constituir uma violação dos direitos humanos (139), ou decidido arquivar o caso sem prejuízo até

(131) Caso n.º 1.631, IACHR, *Report 25th Session — 1971*, pp. 37-38.

(132) Caso n.º 1.700, IACHR, *Report 26th Session — 1971*, pp. 26-27.

(133) Cf. caso n.º 1.613, IACHR, *Report 22nd Session — 1969*, p. 35; caso n.º 1.602, IACHR, *Report 25th Session — 1971*, p. 14; caso n.º 1.695, *ibid.*, p. 15; caso n.º 1.698, *ibid.*, p. 16; caso n.º 1.712, IACHR, *Report 26th Session — 1971*, pp. 7-8; casos n.ºs 1.719 e 1.720, *ibid.*, pp. 13-14; casos n.ºs 1.728, 1.729 e 1.730, IACHR, *Report 27th Session — 1972*, pp. 8-9; caso n.º 1.733, *ibid.*, pp. 11-12; caso n.º 1.727, *ibid.*, p. 35. Tem também ocorrido exemplos em que a Comissão simplesmente se absteve de examinar os fatos alegados nas petições devido ao não-esgotamento de recursos internos: cf. caso n.º 1.528, IACHR, *Report 17th Session — 1967*, p. 14; caso n.º 1.535, *ibid.*, p. 14.

(134) Caso n.º 1.744, IACHR, *Report 32nd Session — 1974*, p. 33.

(135) Caso n.º 1.744, CIDH, *Informe Anual Correspondiente a 1975*, pp. 177-178.

(136) Assim, as resoluções foram adotadas após ter verificado a Comissão que *inter alia* não havia "nenhum outro processo ou recurso interno pendente de decisão": caso n.º 1.783, CIDH, *Informe Anual — 1977*, p. 48; caso n.º 1.870, *ibid.*, p. 51.

(137) Caso n.º 1.683, IACHR, *Report 25th Session — 1971*, p. 22, e *Report 26th Session — 1971*, pp. 19-22, e *Report 27th Session — 1972*, pp. 20-24, e *Report 28th Session — 1972*, pp. 22-27, e *Report 29th Session — 1972*, p. 25; caso n.º 1.684, IACHR, *Report 25th Session — 1971*, pp. 22-29, e *Report 26th Session — 1971*, pp. 23-25, e *Report 27th Session — 1972*, p. 19, e *Report 28th Session — 1972*, pp. 15-22, e *Report 29th Session — 1972*, pp. 25-26, e *Relatório 30.ª Sessão — 1973*, pp. 17-18; caso n.º 1.701, IACHR, *Report 28th Session — 1972*, pp. 4-5 e 7; caso n.º 1.697, IACHR, *Report 27th Session — 1972*, pp. 24-26, e *Report 28th Session — 1972*, pp. 8-10, e *Report 29th Session — 1972*, pp. 11-13.

(138) Caso n.º 1.683, IACHR, *Report 28th Session — 1972*, pp. 26-27, e *Report 29th Session — 1972*, p. 25; caso n.º 1.688, IACHR, *Report 28th Session — 1972*, pp. 33 e 36. As resoluções, além disso, solicitaram que se estendesse reparação às vítimas.

(139) Caso n.º 1.684, IACHR, *Report 28th Session — 1972*, pp. 21-22, e *Report 29th Session — 1972*, pp. 25-26.



que os resultados de uma investigação em curso se tornassem conhecidos<sup>(140)</sup>, ou declarado que não se comprovou a existência da violação de direitos humanos alegada na reclamação<sup>(141)</sup>.

Em determinada ocasião a Comissão indicou expressamente, como questão de princípio, que os recursos internos a serem esgotados (no âmbito do sistema interamericano) compreendiam apenas os recursos de natureza *judicial*: a regra dos recursos internos não implica que o reclamante tenha que esgotar todos os meios de reparação disponíveis sob a jurisdição do Estado, mas somente aqueles de natureza *judicial*, e mesmo assim se não ocorrer recusa ou atraso injustificado na administração da justiça<sup>(142)</sup>.

A Comissão também adotou resoluções aplicando, como visto a seguir, a presunção da ineficácia dos recursos internos (cf. infra). E, em dois casos recentes, objetos de resoluções adotadas em 25 de junho de 1981, a Comissão entendeu que haviam sido esgotados os recursos judiciais internos e devidamente observadas as regras de procedimento judicial do país em questão<sup>(143)</sup>.

#### f) Presunção de ineficácia dos recursos internos

Em numerosos casos<sup>(144)</sup> a Comissão presumiu verdadeiros os fatos denunciados, em aplicação do artigo 51 de seu antigo Regulamento. Em um caso chegou a uma “veemente presunção” de ocorrência de graves violações de direitos humanos<sup>(145)</sup>. Em outras ocasiões a Comissão, após solicitar informações adicionais sobre o esgotamento dos recursos internos, aplicou do mesmo modo a presunção de ocorrência de atos violatórios dos direitos humanos<sup>(146)</sup>. Em outro caso a Comissão presumiu ineficazes os recursos internos, quando o país em questão — como no

(140) Caso n.º 1.701, IACHR, *Report 28th Session — 1972*, p. 7.

(141) Caso n.º 1.715, IACHR, *Report 29th Session — 1972*, p. 24.

(142) Caso n.º 1.697, também levando à adoção de resolução; IACHR, *Report 29th Session — 1972*, pp. 11-12.

(143) Caso n.º 3.102, CIDH, *Informe Anual — 1981-1982*, p. 93; caso n.º 3.115, in *ibid.*, p. 95.

(144) E.g., caso n.º 1.757, CIDH, *Informe Anual Correspondiente a 1974*, p. 31; caso n.º 1.798, CIDH, *Informe Anual Correspondiente a 1975*, p. 29; caso n.º 1.742, *ibid.*, p. 33; caso n.º 1.805, *ibid.*, pp. 39-40; caso n.º 1.834, *ibid.*, pp. 42-43; caso n.º 1.847, *ibid.*, p. 45; caso n.º 1.790, *ibid.*, p. 49; caso n.º 1.874, *ibid.*, p. 55; casos n.ºs 1.702, 1.748 e 1.755, *ibid.*, p. 60; caso n.º 1.905, *ibid.*, p. 65; caso n.º 1.835, *ibid.*, p. 82; caso n.º 1.887, *ibid.*, p. 101; caso n.º 1.867, *ibid.*, p. 125; caso n.º 1.875, *ibid.*, p. 127; caso n.º 2.006, CIDH, *Informe Anual — 1977*, p. 36; caso n.º 2.018, *ibid.*, p. 38; caso n.º 2.021, *ibid.*, pp. 39-49; caso n.º 2.029, *ibid.*, p. 41; caso n.º 2.076, *ibid.*, p. 43; caso n.º 1.967, *ibid.*, p. 54; caso n.º 2.450, CIDH, *Informe Anual — 1978*, pp. 41-42; caso n.º 2.291, *ibid.*, p. 51; caso n.º 2.662, *ibid.*, pp. 53-54; caso n.º 2.720, *ibid.*, pp. 59-58; caso n.º 2.721, in *ibid.*, pp. 60-61; caso n.º 2.722, *ibid.*, p. 63; caso n.º 2.756, *ibid.*, p. 70; caso n.º 2.757, *ibid.*, pp. 72-73; caso n.º 2.758, *ibid.*, pp. 74-75; caso n.º 2.759, *ibid.*, pp. 77-78; caso n.º 2.760, *ibid.*, p. 80; caso n.º 1.909, *ibid.*, p. 110; caso n.º 2.155, CIDH, *Informe Anual — 1979-1980*, p. 46; caso n.º 2.209, *ibid.*, pp. 47-49; caso n.º 2.484, *ibid.*, p. 53.

(145) Caso n.º 1.684 CIDH, *Informe Anual Correspondiente a 1973*, p. 72.

(146) Casos n.ºs 1.702 e 1.748, IACHR, *Report 32nd Session — 1974*, pp. 44 e 51; caso n.º 2.777, CIDH, *Informe Anual — 1979-1980*, pp. 62-64.

cas d'espèce se encontrasse em virtual "estado de guerra", e os tribunais nacionais estivessem assim sujeitos a ingerências de autoridades militares (147). Também já ocorreu que a Comissão, após exame da petição, concluisse ter havido um "atraso injustificado" na decisão definitiva com respeito aos recursos de jurisdição interna (148).

Em outra ocorrência a Comissão, após verificar que sucessivos recursos de *habeas corpus* e apelos às autoridades governamentais e militares do país em questão não surtiram efeito, aplicou a presunção de configuração de graves violações dos direitos humanos (149). E em caso recente a Comissão concluiu *inter alia* que a prolongada detenção do reclamante excedia todo "critério de razoabilidade" e equivalia a um ato violatório dos direitos humanos (150).

Admite-se hoje, da mesma forma, pelo artigo 39 do novo Regulamento da Comissão Interamericana (aprovado em 8 de abril de 1980), que do exame de uma petição se poderão presumir verdadeiros os fatos nela relatados se, em um prazo máximo de 120 dias, o governo reclamado não fornecer as informações pertinentes solicitadas pela Comissão. Com base nesse novo artigo 39 a Comissão tem aplicado tal presunção em sucessivos e numerosos casos (151), em um deles, e.g., após solicitar informações ao governo em questão precisamente sobre se "se esgotaram ou não os recursos da jurisdição interna" (152), — seguindo dessa forma a mesma orientação anterior sob o antigo Regulamento. Em quatro outros casos, objetos de resoluções adotadas em 8 de março de 1982, a Comissão afirmou expressamente que presumia que "não há recursos internos que devam ser esgotados" e que eram verdadeiros os fatos denunciados (153).

(147) Caso n.º 1 774, IACHR, Report 32nd Session — 1974, p. 40.

(148) Caso n.º 2.126, CIDH, Informe Anual — 1978, p. 85.

(149) Caso n.º 2.266, CIDH, Informe Anual — 1979-1980, pp. 49-51.

(150) Caso n.º 2.127, CIDH, Informe Anual — 1979-1980, pp. 71-73.

(151) Caso n.º 7.739, CIDH, Informe Anual — 1980-1981, pp. 58-59; caso n.º 7.458, *ibid.*, p. 60; caso n.º 7.378, *ibid.*, p. 65; caso n.º 7.379, *ibid.*, p. 67; caso n.º 7.383, *ibid.*, p. 68; caso n.º 7.403, *ibid.*, p. 72; caso n.º 7.464, *ibid.*, p. 73; caso n.º 7.490, *ibid.*, p. 76; caso n.º 7.581, *ibid.*, p. 78; caso n.º 7.585, *ibid.*, p. 82; caso n.º 4.425, *ibid.*, p. 88; caso n.º 2.299, *ibid.*, pp. 89-90; caso n.º 3.347, *ibid.*, p. 91; caso n.º 3.496, *ibid.*, p. 92; caso n.º 3.992, *ibid.*, p. 93; caso n.º 3.956, *ibid.*, p. 94; caso n.º 3.884, *ibid.*, p. 95; caso n.º 4.402, *ibid.*, pp. 96-97; caso n.º 4.429, *ibid.*, p. 99; caso n.º 4.677, *ibid.*, p. 101; caso n.º 7.486, *ibid.*, pp. 102-103; caso n.º 7.455, *ibid.*, p. 104; caso n.º 7.473, CIDH, Informe Anual — 1981-1982, pp. 36-37; caso n.º 2.931, *ibid.*, p. 51; caso n.º 4.896, *ibid.*, p. 53; caso n.º 4.863, *ibid.*, p. 58; caso n.º 4.288, *ibid.*, p. 60; caso n.º 2.300, *ibid.*, pp. 68-69; caso n.º 7.898, *ibid.*, pp. 70-71; caso n.º 7.899, *ibid.*, p. 72; caso n.º 6.091, *ibid.*, pp. 77-78; caso n.º 6.093, *ibid.*, p. 80; caso n.º 7.602, *ibid.*, p. 82; caso n.º 7.778, *ibid.*, p. 84; caso n.º 7.778, *ibid.*, pp. 85-86; caso n.º 7.473, CIDH, Informe Anual — 1981-1982, pp. 36-37; caso n.º 2.931, *ibid.*, p. 91; caso n.º 2.401, CIDH, Informe Anual — 1982-1983, p. 68; casos n.ºs 2.648, 2.647 e 2.648, *ibid.*, pp. 71, 75 e 78-79; caso n.º 2.650, *ibid.*, p. 81; casos n.ºs 2.652 e 2.653, *ibid.*, pp. 84 e 86-87; caso n.º 2.973, *ibid.*, pp. 88-89; caso n.º 3.090, *ibid.*, pp. 90-91; caso n.º 8.519, *ibid.*, pp. 82-83; caso n.º 6.586, *ibid.*, p. 95; caso n.º 5.154, *ibid.*, pp. 105-106; caso n.º 7.238, *ibid.*, p. 107; caso n.º 7.243, *ibid.*, p. 109; casos n.ºs 7.309 e 7.310, *ibid.*, pp. 111-112; casos n.ºs 7.313 e 7.314, *ibid.*, pp. 114 e 116; caso n.º 7.319, *ibid.*, pp. 117-118; caso n.º 7.318, *ibid.*, p. 120; caso n.º 7.320, *ibid.*, p. 122.

(152) Caso n.º 7.472, CIDH, Informe Anual — 1980-1981, pp. 61-62.

(153) Caso n.º 7.461, CIDH, Informe Anual — 1981-1982, pp. 40-41; caso n.º 7.823, *ibid.*, p. 45; caso n.º 7.530, *ibid.*, p. 42; caso n.º 7.824, *ibid.*, pp. 47-48.

### g) Atrasos indevidos e denegação de justiça

Em um caso recente, em que o governo reclamado levantou a objeção de não-esgotamento dos recursos internos, argumentando que existia um processo pendente, a Comissão retrucou que tal alegação não tinha lugar, à luz do artigo 46 (2) (c) da Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual rejeita a possibilidade de levantar a objeção de não-esgotamento quando haja "atraso injustificado" na decisão sobre os recursos internos; acrescentou a Comissão que no caso, além do atraso, não houve uma "vontade firme" das autoridades governamentais de "concluir as investigações e sancionar os responsáveis pelos fatos denunciados" (154).

Em outro caso, objeto de resolução adotada em 30 de junho de 1983, a Comissão chegou a expressamente "deplorar o atraso e a denegação de justiça" (155). Com efeito, como visto (*supra*), o conceito de denegação de justiça encontra-se intimamente ligado ao requisito do prévio esgotamento dos recursos internos: uma falha nestes últimos (e.g., se se mostrarem ineficazes) pode levar à configuração de uma denegação de justiça, abrindo caminho para a ação internacional de proteção dos direitos humanos (156). A esse respeito, em recente ocorrência, a Comissão constatou uma denegação de justiça e violação dos direitos humanos, dado que a vítima não tivera "oportunidade de defender-se" e obter reparação dos danos (157).

### h) Não-aplicação da regra do esgotamento nos chamados "casos gerais"

Em virtude de uma regra de interpretação adotada na II Conferência Interamericana Extraordinária (1965) (158), não se estende a regra do esgotamento dos recursos internos aos chamados "casos gerais", i.e., casos de supostas violações generalizadas de direitos humanos. Em dezembro de 1968 (20ª sessão da Comissão) prepararam-se e examinaram-se relatórios sobre o direito de petição (159) e o tratamento de petições em "casos individuais" (160), e o tópico "Esgotamento de Recursos Legais Internos" foi incluído no programa geral de trabalho da Comissão, tendo sido designado um *rappporteur*. Em relatório sobre o assunto apresentado à Comissão em maio de 1972 (28ª sessão), o *rappporteur* concluiu cate-

(154) Caso "La Pólvara", resolução n.º 20/83, de 4-10-1983, in CIDH, *Informe Anual — 1982-1983*, pp. 137-138.

(155) Caso n.º 7.575, CIDH, *Informe Anual — 1982-1983*, p. 65.

(156) E no direito internacional geral, os conceitos de denegação de justiça e esgotamento dos recursos internos interagem para formar a base da maioria das reclamações internacionais; para um estudo recente a respeito, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Denial of Justice and Its Relationship to Exhaustion of Local Remedies in International Law", 53 *Philippine Law Journal* (1978) pp. 404-420.

(157) Caso n.º 2.976, CIDH, *Informe Anual — 1982-1983*, p. 101.

(158) Ato Final da Conferência, OEA, doc. OEA/Ser.C/I.13, p. 32.

(159) OEA, doc. OEA/Ser.L/V/II.20 — doc. 20 a 22 e 33 Rev.

(160) OEA, doc. OEA/Ser.L/V/II.21 — doc. 17. O estudo continha "propostas práticas" sobre a admissibilidade de reclamações em "casos individuais". Esta referência a "casos individuais" em relação à aplicação da regra dos recursos internos não deveria passar despercebida.

goricamente que, para os propósitos do trabalho da Comissão, a regra do esgotamento dos recursos internos não deveria aplicar-se a reclamações de direitos humanos em "casos gerais", mas tão-somente em "casos individuais" (161).

Esta regra de interpretação foi aplicada em um caso datado de 1971-1972 (162). Subseqüentemente, em outro caso, em sua 32ª sessão (8 a 18 de abril de 1974), a Comissão, após examinar a matéria, decidiu tratar uma série de reclamações de direitos humanos inter-relacionadas — que incluíam suspensão de garantias de *due process* e outras irregularidades, e ineficácia dos recursos de *amparo* e *habeas corpus* — como um "caso geral": o requisito do prévio esgotamento dos recursos internos foi por conseguinte dispensado, possibilitando assim à Comissão proceder de imediato a um estudo amplo e abrangente da situação (163). Observe-se que esta significativa evolução teve lugar mediante um *processo de interpretação liberal* das normas regendo o procedimento da Comissão Interamericana (164).

### i) O ônus da prova quanto ao esgotamento

O importante item do ônus da prova quanto ao esgotamento dos recursos internos encontra-se naturalmente relacionado a algumas das outras questões processuais revistas no presente estudo. Assim, e.g., da prática da Comissão Interamericana de solicitar informações adicionais sobre o esgotamento, seja aos governos reclamados, seja aos reclamantes autores das petições, seja não raro a ambos (*supra*), pode-se inferir que o *onus probandi* quanto ao esgotamento dos recursos internos se distribua entre reclamante e reclamado. A questão foi objeto de atenção também no experimento regional congênere europeu: recorda-se, a esse respeito, que a jurisprudência da Comissão Européia de Direitos Humanos muito evoluiu, desde a década de cinquenta em que fazia incidir sistematicamente sobre o reclamante o ônus da prova quanto ao esgotamento dos recursos internos, até nossos dias, em que distribui, de modo mais justo, equilibrado e flexível, aquele ônus entre reclamante e reclamado. Foi o que procuramos demonstrar em pesquisa a respeito, divulgada em 1976, defendendo a tese da distribuição do ônus da prova quanto ao esgota-

(161) GABINO FRAGA, "El Agotamiento de Recursos Internos Previo a la Acción Internacional". OEA, doc. OEA/Ser.L/V/II.28 — doc. 19 (de 4 de maio de 1972), pp. 7-11. Ademais, indicou o *rapporteur* três exceções à regra dos recursos internos, a saber: não-existência de tais recursos, atrasos indevidos, e casos em que o reclamante foi impedido de utilizar os recursos internos; cf. *ibid.*, pp. 7-11.

(162) Caso n.º 1.064, que tornou-se um *leading case* sobre a matéria; cf. J. JIMÉNEZ DE ARECHAGA, "Seminar sobre Agotamiento de los Recursos de Jurisdicción Interna (Proyecto de Programa)", OEA, doc. OEA/Ser.L/II.29 — doc. 5, de 3-10-1972, p. 3, e cf. pp. 1-3; cf. também, sobre o caso n.º 1.064, JACHR, *Report 31st Session — 1973*, p. 30; CIDH, *Informe Anual Correspondientes a 1973*, pp. 63-64 e 67-68.

(163) Cf. OEA, doc. OEA/Ser.L/V/II.34 — doc. 21, de 25-10-1974, pp. 1-177, para o relatório da Comissão sobre o caso (aprovado em sua 34.ª sessão, 22 de julho a 2 de agosto de 1974).

(164) No caso, particularmente o artigo 9 (bis) (d) de seu antigo Estatuto e o artigo 54 de seu antigo Regulamento, dispondo sobre a regra do esgotamento dos recursos internos.

mento dos recursos internos entre reclamante e reclamado nos experimentos de proteção internacional dos direitos humanos (165).

Mais recentemente, a mesma orientação foi expressamente adotada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos: seu novo Regulamento (aprovado em 8 de abril de 1980) dispõe em seu artigo 34 *inter alia* que “para que uma petição possa ser admitida pela Comissão, requerer-se-á que se tenham interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, conforme os princípios do direito internacional geralmente reconhecidos”, a não ser que haja o “devido processo legal” para a proteção dos direitos, ou que o reclamante tenha sido impedido de utilizar os recursos internos, ou que se tenha verificado “atraso injustificado” no processo; quando o autor da petição afirmar a impossibilidade de esgotar os recursos internos — acrescentou significativamente o artigo 34 do novo Regulamento — “caberá ao governo contra o qual se dirige a petição demonstrar à Comissão que os recursos internos não foram previamente esgotados, a menos que isto se deduza claramente dos antecedentes contidos na petição” (166).

Assim, e.g., em um caso recente, enquanto o governo reclamado buscava demonstrar que as decisões dos tribunais internos estatais eram passíveis de recursos perante a Corte Suprema, o que não havia sido feito no caso, os reclamantes contra-argumentavam que a jurisdição da Corte Suprema para examinar recursos de decisões dos tribunais estatais limitava-se a “situações específicas” não aplicáveis ao *cas d'espèce*; a Comissão Interamericana, após examinar os fatos, concluiu que “não existiam procedimentos internos que esgotar antes de recorrer à jurisdição internacional” (167). Em outro caso, a Comissão contentou-se em “estimar *prima facie* a veracidade dos fatos” (168). Sobre este último ponto, cabe recordar que, no experimento regional europeu, a jurisprudência da Comissão Européia de Direitos Humanos a respeito evoluiu da exigência de uma “substantial evidence” (nos anos cinquenta) à de tão-somente uma “*prima facie* evidence/commencement de preuve” (de 1960 até nossos dias) (169).

Em outra ocorrência, a Comissão Interamericana estatuiu que o simples fato de que os recursos internos tivessem sido esgotados e de que havia uma decisão judicial definitiva que examinara as provas apresentadas pelos reclamantes não impedia que a própria Comissão considerasse se tais provas demonstravam uma violação dos direitos humanos (170).

(165) A. A. CANÇADO TRINDADE, “The Burden of Proof with Regard to Exhaustion of Local Remedies in International Law”, 9 *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal* — Paris (1976) pp. 81-121.

(166) Texto in: OEA, *Manual de Normas Vigentes en Materia de Derechos Humanos*, doc. OEA/Ser.L/V/II.50 — doc. 6, 1980, p. 135.

(167) Caso n.º 2.141, CIDH, *Informe Anual — 1980-1981*, pp. 39-40.

(168) Caso n.º 3.482, CIDH, *Informe Anual — 1980-1981*, p. 29.

(169) A. A. CANÇADO TRINDADE, “The Burden of Proof...” op. cit. supra n.º 165, pp. 88-81 e 110.

(170) Caso n.º 1.752, IACHR, *Report 31st Session — 1973*, p. 49.

Em outro caso, do exame das provas ("claras evidências") a Comissão deduziu a veracidade dos fatos denunciados (171). E, em caso recente, em que declarou que o governo em questão havia cometido uma violação dos direitos humanos, a Comissão indicou *inter alia* que o governo reclamado não fornecera prova alguma que lhe permitisse determinar se faltaria esgotar algum recurso da jurisdição interna (172).

## 2. A prática da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Embora seja a Comissão Interamericana o órgão encarregado de pronunciar sobre questões pertinentes à admissibilidade de petições contendo alegações de violações de direitos humanos, também a Corte Interamericana — estabelecida em 18 de julho de 1978, quando da entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos — teve ocasião de manifestar-se sobre a matéria (caso infra). Há aqui um paralelo com o experimento regional europeu, em que, a par da vasta jurisprudência da Comissão Européia de Direitos Humanos, também a Corte Européia foi provocada a pronunciar sobre a matéria (173). No âmbito regional interamericano, deparou-se a Corte Interamericana com a questão no recente caso *Viviana Gallardo et alii versus Costa Rica* (1981): antes de levar a matéria perante a Comissão, o governo em questão encaminhou petição à Corte para determinar se houvera violação dos direitos humanos consagrados na Convenção Americana no caso da morte de Viviana Gallardo em uma prisão e de ferimentos sofridos por suas companheiras de cela. Para os propósitos do caso, o governo de Costa Rica renunciou formalmente ao procedimento perante a Comissão e ao requisito do prévio esgotamento dos recursos de jurisdição interna (174).

Na decisão de 13 de novembro de 1981 sobre o presente caso, a Corte, após advertir que o procedimento perante a Comissão não fora concebido no interesse exclusivo do Estado, não sendo pois em princípio renunciável, deteve-se na questão da renúncia à regra do esgotamento: lembrou de início corretamente que, consoante a jurisprudência internacional a respeito, o requisito em questão é passível de renúncia, ainda que tácita. A questão de saber se se cumpriram ou não os requisitos de admissibilidade de uma petição perante a Comissão — acrescentou a Corte, — é tema concernente à própria interpretação ou aplicação da Convenção (artigos 46-47), e, assim, de competência *ratione materiae* da Corte. No caso concreto, no entanto, caberia em princípio à Comissão pronunciar em primeiro lugar sobre tais requisitos de admissibilidade da petição; como isto não ocorrera, a Corte, entendendo que não poderia assim examinar diretamente o caso, evitou naquele estágio pronunciar

(171) Caso n.º 4.326, CIDH, *Informe Anual* — 1981-1982, pp. 25-26.

(172) Caso n.º 1.954, CIDH, *Informe Anual* — 1981-1982, p. 97.

(173) Para um estudo da jurisprudência da Corte Européia sobre a matéria, cf. A. A. CANGADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: An Appraisal", 10 *Revue des Droits de l'Homme/Human Rights Journal* — Paris (1977) pp. 142-185.

(174) Cf. *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* — 1981, p. 11.

sobre o alcance e valor da renúncia do governo de Costa Rica à regra do prévio esgotamento dos recursos internos (175). A demanda não foi assim admitida e o caso foi remetido ao exame da Comissão (176), não implicando tal remissão uma decisão da Corte sobre a competência da Comissão (177).

### 3. Avaliação e perspectivas

Hoje, em meados da década de oitenta, é certo que persiste uma brecha ou distância entre o progresso normativo alcançado pelo sistema interamericano na proteção dos direitos humanos e a realidade dos direitos humanos no continente americano (178), mas como já bem se ressaltou, "sem os progressos do direito internacional, a realidade seria ainda mais negativa" (179). A atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, já bem antes da entrada em vigor da Convenção Americana, tem sido certamente um elemento decisivo para a evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Até 1975, por exemplo, tinha a Comissão examinado mais de 1.800 petições sobre direitos humanos (180), obra considerável para um órgão até então operando sem que a Convenção tivesse entrado em vigor. Em fins de 1978 já chegavam a 3.200 os casos examinados pela Comissão (compreendendo mais de dez mil vítimas, de 18 ou 19 países); isto significa que a Comissão considerou 20% dos casos em seus primeiros quinze anos de atuação, e aproximadamente 80% dos casos no período de cinco anos entre 1973 e 1978 (181). Somente em 1980 foram recebidas 3.402 denúncias (o registro anual mais elevado, resultante de observação *in loco* em um determinado país), sendo que, ao final da década 1971-1981, a cifra totalizava 6.756 denúncias recebidas, de cujo exame resultaram 437 resoluções adotadas pela Comissão (182).

Aos resultados concretos em inúmeros casos individuais acrescenta-se a importante função *preventiva* exercida pela Comissão. Em decorrência de suas recomendações de caráter geral dirigidas a determinados governos,

(175) *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos — 1982*, pp. 18-19.

(176) Cf. *ibid.*, p. 20. A Comissão, pela Resolução n.º 13/83, de 30-6-1983, declarou inadmissível a petição e arquivou o caso; cf. CIDH, *Informe Anual — 1982-1983*, pp. 51-55.

(177) Cf. CIDH, *Informe Anual — 1982-1983*, p. 52.

(178) A própria Comissão Interamericana, bastante cautelosa, confessou recentemente seu reconhecimento da "dificuldade que existe para estabelecer critérios que permitam medir o cumprimento pelos Estados de suas obrigações"; CIDH, *Informe Anual — 1979-1980*, p. 143.

(179) H. GROS ESPIELL, "Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme", 145 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1975) pp. 52-53, e cf. p. 48; cf. igualmente E. VARGAS CARREÑO, "La Protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano", *Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Internacional*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1979, p. 365.

(180) H. GROS ESPIELL, *op. cit.* supra n.º 179, pp. 29-31.

(181) E. VARGAS CARREÑO, "[Derechos Humanos:] El Perfeccionamiento de los Mecanismos Interamericanos a la Luz de su Experiencia", *Estudios Internacionales: Derechos Humanos y Relaciones Internacionales* (ed. W. Sanchez G.), Santiago, Instituto de Estudios Internacionales, 1979, p. 227.

(182) OEA, *Comisión Interamericana de Derechos Humanos — Diez Años de Actividades, 1971-1981*, Washington, Secretaría General de la OEA, 1982, pp. 101-102.

ou formuladas em seus relatórios anuais, "foram derogados ou modificados leis, decretos e outros dispositivos que afetavam negativamente a vigência dos direitos humanos", foram criados ou fortalecidos mecanismos de proteção no ordenamento interno ou nacional, e "se estabeleceram ou aperfeiçoaram recursos e procedimentos para a melhor tutela" dos direitos humanos (183). Da atuação da Comissão emergiram e cristalizaram-se certas posições de princípio ou "elaborações doutrinárias", de importância para a evolução corrente da proteção internacional dos direitos humanos no Continente. Assim, e.g., entende a Comissão que *não* lhe compete "substituir" o Estado na investigação e sanção de violações de direitos humanos (cometidas por particulares); cabe-lhe, propriamente, proteger as pessoas cujos direitos foram lesados por agentes ou órgãos do Estado, constituindo-se assim em uma instância a que se possa recorrer "quando os direitos humanos foram violados por tais agentes ou órgãos estatais" (184). Cabe aqui registrar que, ao fundamentar recente solicitação de Parecer Consultivo à Corte Interamericana, a Comissão argumentou *inter alia* que os dispositivos sobre direitos humanos constituem *ius cogens* e os tratados de direitos humanos "devem ser interpretados segundo seu objeto e fim, que não é outra coisa que proteger primordialmente os direitos fundamentais dos seres humanos das infrações dos Estados" (185).

Quanto às singularidades da prática da Comissão Interamericana, no tocante em particular à aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos no exame de petições sobre direitos humanos (e.g., adiamento da continuação do exame devido ao não-esgotamento, pedidos de informações adicionais sobre o esgotamento, arquivamento de casos sem prejuízo de reabertura de seu exame), pode-se indagar se este aspecto específico de sua prática representa uma corrente nova, original e válida na aplicação daquela regra em um experimento de direito internacional sobre proteção dos direitos humanos, ou se, ao invés disso, conflita com os "princípios do direito internacional geralmente reconhecidos" sobre a matéria. Ora, a referência à aplicação da regra do esgotamento de acordo com os "princípios do direito internacional geralmente reconhecidos", incorporada no artigo 26 da Convenção Européia de Direitos Humanos, *não* se encontra no artigo 9 (bis) (d) do antigo Estatuto da Comissão Interamericana ou no artigo 54 de seu antigo Regulamento, e *tampouco* se encontra no artigo 20 (c) de seu novo Estatuto ou nos artigos 29 (d) e 32 (a) de seu novo Regulamento. Volta, no entanto, a aparecer, no artigo 34 (1) do novo Regulamento e no artigo 46 (a) da Convenção Americana de Direitos Humanos. A omissão, nos primeiros dispositivos, parece ter sido deliberada, dado que os redatores dos instrumentos regendo o sistema

(183) ANDRÉS AGUILAR: "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Entrada en Vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José", 2 *Mundo Nuevo* — Caracas (1979), p. 38.

(184) OEA, doc. OEA/Ser.L/V/II.89 — doc. 19, de 11-4-1980, p. 29, cit. in OEA, *Comisión Interamericana de Derechos Humanos — Diez Años...*, op. cit. supra, n.º 182, p. 333.

(185) Anexo III: "Solicitud de Opinión Consultiva Presentada [a la Corte Interamericana] por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", in *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* — 1983, p. 50.



interamericano de proteção dos direitos humanos estiveram em geral conscientes dos dispositivos — semelhantes ou equivalentes — de outros experimentos congêneres de proteção internacional dos direitos humanos (186). De toda forma, cabe ter em mente que a incorporação da referência ao direito internacional geral em dispositivos, sobre a regra do esgotamento, de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, almejou não atribuir àquela regra um caráter absoluto, mas antes ressaltar a necessidade de flexibilidade em sua aplicação nesse contexto de proteção, face, e.g., às exceções, geralmente reconhecidas, propiciadas por atrasos indevidos e denegação de justiça (187), — ponto este nem sempre claramente compreendido.

Há elementos que permitem deduzir ter-se dado à regra dos recursos internos um sentido especial, próprio do sistema interamericano, o que equivaleria a uma aplicação especial da regra nesse contexto regional (188); dificilmente, porém, se poderia argumentar que a aplicação da regra no sistema interamericano não esteja de acordo com o direito internacional. Sua não-aplicação pela Comissão Interamericana, por exemplo, nos chamados “casos gerais”, encontra paralelos em experimentos congêneres de proteção internacional dos direitos humanos tanto a nível regional quanto global. A incidência da regra do esgotamento nesse contexto é certamente distinta de sua aplicação na prática da proteção diplomática de nacionais no exterior (no direito internacional costumeiro), mas a regra em questão esteve sempre longe de ter as dimensões de um princípio imutável ou sacrossanto do direito internacional. Ademais, os dois contextos — proteção diplomática e proteção dos direitos humanos — são também distintos, e não parece haver fator algum a impedir a aplicação da regra com maior ou menor rigor nessas situações diferentes, e sua interpretação a ser regida por diretrizes especiais que, embora especiais, nem por isso se desviam ou se afastam *ipso facto* e necessariamente dos princípios do direito internacional geralmente reconhecidos (189).

Ao proferir decisões de natureza antes administrativa do que propriamente judicial no estágio do exame da admissibilidade das petições, à Comissão Interamericana tem sido possível evitar — e corretamente — a simples e pronta rejeição de certas petições por não-esgotamento dos recursos internos. Tem-lhe sido possível facilitar e gradualmente fortalecer ainda mais o acesso dos particulares lesados à instância internacional mediante a aplicação de certas técnicas processuais, como a da distribui-

(186) Cf., e. g., OEA, doc. OEA/Ser.L/V/II.16 — doc. 20, pp. 10-12.

(187) A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies in the ‘Travaux Préparatoires’ of the European Convention on Human Rights”, 53 *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques* (1980), pp. 73-88.

(188) Cf. as considerações *infra*, sobre a evolução da noção de “vítima” na proteção internacional dos direitos humanos (referência ao tratamento dado à questão no sistema interamericano de proteção).

(189) Cf., para um estudo geral, A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 6-56 e 290-322; A. A. CANÇADO TRINDADE, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984, pp. 111-177.

ção do ônus da prova quanto ao esgotamento dos recursos internos e a do uso da presunção mais a favor dos reclamantes resultante do teste da ineficácia dos recursos internos.

A regra do esgotamento dos recursos internos testemunha a interação entre o direito internacional e o direito interno e a subsidiaridade — que lhe é implícita — do processo internacional. Esta última não justificaria, no entanto, uma aplicação mais rigorosa da regra, particularmente na proteção internacional dos direitos humanos. Na utilização dos recursos internos há uma complementaridade de direitos e deveres do reclamante e do reclamado: o elemento de *reparação ou ressarcimento de danos*, ao enfatizar a função e o aprimoramento dos tribunais nacionais na administração da justiça, é certamente mais importante do que o processo formal ou mecânico de esgotamento de recursos internos<sup>(100)</sup>. Tal visão poderá conduzir a uma nova caracterização da natureza jurídica da regra do esgotamento dos recursos internos na proteção internacional dos direitos humanos nos próximos decênios.

## VI. O Esgotamento dos recursos internos sob a Convenção Européia de Direitos Humanos

No decorrer dos trabalhos preparatórios da Convenção Européia de Direitos Humanos (1948-1950) fizeram-se referências genéricas à questão do esgotamento dos recursos internos. Os dispositivos sobre o esgotamento dos recursos internos foram preparados pelos redatores da Convenção de modo a não expor os Estados e protegê-los contra riscos de abuso (donde as diferentes bases de inadmissibilidade de petições consagradas na Convenção), filtrar as queixas e evitar assim que os órgãos da Convenção ficassem sobrecarregados com petições que não merecessem consideração séria, e evitar qualquer fricção ou conflito entre as jurisdições internacional e nacional<sup>(101)</sup>. O acréscimo, no artigo sobre o esgotamento dos recursos internos, das palavras “de acordo com os princípios do direito internacional geralmente reconhecidos”, visou invocar a jurisprudência bem estabelecida sobre a matéria no sentido de que os atrasos indevidos pelos tribunais nacionais em proferir decisões equivaleriam em última análise a um esgotamento dos recursos legais. A passagem ilustra a preocupação dos redatores também em evitar uma aplicação demasiado rígida ou mecânica do dispositivo, que contrastaria com os próprios princípios e propósitos da Convenção. A esse respeito, as referências, no decorrer dos debates preparatórios, ao caráter não-absoluto da regra do esgotamento e à necessidade de flexibilidade em sua aplicação sob a Convenção, não deveriam, do mesmo modo, passar despercebidas<sup>(102)</sup>.

(100) A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts”, 17 *Archiv des Völkerrechts* (1977-1978) pp. 333-370.

(101) Para um estudo detalhado, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies in the ‘Travaux Préparatoires’ of the European Convention on Human Rights”, 58 *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques* (1980) pp. 73-88.

(102) *Ibid.*, pp. 73-88.

A vasta jurisprudência da Comissão Européia de Direitos Humanos sobre a questão do esgotamento dos recursos internos sob a Convenção Européia requereria um estudo à parte. Ao final de 1975, de aproximadamente 7.200 casos levados à Comissão por indivíduos, mais de 5.500 foram rejeitados como inadmissíveis (ou excluídos da lista da Comissão), sendo um número considerável desses últimos por não-esgotamento de recursos internos<sup>(193)</sup>. Ao aplicar o requisito do prévio esgotamento de todos os recursos internos disponíveis (tanto recursos judiciais quanto administrativos), a Comissão tem insistido na "probabilidade razoável de sucesso" dos recursos a serem esgotados (o teste principal da eficácia dos recursos internos). Em alguns casos a Comissão tem consagrado exceções à regra do esgotamento (e.g., recursos ineficazes, jurisprudência adversa bem estabelecida, atrasos processuais indevidamente prolongados). Por outro lado, tem a Comissão rejeitado as seguintes alegações, como não constituindo circunstâncias especiais a justificarem a não-aplicação da regra do esgotamento: falta de conhecimento da existência de recursos disponíveis e das condições de seu exercício, consulta ou informação errônea de funcionários de tribunais ou advogados, falta de recursos financeiros, saúde ruim ou idade avançada, opinião pessoal do próprio reclamante quanto à eficácia dos recursos internos<sup>(194)</sup>.

No tocante ao ônus da prova em relação ao esgotamento dos recursos internos, enquanto em seus primeiros anos de atividade (1955-1959) a Comissão fazia-o incidir sobre os reclamantes, a partir de 1960 (revisão geral de seu regulamento) e nos últimos anos tem a Comissão se inclinado a distribuí-lo entre as "partes litigantes" (e não mais a fazer o ônus da prova incidir apenas sobre o reclamante), em uma interpretação sensata da regra do esgotamento, a qual *per se* já favorece o Estado reclamado<sup>(195)</sup>. Em casos recentes (interestatais ou individuais) levantando a questão da compatibilidade com a Convenção Européia de supostas "medidas legislativas" e "práticas administrativas" (particularmente quando os argumentos são devidamente fundamentados), a Comissão tem tendido a dispensar o requisito do esgotamento dos recursos internos e a atribuir à noção de "vítima" uma interpretação cada vez mais ampla<sup>(196)</sup>.

Quanto aos casos interestatais sob a Convenção Européia, está-se aqui diante de uma situação em que o Estado reclamante age em prol de um grupo de indivíduos (não se tratando assim de caso de "dano direto", ao Estado). Desse modo, haveria lugar para a aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos, a não ser que a queixa visasse uma situação geral prevalecente (em um Estado) afetando um segmento indetermi-

(193) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n.º 190, p. 368.

(194) Cf., sobre a matéria, numerosas decisões relacionadas in: European Commission on Human Rights, *Collection of Decisions*, vols. 1-45; European Commission on Human Rights, *Decisions and Reports*, vols. 1-10.

(195) Para detalhes, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "The Burden of Proof with regard to Exhaustion of Local Remedies in International Law", 9 *Revue des Droits de l'Homme/Human Rights Journal* (1976) pp. 81-121.

(196) Para um estudo detalhado, cf. 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.

nado da população (não sendo as vítimas identificadas). De qualquer modo, em tal exercício do mecanismo de "garantia coletiva" sob a Convenção, analogias com a proteção diplomática seriam enganosas e devem assim ser evitadas (197).

Tem havido algumas poucas ocasiões em que a própria Corte Européia de Direitos Humanos abordou a questão do esgotamento dos recursos internos sob a Convenção (muito menos freqüentemente do que a Comissão Européia). A Corte tem, de início, se julgado competente para considerar uma objeção de inadmissibilidade baseada no não-esgotamento de recursos internos (tarefa normalmente atribuída à Comissão), mas com alguns de seus Juizes emitindo votos dissidentes. De certo modo a Corte atenuou ou "relaxou" a aplicação da regra dos recursos internos ao sustentar que a Comissão poderia aceitar que o último estágio do esgotamento (dos recursos internos) pode dar-se pouco após a entrada da petição (perante a Comissão) mas em qualquer caso antes da decisão da Comissão quanto à admissibilidade. A Corte, ademais, estatuiu que, em casos de detenção excedendo um período razoável, a questão do esgotamento no período subsequente à entrada da petição não vinha ao caso. E, enfim, manteve a Corte que a questão do esgotamento não se aplicava a uma segunda reclamação, buscando compensação ou indenização. A jurisprudência da Corte, assim, exceto para a primeira das questões acima, tem assegurado uma certa atenuação do princípio da reparação local. E, o mais importante de tudo, tem a Corte rejeitado qualquer falsa analogia entre os sistemas de proteção diplomática e proteção dos direitos humanos, para os propósitos da aplicação da regra dos recursos internos (198).

No que concerne ao fator temporal na aplicação da regra do esgotamento sob a Convenção, a Comissão Européia tem aceito, com flexibilidade, que um reclamante possa apresentar-lhe uma petição mesmo se o último estágio do esgotamento se der pouco após a entrada da petição perante a Comissão (mas de qualquer modo antes da decisão desta última quanto a admissibilidade). Uma objeção baseada na condição de petição "manifestamente infundada" pode ser examinada antes de uma objeção de não-esgotamento. Há uma correlação íntima entre esta última e o prazo de seis meses (consagrado na Convenção) na aplicação da regra do esgotamento. A jurisprudência da Comissão é rica no tocante à noção de decisão interna final. Quando as queixas dizem respeito não a um ato isolado, mas a um suposto estado permanente ou situação contínua, a questão do prazo dos seis meses só poderá surgir depois que tal estado ou situação cessar de existir. Uma aplicação estrita do prazo dos seis meses seria ilógica em casos de detenção sob o artigo 5 (3) da Convenção Européia. Final-

(197) A. A. CANÇADO TRINDADE, "L'épuisement des recours internes dans des affaires inter-étatiques — La procédure de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", 14 *Cahiers de Droit Européen* (1978) pp. 139-157; A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in Inter-State Cases: the Practice under the European Convention on Human Rights", 29 *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (1978) pp. 152-168.

(198) A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: an Appraisal", 10 *Revue des Droits de l'Homme/Human Rights Journal* (1977) pp. 141-185.

mente, tem a Comissão indicado que se pode interromper ou suspender o decurso do período de seis meses (190).

Ao avaliar o experimento regional presentemente em consideração, no que diz respeito à regra dos recursos internos, pode-se de início perfeitamente indagar se alguns dos dispositivos da Convenção Europeia, como hoje existem, teriam realmente sido adotados se a regra do esgotamento não tivesse sido incorporada aos artigos 26 e 27 (3) da Convenção. A adoção da regra, tal como ocorreu, foi em grande parte uma solução consensual às preocupações conflitantes com, por um lado, a proteção dos indivíduos contra abusos do poder público, e, por outro, a proteção da soberania dos Estados signatários contra abusos de queixas irregulares.

Quanto à aplicação propriamente dita da regra em questão sob a Convenção, a tendência da Comissão Europeia de Direitos Humanos, nos últimos anos, de passar, de uma aplicação inicialmente estrita, a uma mais flexível, do princípio da reparação interna, está de acordo com a própria razão de ser e os propósitos da Convenção. Particularmente em um sistema de proteção como o da Convenção, inspirado pelas noções de interesse geral e garantia coletiva, verifica-se uma complementaridade de direitos e deveres — tanto da parte dos indivíduos reclamantes quanto da dos Estados reclamados — no processo de esgotamento dos recursos internos (200). O elemento da reparação propriamente dita — a requerer um

(199) A. A. CANÇADO TRINDADE, "The Time Factor in the Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law (With Particular Reference to the Practice under the European Convention on Human Rights)", 61 *Rivista di Diritto Internazionale* (1978) pp. 232-257.

(200) Para os casos, sob a Convenção Europeia de Direitos Humanos, em que se discutiu a regra do esgotamento dos recursos internos perante a Comissão Europeia, cf., dentre várias outras, e.g., as petições n.ºs: 115/55, *X versus República Federal da Alemanha*; 226/56, *X versus Rep. Fed. da Alemanha*; 176/56 e 299/57, *Grécia versus Reino Unido* (ambas com relação a Chipre); 214/56, *De Becker versus Bélgica*; 332/57, *Lawless versus Irlanda*; 343/57, *Nielsen versus Dinamarca*; 434/58, *X versus Suécia*; 596/59, *Pataki versus Austria*; 617/59, *Ilpöfinger versus Austria*; 712/60, *Retimag versus Rep. Fed. da Alemanha*; 788/60, *Austria versus Itália*; 808/60, *Isop versus Austria*; 1211/61, *X versus Holanda*; 1802/63, *Nazih-Al-Kuzbari versus Rep. Fed. da Alemanha*; 1474/62, 23 *Habitantes de Aalberg e Beersel versus Bélgica*; 1727/62, *Boeckmans versus Bélgica*; 1994/63, 37 *Habitantes de Louvain e Arredores versus Bélgica*; 1936/63, *Neumeister versus Austria*; 2689/65, *Delcourt versus Bélgica*; 2991/66, *Alam e Khan versus Reino Unido*; 3321/67-3322/67-3323/67 e 3344/67 (conjuntamente), *Dinamarca / Noruega / Suécia / Holanda versus Grécia*; 2257/64, *Sollitkov versus Rep. Fed. da Alemanha*; 2614/65, *Ringeisen versus Austria*; 3527/68, *X versus Reino Unido*; 4144/69, *X versus Luxemburgo*; 4448/70, *Dinamarca / Noruega / Suécia versus Grécia*; 4403/70, *Patel et al (25 petições) versus Reino Unido* (caso dos "East African Asians"); 4451/70, *Golder versus Reino Unido*; 4340/69, *Simon-Herold versus Austria*; 4517/70, *Huber versus Austria*; 4464/70, *Sindicato Nacional da Polícia Belga versus Bélgica*; 5310/71, *Irlanda versus Reino Unido*; 4475/70, *Svenska Lottförbundet versus Suécia*; 4771/71, *Kamma versus Holanda*; 4897/71, *Gussendauer versus Austria*; 5095/71, *Kjeldsen versus Dinamarca*; 5577/72-5583/72 (conjuntamente), *Donnelly et al versus Reino Unido*; 5100/71-5354/72-5370/72, *Enoel / Dona / Schul versus Holanda*; 5493/72, *Handyside versus Reino Unido*; 6242/73, *Bruckman versus Rep. Fed. da Alemanha*; 5849/72, *Ch. Müller versus Austria*; 6780/74 e 6950/75, *Chitire versus Turquia*; etc. Cf. lista completa in A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law* (Ph.D. Thesis), vol. II, Cambridge, University of Cambridge, 1977, pp. 1684-1688. Para os casos sob a Convenção em que se discutiu a regra do esgotamento perante a Corte Europeia, cf., e.g.: *Lawless versus Irlanda* (1960-1961); *De Becker versus Bélgica* (1962); *Caso Linguístico Belga* (1966-1968); *Wemhoff versus Rep. Fed. da Alemanha* (1969-1969); *Neumeister versus Austria* (1966-1969 e 1974); *Stögmüller versus Austria* (1967-1969); *Matznetter versus Austria* (1967-1969); *De Wilde, Ooms e Versyp versus Bélgica* (casos Vaarancy — 1969-1972); *Ringeisen versus Austria* (1970-1972); *Golder versus Reino Unido* (1974-1975). Cf. lista completa *ibid.*, p. 1689.

aprimoramento da administração local da justiça — é certamente mais importante do que o processo formal de esgotamento de recursos, ainda mais no contexto da proteção dos direitos humanos (201).

## VII. O esgotamento dos recursos internos em experimentos contemporâneos das Nações Unidas de proteção dos direitos humanos

### 1. O Pacto das Nações Unidas de Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Facultativo

Os prolongados *travaux préparatoires* (1947-1966) dos Pactos das Nações Unidas de Direitos Civis e Políticos (e Protocolo Facultativo) e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais — em que atuaram em fases ou momentos distintos a Comissão de Direitos Humanos da ONU, o Conselho Econômico e Social (ECOSOC) e a Assembleia Geral da ONU, e sua III Comissão — tiveram como ponto marcante a decisão em 1951 de ter dois Pactos ao invés de um (como contemplado originalmente); o sistema de reclamações ou petições aplicar-se-ia particularmente aos direitos civis e políticos mas não aos direitos econômicos, sociais e culturais (implementáveis estes “progressivamente”, em período de tempo mais longo). Formou-se consenso no sentido de que os dispositivos do Pacto deveriam ser implementados pelos próprios Estados a nível nacional (por meio de medidas legislativas, administrativas, e outras, apropriadas), subsistindo diferenças quanto às medidas internacionais de implementação. O quadro geral de implementação adotado em 1966 compreendia três medidas principais: o sistema de relatórios (comum a ambos os Pactos), as petições interestatais (previstas no Pacto de Direitos Civis e Políticos, sendo o Comitê estabelecido pelo Pacto concebido mais como um órgão de bons ofícios do que estritamente judicial, dotado de competência facultativa para receber e examinar tais petições), e as petições individuais (ao referido Comitê, incluídas no Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Civis e Políticos). Estabeleceu-se o requisito do esgotamento dos recursos internos como condição de admissibilidade de ambas as modalidades de petições ou reclamações.

A regra do esgotamento dos recursos internos assumiu um papel central precisamente, nos debates sobre o direito de petição individual. Com efeito, pode-se legitimamente indagar se aquele direito teria realmente sido concedido (mesmo em um protocolo facultativo) se a regra do esgotamento não tivesse sido prevista. A esse respeito, é manifesta a sabedoria da regra da reparação local: foi o preço a ser pago — os debates claramente o demonstram — pelo reconhecimento e aceitação do direito de petição individual. Em nenhum momento concebem-se a regra como

(201) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n. 190, pp. 333-370; não deveria passar despercebido o fato de que a regra do esgotamento dos recursos internos, tal como consagrada na Convenção Europeia, tem sido interpretada não apenas pelos órgãos da Convenção mas também pelos tribunais internos dos Estados Partes à Convenção.

um artifício de aplicação mecânica; a “exceção” dos atrasos indevidos foi realmente mantida do princípio ao fim dos trabalhos preparatórios sobre a questão (202).

Sustentou-se a regra do esgotamento tanto por uma questão de princípio quanto por razões de conveniência prática: por questão de princípio, a fim de evitar que o judiciário nacional (e outras autoridades) fosse suplantado por um órgão internacional, e por razões práticas, a fim de evitar que o trabalho do órgão internacional se paralisasse por completo por uma “inundação” de petições infundadas ou triviais, — uma preocupação constante entre os redatores do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos e seu Protocolo Facultativo.

A lição fundamental, no entanto, a ser extraída dos *travaux préparatoires* dos Pactos da ONU para o tema em estudo, é de natureza distinta, e, talvez surpreendentemente, não tenha sido suficientemente examinada pela bibliografia especializada. Os redatores dos Pactos encararam a regra do esgotamento dos recursos internos como diretamente relacionada ao dever dos Estados de fornecer recursos internos eficazes (como no artigo 2(3) do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos) (203). O artigo 2(3) do Pacto, tal como finalmente adotado, dispunha também sobre o desenvolvimento das “possibilidades de recurso judicial”, enfatizando assim que os recursos a serem esgotados (204) não eram apenas os recursos judiciais, mas também os administrativos e demais recursos (205).

Um exame dos prolongados debates na ONU sobre o tema revela que, sob o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, realmente se pretendeu que os dois dispositivos — sobre o dever do Estado de fornecer recursos, e o dever do indivíduo reclamante de esgotá-los — complementassem um ao outro. Pode-se mesmo argumentar, a esse respeito, que aqui reside possivelmente uma das maiores conquistas dos redatores dos Pactos: sua ênfase na natureza complementar dos dois deveres — de fornecimento e de esgotamento dos recursos internos, — distribuídos entre as duas “partes litigantes”, gera uma nova visão da regra do esgotamento dos recursos internos que só pode ser benéfica ao desenvolvimento do direito internacional além de ajudar a elevar os padrões na administração doméstica ou nacional da justiça. Ao optar sabiamente por este abordamento e con-

(202) Para um estudo detalhado da matéria, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “Exhaustion of Local Remedies under the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights and Its Optional Protocol”, 28 *International and Comparative Law Quarterly* (1979) pp. 734-765, esp. pp. 739, 746-751 e 755.

(203) Este abordamento foi seguido pelos redatores da Convenção Europeia de Direitos Humanos (dispositivo correspondente: artigo 13); sobre as influências mútuas e interações na redação dos dois instrumentos, nos planos global e regional, cf., *inter alia*, J. M. GLENN, *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention européenne des droits de l'homme: une étude comparative* (tese), vol. II, Universidade de Strasbourg, 1973, pp. 369-378 e 383-386; A. H. ROBERTSON, “The United Nations Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights”, 43 *British Yearbook of International Law* (1968-1969) pp. 21-48, esp. pp. 41-48.

(204) Artigo 2(3) combinado com o artigo 41(1) (c) do Pacto, e artigos 5(2) e 2 de seu Protocolo Facultativo.

(205) Cf. o artigo 2(3) (b) do Pacto.

centrar a atenção na regra do esgotamento dos recursos internos relacionada ao dever correspondente de fornecer recursos, o Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU introduziu um elemento importante para a aplicação funcional da regra que, no passado, talvez surpreendentemente, fora negligenciado.

As atas das reuniões *in camera* do Comitê de Direitos Humanos (sob o Pacto e seu Protocolo) deixam claro que o teste da eficácia dos recursos internos dominou todos os debates sobre a regra do esgotamento já nos dois primeiros anos de sua atuação (1977-1978). Na prática, o Comitê tem julgado insuficiente uma mera descrição geral, pelo Estado parte em questão, dos recursos internos destinados a proteger e salvaguardar os direitos disponíveis a pessoas acusadas judicialmente. Em alguns casos em que se levantou o problema em questão, o Comitê com efeito julgou necessária uma indicação pelo Estado parte reclamado dos recursos internos disponíveis aos autores das petições *nas circunstâncias particulares de seus casos* (206) (cf. infra).

Em cinco casos perante o Comitê em seu primeiro biênio de atuação (1977-1978), todos relativos ao governo do Uruguai, este último apresentou uma lista de onze recursos internos idêntica em todos os cinco casos, que, embora todos relativos a detenção, apresentavam fatos e circunstâncias distintos e variados. A atitude do Comitê foi de considerar insatisfatória "uma descrição geral" dos direitos e recursos internos disponíveis, sem relacioná-los às "circunstâncias particulares" de cada caso. Do mesmo modo, em distintas ocasiões o Comitê deixou claro que não poderia aceitar uma objeção de não-esgotamento na ausência de informações específicas detalhadas do Estado sobre os recursos disponíveis às supostas vítimas nas circunstâncias particulares de seus casos. Assim, para citar um exemplo, em determinado caso observou o Comitê que o reclamante, que havia obtido asilo na Venezuela como refugiado, já havia recorrido em vão ao Supremo Tribunal de Justiça uruguaio, e, até que o reclamado fornecesse maiores explicações, era do parecer de que não havia outros recursos que o reclamante "deveria utilizar ou ter utilizado" (207).

Em suma, o Comitê tem-se mostrado disposto a insistir no teste da eficácia dos recursos internos à luz das circunstâncias de cada caso, evidenciando assim a proeminência do elemento da reparação propriamente dita sobre um processo mecânico de esgotar os recursos internos. Tem igualmente mantido em mente o dever dos Estados de fornecer recursos internos eficazes, consagrado no artigo 2(3) do Pacto. Concebido não como um tribunal, não como um órgão estritamente judicial, o Comitê tem agido com flexibilidade comparável à da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O Comitê tem, ademais, prestado aparente apoio à repartição ou distribuição do ônus da prova quanto ao esgotamento

(206) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n. 202, p. 758, e cf. pp. 761-762.

(207) Petição R.2/11 (1977-1978); cf. ONU. doc. CCPH/C/DR/78/10, p. 2.



dos recursos internos. Assim agindo, o Comitê tem correspondido às legítimas expectativas de fortalecimento dos propósitos últimos da proteção internacional dos direitos humanos. Não surpreende o fato de que o Comitê parece ter se orientado, até o presente, visível e corretamente, com atenção à condição das vítimas, levando em conta que o experimento do Pacto como um todo visa sobretudo proteger certos direitos civis e políticos, devidamente definidos, dos seres humanos (208).

## 2. A Convenção Internacional das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial

A Convenção Internacional das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (209) estabelece (artigo 6) o dever dos Estados de assegurar recursos eficazes a todas as pessoas sob sua jurisdição; tratando-se este de apenas um de seus pontos característicos, todo o instrumento parece ter sido realmente concebido em termos de obrigações dos Estados de erradicar a discriminação racial. Tanto no próprio texto quanto na orientação geral da Convenção encontram-se indicações no sentido de autorização de uma interpretação e aplicação flexíveis da regra dos recursos internos. A formulação da regra em questão na Convenção foi amplamente influenciada pelo dispositivo equivalente do Pacto das Nações Unidas de Direitos Civis e Políticos (supra). Diferentemente da Convenção Européia de Direitos Humanos, a presente Convenção reconhece *expressamente* uma limitação ou exceção à regra dos recursos internos, qual seja, quando a aplicação dos recursos *se prolongar indevida ou excessivamente* (artigos 11(3) e 14(7) (a)). Ademais, uma comparação entre o artigo 11(3) sobre reclamações interestatais e o artigo 14(7) (a) sobre petições ou queixas de indivíduos (este último, cláusula facultativa) demonstra que no primeiro caso deverá a regra dos recursos internos ser aplicada "em conformidade com os princípios do direito internacional geralmente reconhecidos", ao passo que no segundo caso essa referência é omitida, o que pode ensejar um tratamento diferencial a ser dado às queixas ou petições provenientes de indivíduos (aplicação menos rigorosa da regra do esgotamento nas queixas individuais relativas à discriminação racial).

No caso dessas queixas, nada há a impedir o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (CERD) de aplicar a referida regra com a devida atenção à gravidade e às particularidades dos casos de discriminação racial (210) afetando grupos de indivíduos. Os reclamantes serão muito

(208) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n. 202, pp. 754-765.

(209) Para os antecedentes e trabalhos preparatórios da Convenção, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies under the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination", 22 *German Yearbook of International Law / Jahrbuch für internationales Recht* (1979) pp. 374-383.

(210) Cf. H. SANTA CRUZ, *rapporteur* especial (sobre discriminação racial) da Sub-comissão da ONU de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias, *Racial Discrimination*, ONU, doc. E/CN. 4/Sub. 2/307/Rev. 1, 1971, pp. 1-311; e cf. sua versão revisada e atualizada em 1976 (editada em 1977), ONU, doc. E/CN. 4/Sub. 2/370/Rev. 1, pp. 1-284.

provavelmente cidadãos comuns, com limitados recursos materiais, em situações adversas, e buscando perante o CERD reforçar sua posição — como vítimas — face ao Estado que perpetua os atos de discriminação racial (que bem poderia ser o seu próprio Estado); nessas circunstâncias, se se pretende respeitar e implementar a Convenção, não é de se esperar que o CERD se baseie em demasia na regra da reparação local, tratando-se de sistema visando a eliminação das práticas de discriminação racial<sup>(211)</sup>. Tem-se sugerido, em particular, que deveria a regra dos recursos internos ser cuidadosamente reconsiderada — e talvez dispensada — em casos de discriminação *de jure*, quando se alega que um esquema estatutário ou legal é discriminatório no tratamento das diferentes raças e que os tribunais locais não são competentes para rever a legislação interna<sup>(212)</sup>.

Mas não é apenas o próprio texto dos dispositivos da presente Convenção, acima vistos, que autoriza uma interpretação e aplicação flexíveis da regra dos recursos internos pelo Comitê. De igual modo, o espírito da Convenção como um todo, assim como seus propósitos, militam nesta direção. Dentre as obrigações decorrentes da Convenção encontram-se não apenas as de caráter negativo (como o dever de não engajar ou apoiar práticas de discriminação racial) mas também obrigações bem positivas tais como as contidas no artigo 2 (c) e (d) da Convenção, a saber: o dever de todos os Estados partes de tomar medidas eficazes para rever políticas governamentais, nacionais e locais, e emendar, rescindir ou anular quaisquer leis e regulamentos que resultem na criação e perpetuação da discriminação racial, e o dever de todos os Estados partes de proibir e pôr um fim, por todos os meios apropriados, inclusive a legislação conforme exigirem as circunstâncias, a quaisquer práticas de discriminação racial. Ou ainda as obrigações positivas dos Estados partes, derivadas do artigo 4 da Convenção, de proibir, declarar ilegais e sujeitos a punição por lei, os delitos constituídos pela disseminação e incitamento à discriminação racial.

Tudo isto sugere que a Convenção transcenda a concessão pura e simples de reparação individual aos reclamantes. Conseqüentemente, na aplicação da regra dos recursos internos sob a presente Convenção, as analogias com o direito da responsabilidade do Estado por danos causados a estrangeiros, em que pela intervenção diplomática visava-se em última análise àquela reparação individual, estão fadadas ao insucesso em vista da insuficiência daquele direito de responder às necessidades enfrentadas pela Convenção, e, certamente, pelo direito existente da proteção internacional dos direitos humanos. Nesse novo contexto, pode e

(211) P. SCHAFER e D. WEISSBRODT, "Exhaustion of Remedies in the Context of the Racial Discrimination Convention", *Revue des Droits de l'Homme / Human Rights Journal* (1966) pp. 634-635.

(212) Tem-se argumentado que em tais casos os reclamantes não necessitam esgotar os recursos internos, e o mesmo se aplicaria em casos de práticas discriminatórias efetuadas oficialmente pelo Poder Executivo; *Ibid.*, pp. 644-645. Para indicações e sugestões sobre como poderia operar a regra do esgotamento (no contexto da discriminação racial) no sistema jurídico interno dos Estados Unidos, cf. ademais *ibid.*, pp. 646-652.

deveria a regra em questão ser aplicada à luz das funções de regulamentação e dos propósitos da Convenção.

Esta última não apenas reconhece *expressamente* uma exceção à regra dos recursos internos em caso de atrasos indevidos, mas também claramente transfere a ênfase primordial, do direito atribuído ao Estado de exigir o esgotamento dos recursos internos por parte do reclamante, ao dever imposto ao Estado parte de fornecer recursos internos eficazes. E além dos limites daquela reparação local, o fim último do experimento permanece o aprimoramento do sistema jurídico interno ou nacional de proteção judicial contra a discriminação racial, e o ajustamento e aperfeiçoamento das políticas locais e nacionais a fim de erradicar práticas discriminatórias no tratamento das raças. Em um sistema de proteção desse gênero a regra dos recursos internos perde parte da severidade com que foi aplicada no passado em experimentos menos generalizados, e questionáveis, tal como a prática de proteção de estrangeiros.

### 3. *O sistema de petições sobre direitos humanos enviadas às Nações Unidas (Comissão de Direitos Humanos da ONU)*

O Conselho Econômico e Social (ECOSOC) da ONU, por sua celebrada resolução 1.503 (XLVIII) de 1970<sup>(213)</sup> autorizou a Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias a nomear um Grupo de Trabalho, a reunir-se *in camera* uma vez por ano, para considerar todas as petições recebidas pelo Secretário-Geral da ONU a fim de levar à atenção da Subcomissão as que pudessem revelar “um padrão consistente de violações flagrantes e seguramente comprovadas dos direitos humanos”. Em segundo lugar, decidiu a resolução que deveria a Subcomissão, como primeira fase no processo de implementação, elaborar “procedimentos apropriados” para a admissibilidade das petições recebidas pelo Secretário-Geral da ONU (uma vez que a referida resolução 1.503 do ECOSOC não estabeleceu critérios para a admissibilidade de petições, mas *confiou expressamente* tal tarefa à Subcomissão). A resolução 1.503 do ECOSOC, no entanto, manteve a regra do esgotamento dos recursos internos como condição prévia à realização de investigações.

A resolução 1 (XXIV) de 1971, da Subcomissão, pela primeira vez estabeleceu procedimentos para a questão da admissibilidade de petições relativas aos direitos humanos encaminhadas às Nações Unidas (consoante a resolução 1.503 do ECOSOC). Foi mantida como condição de admissibilidade a regra do esgotamento dos recursos internos<sup>(214)</sup>; a Resolução 1.503 do ECOSOC *confiara* a aplicação da regra inadequadamente à Comissão de Direitos Humanos, ao passo que a Subcomissão corretamente transferiu-a para seu lugar adequado, qual seja, no estágio pre-

(213) Para um exame detalhado de seus prolongados antecedentes em perspectiva histórica, cf., e.g., A. A. CANÇADO TRINDADE, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984, pp. 206-212.

(214) Para um relato dos debates a respeito, cf. *ibid.*, pp. 213-217.

liminar do exame das petições (estágio de admissibilidade), "tornando assim supérfluo, em grande parte, o mesmo exame pela Comissão de Direitos Humanos" (215). O novo sistema passou a funcionar em 1972. Pode-se aqui indagar qual é o sentido da inclusão do requisito do prévio esgotamento dos recursos internos no novo procedimento. Teve este seu âmbito ou alcance claramente limitado aos casos de violações flagrantes dos direitos humanos perpetradas de maneira "consistente" (cf. supra). Por que, então, poder-se-ia argumentar, introduzir mais uma restrição (aos reclamantes) incorporada na regra do esgotamento dos recursos internos? Uma vez que se trata de uma particularidade desse dispositivo examinar apenas casos de violações flagrantes de direitos humanos — portanto de prováveis supostas violações — não seria justo esperar que um requisito como o da regra do esgotamento dos recursos internos pudesse muito bem ser inteiramente suprimido? Afinal, em casos de violações flagrantes dos direitos humanos é provável que os recursos internos se tornem inócuos e ineficazes, perdendo a regra nesse caso a sua própria razão de ser.

Por outro lado, entretanto, argumentou-se convincentemente durante os prolongados debates da ONU que não se deveria permitir que o órgão internacional fosse "inundado" por uma massa de reclamações, devendo-se assim tentar previamente uma solução no âmbito do direito interno: a regra dos recursos internos atendia muito bem tal objetivo. Ao inserirem a regra no novo procedimento, tiveram os redatores o cuidado de não permitirem fosse o requisito levado a extremos: a cláusula dispôs expressamente que a regra dos recursos internos não se aplicaria quando esses últimos parecessem "ineficazes ou indevidamente prolongados" (216). Ademais, talvez se não se tivesse adotado a regra do esgotamento todo o procedimento sobre a admissibilidade de petições simplesmente não teria sido adotado, face, e.g., à constante resistência com base no alegado domínio reservado dos Estados (217).

No sistema de proteção aqui considerado, cabe ressaltar que não se trata precisamente de remediar violações individuais de direitos humanos, dado que a implementação volta-se a *situações prevalecentes* (afetando grupos de indivíduos); seu significado e seu impacto são da maior importância, por *independerm* da ratificação dos Estados membros da ONU: assim, é possível que a validade desse experimento continue a ser reconhecida, a par de experiências paralelas no direito internacional convencional (dependentes de ratificação por parte dos Estados), e mesmo por visar os casos mais graves e urgentes de padrões consistentes de violações flagrantes dos direitos humanos (218).

(215) A. Cassese, "The Admissibility of Communications to the United Nations on Human Rights Violations", 5 *Revue des Droits de l'Homme / Human Rights Journal* (1972) p. 393, n. 27.

(216) § 4(b) da Resolução 1 (XXIV) de 1971, da Subcomissão.

(217) Cf. debates a respeito in A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n. 213, pp. 220-222.

(218) A. A. CANÇADO TRINDADE, "A Implementação Internacional dos Direitos Humanos ao Final da Década de Setenta", 25 *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (1979) p. 354.

#### 4. Avaliação: breve paralelo com o experimento interamericano

Dos sistemas de proteção acima revistos, vê-se que a experiência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no tocante ao exame de petições recebidas (contendo alegações de violações de direitos humanos) é das mais singulares. Ao pronunciar sobre a admissibilidade de tais petições, a Comissão Interamericana profere decisões de natureza antes administrativa do que propriamente judicial, o que talvez lhe tenha permitido agir com flexibilidade e evitar a pronta rejeição de certas petições com base nas condições de admissibilidade (como a do não-esgotamento dos recursos internos). Em contrapartida, a Comissão Européia dos direitos humanos perpetradas de maneira “consistente” (cf. supra), suas decisões sobre admissibilidade de petições assumirem um caráter judicial. À Comissão Interamericana, a seu turno, por uma série de técnicas processuais e pelo motivo básico acima indicado, tem sido possível usar presunções mais a favor dos reclamantes no que diz respeito às condições com base nas condições de admissibilidade (como a do não-esgotamento dos recursos internos no estágio de admissibilidade, a Comissão Interamericana tem adotado uma diversidade de soluções (e.g., arquivamento temporário ao invés de simples rejeição, pedidos de informações adicionais <sup>(219)</sup>, adiamento do exame e decisão etc. — cf. supra). Em suma, a Comissão Interamericana parece estar menos inclinada a rejeitar uma petição expressamente como inadmissível por não-esgotamento de recursos internos do que a Comissão Européia <sup>(220)</sup>.

No tocante à dispensa ou renúncia pela Comissão Interamericana do requisito do prévio esgotamento dos recursos internos nos chamados “casos gerais” (supra), é significativo observar que tal desenvolvimento encontra paralelos tanto no plano regional quanto global. Assim, e.g., a Comissão Européia, nos últimos anos, tem se inclinado em alguns casos a dispensar o requisito do prévio esgotamento dos recursos internos, quando uma petição levantar a questão da compatibilidade com a Convenção Européia de supostas “medidas legislativas e práticas administrativas” (a nível nacional, particularmente quando as alegações estiverem bem fundamentadas; tem a Comissão Européia, ademais, atribuído à noção de “vítima” (sob a Convenção) uma interpretação cada vez mais ampla (cf. infra). No âmbito das Nações Unidas, o sistema conhecido como o da resolução 1.503 (XLVIII) de 1970 do ECOSOC cobre as petições — selecionadas e encaminhadas à Comissão de Direitos Humanos da ONU para estudos ou investigações — que devem necessariamente dizer respeito a “determi-

(219) A esse respeito, parece ter a Comissão procedido com base no princípio de que o ônus da prova com relação ao esgotamento dos recursos internos é dividido e compartilhado pelo reclamante e pelo reclamado.

(220) Para dados estatísticos, cf. Conselho da Europa, doc. DH(75) 4, de 1.º/10/1975, pp. 65-72. E cf. observações recentes da Comissão Interamericana acerca das petições recebidas, in IACHR, *Annual Report — 1977*, doc. OEA/Ser. L/V/II.43 — doc. 21, de 20/4/1978, pp. 30-58.

nadas situações que pareçam revelar um padrão consistente de violações flagrantes de direitos humanos, seguramente comprovadas" (221). Não se trata aqui, portanto, de remediar violações individuais de direitos humanos, dado que a implementação é mais propriamente dirigida a situações prevalentes (afetando grupos ou coletividades humanas), com implicações para a aplicação da regra dos recursos internos.

Desse modo, é alentador verificar que a prática da Comissão Interamericana nesse particular (supra), mesmo antes da entrada em vigor — em meados de 1978 — da Convenção Americana de Direitos Humanos, se coaduna com as experiências paralelas da Comissão Européia de Direitos Humanos (sob a Convenção Européia) e da Comissão de Direitos Humanos da ONU (sob o sistema da resolução 1.503 do ECOSOC), apontando todas no sentido de facilitar gradualmente o acesso dos particulares lesados às instâncias internacionais, e fortalecer assim sua posição no plano internacional, em experimentos providos *seja de base convencional, seja de base originalmente fornecida por instrumentos tecnicamente não obrigatórios* (resoluções de organismos internacionais), mas que nem por isso, deixam de exercer efeitos jurídicos em relação aos Estados membros.

#### VIII. *O esgotamento dos recursos internos e a evolução da noção de "vítima" na proteção internacional dos direitos humanos*

##### 1. *A construção jurisprudencial européia*

Questão significativa que tem surgido na prática da Comissão Européia de Direitos Humanos é o da própria noção de "vítima". Em casos concernentes a medidas legislativas e práticas administrativas supostamente incompatíveis com a Convenção, deve um indivíduo reclamante ser vítima de um determinado ato já perpetrado, ou pode reclamar de um ato administrativo ou legislativo que, em futuro breve, possa muito provavelmente violar seus direitos tais como consagrados na Convenção? É *jurisprudence constante* da Comissão que a regra do esgotamento em princípio não se aplica em casos em que se levanta a questão geral da compatibilidade com a Convenção de "medidas legislativas e práticas administrativas". Nesse sentido dispôs a Comissão em casos interestatais como o *primeiro caso grego (1967-1968)*, o *segundo caso grego (1970)*, o caso *Irlanda versus Reino Unido (1972)* (222).

Contudo, foi em petições interpostas por indivíduos que a Comissão teve ocasião de desenvolver a noção de "vítima" sob a Convenção em

(221) Resolução 1.503 (XLVIII) do ECOSOC, § 5; Resolução 1 (XXIV) da Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias, § 1. Observe-se que, em virtude do § 8 da Resolução 1.503 (XLVIII) do ECOSOC, as medidas de implementação tomadas permanecem confidenciais.

(222) Cf. 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. 257-264.

relação a queixas alegando “medidas legislativas e práticas administrativas” supostamente incompatíveis com a Convenção. Assim, em uma petição relativa à Irlanda apresentada à Comissão já em 1957, em que o reclamante se queixava da legislação interna supostamente incompatível com os dispositivos de Convenção, observou a Comissão que só poderia receber com propriedade uma petição de indivíduo que reivindicasse ser vítima de uma violação, por uma das Altas Partes Contratantes, dos direitos consagrados na Convenção. Daí, poderia examinar a compatibilidade da legislação interna com a Convenção *somente* com respeito a sua aplicação a um indivíduo e *somente* na medida em que sua aplicação supostamente constituía uma violação da Convenção *em relação ao indivíduo reclamante*. A Comissão não era assim competente para examinar *in abstracto* a questão levantada em uma petição de indivíduo sob o artigo 25 da conformidade da legislação interna com os dispositivos da Convenção. Ademais, no presente caso, mesmo que o reclamante tivesse alegado ter sido vítima de violações da Convenção, como ele não se prevaleceu de seu direito de recorrer de sua condenação a um tribunal superior, sua petição tinha que ser rejeitada por não-esgotamento de recursos internos; com esse fundamento, a petição foi declarada inadmissível. Não deveria passar despercebido, no entanto, que a legislação de que se queixava no caso consistia em uma lei e sua emenda, e que em momento algum pareceu o reclamante queixar-se de um *padrão* de legislação, menos ainda de práticas administrativas. Mas o caso permanece útil por sua clarificação da noção de “vítima”, uma noção que subseqüentemente, como se verá, viria a assumir uma importância vital em casos apresentados por indivíduos reclamando de “medidas legislativas e práticas administrativas” como tais (223).

Uma reclamação desse gênero, questionando a compatibilidade com a Convenção de certas medidas legislativas, foi propriamente levantada no caso *Kjeldsen versus Dinamarca*. Os dois reclamantes queixaram-se de que, ao tornar a educação sexual compulsória em escolas públicas dinamarquesas, o governo dinamarquês deixou de respeitar o direito do país de assegurar que a educação de suas crianças deveria dar-se em conformidade com suas convicções religiosas e filosóficas (artigo 2 do Primeiro Protocolo à Convenção). Argumentaram ainda os reclamantes *inter alia* que o presente caso não versava sobre a autoridade da administração, mas sim sobre um Ato do Parlamento (estabelecendo a regra básica da educação sexual compulsória e autorizando o Ministro da Educação a emitir regulamentos para implementar esta regra). Em sua decisão de 1972 no caso *Kjeldsen versus Dinamarca* ponderou a Comissão *inter alia* que como o governo reclamado não contestou a asserção dos reclamantes de que não se poderia instaurar processo algum (sob o artigo 63 da Constituição) contra um Ato do Parlamento, e como não sugeriu

---

(223) *Ibid.*, p. 264.

que qualquer outro recurso específico pudesse estar à disposição, concluía ela por isso que "não havia recurso interno algum eficaz e disponível aos reclamantes com relação ao princípio da educação sexual compulsória tal como incorporado no Ato" [do Parlamento], e, portanto, a esse respeito, a petição não poderia ser rejeitada por não-esgotamento de recursos internos. A Comissão, desse modo, declarou a petição admissível na medida em que se queixava da lei de 1970 sobre educação sexual compulsória nas escolas públicas como violando o artigo 2 do Primeiro Protocolo, e declarou a petição inadmissível na medida em que se voltava a diretrizes emitidas e outras medidas administrativas tomadas pelas autoridades dinamarquesas relativas à maneira pela qual se deveria implementar tal educação sexual (224).

Esta decisão serviu de base à decisão (parcial) subsequente (de 1973) da Comissão no caso *Pedersen versus Dinamarca* (que comportou alegações e reclamações semelhantes), em que a petição foi declarada admissível na medida em que os reclamantes se queixavam de que o Ato do Parlamento (de 1970) dispoondo sobre educação sexual compulsória em escolas públicas dinamarquesas constituía uma violação do artigo 2 do Primeiro Protocolo da Convenção (225).

Um dos casos mais ilustrativos do problema em estudo é o de *Donnelly e outros versus Reino Unido*, relativo a maus-tratos — enquanto sob custódia — pelas forças de segurança na Irlanda do Norte (em abril e maio de 1972) contrários ao artigo 3 da Convenção. Os sete reclamantes argumentaram conjuntamente que os procedimentos e práticas de maus-tratos a que haviam sido submetidos em violação do artigo 3 constituíam "parte de um padrão administrativo sistemático" que permitia e encorajava a violência, incompatível com a Convenção. Negando a aplicação da regra dos recursos internos no caso, solicitaram eles à Comissão que iniciasse uma investigação completa do caso tão cedo quanto possível a fim de determinar se aquelas práticas administrativas eram ou não incompatíveis com a Convenção.

O governo reclamado observou prontamente que como os sete reclamantes se queixavam "em seu próprio nome e no de todas as outras pessoas em situação semelhante", para o propósito de buscar uma investigação da compatibilidade de supostas práticas administrativas, ou da conformidade das leis internas (nacionais), com a Convenção, sua petição, sendo uma petição *individual* (sob o artigo 25), "era como um todo incompatível com a Convenção no sentido do artigo 27 (2)". Em apoio desse argumento o governo britânico referiu-se à jurisprudência da Comissão segundo a qual "a Comissão não era competente para examinar *in abstracto* a questão de se a legislação interna era incompatível com a Convenção, mas só pode-

(224) *Ibid.*, pp. 265-267.

(225) *Ibid.*, pp. 267-268.



ria examinar a compatibilidade de tal legislação enquanto ela afetasse o reclamante". O governo argumentou que esta jurisprudência era igualmente aplicável a uma petição que buscasse obter uma determinação da compatibilidade de certas práticas alegadas". Um indivíduo, no argumento do governo, "não poderia levantar perante a Comissão a questão da compatibilidade com a Convenção de legislação ou uma prática administrativa em geral. Tal reclamação geral só poderia ser considerada em uma petição sob o artigo 24 da Convenção" (petição interestatal). Em uma petição individual sob o artigo 25, "a Comissão só era competente para examinar a compatibilidade de legislação na medida em que ela tivesse efetivamente impingido sobre o reclamante. Se nenhuma aplicação de uma lei estivesse em questão, um indivíduo só poderia reclamar de uma determinada ação que o afetasse e a Comissão não tinha poder algum de considerar se havia outras ações que pudessem formar uma prática administrativa" (226).

Em suas observações escritas, os reclamantes afirmaram que cada um deles tinha sido vítima de violação do artigo 3 da Convenção, e referências a "pessoas em situação semelhante" diziam respeito a um pedido de uma "injunction" temporária na pendência de uma audiência completa das alegações". Negaram eles que estivessem solicitando à Comissão que examinasse *in abstracto* uma prática administrativa supostamente incompatível com a Convenção; sua reclamação baseava-se em "experiências pessoais" e solicitaram eles uma decisão de que eles tinham sido submetidos a tratamento contrário ao artigo 3. Além disso, pretendiam que a Comissão os protegesse de "maior abuso de seus direitos" ao requererem que se pusesse fim a tais práticas em violação da Convenção. No propósito de assegurar esta proteção, procederam eles, "a Comissão deveria exigir que o governo reclamado a satisfizesse no sentido de que o direito interno não mais facilitava ou permitia tais práticas" (227).

Considerando-se a si próprios "plenamente capacitados" a requerer reparação à Comissão, indicaram eles que, para o propósito do presente processo, não tinham eles ligação alguma com o governo que iniciara a petição interestatal (cf. o caso irlandês, supra). Na audiência, os representantes dos reclamantes negaram que estivessem levantando, como alegado pelo governo reclamado, duas questões separadas e distintas perante a Comissão, quais sejam, a questão da violação de seus direitos individuais, e uma reclamação geral ou *in abstracto*. Embora concordassem que um indivíduo não era competente para levantar *in abstracto* uma questão geral perante a Comissão, eles procuravam, no entanto, pôr em questão a existência de uma prática administrativa de maus-tratos "somente em relação a sua reclamação de que a aplicação direta a cada um deles desta prática violara seus direitos sob o artigo 3" (228).

(226) *Ibid.*, pp. 268-269.

(227) *Ibid.*, p. 269.

(228) *Ibid.*, p. 269.

A esse respeito, referiram-se eles à decisão da Comissão no caso *Kjeldsen* (supra), em que a reclamação relativa a legislação sobre educação sexual compulsória tinha sido declarada admissível (em parte) embora “a legislação não tivesse ainda sido aplicada em particular aos reclamantes ou à sua filha”; em seu entender, esta era, em um sentido técnico, “uma reclamação sobre uma violação futura”, e eles alegaram que a esse respeito “não se deveria fazer distinção alguma entre legislação e práticas administrativas”. Os reclamantes argumentaram ademais que “a competência de um Estado parte à Convenção para levantar uma questão da compatibilidade de medidas legislativas e práticas administrativas não poderia prejudicar o poder de um indivíduo reclamante sob o artigo 25 de levantar a questão de uma prática administrativa que diretamente o afetasse como vítima. A distinção sob a Convenção entre os poderes de um Estado e um indivíduo seria ainda mantida porque uma petição individual estava sujeita aos requisitos do artigo 25 e artigo 27” (229).

Em suas observações escritas e orais, o governo britânico argumentou então que a petição era inadmissível porque cada um dos reclamantes deixara de esgotar os recursos disponíveis no direito interno. Além disso, em seu entender, as decisões da Comissão em casos anteriores (supra) de que a regra dos recursos internos não se aplicava em casos de “medidas legislativas e práticas administrativas” incompatíveis com a Convenção eram — em seu argumento — *inaplicáveis* a uma petição apresentada por um indivíduo sob o artigo 25 da Convenção. O governo aceitava que uma suposta prática administrativa pudesse ser considerada pela Comissão em relação à eficácia dos recursos internos, mas tal prática “só poderia ser relevante na medida em que se comprovasse que a prática em questão impedia a eficácia do recurso específico aberto ao reclamante”. No entender do governo, nenhum dos reclamantes demonstrara ter sido impedido no acesso aos recursos internos disponíveis, e portanto a asserção dos reclamantes de que o artigo 26 da Convenção não se aplicava ao caso era “equivocada e infundada” (230).

O argumento foi prontamente rejeitado pelos reclamantes: negando que o caso era inadmissível por não-esgotamento dos recursos internos, sustentavam eles que a exceção à regra dos recursos internos relativa a práticas administrativas (no contexto do artigo 3), previamente elaborada pela Comissão (supra), não se limitava a petições interestatais sob o artigo 24. Em uma petição de um indivíduo, poderia a Comissão examinar a existência de “práticas administrativas” como parte da determinação de se os direitos dos demandantes tinham sido negados, e a Comissão poderia a seu critério optar por adiar uma decisão sobre este ponto até um exame quanto ao mérito.

(229) *Ibid.*, pp. 269-270.

(230) *Ibid.*, p. 270.

Desde que fossem eles vítimas de violações do artigo 3 e reivindicassem que a violação resultaria diretamente da prática administrativa de que se queixavam, argumentaram os reclamantes, "não havia obstáculo algum que os impedisse de pôr em questão a existência de um padrão administrativo como parte de sua petição". Dada a existência de tal padrão de maus-tratos, argumentaram eles, o artigo 26 da Convenção era inaplicável e não poderia haver obstáculo algum a sua petição. O governo reclamado replicou que a exceção ao artigo 26 invocada pelos reclamantes não poderia aplicar-se a uma petição de indivíduos sob o artigo 25, que não poderia levantar qualquer questão geral de compatibilidade; e mesmo em uma petição interestatal sob o artigo 24 em que tal questão geral pudesse ser levantada, a regra dos recursos internos aplicava-se quando o Estado também se queixava de uma violação dos direitos de indivíduos. Por conseguinte, em uma petição sob o artigo 25 em que ao indivíduo reclamante só se facultava queixar-se de uma violação de seus direitos individuais, sua reclamação *a fortiori* "só poderia ser admitida se ele tivesse esgotado os recursos internos" (231).

Como em um caso anterior (*supra*), a questão atinente à relação apropriada entre o direito internacional e o direito interno (no tocante à questão do esgotamento de recursos internos) foi também suscitada e debatida. A asserção de Donnelly e outros de que os direitos humanos internacionais de uma pessoa "were not justiciable under internal British law" foi admitida como verdadeira pelo governo, mas com a observação adicional de que "embora os atos de que se queixavam os reclamantes bem poderiam infringir os direitos humanos internacionais, eles também constituiriam uma infração de direitos sob o direito interno para o que havia um recurso interno. Não poderia afetar a eficácia do recurso se o direito interno colocasse o ato na categoria de atos infringindo o direito interno ao invés de atos infringindo o direito internacional" (232).

Os reclamantes retorquiram que não estavam obrigados a esgotar os recursos internos antes de buscar reparação perante a Comissão; estariam obrigados a fazê-lo em "circunstâncias normais" (e.g., um "incidente isolado" de maus-tratos, mas não no presente caso em que se estava queixando de uma prática sistemática de maus-tratos, em detenção e interrogatório. A exceção à regra dos recursos internos em relação a "medidas legislativas e práticas administrativas" se aplicava às reclamações (de indivíduos) sob o artigo 25 assim como às reclamações (de Estados) sob o artigo 24 da Convenção. No entender dos reclamantes, "não haveria apoio algum na jurisprudência da Comissão para o argumento de que esta exceção deveria confinar-se a petições sob o artigo 24, embora fosse verdade que a Comissão não sustentara anteriormente que ela se aplicava também a uma petição sob o artigo 25" (233). A aplicação da exceção ao

(231) *Ibid.*, pp. 270-271.

(232) *Ibid.*, pp. 271-272.

(233) *Ibid.*, p. 272.

artigo 26 a ambos os tipos de casos (interestaduais e individuais) não afetaria de modo algum o objeto e propósitos das limitações e condições (estabelecidas na Convenção) em relação ao direito de petição individual. Sustentar que a exceção não se aplicava seria "contrário ao propósito da Convenção que era *fornecer proteção não aos Estados mas aos indivíduos*" e seria também "contrário às regras normais de interpretação de tratados em geral". Seria assim "desarrazoado" se um "padrão administrativo" não pudesse ser questionado por um indivíduo reclamante. Argumentando que nas circunstâncias do caso "os recursos internos não eram adequados e eficazes", os reclamantes afirmaram que a existência da prática administrativa de que eles ofereceram "prova substancial" era o fator primário a tornar qualquer recurso interno "teoricamente disponível" ineficaz (234).

Tais foram os principais argumentos das duas partes perante a Comissão. Em sua decisão de 5 de abril de 1973 quanto à admissibilidade no caso *Donnelly*, a Comissão começou por observar que os dispositivos da Convenção não impediam que um indivíduo reclamante interpusse perante ela uma reclamação em relação a uma suposta "prática administrativa" em violação da Convenção, desde que ele apresentasse "prova *prima facie* de tal prática e de ser ele uma vítima dela". Relembrando seus pareceres anteriores segundo os quais a regra dos recursos internos não se aplicava em casos levantando como uma questão geral a compatibilidade com a Convenção (artigo 3) de uma prática administrativa, a Comissão acrescentou em particular que quando houvesse "uma prática de não-observância de certos dispositivos da Convenção, os recursos prescritos serão necessariamente evitados ou tornados inadequados"; assim, se houvesse uma prática administrativa de maus-tratos, "os recursos judiciais prescritos tenderiam a tornar-se ineficazes pela dificuldade de assegurar elementos probatórios, e inquéritos administrativos não seriam instituídos, ou, se o fossem, provavelmente seriam desmotivados e incompletos" (235). Por um raciocínio semelhante, considerou a Comissão, "quando um reclamante sob o artigo 25 apresentar dados *prima facie* comprovando tanto a existência de uma prática administrativa [ ... contrária ao artigo 3 ], e sua alegação de ser uma vítima de atos componentes daquela prática, a regra dos recursos internos no artigo 26 não se aplica àquela parte de sua petição" (236).

A Comissão examinou as alegações avançadas no presente caso *Donnelly* à luz de sua decisão anterior de 1972 quanto à admissibilidade no caso *Irlanda versus Reino Unido* (cf. *supra*). Após traçar um paralelo entre questões envolvidas nos dois casos, a Comissão foi de parecer que

(234) *Ibid.*, p. 272.

(235) *Ibid.*, pp. 272-273.

(236) *Ibid.*, p. 273.

os atuais reclamantes “forneceram dados que *prima facie* comprovam suas alegações de uma prática administrativa em violação do artigo 3 e de serem eles vítimas daquela prática. Por conseguinte, a regra dos recursos internos não se aplica a esta parte das presentes petições e [ . . . ] a queixa dos reclamantes a esse respeito levanta questões de direito e de fato cuja determinação deveria depender de um exame do mérito do caso” (237).

A Comissão passou então à questão se cada reclamante era, ele próprio, uma vítima de atos específicos — distintamente de uma prática administrativa — em violação do artigo 3. Em princípio, observou a Comissão, os reclamantes devem cumprir com o requisito dos recursos internos antes de queixar-se de tais atos; entretanto, lembrou a Comissão a esse respeito sua própria jurisprudência no sentido de que “o esgotamento de um determinado recurso deixa de ser necessário se o reclamante puder demonstrar que, nas circunstâncias particulares de seu caso, esse recurso provavelmente haveria de ser ineficaz e inadequado em relação às queixas em questão”. No presente caso a questão da eficácia dos recursos disponíveis estava “intimamente ligada à suposta existência de uma prática administrativa em violação do artigo 3”. Em tais circunstâncias, a questão sob o artigo 26 não poderia ser considerada sem um exame das questões relativas ao mérito da queixa dos reclamantes com relação à suposta prática administrativa. Como quanto à parte anterior da presente petição, a Comissão julgou apropriado juntar ao mérito também a questão se cada indivíduo reclamante tinha sido, ele próprio, uma vítima de atos específicos em violação do artigo 3 e esgotado os recursos internos consoante o artigo 26 da Convenção. A Comissão, em conclusão, declarou admissível e reteve (sem prejuízo da decisão quanto ao mérito do caso) a questão levantada pelos reclamantes de uma “prática administrativa” em violação do artigo 3 da Convenção, e juntou ao mérito “qualquer questão relativa aos recursos a serem esgotados por parte de cada reclamante como a suposta vítima de atos específicos, distintos de uma prática administrativa, em violação do artigo 3” (238).

Só em período relativamente recente o problema do esgotamento dos recursos internos em relação a medidas legislativas e práticas administrativas passou por alguns de seus mais importantes desenvolvimentos sob a Convenção Européia. Em resumo, tem havido uma tendência consistente da Comissão de dispensar o requisito do esgotamento dos recursos internos quando uma petição (interestatal ou individual) levantar a compatibilidade com a Convenção de supostas “medidas legislativas e práticas administrativas”. O exame desse problema tem levado a Comissão a pronunciarse mais detalhadamente sobre questões afins de relevância à interpretação do artigo 26 e mesmo da Convenção como um todo, como, e.g., a

(237) *Ibid.*, p. 273.

(238) *Ibid.*, pp. 273-274.

relação apropriada entre o direito internacional e o direito interno (em conexão com a aplicação da regra dos recursos internos), freqüentemente envolvendo exame de questões de direito constitucional (como nos casos *Kjeldsen e Donnelly*), e o desenvolvimento pela Comissão da noção de "vítima". Isto pode a longo prazo mostrar-se benéfico à jurisprudência dos órgãos da Convenção como um todo.

A consideração da noção de "vítima" não se restringiu de modo algum a petições de indivíduos; embora fosse no caso *Donnelly* que a Comissão teve possivelmente a melhor oportunidade até o presente de desenvolver aquela noção em relação a uma prática administrativa, a questão tem atraído a atenção da Comissão em uma série de decisões no decorrer de diversos anos. Anteriormente, em 1961, no caso *Áustria versus Itália*, a Comissão afirmou que o requisito dos recursos internos da Convenção "aparecia de modo bem diferente no caso de petições individuais e no caso de petições de Estados": os indivíduos só poderiam recorrer à Comissão (sob o artigo 25) se alegassem ser *vítimas* de uma violação de seus direitos tais como consagrados na Convenção e se tivessem eles esgotado todos os recursos internos, ao passo que os Estados poderiam recorrer à Comissão (sob o artigo 24) "sem terem sofrido qualquer dano e mesmo sem que qualquer indivíduo tivesse sido lesado" (239). Assim um Estado parte à Convenção poderia reclamar que uma outra Alta Parte Contratante cometera alguma violação dos dispositivos da Convenção, e.g., ao promulgar uma lei ou decreto. Isto tinha a implicação necessária de tornar o requisito do esgotamento de recursos internos sob a Convenção aparentemente irrelevante à admissibilidade de petições de Estados baseadas em "conceitos de garantia coletiva e interesse geral" (240).

Como observado pela Comissão no primeiro caso grego, enquanto sob o artigo 25 da Convenção "somente os indivíduos que alegaram ser 'vítimas' de uma violação da Convenção podem recorrer à Comissão", a condição de "vítima" não foi no entanto mencionada no artigo 24 sobre petições interestatais; conseqüentemente, acrescentou a Comissão, "uma Alta Parte Contratante, ao alegar uma violação da Convenção sob o artigo 24, não está obrigada a demonstrar a existência de uma vítima de tal violação, como um incidente particular ou, por exemplo, como formando parte de uma prática administrativa". A seu turno, os indivíduos reclamantes devem alegar ser *vítimas* de uma violação da Convenção como condição de admissibilidade de suas petições (cf. casos *X versus Irlanda e X versus Noruega*, supra). A Comissão desenvolveu a noção de "vítima individual" em sua decisão de 13 de julho de 1970 no caso *X versus República Federal da Alemanha*, em que afirmou que o termo "vítima" significava "não apenas a vítima ou vítimas diretas da suposta violação mas também qualquer pessoa que indiretamente sofresse dano resultante de

(239) *Ibid.*, pp. 274-275.

(240) *Ibid.*, p. 275.

tal violação ou que tivesse um interesse pessoal válido em assegurar a cessação de tal violação” (241). Esta noção de *vítima indireta* também serviu de base ou foi sustentada pela Comissão em pelo menos duas outras decisões (242).

Este novo elemento deu mais precisão à concepção de “vítima” sob a Convenção que, no entanto, permaneceu não obstante construída em termos um tanto quanto estritos. Daí a grande significação de decisões tais como as nos casos *Kjeldsen e Donnelly*. No caso *Kjeldsen* a Comissão permitiu que os dois reclamantes, vítimas *prospectivas ou futuras*, levantassem a questão geral da compatibilidade com a Convenção (e Protocolo) da introdução de educação sexual compulsória em escolas públicas. Quando a Comissão declarou sua petição admissível na medida em que se dirigia contra a lei dinamarquesa dispoendo sobre a referida educação compulsória, a Comissão estava implicitamente, mas claramente, reconhecendo — pode-se argumentar — que indivíduos poderiam levantar a questão da compatibilidade de medidas legislativas com a Convenção, medidas cujos efeitos gerais e vastos (tais como os de práticas administrativas) bem poderiam ir muito além dos pedidos e interesses imediatos dos indivíduos reclamantes em particular. O caminho estaria aberto, desta maneira, para que a Comissão se ocupasse não apenas da proteção de vítimas de violações passadas da Convenção, mas também daquelas que possam no futuro, em circunstâncias tais como as descritas nos casos *Kjeldsen* e *Pedersen*, ser objeto de prováveis violações de direitos.

Uma reclamação impugnando uma prática administrativa não difere de uma reclamação de ineficácia de recursos internos, cabendo à Comissão e não a interpretação subjetiva do reclamante em última análise o seu exame para rejeitá-la ou retê-la para maior investigação. A exclusão, pela Comissão, da regra do esgotamento em casos de medidas legislativas e práticas administrativas pode bem prestar um valioso serviço à causa dos direitos humanos no contexto regional europeu. Ademais, as decisões da Comissão, e.g., nos casos *Kjeldsen* e *Donnelly* (supra), podem ter o efeito de fortalecer o *status* dos indivíduos reclamantes sob a Convenção. Enfim, a tendência da Comissão de atribuir o que parece ser um sentido cada vez mais amplo à noção de “vítima” (de medidas legislativas e práticas administrativas) — como visto no caso *Kjeldsen* — parece estar bem de acordo com a experiência e os desenvolvimentos paralelos nas Nações Unidas (infra). Desse modo, ao atribuir à noção de “vítima” uma interpretação cada vez mais ampla e ao excluir a aplicação da regra do esgotamento de recursos internos em casos de comprovadas medidas legislativas e práticas administrativas incompatíveis com os dispositivos da Convenção, a Comissão Européia parece estar se movendo vagarosa mas

(241) *Ibid.*, p. 275.

(242) *Ibid.*, p. 275.

firmente na direção correta, rumo à realização eficaz dos fins últimos do sistema europeu de proteção dos direitos humanos (243).

## 2. As soluções interamericana e das Nações Unidas

Já observamos que há elementos que permitem deduzir ter-se dado à regra dos recursos internos um sentido próprio, no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o que equivaleria a uma aplicação especial da regra nesse contexto regional (supra). Assim, por exemplo, o tratamento da presente questão no sistema interamericano não há de passar despercebido. Simplificou-se a fórmula ali consagrada, de modo a evitar problemas de interpretação. Assim, o direito de petição individual no sistema interamericano é amplamente conferido, a "peticionários", "presuntos lesionados", "personas denunciantes" (244) — artigo 9(bis) do antigo Estatuto da Comissão Interamericana, artigo 38 de seu antigo Regulamento, artigos 29, 34 e sobretudo 36(2)(b) ("peticionário" terceira pessoa, sem mandato da presumida vítima ou sua família) artigos 44 e 46 da Convenção Americana — e não apenas, como no experimento congênere europeu, a vítimas individuais das violações de que se queixa, muito embora sob a Convenção Européia o conceito de "vítima" tenha nos últimos anos expandido de uma interpretação inicialmente estrita a uma crescentemente mais ampla (supra). O novo Regulamento da Comissão Interamericana mantém-se na mesma linha, ao referir-se a "peticionário", "persona o personas denunciante", e "cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida", "presunto lesionado" (artigos 23, 24, 29, 30, 34, 35, 36 e 38). A Comissão se reserva inclusive a faculdade de, *motu proprio*, levar em conta "cualquier información disponible" (artigo 23(2)) aparentemente idônea e contendo os elementos necessários para iniciar a tramitação de um caso que contenha os requisitos para tal fim.

No plano global (Nações Unidas), consoante a resolução 1.503 de 1970 do ECOSOC (supra), a Subcomissão da ONU de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias, em sua resolução 1 (XXIV) de 1971, estabeleceu procedimentos sobre a admissibilidade de petições relativas a violações de direitos humanos dirigidas ao Secretário-Geral da ONU: estes procedimentos não apenas expressamente excluem a aplicação da regra dos recursos internos quando estes forem "ineficazes ou protelados desarrazoadamente" (artigo 4(b)) mas também dispõem *inter alia* que, em casos fornecendo "bases razoáveis para acreditar que possam revelar

(243) *Ibid.*, pp. 276 e 278-280.

(244) Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "A Aplicação da Regra do Esgotamento dos Recursos Internos no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos", *Derechos Humanos en las Américas -- Homenaje a la Memoria de C. A. Dunster de Abrahams*, Washington, Comisión Interamericana de Derechos Humanos / OEA, 1984, p. 223, n. 36



um padrão consistente de violações graves e seguramente comprovadas de direitos humanos”, as petições admissíveis podem provir não apenas de indivíduos que “se presume razoavelmente” serem vítimas daquelas violações mas também de indivíduos e organizações não-governamentais tendo “conhecimento direto e seguro de tais violações” (artigos 1 (b) e 2 (a)) (245). Fica assim assegurada uma aceção ampla da noção de vítima no presente sistema das Nações Unidas de proteção dos direitos humanos.

A questão da evolução da noção de “vítima” em relação à aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos tem sido objeto de atenção também sob o Pacto de Direitos Civis e Políticos (e Protocolo Facultativo) das Nações Unidas. Em *leading case* sobre a matéria, apresentaram a petição 18 signatários, em nome de 1.194 supostas vítimas, inclusive 14 dos signatários. O Comitê de Direitos Humanos observou de início que, embora a reclamação se voltasse à situação do país nos últimos anos (não tendo as supostas vítimas “liberdade” para agir por si próprias), o Protocolo Facultativo do Pacto não visava lidar com tais situações, mas com reclamações individuais. Explicou o Comitê que “naturalmente há circunstâncias em que se deve considerar um indivíduo como tendo a necessária capacidade para agir em nome do outro”; no presente caso, no entanto, o Comitê não considerou que havia “um vínculo suficiente a permitir que os signatários da petição ajam em nome das supostas vítimas que não são signatários da petição. O Protocolo concede a todos os indivíduos interessados o direito de interpor petições, mas, por outro lado, não permite uma *actio popularis*” (246). O Comitê considerou como “supostas vítimas” três dos signatários da petição, declarando esta inadmissível com relação aos demais. Acrescentou o Comitê que, na ausência de informações mais detalhadas por parte do Estado sobre os recursos eficazes disponíveis às três “supostas vítimas”, não se poderia dizer que estas deixaram de esgotar os recursos internos (teste da eficácia dos recursos e ônus da prova incidindo sobre o Estado reclamado) (247).

Um dos casos mais significativos para a conceituação de “vítima” sob o Pacto foi o caso de *S. Aumceruddy-Cziffra e 19 outras versus Maurício* (1981). As reclamantes alegaram ser vítimas de violações de seus direitos sob o Pacto, e sustentaram ter esgotado todos os recursos internos; por outro lado, o Estado reclamado argumentou que as reclamantes não demonstraram que qualquer indivíduo tivesse sido vítima de violação dos dispositivos do Pacto, e sua petição visava antes a obter uma declaração do Comitê de que as leis (emendadas) de deportação e imigração poderiam ser aplicadas de forma discriminatória de modo a violar os arts. 2, 3, 4, 17, 23, 25 e 26 do Pacto.

(245) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n. 222, p. 280.

(246) Petição n.º 1/1976, *A et alii versus S* (1978), International Covenant on Civil and Political Rights. Human Rights Committee — Selected Decisions under the Optional Protocol, N.Y., United Nations, 1985, p. 17.

(247) *Ibid.*, p. 18.

Em sua decisão, lembrou o Comitê que só poderia considerar petições relativas a indivíduos que se considerassem vítimas, eles próprios, de uma violação de qualquer dos direitos consagrados no Pacto. Uma pessoa só poderia considerar-se vítima — no sentido do art. 1º do Protocolo Facultativo — se tivesse efetivamente sido afetada. No entender do Comitê, o modo de se encarar este requisito era uma questão de grau; é certo que nenhum indivíduo poderia, *in abstracto*, por meio de uma *actio popularis*, desafiar uma lei ou prática tida como inconstitucional. No entanto, acrescentou o Comitê significativamente, “se a lei ou prática não tiver ainda sido aplicada concretamente em detrimento daquele indivíduo, deve de qualquer modo ser aplicável de tal forma que o risco de a suposta vítima ser afetada é mais do que uma possibilidade teórica” (248).

Assim, julgou o Comitê que deveria examinar a alegação das reclamantes de que eram “vítimas” no sentido do Protocolo Facultativo do Pacto. Após investigar caso por caso, concluiu o Comitê que 17 das 20 reclamantes, solteiras, não poderiam considerar-se vítimas de qualquer violação de seus direitos sob o Pacto; com relação às três outras reclamantes, casadas com cidadãos estrangeiros, concluiu que ocorreram violações do Pacto (particularmente dos arts. 2 (1), 3 e 26 em relação aos arts. 17 (1) e 23 (1)), uma vez que elas “sem dúvida alguma” se viram efetivamente afetadas pelas leis (supracitadas), “mesmo na ausência de qualquer medida individual de implementação (por exemplo, por meio de uma denegação de permissão de residência, ou uma ordem de deportação, relativa a um dos maridos)”. Concluiu, por conseguinte, o Comitê, no tocante às três reclamantes, que “o Estado-parte deveria ajustar os dispositivos da Lei (emendada) de Imigração de 1977 e da Lei (emendada) de Deportação de 1977 a fim de implementar suas obrigações sob o Pacto, e deveria fornecer recursos imediatos para as vítimas das violações encontradas acima” (249).

Em outro caso, o de *Erkki Hartikainen e outros Membros da União de Livres Pensadores versus Finlândia* (1981), o autor (Hartikainen) argumentou que de nada valeria instaurar processo nos tribunais finlandeses, uma vez que no caso se queixava de “uma lei que cria a situação de que ele e outros são vítimas” (educação religiosa). Curiosamente, o governo finlandês admitiu, em resposta a uma solicitação do Comitê, que o ordenamento jurídico finlandês não continha qualquer método obrigatório para resolver um possível conflito entre a legislação nacional (relativa ao sistema escolar) e o Pacto da ONU, podendo-se assim dizer que “não havia quaisquer recursos internos obrigatórios para tal caso”. Levando em conta tal admissão de que não havia recursos internos disponíveis, o Comitê entendeu que a petição não poderia ser considerada inadmissível

(248) Petição n.º 35/1978, *S. Aumeeruddy-Cziffra e 19 Outras versus Maurício* (1981), H. R. Committee — *Selectd Decisions*, . . . cit. supra n. 246, p. 68, e cf. pp. 67-68.

(249) *Ibid.*, pp. 70-71.

com base na regra do esgotamento <sup>(250)</sup>. Acrescentou o Comitê que as informações recebidas não clarificavam “suficientemente” até que ponto precisamente se poderia dizer que o autor e outras supostas vítimas tinham sido com efeito “pessoalmente afetadas”, como pais ou guardiães (sob o art. 1 do Protocolo Facultativo), mas como já se havia declarado o presente caso admissível sem objeção sobre este ponto, o Comitê não considerou necessário reabrir a questão <sup>(251)</sup>.

Em outro caso, decidido em 1982, o Comitê *inter alia* voltou a ponderar que não podia examinar *in abstracto* se a legislação nacional conflitava ou não com o Pacto, mas somente se um indivíduo sofreu ou não uma violação real de seus direitos; no entanto, admitiu que a legislação nacional podia, “em determinadas circunstâncias, produzir efeitos adversos que afetam diretamente o indivíduo, tornando-o assim vítima no sentido contemplado pelos arts. 1 e 2 do Protocolo Facultativo” <sup>(252)</sup>. Em um caso concernente ao Uruguai, o Comitê aceitou que a autora inicial da petição (A. M. García Lanza de Netto) agisse em nome das supostas vítimas, seus tios, que haviam sido detidos e não conseguiam assim agir em causa própria; entendeu o Comitê que a reclamante “estava justificada a agir em nome das supostas vítimas em razão de laço familiar próximo” <sup>(253)</sup>; quanto à incidência da regra do esgotamento, o Comitê novamente aplicou o teste da eficácia dos recursos internos, levando em conta as alegações das supostas vítimas de que “não tiveram contato efetivo com advogados para consultas quanto a seus direitos ou para dar-lhes assistência em seu exercício” <sup>(254)</sup>. Em outro caso (petição de M. H. Valentini de Bazzano), decidido em 1979, o Comitê entendeu da mesma forma que a autora da petição “estava justificada em razão de vínculo familiar próximo a agir em nome das outras supostas vítimas”, e acrescentou que o Estado reclamado tinha a obrigação de “fornecer recursos eficazes às vítimas” <sup>(255)</sup>. Precisou o Comitê, em outro caso, que o reclamante “estava justificado, em razão de vínculo familiar próximo, a agir em nome de seu irmão”, mas não em nome de três outras pessoas; em relação ao primeiro, o Comitê levou em conta que se havia tentado

(250) Petição n.º 40/1978, *E. Hartikainen e Outros Membros da União de Livres Pensadores versus Finlândia* (1981), *H. R. Committee — Selected Decisions ...*, cit. supra n. 246, p. 74.

(251) *Ibid.*, p. 76.

(252) Petição n.º 61/1979, *L. R. Hertzberg et alii versus Finlândia* (1982), *H. R. Committee — Selected Decisions ...*, cit. supra n. 246, p. 126; no caso, o governo finlandês confirmou que não havia mais recursos internos disponíveis às supostas vítimas (*ibid.*, p. 125). — Em outra ocasião, o Comitê advertiu que “os indivíduos não podem criticar as leis nacionais *in abstracto*, dado que o Protocolo Facultativo lhes dá o direito de trazer a matéria perante o Comitê somente quando eles alegarem ser vítimas de uma violação do Pacto”. Petição n.º 91/1981, *A. R. S. versus Canadá* (1981), *H. R. Committee — Selected Decisions ...*, cit. supra n. 246, p. 30.

(253) Petição n.º 8/1977, *A. M. García Lanza de Netto et alii versus Uruguai* (1980), *H. R. Committee — Selected Decisions ...*, cit. supra n. 246, pp. 45-46.

(254) *Ibid.*, p. 48.

(255) Petição n.º 5/1977, *M. H. Valentini de Bazzano et alii versus Uruguai* (1979), *H. R. Committee — Selected Decisions ...*, cit. supra n. 246, pp. 41 e 43.

impetrar um recurso em favor da suposta vítima e que seus três advogados foram aprisionados ou desapareceram; conseqüentemente, a petição não poderia ser tida como inadmissível por não-esgotamento de recursos internos (256).

No caso *S. Lovelace versus Canadá* (1981), o Comitê teve ocasião de esclarecer que não podia um reclamante, que se julgasse vítima de uma violação, expressar sua opinião sobre a lei *in abstracto*, sem levar em conta a data da aplicação de tal lei à suposta vítima. Contudo, acrescentou o Comitê, eventos anteriores à entrada em vigor do Pacto (e Protocolo Facultativo) que continuassem, ou tivessem efeitos que constituíssem, eles próprios, violações, após a data da entrada em vigor, poderiam ser considerados pelo Comitê; era o que ocorria no *casus despecie*, dado que a presente reclamação dizia respeito ao "efeito continuado" da legislação (interna), que persistia após a entrada em vigor do Pacto, e que deveria assim "ser examinado, independentemente de sua causa original" (257). A decisão encontra paralelo na jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos em casos relativos a "situação continuada" (258).

Do acima exposto pode-se depreender que, na medida do que lhe parece possível, o Comitê tem se esforçado por propiciar uma evolução da noção de "vítima" — em relação à aplicação da regra do esgotamento — sob o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos (e Protocolo Facultativo) consoante os propósitos últimos de proteção dos direitos humanos, i.e., guiada por uma interpretação cautelosamente extensiva daquela noção. Esta evolução certamente milita em favor do gradual fortalecimento da posição do indivíduo no plano internacional, a exemplo da decisão do Comitê no caso da petição apresentada por Violeta Setelich, em nome de seu marido Raúl Sedic Antonaccio, concernente ao Uruguai (1981); após rejeitar uma objeção de não-esgotamento de recursos internos e o argumento do Estado-parte de que o "direito da vítima de contactar diretamente o Comitê é inválido no caso de pessoas aprisionadas no Uruguai", ponderou o Comitê judiciosamente: — "Se os governos tivessem o direito de erigir obstáculos aos contatos entre as vítimas e o Comitê, o procedimento estabelecido pelo Protocolo Facultativo se tornaria, em muitos casos, sem sentido. É um pré-requisito para a aplicação eficaz do Protocolo Facul-

(256) Petição n.º 29/1973, *E e B et alii versus S* (1979), *H. R. Committee — Selected Decisions...*, cit. supra n. 246, pp. 11-12.

(257) Petição n.º 24/1977, *S. Lovelace versus Canadá* (1981), *H. R. Committee — Selected Decisions...*, cit. supra n. 246, p. 86. Cf., no mesmo sentido, petição n.º 1/1978, *A et alii versus S* (1978), in *ibid.*, p. 17.

(258) Nos casos de uma "situação continuada" em período de detenção excedendo um tempo razoável, a Corte Européia descartou o requisito do esgotamento dos recursos internos no período de detenção subsequente à interposição da petição, pois se se exigisse do reclamante uma nova petição à Comissão, tal atitude formalista só poderia levar a uma multiplicação, sem sentido, de procedimentos, que tenderia a paralisar o funcionamento dos órgãos da Convenção. Cf. A. A. OANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: An Appraisal", 10 *Revue des Droits de l'Homme / Human Rights Journal* (1977) pp. 158-166, 170-171 e 181-183.

tativo que os detidos sejam capazes de comunicar-se diretamente com o Comitê. A alegação de que o Pacto Internacional e o Protocolo se aplicam apenas a Estados, como sujeitos do direito internacional, e que, em consequência, estes instrumentos não se aplicam diretamente aos indivíduos, é desprovida de fundamento jurídico em casos em que um Estado reconheceu a competência do Comitê para receber e considerar petições de indivíduos sob o Protocolo Facultativo. Assim sendo, negar aos indivíduos, que são vítimas de uma suposta violação, seus direitos de levar a matéria perante o Comitê, equivale a negar a natureza mandatária do Protocolo Facultativo” (259).

### IX. Considerações finais

No plano do direito internacional geral, teve e tem a regra do esgotamento dos recursos internos um caráter nitidamente *preventivo*, constituindo-se em *conditio sine qua non* ao exercício da proteção diplomática (supra). Nesse contexto, a regra, não raro impedindo a intervenção, minimizou tensões nas relações internacionais, e assegurou, no contencioso diplomático, uma certa medida de respeito pela soberania dos Estados. A contribuição da prática dos Estados da América Latina nesse particular foi considerável, no sentido da consagração da natureza ou caráter substantivo da regra do esgotamento no âmbito da proteção diplomática interestatal discricionária, o que equivaleu no presente contexto a uma visão restritiva da configuração da condição de “vítimas”.

No contencioso interestatal judicial internacional, tem a referida regra enfatizado o caráter subsidiário da jurisdição internacional; de modo distinto, experimentos pioneiros outorgando capacidade processual aos indivíduos no plano internacional — com exceção da Corte Centro-Americana de Justiça — simplesmente não aplicaram a regra do esgotamento ou então a aplicaram com um grau marcante e variável de flexibilidade. A incorporação da regra do esgotamento em virtualmente todos os instrumentos e procedimentos contemporâneos de proteção internacional dos direitos humanos requer uma reavaliação cuidadosa. Com efeito, historicamente os nacionais situaram-se fora do âmbito de aplicação da regra do esgotamento, e no contexto da proteção dos direitos humanos o vínculo da nacionalidade é irrelevante ao exercício da proteção (distintamente do tratamento de estrangeiros).

É esta uma significativa distinção que não deveria passar despercebida, dado que parece haver muito mais razão para a aplicação da regra em casos em que os próprios Estados patrocinam a causa de seus nacionais (reclamantes) do que em casos em que os Estados concordam voluntariamente — no exercício pleno de sua soberania — em conceder acesso direto à jurisdição internacional aos próprios indivíduos (sejam

(259) Petição n.º 63/1979, V. *Setelich (R. Sendic Antonaccio) versus Uruguai* (1981), H. R. Committee — *Selected Decisions...*, cit. supra n. 246, pp. 102 e 104.

ou não sens nacionais). A diferença de contextos é clara, e tem — ou poderia ou deveria ter — relevância para uma aplicação distinta da regra do esgotamento dos recursos internos.

Por outro lado, pode-se indagar se o fortalecimento do *status* processual dos indivíduos sob os sistemas contemporâneos de proteção internacional dos direitos humanos teria efetivamente se tornado possível sem a limitação paralela e concomitante da aplicação da regra do esgotamento... Tem-se, assim, uma situação bastante paradoxal, em que os Estados tomam com uma das mãos o que haviam dado com a outra...

Diferentemente da Comissão Européia de Direitos Humanos, que no estágio da admissibilidade de petições profere decisões de natureza judicial, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem logrado adotar um abordamento mais flexível da aplicação do princípio da reparação interna ou local, uma vez que, de qualquer modo, suas decisões mais se assemelham a atos administrativos do que a decisões judiciais *stricto sensu*. O enfoque da matéria seguido pelos mecanismos das Nações Unidas (revistos supra) tem propiciado igualmente uma aplicação mais flexível da regra do esgotamento. Qualquer que seja, no entanto, o órgão encarregado da proteção dos direitos humanos no plano internacional, o contexto da proteção é fundamentalmente diferente do da responsabilidade do Estado por danos causados a estrangeiros, implementada esta em base estritamente interestatal discricionária. Em experimentos internacionais de proteção de direitos humanos persiste a possibilidade de regulamentação da questão do esgotamento dos recursos internos mais por meio de regras e procedimentos detalhados (e.g., prevendo as exceções de atrasos indevidos e outras irregularidades processuais graves na administração da justiça local, para não falar da denegação de justiça propriamente dita) do que por uma referência ambígua e enganosa a "princípios do direito internacional geralmente reconhecidos", como se faz hoje. *Inclusio unius est exclusio alterius*.

Mesmo a referência corrente ao direito internacional geral, encontrada em cláusulas consagrando a regra do esgotamento dos recursos internos em instrumentos de proteção dos direitos humanos, não justifica uma rejeição sistemática, com base naquele requisito, de petições alegando violações de direitos humanos: ela chama antes a atenção para as limitações da regra do esgotamento, limitações estas reconhecidas pelo próprio direito internacional, particularmente quando direitos fundamentais estão em risco. Assim, a Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial não apenas reconhece expressamente uma limitação ou exceção à regra do esgotamento dos recursos internos, a saber, quando a aplicação dos recursos é indevidamente prolongada, mas também seu art. 14 (7) (a) — sobre reclamações de indivíduos — omite qualquer referência a "princípios do direito internacional geralmente reconhecidos".

No mesmo sentido, sob o Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU e seu Protocolo Facultativo, fica claro que o dever do indivíduo reclamante de esgotar os recursos internos é sempre complementar ao dever do Estado — parte de fornecer recursos internos eficazes —, o que equivale a uma nova visão da matéria que, na prática, tem aberto o caminho a uma aplicação equilibrada da regra do esgotamento dos recursos internos.

Também pela aplicação de certas técnicas processuais se tem logrado atenuação ou maior flexibilidade na aplicação da regra dos recursos internos: é o caso, por exemplo, do teste da eficácia dos recursos, do reconhecimento de exceções àquela regra, da divisão ou distribuição do ônus da prova quanto ao esgotamento. Diversos outros expedientes do gênero têm sido utilizados particularmente pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (supra), que é um órgão que tem avançado consideravelmente no sentido do abrandamento na aplicação da regra. Cabe aqui assinalar que é realmente surpreendente continuar encontrando, no sistema da resolução 1.503 do ECOSOC sobre petições de direitos humanos enviadas às Nações Unidas, o requisito do esgotamento dos recursos internos, dado que o sistema em questão dirige-se a situações que revelam um padrão consistente de violações flagrantes de direitos humanos, em que bem se pode presumir que os recursos internos muito provavelmente se tornarão inócuos e ineficazes, perdendo aquele requisito sua razão de ser. Tem-se, no entanto, que admitir que a consagração inicial da regra do esgotamento dos recursos internos ajudou ao menos a fazer com que aquele experimento viesse a funcionar.

A evolução da regra há de ser apreciada com atenção aos contextos específicos de sua incidência e aplicação. No contexto da *proteção diplomática* a regra operou como uma objeção substantiva impedindo a intervenção. Nos experimentos internacionais contemporâneos de *proteção dos direitos humanos*, a regra do esgotamento dos recursos internos tem operado como uma objeção dilatória ou temporal de natureza processual. Mas a evolução da regra não termina aqui: tendo em mente a mudança corrente de ênfase, voltada à função e prática dos próprios tribunais nacionais na aplicação da regra em conformidade com dispositivos de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, e a atual tendência no sentido do aperfeiçoamento dos sistemas nacionais de proteção judicial, é possível que a presente natureza "processual" da regra no contexto da proteção internacional dos direitos humanos possa levar a uma caracterização distinta da mesma em futuro próximo.

Enfim, ponto dos mais significativos, e que tem passado despercebido até o presente, é o da evolução da noção de "vítima" em relação à aplicação da regra dos recursos internos. Como vimos, a construção jurisprudencial européia (sob a Convenção Européia de Direitos Humanos), ao inclinar-se pela dispensa do requisito do esgotamento dos recursos internos em casos de "medidas legislativas e práticas administrativas", tem atribuído à noção de "vítima" uma interpretação cada vez mais

ampla, abrangendo não mais apenas as vítimas "diretas" como também as "indiretas" assim como as vítimas "futuras ou prospectivas" (supra). No sistema interamericano de proteção, em que se pode traçar um paralelo com os chamados "casos gerais" perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o direito de petição individual é amplamente conferido aos "peticionários" ou denunciante em geral. Assim, no continente americano, em contraste com a proteção diplomática interestatal<sup>(260)</sup> (supra), o sistema interamericano de proteção de direitos humanos tem propiciado uma aceção das mais amplas e liberais da caracterização de "vítima" (capacidade para agir).

Também no âmbito das Nações Unidas as presunções têm operado em favor das vítimas (sistema da resolução 1.503 do ECOSOC), o que tem favorecido um gradual fortalecimento da capacidade processual do indivíduo no plano internacional (prática do Comitê de Direitos Humanos sob o Pacto de Direitos Civis e Políticos e Protocolo Facultativo). Não resta dúvida de que os atuais mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos têm beneficiado um número muito maior de indivíduos do que o dos próprios reclamantes<sup>(261)</sup>, o que reflete a evolução e ampliação do conceito de "vítima" na proteção internacional dos direitos humanos. Particularmente em casos em que se reclama de uma "situação continuada", de efeitos prolongados, ou de legislação que pode vir a lesar direitos (antes mesmo de qualquer medida específica de implementação), notam-se a presença e influência do fator *tempo* na solução jurídica, — neste como em outros domínios do direito internacional (e.g., meio-ambiente). Assim, celebram-se tratados a serem implementados por etapas, e reconhecem-se certas categorias de direitos a se realizarem gradual e progressivamente.

Se no passado os princípios e regras (como a do esgotamento dos recursos internos) do direito da responsabilidade internacional dos Estados evoluíram em uma dimensão essencialmente interespacial, revelando acentuados ingredientes territoriais, começa-se hoje a repensar os postulados básicos daquele direito também em uma nova dimensão, a dimensão intertemporal, presente no campo da proteção dos direitos humanos. A evolução, neste contexto de proteção, da regra dos recursos internos se tem dado *pari passu* com a tendência no sentido do aperfeiçoamento dos sistemas nacionais de proteção judicial à ampliação da noção de "vítima" no direito internacional. E para esta evolução tem contribuído significativamente a prática internacional referente aos Estados latino-americanos.

(260) Para o desenvolvimento do argumento da incompatibilidade ou ausência de paralelismo entre os dois sistemas de proteção, o da proteção diplomática e o da proteção dos direitos humanos, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE. *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 6-56 e 200-322.

(261) Nesse sentido, e.g., Council of Europe / European Commission of Human Rights. *Stock-Taking on the European Convention on Human Rights — A Periodic Note on the Concrete Results Achieved under the Convention (The First Thirty Years: 1954 until 1984)*, Strasbourg, C. E., 1984, p. 308.



# Proteção jurídica do “software”

ADRIANA CAMARGO RODRIGUES

Advogada em São Paulo — Especializada  
em Direito Empresarial e Direito da  
Informática

## SUMARIO

- I. **A informatização da sociedade**
    - a) **O desenvolvimento da Informática e seu impacto na sociedade**
    - b) **A importância do “software”**
  - II. **O software**
    - a) **O que é o “software”**
    - b) **Partes componentes**
    - c) **Principais problemas**
  - III. **A proteção jurídica do “software”**
    - a) **Etapas seguidas**
    - b) **Tratamento do tema no exterior**
    - c) **Tratamento do tema no Brasil**
  - IV. **O “software” no Direito de Autor**
    - a) **Campo de atuação do Direito de Autor**
    - b) **Requisitos para a proteção**
    - c) **Argumentos contrários**
    - d) **Argumentos favoráveis**
  - V. **Legislação especial**
    - a) **Base no Direito de Autor**
    - b) **Atenção aos principais problemas**
- Bibliografia**

## I. A informatização da sociedade

Contrariamente ao que muitos pensam, a informática não é a tecnologia do futuro; é a tecnologia do presente e que está alterando o panorama da sociedade contemporânea. Hoje, já podemos falar numa terceira onda de desenvolvimento<sup>(1)</sup>, já podemos falar num processo de informatização da sociedade<sup>(2)</sup>.

### a) O desenvolvimento da informática e seu impacto na sociedade

A partir da década de 70, com a invenção dos microprocessadores, a informática disseminou-se por todos os campos da vida social. Desde as tarefas mais simples (como um mero jogo de diversão) até às mais complexas (planejamento de uma estratégia militar), o homem sujeita-se à utilização de meios informáticos. Este fato incontestável é propiciado pelo desenvolvimento das técnicas informáticas, o qual, por sua vez, conduz ao uso da informática em campos cada vez mais abrangentes; por outro lado, concorrem para este fenômeno, a rapidez, a economia e a certeza destas técnicas.

Contudo, este processo não se desenrola pacificamente. Inúmeras questões têm aflorado em todos os campos da vida humana, dentre as quais, adquirem maior relevância, as seguintes: a privacidade do indivíduo, o transbordo de dados, a automação industrial e a proteção jurídica do **software**, entre outras. Esta última questão adquire especial importância, em razão do papel desempenhado pelo **software** neste processo de informatização.

### b) A importância do "software" neste processo

O **software** surge como a grande chave que desencadeia esta terceira onda; atrás de toda informatização há um computador, sem o qual aquela não seria possível.

- 
- (1) ALVIN TOFFLER descreve com muita clareza as três ondas de desenvolvimento da humanidade: a primeira seria a revolução agrícola; a segunda seria a revolução industrial; já a terceira onda está sendo provocada pelo aparecimento de novas tecnologias. É interessante observar que estas ondas se sobrepõem, no tempo (A Terceira Onda, 11.ª edição, Rio de Janeiro, Record, 1985).
- (2) A informatização da sociedade é termo que já vem sendo utilizado pelos franceses, para designar as modificações que a informática está introduzindo na sociedade. Este termo se tornou difundido graças ao trabalho de ALAIN MINC e SIMON NORA, em seu relatório realizado a pedido do governo francês. (L'Informatisation de la Société, Paris, La Documentation Française, 1978).

O computador é uma máquina que concentra suas atividades básicas nos seguintes momentos: criação, processamento e armazenamento<sup>(3)</sup>. No momento da criação são elaborados os programas e os planos a serem aplicados no momento do processamento, para a obtenção dos resultados procurados, os quais serão, posteriormente, acumulados de modo ordenado pela máquina. Mas, é preciso salientar que, sem os programas, não seria possível ao computador atuar: o programa de computador — **software**, na terminologia informática — é essencial.

Sem o **software**, não é possível a informática; daí a importância de lhe conceder um tratamento jurídico adequado, de forma a proporcionar um processo de informatização linear, equitativo às exigências sociais. Todavia, a definição de um regime jurídico de proteção não é possível sem a análise das dificuldades colocadas pelo objeto desta proteção.

## II. O "software"

A abordagem do **software** como objeto de proteção jurídica suscita uma outra abordagem inicial. É preciso analisá-lo como um produto técnico, isto é, devemos descrevê-lo, indicando as formas por que se apresenta, as suas partes competentes e seus principais problemas.

### a) O que é "software"

Vulgarmente, o **software** é conhecido como sendo o programa de um computador. Na verdade, ele é muito mais do que isto. Tentativas têm sido feitas para defini-lo, mas nenhuma com muito sucesso. A definição que nos parece mais adequada está nas Disposições-tipo sobre a Proteção do **Software**<sup>(4)</sup>. Trata o art. 1º da definição do **software**.

Deve-se entender por **software** os seguintes objetos:

— o programa de computador, que é "o conjunto das instruções que, uma vez transferidas a um suporte legível da máquina, faz desenvolver uma função, realizar uma conta ou obter um resultado particular, por meio de uma máquina para a elaboração das informações";

— a descrição do programa, que é "a apresentação completa das operações, em forma verbal, esquemática ou outra qualquer, suficientemente detalhada para determinar o conjunto de instruções constitutivas do respectivo programa de computador";

(3) Seguimos a clara descrição que nos faz CARLOS ALBERTO BITTAR, em artigo recente, publicado na *Revista dos Tribunais*, n.º 565, p. 12.

(4) As Disposições-tipo sobre a Proteção do **Software**, datam de 1978 e foram elaboradas pela Organização Mundial da Propriedade Industrial, em Genebra.

— a documentação auxiliar, que é “qualquer outra documentação diversa do programa de computador e da descrição do programa colocada para facilitar a compreensão ou a aplicação do programa do computador, como, por exemplo, descrições de problemas ou instruções para o uso dos utentes”.

Assim definido, notamos a existência de dois tipos distintos de **software**, ou seja, o **software** de base e o **software** aplicativo. O **software** de base, ou de controle, refere-se exclusivamente aos modos de funcionamento dos computadores, como máquinas, e que lhes permite desenvolver, simultaneamente, diversas operações.

Por sua vez, o **software** aplicativo é aquele que, utilizando informações específicas fornecidas pelo operador, permite ao computador obter, em pouquíssimo tempo, resultados específicos, seja de ordem cognoscitiva (como a elaboração de uma informação) seja de ordem prática (como a sincronização do movimento das diversas partes de uma máquina).

#### b) Partes componentes

A definição elaborada pela OMPI, a par da distinção entre **software** de base e **software** aplicativo, nos permite identificar as partes componentes do **software**.

O **software** nada mais é do que uma série de instruções consubstanciadas num suporte técnico. Assim, possui um elemento imaterial, e um elemento material.

O elemento imaterial corresponde ao programa propriamente dito, tal como acima descrito. Todavia, o programa, enquanto tal, só existe na idéia de seu criador e, conseqüentemente, não pode ser utilizado na máquina. Assim, necessário é um elemento material, no qual a idéia se corporifique e possa ser transmitida à máquina. Sem este componente o programa não existe no mundo real.

Porém, é preciso salientar que o componente imaterial tem evolução diversa e independente do material, de forma que um novo programa se utiliza de um suporte já antigo, sem que isto altere em nada sua situação. Por outro lado, nada impede que novos suportes sejam criados e que os programas se utilizem de vários deles.

É desta dicotomia que nasce a discutida controvérsia acerca da natureza do **software**. Ele é um bem material ou imaterial? Entendemos que estes dois componentes são inseparáveis, embora distintos; estão numa relação de dependência recíproca, pois um não faz sentido sem o outro.

### c) Principais problemas

A penetração da tecnologia informática em âmbitos sociais sempre mais vastos, criou uma demanda maciça de **software**, a qual não encontra articulação com a oferta do mesmo. Por ser um produto de extrema vulnerabilidade, facilmente reproduzível e ilimitadamente utilizável, o **software** tem sido objeto constante dos fenômenos de pirataria e plágio. Há quem afirme que, aproximadamente, a metade do faturamento do mercado de **software** é proveniente de **software** "roubado" de seu produtor e de seu legítimo titular.

Ao lado das medidas técnicas, é preciso tomar medidas para a proteção jurídica do **software**. Surgem então diversos problemas de difícil solução.

Ocorre que o **software** tem uma natureza híbrida (componente material e imaterial); é um produto que só existe se incorporado num suporte e que faz uso de uma *linguagem convencional*. Tem uma função complexa, pois em si mesmo não apresenta utilidade; esta só surge no momento em que ele é introduzido na máquina, permitindo a realização das operações desejadas. O **software** existe em função de uma máquina. Decorre, também, desta natureza híbrida, a dificuldade de determinar-se o momento da criação intelectual, bem como o objeto desta mesma criação.

Paralelamente a estes problemas que poderíamos chamar de intrínsecos ao **software**, há os problemas de ordem extrínseca. A disparidade econômica entre os produtores de **software** tem papel preponderante, pois do lado de uma IBM, por exemplo, há o pequeno produtor, o qual trabalha num esquema quase que artesanal. A cópia pirata para estes últimos, na maioria dos casos, significa a falência. Há ainda disparidade entre os próprios programas. Um pequeno programa exige menor conhecimento técnico para ser copiado, enquanto que o grande programa raramente sofre pirataria, mesmo porque o seu mercado consumidor é mais reduzido.

Assim, estas são apenas algumas das dificuldades do estabelecimento de um sistema de proteção jurídica eficaz para o **software**.

### III. A proteção jurídica do "software"

A proteção jurídica do **software** foi um problema pouco relevante, no início: em parte por razões objetivas, relativas ao limitado desenvolvimento da indústria de **software**, desproporcionalmente pequena face à indústria de **hardware**; em parte por razões subjetivas, visto haver monopólio de fato no setor, os pouquíssimos produtores temiam

que qualquer forma de proteção jurídica pudesse frear o seu crescimento<sup>(5)</sup>.

Todavia, a informatização da sociedade demonstrou a necessidade de uma regulamentação do **software**, para o seu próprio desenvolvimento. A pirataria e o plágio crescente passaram a ser preocupação constante.

Desta forma, foram surgindo leis para a proteção do **software**. Porém, ainda há debate quanto ao tipo de proteção adequado.

#### a) Etapas seguidas

A contribuição que os juristas deram, até o presente momento, para um eficaz sistema de tutela do **software** pode ser articulada e distinguida cronologicamente em três fases: princípios gerais do direito, direitos intelectuais e direito autônomo.

O enquadramento das medidas protetoras no âmbito dos princípios gerais de direito se dá por meio do recurso à responsabilidade civil e penal, à concorrência desleal e ao segredo industrial e profissional. Assim foi nos primórdios do desenvolvimento da indústria de informática, quando os juristas achavam que as normas para a proteção do **software** poderiam ser as mesmas previstas, pela lei, para a tutela dos interesses econômicos do indivíduo e da empresa.

Já em anos mais recentes, a evolução técnica do **software** mudou o cenário dos interesses econômicos em jogo. Os juristas passaram a classificar o **software** como um bem pertencente à esfera dos direitos intelectuais. Surge, então, uma divergência: seria o **software** protegido pelo direito da propriedade industrial ou pelo direito de autor? Encontramos soluções legislativas num e noutro sentido, as quais, dentro de uma comparação, apresentam as seguintes vantagens e desvantagens: o direito da propriedade protege o conteúdo do **software** contra a reprodução e contra o uso do programa, se indissociável de um objeto material, através de um procedimento especial, sendo que a duração da proteção é curta e com extensão apenas sobre o território nacional; por sua vez o direito de autor protege de maneira direta, apenas a forma do programa contra a reprodução, mas não quanto ao uso, não requerendo procedimento especial e com longa duração, não tendo limitações territoriais.

A proteção pelo direito de propriedade industrial foi a forma escolhida num primeiro momento, mas a Convenção de Mônaco estabele-

(5) Ao tratar da proteção jurídica do **software**, COSTANTINO CIAMPI levanta estas duas razões para explicar o desinteresse em torno deste problema ("Il Problema della Protegibilità del Software nell'ordinamento giuridico italiano e straniero", in *Informatica e Diritto*, anno IX, fascicolo terzo, Firenze, Le Monnier, 1983, p. 109).

leceu expressamente, no art. 52, que não é considerada invenção protegida pelo direito de propriedade industrial o programa de computador enquanto tal, deixando a possibilidade de invocar esta proteção para os processos produtivos que implicam na utilização de um programa eletrônico.

Num segundo momento, orientaram-se os juristas para a proteção oferecida pelo direito de autor, a qual é mais condizente com os interesses em jogo e com a natureza do **software**. Entendem eles que o elenco das obras protegidas, tanto na Convenção de Berna, como na de Genebra, é exemplificativo e não taxativo; o **software** não aparece, apenas por razões históricas. O fato é que esta corrente ganhou força e é hoje predominante.

Todavia, o direito de autor é insuficiente para a proteção do **software**. Assim, caminhamos, hoje, para um regime específico de proteção legislativa do **software**. Há propostas de uma disciplina com base no direito de autor, como o recente Projeto de Lei nº 6.121/85 (\*);

---

(\*) N.R.: — PROJETO DE LEI N.º 6.121, DE 1985

(Do Sr. Francisco Amaral)

**Estende as disposições da Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973 — Direitos Autorais — às obras concebidas pelo sistema denominado "software".**

(As Comissões de Constituição e Justiça, de Educação e Cultura e de Ciência e Tecnologia.)

O Congresso Nacional decreta:

**Art. 1.º** — São as disposições da Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973, estendidas às obras concebidas pelo sistema denominado **software**.

**Art. 2.º** — Para os efeitos desta Lei, considera-se **software** o conjunto de instruções destinadas a serem utilizadas direta ou indiretamente em computador, com o objetivo da obtenção de um determinado resultado, abrangendo, inclusive, aspectos de documentação.

**Art. 3.º** — As obras concebidas através do sistema **software**, processadas por computador, incluem o Código-Fonte, o Código-Objeto e a Documentação, podendo ser registradas sobre fitas, discos/diskettes, rom e ram.

**Art. 4.º** — O autor é titular dos direitos morais e patrimoniais sobre a obra intelectual que produziu pelo sistema **software**, podendo, sempre que necessário, exercer seus direitos na forma da Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973.

**Art. 5.º** — O Poder Executivo, ouvido o Conselho Nacional de Direito Autoral, regulamentará esta Lei no prazo de 60 (sessenta) dias.

**Art. 6.º** — Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

**Art. 7.º** — Revogam-se as disposições em contrário.

Continua

e, há propostas para uma regulamentação própria, tal como a elaborada pela Organização Mundial da Propriedade Industrial (na verdade, trata-se de uma fusão das diversas formas de proteção já existentes).

Contudo, devemos salientar que estas três fases de proteção, longe de serem excludentes, se completam. A proteção eficaz seria a que, incluindo o **software** dentro dos direitos intelectuais, o fizesse por meio de lei específica e, sem abandonar os demais instrumentos oferecidos pelo direito; naturalmente, tal lei específica é fruto da evolução do tratamento jurídico do tema.

#### b) Tratamento do tema no exterior

No exterior houve também uma evolução do tratamento jurídico do tema.

A proteção pelo direito de propriedade industrial não vingou. É o que nos prova a Lei francesa nº 742/78, a Lei alemã nº 1/81, a Lei italiana nº 338/79 e o Patents Act inglês de 77. Resultantes dos princípios estabelecidos pela Convenção de Mônaco, estas leis declaram expressamente a não patenteabilidade do **software**. Na jurisprudência esta é a posição adotada. A Suprema Corte de Cassação italiana, na sentença nº 3.169, de 14 de maio de 1981, afirmou o princípio da patenteabilidade do **software**, mas trata-se de uma decisão isolada. Por sua vez a Suprema Corte dos Estados Unidos, nos casos de Diamond contra Diehr e de Diamond contra Bradley, respectivamente de março e abril de 1981, chegou a conclusões análogas às da Convenção de Mônaco, colocando fim às discussões sobre se o órgão federal encarregado do registro de patentes deveria ou não negar a patenteação do **software** (tal órgão já a negava por motivos de ordem prática).

Continuação da nota anterior

#### Justificação

O Brasil ingressou, definitivamente, na era da cibernética e da informática, sendo notável o desenvolvimento, em nosso País, dos sistemas de computação.

Nesse contexto, muitos trabalhos de natureza intelectual vêm sendo expressados através do sistema **software**, que implica num conjunto de instruções para serem utilizadas direta ou indiretamente em computador, com vistas à obtenção de um determinado resultado, incluindo a documentação. Tais trabalhos, usualmente são registrados sobre fitas, discos/diskettes, rom e ram.

Entretanto, por não estarem tais obras sujeitas à proteção legal, tem ocorrido autêntico processo de pirataria, sendo realizadas cópias de obras dessa natureza sem a prévia autorização de seus autores.

Impõe-se, por conseguinte, estender-se a legislação pertinente aos direitos autorais — Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973 — às obras concebidas sob o sistema **software**, a fim de que sejam evitados os abusos que atualmente se verificam.

Tal é o objetivo desta proposição que, esperamos, merecerá acolhimento.

Sala das Sessões, — de agosto de 1985. — Francisco Amaral. (DCN. Seção I — 3-9-85.)



Desta forma, abriu-se caminho para o direito de autor, hoje dominante. Todos os países que seguem as Convenções de Berna e de Genebra adotaram as suas diretivas para a proteção do **software**. Nos Estados Unidos a Commission on New Technological Uses of Copyright Works (CONTU) afirmou que o direito de autor é o modo mais conveniente de proteção; o mesmo se deu com o Whitford Report de março de 1977, na Inglaterra. Numerosas decisões jurisprudenciais estão afirmando esta tese: nos Estados Unidos (Apple Computer contra Franklin Computer, agosto de 1983), na França (Tribunal de Comércio de Paris, novembro de 1980, Babolat contra Maillot Witt), na Alemanha (Oberlandsgerichts de Karlsruhe, fevereiro de 1983) e também no Japão (Corte Distrital de Tokyo, dezembro de 1982).

Devido à insuficiência da legislação sobre direito de autor, surge a necessidade de uma norma específica. Geralmente, tem se dado proteção específica dentro do direito de autor, tal como o Computer Software Act de 1980, nos Estados Unidos. Nos países europeus ainda não há legislação específica, mas tão-somente comissões que estudam esta possibilidade, a exemplo da já mencionada Comissão Whitford e da Comissão formada dentro da Comunidade Econômica Européia.

### c) Tratamento do tema no Brasil

Por motivos óbvios, o tema só passou a ser discutido entre nós quando já tinha tido uma razoável disciplina no exterior <sup>(6)</sup>.

O Código de Propriedade Industrial exclui expressamente a patenteação do **software**, na letra h, do art. 9º Logo recorreu-se ao direito de autor, assim como o fizeram os países estrangeiros.

A criação da Secretaria Especial da Informática veio dar novo impulso, conduzindo à elaboração de leis especiais, no Brasil. Talvez o projeto mais recente seja o Projeto de Lei nº 6.121/85 (\*) que prevê a proteção do **software** com base no direito de autor. Há também projetos com um sistema híbrido de proteção, tal como os projetos elaborados pela ASSESPRO e pela SUCESU.

A discussão do tema só atingiu, até agora, a doutrina e a legislação. O Poder Judiciário ainda não teve oportunidade de se manifestar a respeito <sup>(7)</sup>.

(6) Na verdade a tutela jurídica do **software** só tomou impulso com as atividades da Secretaria Especial da Informática e sobretudo, após a criação da Política Nacional de Informática (Lei n.º 7.232/84).

(7) Não temos nenhuma notícia sobre manifestação da jurisprudência acerca deste tema. Fizemos um levantamento da jurisprudência, nos últimos cinco anos, junto à Revista dos Tribunais e à Revista Trimestral de Jurisprudência, porém nada encontramos. Contudo temos conhecimento de uma ação proposta pela IBM contra a SACCO, fundada em venda de programas copiados.

Resta-nos, ainda, salientar que a proteção do **software** por uma lei própria não significa a exclusão dos demais mecanismos existentes, ou seja, a concorrência desleal, a responsabilidade civil e o sigilo profissional, dentre outros.

#### IV. O "Software" no direito de autor

Conforme observamos, tanto no exterior, como no Brasil, há uma tendência dominante de estender a proteção do direito de autor ao **software**. Vejamos, então, como isto é possível e em que medida resolve os problemas que acompanham o **software**.

Primeiramente, é preciso verificar qual é o campo de atuação do direito de autor, e quais os requisitos necessários para a proteção. Num segundo momento devemos avaliar esta proteção, analisando os argumentos contrários e favoráveis. Este caminho nos permite chegar a conclusões sobre a protegibilidade do **software** por este ramo dos direitos intelectuais.

##### a) Campo de atuação do direito de autor

"O direito de autor disciplina as relações decorrentes da criação de obra intelectual, pertencente aos domínios literário, artístico e científico e expressa em uma das múltiplas formas possíveis" (8).

É o ramo dos chamados direitos intelectuais, pois nem toda obra intelectual interessa ao direito de autor; a ele só interessam as obras em si dotadas de utilidade intelectual, ou seja, as obras que têm objetivos estéticos, não importando a intenção do autor ou a sua utilização.

Visa o direito de autor a proteção do autor, seja defendendo o direito de paternidade da obra e a integridade desta, seja defendendo o direito aos resultados econômicos decorrentes da utilização.

A enunciação das obras protegidas surgiu com a Convenção de Berna e, a partir daí, passou a ser uma constante nos textos legais por ela influenciados. A Convenção passou por diversas revisões, sendo o texto em vigor aquele resultante da revisão de Paris, de 24 de julho de 1971. Assim, todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão, são protegidas pelo direito de autor (art. 2º). Em seguida, há uma enumeração de obras, porém é unânime o entendimento de que esta enumeração é meramente exemplificativa (9).

(8) Sobre o assunto, ver o interessante trabalho de CARLOS ALBERTO BITTAR, intitulado **Direito de Autor na Obra Publicitária** (São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1981, p. 23).

(9) A Convenção de Berna foi homologada, no Brasil, pelo Decreto n.º 79.905/75.

A Convenção de Genebra também dispõe genericamente sobre o assunto <sup>(10)</sup>.

No Brasil, a lei atual de direito de autor, inspirada pelas diretrizes de Berna, elenca uma série de obras a título de exemplificação (art. 6º).

Isto posto, seria então possível estender a proteção do direito de autor ao **software**? Para responder esta questão devemos verificar se o **software** atende os requisitos para tal proteção.

#### b) Requisitos para a proteção

Dois requisitos básicos podem ser levantados: a atividade do criador e a originalidade.

Entende a doutrina que o autor de obra intelectual é o seu criador. O autor, por meio de atividade intelectual própria, deve dar uma contribuição que acrescente algo novo à realidade existente: a obra deve resultar da atividade do criador. Porém, não basta que a obra seja concebida na mente do autor; ela deve ser corporificada num suporte físico. Contudo, este suporte com ela não se confunde, de forma que não é necessário que ele também seja resultado da criação do autor. Para o direito de autor importa apenas o produto intelectual, sendo irrelevante a forma do suporte.

A atividade do criador deve acrescentar algo novo do mundo exterior. A obra criada deve ser original, isto é, conter elementos que a distingam das outras. Na verdade, todo criador se utiliza do acervo da humanidade, logo, neste sentido, nenhuma obra é inteiramente nova. Assim, a originalidade deve ser entendida restritamente, ou seja, como uma contribuição nova do autor a este acervo de conhecimentos, de modo a distinguir sua criação das demais.

Com o desenvolvimento da tecnologia surgiu um grande debate acerca das idéias de criação e de originalidade. Ainda hoje discutem-se estas questões. Na verdade, é bastante difícil saber em que medida a atividade do criador se utiliza de processos técnicos inventados por outros, como no caso da música eletrônica, por exemplo; ou então saber se sua contribuição é realmente original. Se formos por uma linha radical, acabaremos por decidir que não há atividade do criador nem originalidade nestas hipóteses. Na realidade, tal solução é falsa. A tecnologia sempre permite novas combinações, o que dá ao criador uma margem para atuar e inovar, dados esses fundamentais ao próprio desenvolvimento da tecnologia. Se isto não fosse verdadeiro, a inserção da fotografia no campo de direito de autor teria sido impossível.

(10) A Convenção Universal de Genebra foi homologada, no Brasil, pelo Decreto n.º 48.458/60.

### c) Argumentos contrários

A esta altura, já nos é possível analisar os argumentos contrários e favoráveis à inserção do **software** no campo da tutela do direito de autor.

Começaremos pelos argumentos contrários, cuja análise nos abre duas perspectivas: ou demonstra a impossibilidade da proteção pelo direito de autor ou vem reforçar esta possibilidade. Diversos são os argumentos dos opositoristas, de modo que nos ateremos apenas aos mais relevantes.

Muitos acham que o **software** não pode ser comparado a uma obra literária, artística ou científica, porque o objetivo do programa não tem nenhuma destas características. Porém, o **software** é fundamentalmente informação e, como tal, só pode ser obra do intelecto. Há muito a doutrina e a jurisprudência abandonaram o entendimento de que a obra protegida deve necessariamente ser de caráter estético. Quando exteriorizadas sob forma literária, tais obras têm sido protegidas, a exemplo do conhecido **Guia Quatro Rodas**. O juízo estético é subjetivo, assim importa a criação intelectual. Há hoje, quem afirme que os programas de computador possuem características de obra literária, o que não deixa de ser correto; afinal, uma obra literária não precisa ter como suporte necessário a impressão de seu conteúdo em papel. É bastante curioso observar que as importações de **software** têm sido feitas sob a designação de importações de livros: a maior parte do **software** que entra no Brasil, chega como se fosse livro.

Outra crítica que se faz é que o **software** não se destina a uma comunicação entre os homens, porque não é inteligível e nem tem a finalidade de comunicar qualquer coisa. Com efeito, toda obra de engenharia para ser protegida deve ter como finalidade a comunicação de algo. O **software** seria, então, ininteligível porque se vale de códigos e de uma linguagem convencional que não são destinados à comunicação. O **software** é produto para ser utilizado em uma máquina. Este argumento carece de fundamento à medida em que toda linguagem é convencional. O que é o idioma português senão uma série de combinações entre os símbolos (letras do alfabeto) e os significados (palavras, frases) que lhe são atribuídos? As diferentes linguagens informáticas, tais como a Cobol, a Fortran e a Basic, entre as mais difundidas, são uma linguagem como qualquer outra. Têm a finalidade de comunicar algo para aqueles que a conhecem, da mesma forma que o africano só é compreendido por aqueles que vivem na África do Sul — e, nem por isto deixa de ser uma linguagem. O **software** vale-se de uma linguagem inteligível, cuja finalidade é comunicar um saber pouco importando a natureza deste saber.

Os opositoristas apontam que o **software** não pode ser protegido por lhe faltar o requisito da materialidade. O **software** é uma informa-

ção, apesar do indispensável suporte físico. O direito de autor não protege a idéia enquanto tal, mas a partir do momento em que ela se transfere para um corpo mecânico, ela se torna uma obra protegida. Em nosso entender, o mesmo ocorre com o **software**. Por certo, é impossível tutelar a informação, mas, uma vez inserida num suporte físico (disquete, fita magnética etc...) não há como lhe negar esta tutela. Frise-se bem que a tutela do conteúdo do suporte físico não implica na necessária tutela deste. Negar-se a proteção do direito de autor com base neste argumento seria o mesmo que negar proteção à obra musical: a música existe no intelecto, mas se corporifica na partitura.

Entendem alguns opositoristas que a tutela oferecida pelo direito de autor é insuficiente por duas razões: cobre somente a forma e não a substância da idéia; veda a reprodução e a comercialização, mas não a utilização. Em relação ao primeiro argumento podemos dizer que a substância da idéia é o algoritmo de solução, porém o algoritmo em si não apresenta nenhum valor. Os programas de computador são seqüências de comandos para que a corrente elétrica perfaça sucessivamente diversos percursos, para executar as tarefas desejadas. Logo, o que intedessa proteger não é o algoritmo de solução, e sim a solução em si, isto é, a forma pela qual os algoritmos são combinados. Deste modo, a tutela invocada é suficiente.

Quanto ao segundo argumento, este também não encontra fundamento. O autor é titular de direitos morais e patrimoniais sobre a obra que produziu; os direitos patrimoniais abrangem o direito de utilizar, fruir e dispor da obra, tornando dependente da autorização do autor qualquer forma de sua utilização. O direito de autor veda não apenas a reprodução e a comercialização não autorizadas, bem como qualquer utilização nestas condições. O problema não está na utilização ilícita — que não estaria sendo vedada — e sim no controle efetivo, porém esta é uma outra questão. Se fôssemos seguir este caminho, acabaríamos por ter que admitir que o direito de autor não impede a utilização de livros e de música: qualquer pessoa pode ir a uma biblioteca, ler um livro e, a partir daí, desenvolver outras idéias; grande é o número de lojas que utilizam música para atrair seus fregueses e que não pagam nada por esta utilização devido à falta de controle efetivo. Como vemos, o direito de autor protege o **software** contra toda e qualquer forma de utilização.

Todos sabemos que o segredo é da essência do mercado de **software**. Assim sendo, os opositoristas vêem no registro uma ocasião de evasão de informação. Por certo, isto tem ocorrido com freqüência no Brasil. Contudo, este argumento não resiste à crítica. Trata-se de um problema técnico, que nada tem a ver com a tutela do direito de autor. O registro é necessário e este problema poderia ser facilmente sanado com a criação de um registro próprio. Se admitíssemos a válida-

de deste argumento, teríamos que desistir de todo e qualquer registro. A função do registro é essencialmente de publicidade e, neste caso, o autor de um livro que o registrasse antes de editá-lo, faria com que ele perdesse a característica de inédito, o que não é verdade. Logo, o registro não implica na perda do sigilo, sobretudo à medida em que for especialmente concebido para esta finalidade. Por outro lado, a utilização da obra já significa a quebra do sigilo, pois é extremamente fácil copiar o **software** aplicativo e não de todo impossível copiar o **software** de base. Portanto, aqueles que invocam o registro como argumento contrário o fazem sem conhecimento de causa.

Critica-se também a inadequação da tutela do direito de autor em virtude de sua longa duração e dos interesses envolvidos. O **software** é a chave da sociedade informática; é de interesse social que ele seja um bem público, mesmo porque o pagamento de direitos pode retardar o processo de desenvolvimento do setor e, conseqüentemente, da sociedade como um todo. O enquadramento do **software** no campo do direito de autor foge a questões de ordem política, pois qualquer tratamento que lhe seja dado não modifica a substância da relação entre o autor e a obra: o **software** continua a ser resultado da atividade criativa do autor, que por sua vez continua, conceitualmente, a ser direito de autor. Invocar o longo prazo de duração para o afastamento do direito de autor revela, no mínimo, desconhecimento do assunto. A natureza, o conteúdo do direito de autor não se modifica em razão de um longo ou curto prazo de proteção. Nada impede que a tutela do direito de autor seja exercida por um pequeno prazo, inclusive porque os direitos morais subsistem a qualquer prazo. Por outro lado, rejeitar o direito de autor com fundamento no interesse público seria no mínimo uma injustiça. O **software** é extremamente dispendioso e exige um grande esforço, de modo que, se não for protegido, trará prejuízo direto para o criador, e indireto para a sociedade, pois seria um desestímulo à atividade criadora. A proteção do **software** pelo direito autoral atende aos interesses sociais e propicia um desenvolvimento eqüitativo ao setor de informática.

Entre os argumentos que os oposicionistas sustentam, talvez o mais interessante seja o relativo à originalidade. Segundo eles, o **software** se utiliza de outros **softwares**, de uma linguagem convencional e de esquemas lógicos anteriormente já existentes. A atividade do criador não é original. Ora, isto é uma grande falácia. Toda atividade criadora pressupõe um acúmulo de informações anteriores que a possibilitaram; negar isto seria o mesmo que afirmar: nenhuma criação é original. Assim como um pintor se utiliza do acervo da humanidade, o criador de um **software** também dele se vale, mas ninguém diria que o quadro do pintor não é original. Então, por que dizer que o **software** criado nas mesmas condições não é original? O **software** é um produto novo. A sua novidade intrínseca (originalidade) e extrínseca (jamais conhecida

antes) são de difícil avaliação para o leigo em matéria de informática. O autor deve dar uma contribuição que acrescente algo novo à realidade existente, de modo que ao direito de autor interessa a novidade intrínseca apenas. Basta que o bem, em si, seja novo, original, sendo irrelevante o fato de ser totalmente desconhecido. É impossível negar a originalidade do **software**. Portanto, este argumento não tem bases sólidas.

Após a análise de algumas das críticas que se fazem à inserção do **software** no direito de autor, podemos concluir que, longe de demonstrar a impossibilidade desta proteção, os opositoristas só vêm reforçá-la. Seus argumentos não resistem às críticas e, conseqüentemente, só comprovam a verdade de quem as faz.

#### d) Argumentos favoráveis

Vejamos, agora, quais são os argumentos que corroboram para a tutela do **software** pelo direito de autor. Basicamente, estes argumentos são inferidos das críticas a esta tutela, ou seja, dos argumentos contrários, extraímos argumentos favoráveis e não obstáculos.

O **software** é uma obra do intelecto, qualquer que seja a significação que lhe seja dada. Provém da idéia de seu criador; ainda que não seja equiparado, segundo alguns, a uma obra científica, literária ou artística, o **software** resulta da atividade criadora, a qual é eminentemente intelectual. Pode ocorrer, como vimos, que um programa não seja inteiramente novo, porém o autor sempre terá um mínimo de atuação. Assim, o criador pode se valer da descrição e da documentação auxiliar de um outro programa para colocar em funcionamento o seu programa, de modo que uma parte do **software** será sempre fruto de atividade criadora, mesmo porque a simples reorganização que permita novos usos já implica em criatividade.

Estreitamente ligada à criação está a característica de originalidade. Retomando o mesmo exemplo, vemos que uma parte do **software** será sempre original, toda vez que acrescentar algo novo do mundo real. Não é preciso que o **software** seja revolucionário para poder receber a tutela do direito de autor. Se fosse assim, pouquíssimas obras poderiam estar sob esta tutela. Por certo, pode ocorrer que o **software** não tenha nada de original. Neste caso, não será protegido pelo direito de autor, da mesma forma que não o serão todas as obras que não forem originais.

Como o direito de autor não protege toda e qualquer criação intelectual dotada de originalidade, recorre-se ao senso do estético. Porém esta característica já foi declinada de sua essencialidade. E, no caso do **software**, provavelmente ela é de difícil percepção. Contudo, o **software** tem utilidade intelectual e não material. Daí a sua inserção no campo do direito de autor.

Prova de sua utilidade intelectual é que o **software** destina-se à comunicação entre os homens, ainda que tal comunicação se destine à transmissão de um saber técnico. Acharmos difícil ver num manual de engenharia eletrônica, por exemplo, um caráter estético, porém este manual tem uma finalidade intelectual, que é a transmissão de um saber técnico, que por sua vez é incompreensível para o leigo no assunto. O mesmo se passa com o **software**, e não há como negar fato tão evidente.

O **software** atende os requisitos do direito de autor: há atividade do criador e há originalidade. Entretanto, reconhecemos algumas dificuldades técnicas que daí resultam, tais como o longo prazo e o sigilo no registro. Em termos conceituais não há como fugir a esta tutela. As pequenas dificuldades podem ser facilmente sanadas através de uma legislação *ad hoc*, que poderia, entre outras coisas, disciplinar as novas formas de utilização, não previstas na lei de direitos autorais, a exemplo do pagamento de direitos pela consulta por computador a um outro computador. A tutela atual, numa primeira fase, já solucionaria a situação caótica em que se encontram os produtos de **software**; num segundo momento, pode ser aprimorada e atender a todas as necessidades.

Devemos, também, salientar que a ausência de procedimentos complicados para o registro propiciam a tutela pelo direito de autor, pois atua como um incentivo para esta modalidade de proteção. Num mercado onde a rapidez da atividade criadora é essencial, não faz sentido perder o tempo ganho na criação com questões burocráticas. Todavia, reafirmamos a necessidade do registro, no sentido de que a certeza e a segurança por ele oferecidas, só viria colaborar para o desenvolvimento do setor de informática, e não prejudicá-lo.

Um outro argumento favorável, já mencionado anteriormente, é a enumeração exemplificada das obras protegidas. Se esta fosse taxativa, a inserção do **software** no rol das obras protegidas seria legalmente impossível e, talvez, fosse até necessária a revisão da legislação. Este é um dado que impulsiona, favoravelmente, o **software** para o direito de autor.

Muitos outros argumentos favoráveis poderiam ser levantados, mas em nosso entender não se trata de pesar prós e contras e de decidir-se pelo que tiver maior número. Em verdade, a escolha do tipo de proteção decorre da natureza, da essência do bem a ser protegido. O **software** é em sua essência um bem intelectual dotado de originalidade; a relação que o prende ao seu criador é nitidamente de direito de autor. Logo, o argumento que invocamos já é suficiente para justificar a tutela do **software** pelo direito de autor. Não há como escapar desta realidade. Este é o único argumento básico e genuíno, pois no mundo, como já dizia Shakespeare, ser ou não ser é a questão;



de modo que forçar o enquadramento do **software** numa outra categoria de bens e de relações jurídicas, é forçar o não ser a ser, o que é impossível.

A proteção jurídica do **software** só pode ter como fundamento o direito de autor.

## V. Legislação especial

Após uma breve análise dos principais problemas que envolvem o **software** e do seu posicionamento face ao direito de autor, podemos chegar a uma única conclusão: o **software** deve ser disciplinado pelo direito, mas em lei especial, de modo a atender suas particularidades. Note-se bem que não estamos propondo uma legislação **sui generis**, a meio caminho entre o direito de autor e o direito de propriedade industrial. Propomos, sim, uma legislação especial no sentido de ser específica para o **software**, sem o afastamento do direito de autor.

### a) Base no direito de autor

Conforme tivemos oportunidade de observar, o **software** apresenta certas particularidades que tornam difícil a operacionalização da lei de direitos autorais. Contudo, isto não modifica sua natureza, daí a sua regulamentação seguir os conceitos de direito de autor.

Em lei especial, a relação jurídica entre o **software** e seu autor deve ser de direito autoral. Conseqüentemente, todos os princípios e conceitos devem também ser de direito autoral. Parece-nos que esta é a tendência dominante entre os criadores de **software** e a doutrina jurídica. Seguindo esta orientação, há um projeto no Congresso Nacional — Projeto de Lei nº 6.121/85(\*) — de autoria do Deputado Francisco Amaral, no sentido de estender as disposições da lei de direitos autorais ao **software**.

Um regime específico pode ser assegurado com modificações das normas que disciplinam o direito de autor, no plano nacional, ou com protocolos anexos às Convenções de Berna e de Genebra, no plano internacional. Porém, mais adequado nos parece introduzir uma legislação específica no sistema vigente e celebrar um novo tratado ou uma nova convenção que discipline autonomamente o **software**. Aqui, vale então retomar o exemplo dos Estados Unidos, que contam com um Computer Software Copyright Act de 1980 e com um Copyright Act de 1976.

### b) Atenção aos principais problemas

A legislação especial deve atender às características particularíssimas do **software**, sobretudo no que diz respeito ao tempo e à extensão

da proteção, ao registro e ao sigilo, à disparidade entre os tipos de **software**, e à especial posição do criador empregado.

Quanto à duração da proteção, parece ser adequado um prazo entre cinco e vinte anos, segundo a complexidade do programa e os custos nele envolvidos. Isto propiciaria ao autor usufruir de sua obra e à sociedade aproveitar-se de sua criação para o seu desenvolvimento.

A extensão territorial desta tutela deve necessariamente ser assegurada num plano internacional. Uma proteção territorialmente limitada seria desastrosa. Hoje, é possível transferir um programa de um país para outro, ou então usar por computador um programa estrangeiro. Haveria, daí, a criação de verdadeiros paraísos informáticos, com graves prejuízos para a comunidade internacional.

Apesar de muito criticado, somos favoráveis à instituição de um sistema próprio de registro para o **software**. O sigilo no mercado de **software** é muito importante — é mesmo regra constante, de modo que é muito difícil que o nome do criador se torne público, sobretudo quando o **software** é industrializado e comercializado por outrem. O registro oferece segurança e certeza ao autor de **software** e não implica na necessária publicidade do conteúdo do programa; basta que seja criado um procedimento especial de registro. Sem o registro, será muito difícil o controle do **software**.

Por outro lado, não nos parece razoável proteger-se o **software** de base do mesmo modo que o **software** aplicativo. A gama de interesses envolvidos num e noutro são diferentes, seja em relação ao custo envolvido na criação, seja em relação às modalidades e à frequência de utilização, seja ainda em relação aos interesses sociais envolvidos (a importância de que desfrutam é diferente). Logo, uma lei específica deve estar atenta a esta questão, disciplinando, individualmente, cada tipo de **software**. Paralelamente, deve-se fazer atenção à diferença que existe entre o programa, a sua descrição e a sua documentação auxiliar, pois o **software** é a unidade destes três dados, mas cada um deles é independente dos demais.

A posição do empregado criador de **software** deve ser igualmente disciplinada pela lei especial. A pessoa contratada para criar **software** deve contar com uma proteção ampla contra os abusos que normalmente ocorrem. Por certo, o empresário tem o título sobre a obra e, conseqüentemente, sobre os direitos patrimoniais respectivos. Contudo, esta solução não nos parece justa. Ao criador deveria ser pago, no mínimo, um percentual sobre a utilização da obra, já que grande é o esforço envolvido e relevante é sua contribuição para a sociedade.

Para a operacionalização desta tutela seria bastante interessante a criação de um órgão específico, o qual teria como finalidade, entre outras, realizar o registro do **software**, fiscalizar o efetivo cumprimento das disposições legais e arrecadar e distribuir os direitos autorais. Poder-se-ia, inclusive, conceder-lhe competência para solucionar questões relativas ao **software**, já que o processo administrativo é sempre mais célere e sigiloso do que o processo judiciário.

Em relação ao processo judiciário, a lei especial poderia criar um procedimento especial, que atendesse às exigências de rapidez e de sigredo do mercado de **software**. Uma demanda judicial pode ser desastrosa para a imagem de uma empresa, sem falar nos prejuízos que seriam causados pela revelação do sigredo do **software** e pela demora da decisão. Se, pelas peculiares características do usucapião, criou-se um procedimento especial, por que não fazer o mesmo para o **software**?

Um outro ponto que a lei deve explicitar muito bem refere-se aos objetivos da proteção. Não basta vetar a cópia para fins comerciais, deve-se também impedir a tradução do programa de uma linguagem para outra, a utilização do conteúdo da informação em outro programa, o remanejamento, a modificação ou a inserção em outro programa, e a utilização fora dos casos autorizados, entre uma série de outros pontos relevantes. Contudo, tais objetivos não devem ser descritos de forma taxativa, pois isto produziria o envelhecimento precoce da lei.

Temos, ainda, duas observações a fazer. A criação de uma lei especial não significa, de forma alguma, a exclusão de outras medidas protetoras previstas pela legislação em geral, tal como a responsabilidade civil e a violação do sigredo industrial.

Finalmente, devemos chamar a atenção para o fato de ser necessária a colaboração entre o jurista e o informático. Sem este intercâmbio de perspectivas, jamais chegaremos a produzir uma legislação eficaz e plástica, capaz de atender às exigências presentes e futuras do setor de informática e da própria sociedade.

A questão da informática é essencialmente política<sup>(12)</sup>. Assim, não é impossível que vejamos, amanhã, o **software** sendo tutelado por

---

(11) Por ser extremamente importante para todos os segmentos sociais, a informática tornou-se uma questão política. Este é um ponto tão sensível, que chegamos a ver os Partidos Políticos de esquerda se unirem aos de direita, viabilizando a aprovação da reserva de mercado e ainda, a criação de novos requisitos para a definição da nacionalidade das empresas de informática (Lei n.º 7.232/84).

normas totalmente novas. Contudo, a solução juridicamente correta é a proteção do **software** pelo direito de autor. O recurso a um outro tipo qualquer de solução significa a institucionalização do **software** pirata.

#### BIBLIOGRAFIA

- BITTAR, Carlos Alberto — "Direitos autorais nas criações publicitárias" in **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, a. 21 n. 83 jul./set. 1984, pp. 427-440.
- "Computação e Direito". in **Revista dos Tribunais**. São Paulo Revista dos Tribunais, nº 565, 1982, pp. 9-20.
- **Direito do Autor na Obra Publicitária**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.
- **Direito do Autor na Obra sob Encomenda**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.
- CIAMPI, Costantino — "Il Problema della protegibilità del software nell'ordinamento giuridico italiano e straniero", in **Informatica e Diritto**. Firenze, Le Monnier, anno IX, fascicolo terzo, 1983, pp. 109-140.
- CORONA, Eduardo Galán — "En torno a la protección jurídica del soporte lógico". in **Informatica e Diritto**. Firenze, Le Monnier, ano IX, fascicolo secondo, 1983, pp. 53-79.
- FROSINI, Vittorio — **Il Diritto nella società Tecnologica**. Milano, Giuffrè, 1981.
- GIANNATONIC, Ettore — **Introduzione all'Informatica Giuridica**. Milano, Giuffrè, 1984.
- GOMES, Orlando et al. — **A Proteção Jurídica do Software**. Rio de Janeiro, Forense, 1985.
- LEITE, Julio César do Prado — "Proteção, Legal para o Software", in **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, a. 21 n. 83 jul./set. 1984, pp. 441-450.
- MANSO, Eduardo Vieira — **A Informática e os Direitos Intelectuais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985.
- NORA, Simon & MINC, Alain — **L'Informatisation de la Société**. Paris, La Documentation Française, 1978.
- SIMITIS, Spiros et al. — **Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz**. Baden Baden, Nomos, 1981, 3. Auflage.
- SOARES, José Carlos Tinoco — "Proteção para os Programas de Computadores", in **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 17, 1975, pp. 39-44.
- TOFFLER, Alvin — **A Terceira Onda**. 11ª edição, Rio de Janeiro, Record, 1985.
- UBERTAZZI, Luigi Carlo — "Raccolte Elettroniche di Dati e Diritto d'Autore: prime riflessioni", in **La Tutela Giuridica del Software — Diritto dell'Informatica 2**, Collana diretta da Guido Alpa. Milano, Giuffrè, 1984.
- VERKADE, D. W. F. — "Legal Protection of Computer Programs: Towards the Copyright Approach", in **Annuaire de l' A. A. A.** volume 45/46, La Haye, A. A. A., 1975/76, pp. 75-83.

## Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas (\*)

À venda na SSETEC (Senado Federal — 22º andar)

*Encomendas mediante vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal) ou pelo reembolso postal.*

### “REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

Números atrasados à venda: 10, 12, 13/14, 17, 18, 26, 30 a 45, 47 a 53, 55 a 88.

### “ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

(NÚMEROS 1 a 80)

Distribuição gratuita

### “COLEÇÃO DE ATOS INSTITUCIONAIS, ATOS COMPLEMENTARES E DECRETOS-LEIS”

Volumes à venda: 6º a 16º

### “REFORMA ADMINISTRATIVA — ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL” (4ª edição — 1984)

Decreto-Lei nº 200/67 — Texto atualizado e anotado.

Legislação alteradora.

Legislação correlata.

### “CÓDIGO DE MENORES” (2ª edição — 1984)

Lei nº 6.697/79. Comparação com a legislação anterior. Anotações (legislação; pareceres; comentários). Histórico da Lei (tramitação legislativa). Informações.

---

(\*) Não estão relacionadas as obras esgotadas.

## "SEGURANÇA NACIONAL" (2ª edição — 1982)

- Lei nº 6.620/78 — texto, índices sistemático e temático
- Textos constitucionais e legislação ordinária
- A Lei de 1978 comparada à legislação anterior
- Anotações (opiniões e legislação correlata)
- Histórico da Lei nº 6.620/78 (tramitação legislativa)

## "SEGURANÇA NACIONAL" (edição — 1984)

- Lei nº 7.170, de 14-12-1983 — texto com índice temático.
- Quadro comparativo da Lei nº 7.170/83 com a Lei nº 6.620/78.
- Anotações.
- Histórico (tramitação legislativa) da Lei nº 7.170/83.
- Subsídios para a elaboração da Lei nº 7.170/83.

## "CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS"

(edição 1984) 4 volumes

Constituição da República Federativa do Brasil — texto constitucional vigente (consolidado, anotado e indexado)

Constituições de todos os Estados da Federação (textos atualizados, consolidados e anotados com as redações anteriores e as declarações de inconstitucionalidade) Remissões à Constituição federal.

Leis Complementares de criação dos Estados do Rio de Janeiro, de Mato Grosso do Sul e de Rondônia.

Índice geral temático das Constituições estaduais.

## "PROCESSO LEGISLATIVO" (4ª ed. atualizada e ampliada — 1985)

- Iniciativa das leis. Instrução, discussão e votação das proposições na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.
- Sanção, promulgação e veto.
- Emendas à Constituição. Leis Complementares. Leis Ordinárias. Leis Delegadas. Decretos-Leis. Decretos Legislativos. Resoluções.

- Normas constitucionais e regimentais. Questões de ordem, decisões da *Presidência*. *Pareceres das Comissões Técnicas* e pronunciamentos parlamentares.
- *Competência privativa do Senado Federal*.
- *Requerimentos que podem ser apresentados, no Senado Federal*.
- *Comissão Parlamentar de Inquérito*.
- *Comissão Parlamentar Mista de Inquérito*.
- *Impedimento de parlamentar*.
- *Nova designação do número de ordem das Legislaturas (histórico do Decreto Legislativo nº 79, de 1979)*.
- *Votação de matéria no Congresso Nacional reunido*.

**"LEIS COMPLEMENTARES A CONSTITUIÇÃO FEDERAL" (edição 1985)**

3 volumes

Leis Complementares n.ºs 1/67 a 48/84.

Textos

Legislação citada

Histórico (tramitação legislativa)

Índice temático

**"EXECUÇÃO PENAL" (edição 1985)**

Lei n.º 7.210, de 11-7-1984 — *Texto anotado e indexado*

*Regras Mínimas para o Tratamento dos Recursos (ONU)*

*Anteprojetos (Cândido Mendes; Oscar Stevenson; Roberto Lyra; Benjamin Moraes Filho; Cotrim Neto)*

*Histórico (tramitação legislativa) da Lei n.º 7.210, de 11-7-84.*

**"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL"**

(formato bolso) (10ª edição — 1986)

Texto consolidado da Constituição do Brasil, de 24-1-67, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, e as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais nºs 2/73 a 27/85.

Índice temático.

## "CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL."

Quadro Comparativo

(5ª edição - 1986)

Texto constitucional vigente (consolidado - Emendas nºs 1/69 a 27/85), comparado à Constituição promulgada em 1967 e à Carta de 1946.

Notas explicativas, contendo os textos dos Atos Institucionais e das Emendas à Constituição de 46.

Índice temático do texto constitucional vigente.

## "CONSTITUIÇÕES DO BRASIL"

(edição 1986) 2 volumes

1º volume - Textos das Constituições de 1924, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações.

Texto constitucional vigente (consolidado - Emendas 1/69 a 27/85).

2º volume - Índice temático geral (comparativo) de todas as Constituições brasileiras.

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Faça a sua inscrição como assinante da **Revista de Informação Legislativa**.

Envie vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal).

Assinatura anual: nºs 89 (janeiro/março de 1986) a 92 (outubro/dezembro de 1986).

Preço: Cz\$ 160,00

Dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

**SENADO FEDERAL**

**Brasília — DF — 70160**

Atende-se também pelo reembolso postal.



# Rede de Bibliotecas depositárias das publicações da Subsecretaria de Edições Técnicas

Biblioteca Nacional  
Instituto Nacional do Livro  
Senado Federal  
Câmara dos Deputados  
Tribunal de Contas da União  
Presidência da República  
Procuradoria-Geral da República  
Consultoria-Geral da República  
Supremo Tribunal Federal  
Tribunal Federal de Recursos  
Superior Tribunal Militar  
Tribunal Superior Eleitoral  
Tribunal Superior do Trabalho  
Assembléias Legislativas  
Tribunais de Justiça  
Tribunais de Contas Estaduais  
Tribunais Regionais Eleitorais  
Tribunais Regionais do Trabalho  
Procuradorias-Gerais dos Estados  
Ordem dos Advogados do Brasil  
(Conselho e Secções Regionais)  
Faculdades de Direito